

A História do Direito como recurso e objetivo de pesquisa^{*}

*Andrei Koerner***

Resumo. O presente artigo apresenta reflexões sobre a História do Direito em dois sentidos complementares: o das contribuições da pesquisa histórica sobre o Direito para a pesquisa em Ciência Política e Crítica da doutrina jurídica, e o da abertura do jurista historiador aos materiais e pesquisas de Ciência Política, Sociologia e História Social, como momento necessário para a sua pesquisa na formação e transformações das instituições jurídicas brasileiras. O artigo ilustra as reflexões com análises de trabalhos sobre a jurisdição constitucional no Brasil contemporâneo e a produção do Direito no Segundo Reinado. Enfim, propõe pesquisas sistemáticas sobre o processo político, história do pensamento jurídico e mudança social para entender as especificidades das instituições e da tradição jurídica brasileira.

Palavras-chave: História do Direito; Poder Judiciário; Pensamento jurídico; Jurisdição constitucional.

The history of Law as a resource and aim of research

Abstract. Investigations are provided on the history of Law within two complementary meanings: the contributions of historical research on Law within the context of political science and the critique of juridical doctrine and the open vision of the law historian towards the materials and research of Political Science, Sociology and Social History as an occasion for research on the formation and transformation of the Brazilian juridical institutions. The investigation comprises research analysis with regard to the juridical constitution in contemporary Brazil and Law production in the period of the Second Kingdom. It also proposes systematic research on the political process, the history of juridical thought and social change so that the institution's and Brazilian juridical tradition's specificities could be understood

Keywords: Law history; Judicial authority; Juridical thought; Constitutional jurisdiction.

^{*} Artigo recebido em 12/06/2012. Aprovado em 27/06/2012. Pesquisa financiada pelo CNPq e Fapesp.

^{**} Professor do Programa de Pós-graduação em Ciência Política da Unicamp, Campinas/SP, Brasil. E-mail: andreik@uol.com.br

La historia del derecho como recurso y objeto de investigación

Resumen. El presente artículo presenta reflexiones sobre la historia del derecho en dos sentidos complementarios: el de las contribuciones de la investigación histórica sobre el derecho a la indagación en ciencia política y crítica de la doctrina jurídica; y el de la apertura del jurista historiador a los materiales e investigaciones de ciencia política, sociología e historia social, como momento necesario para su investigación sobre la formación y transformaciones de las instituciones jurídicas brasileñas. El artículo ilustra las reflexiones con análisis de trabajos relacionados con la jurisdicción constitucional del Brasil contemporáneo y la producción del derecho durante el Segundo Reinado. Para finalizar, propone investigaciones sistemáticas sobre proceso político, historia del pensamiento jurídico y cambio social para entender las especificidades de las instituciones y de la tradición jurídica brasileña.

Palabras clave: Historia del derecho; Poder Judicial; Pensamiento jurídico; Jurisdicción constitucional.

Introdução

O presente trabalho apresenta reflexões sobre a pesquisa histórica em Direito com o objetivo de sublinhar o potencial desse gênero de trabalho para o pensamento político e crítico sobre o direito brasileiro. As reflexões tratam de dois temas complementares: a História do Direito como recurso, em que aparece como momento relevante para a pesquisa em Ciência Política e a análise crítica da doutrina jurídica. E, segundo, como objetivo, em que a perspectiva política e a reflexão normativa aparecem para complementar problemas e materiais de pesquisa utilizados pela história dos juristas e das práticas sociais do direito. O ponto central é para que os problemas da História do Direito não se confundam com os de outros campos de pesquisa em História e Ciências Sociais, a pesquisa não deve se deter no momento “doutrinário” ou no “social e político”, e nem opor um ao outro.

O artigo apresenta, inicialmente, o problema. Em seguida, examina a História do Direito em trabalhos de Ciência Política e Doutrina Jurídica sobre a

jurisdição constitucional no Brasil. Noutra parte, analisa-se como o direito tem sido abordado em alguns trabalhos de juristas historiadores e de história social. Enfim, propõe-se a construção de uma problemática sobre o direito, que trate de outra perspectiva os temas sobre o Direito que tem sido trabalhados pelos juristas.

De um modo resumido, a proposta é que o Direito como tema de pesquisa deve ser considerado mais do que o objeto de um saber especializado, instrumento de organização do poder político ou campo de conflitos entre estratégias políticas de grupos ou classes sociais opostas. O Direito deve ser considerado também como experiência, enquanto prática institucionalizada de produção de normas, em que se reflete sobre o juízo justo, tendo em vista as condições e objetivos de vida comum. Sua dimensão institucional significa sua combinação com as demais estruturas de dominação, desigualdades e produção de verdade, e, enquanto prática, é um modo de problematização sobre uma dimensão da experiência social – a da correção das relações com os outros, em particular com os estranhos. As concepções sobre a regra de juízo sedimentam-se e se materializam em teorias, conceitos e técnicas sobre normas, que reproduzem e se difundem enquanto pensamento ou tradição jurídica.

O problema: Política, Direito e História como dimensões da experiência e práticas de pesquisa no Brasil

Em nossas pesquisas sobre a Política e o Direito brasileiro, verificamos complementaridades e insuficiências nas pesquisas de ciência política e doutrina jurídica (KOERNER, 1999a; 1999b; 2008). Problemas que são nítidos nas pesquisas de juristas historiadores no campo da História do Direito, recém-formado no Brasil.

Pesquisadores em Ciência Política sobre o Judiciário e o Direito fazem a economia da problematização dos conceitos e instituições jurídicas com os

quais eles trabalham. Adotam-se modelos abstratos para formular hipóteses sobre comportamentos políticos e, quando levam em conta as especificidades das instituições brasileiras, incorporam de forma acrítica os conceitos e teorias elaborados pelos doutrinadores jurídicos. Com isso, têm-se muitas vezes teorias e problemas genéricos que, embora tenham efeitos polêmicos, não resistem ao conhecimento do tema ou a uma apreciação mais detida. Esse é o caso de problemáticas como a judicialização, o ativismo judicial ou as críticas à excessiva legalização dos direitos de cidadania.

Por sua vez, os doutrinadores do Direito, cujas teorias são ‘importadas’ pela Ciência Política brasileira, dedicam-se a elaborar, com o objetivo de informar a prática dos juristas, construções conceituais sobre as leis, instituições e práticas jurídicas, adotando, de forma estilizada e – por viés político, deformação profissional ou ambos – seletiva, relatos e explicações sobre a sociedade e a política brasileiras. Adotam modelos teóricos que lhes permitem esse trabalho sistemático sobre os materiais jurídicos, e que pressupõem uma perspectiva generalizante sobre outras dimensões sociais. Adotam metáforas evolucionistas, sínteses histórico-culturais, teorias macrossociológicas, mitos, narrativas e relatos etc. Seus conceitos e teorias jurídicos têm relevante impacto para as práticas institucionais, e consideramos que este papel é o central para a pesquisa histórico-jurídica. Porém, as teorias são construções parciais, seletivas e têm em comum o ‘esquecimento’ dos processos políticos que deram origem àqueles conceitos, dos interesses e concepções em disputa, das alternativas que não foram desenvolvidas, e são incapazes de apreciar o seu significado e impacto políticos. Esse ‘esquecimento’ é notável quando comparam o direito brasileiro de seus congêneres, em particular dos modelos de países europeus e do norte-americano, que lhes serviram de inspiração: aproximam-nos dos elementos virtuosos pelos traços que têm em comum, mas não examinam as consequências os elementos que os diferenciam. Então, o nosso país tem um

sistema de governo presidencialista norte-americano com controle da constitucionalidade das leis pelo Poder Judiciário, mas muitos outros elementos – em diversas dimensões, como o processo, a jurisprudência, a organização do Judiciário, a ‘cultura jurídica’ etc – que são diferentes.

Mas não se trata de desqualificar os trabalhos de doutrina jurídica por serem enviesados politicamente. O interesse da doutrina jurídica, sua perspectiva de análise, materiais e objetivos são diferentes dos de cientistas políticos. Esse trabalho do doutrinador, seus pressupostos, elaborações e consequências que devem ser tomados criticamente pela pesquisa, como parte da construção histórico social do direito.

Essa apresentação estilizada indica os problemas para a pesquisa empírica em ciência política, que, no Brasil, tem como característica particular, por um lado, a orientação da doutrina, sistematizadora e centrada nas normas jurídicas – que dá importância limitada aos dados e processos históricos – e, por outro lado, a área de Ciência Política que adota uma abordagem abstrata e simplificada dos processos decisórios dos tribunais. Exemplos relevantes são conceitos como estado democrático de direito, o ‘sistema misto de controle da constitucionalidade’, e a ‘evolução do controle da constitucionalidade no Brasil’.

Para a crítica à Doutrina Jurídica, o problema é complementar: boa parte dos trabalhos de Ciência Política traz poucas contribuições substantivas para a crítica política ao direito dos juristas tal qual é formulado pela doutrina e mobilizado em decisões judiciais ou, pior, veiculam teses e problemáticas, que são, por sua vez, incorporadas aos debates entre juristas – a judicialização da política é um exemplo privilegiado de teoria explicativa que se torna ‘fenômeno’ para os doutrinadores jurídicos. Outros exemplos seriam os do ‘estado penal’ ou da ‘sociedade do risco’.

Em outros termos, conceitos e teorias sobre normas jurídicas, de caráter prático, elaborados pela Doutrina Jurídica, tornam-se, para a ciência

política, conceitos descritivos das instituições jurídicas existentes. Complementarmente, conceitos e teorias com propósito explicativo, elaborados pela Ciência Política – mas também pela Sociologia e a História – adquirem o caráter descritivo na doutrina jurídica.

Este problema seria específico das relações entre as áreas de Ciência Política e de Doutrina Jurídica, se não fosse a maneira como essas relações começam a serem tratadas por juristas historiadores, no campo de História do Direito, em processo recente de constituição entre nós. Em geral, tem sido privilegiado o mesmo circuito fechado de problemas e materiais de pesquisa, atualizando com um pouco mais de elaboração e desenvolvimento, as teorias dos doutrinadores. Relatos, elaborações pessoais dos juristas, ou teorias de Ciências Sociais que a doutrina tornou ‘fenômenos’ são tomados pelos juristas historiadores com seu valor de face. Com isso, vemos o risco de que se veja formado um campo de pesquisas ‘savantes’ sobre o direito que faça um gênero de pesquisa histórica no qual sejam apenas repetidas as fabulações elaboradas por doutrinadores de gerações anteriores.

O argumento deste trabalho é que a abertura da reflexão jurídica a novos problemas e materiais, tal como praticada pela História Social e a Sociologia Jurídica, é necessária para criticar as teorias e conceitos das doutrinas jurídicas. Essa abertura, comum e rotineira em outras áreas de pesquisa, traz novos elementos para o conhecimento histórico do Direito e é um momento para a formulação de novos problemas e teorias. Embora esse momento seja suficiente em pesquisas em Ciência Política, Sociologia ou História Social, nas quais a prática do Direito aparece como recurso para a explicação de processos políticos ou sociais, a História do Direito como objetivo da pesquisa necessita de algo mais.

Para a História do Direito, como disciplina acadêmica ou área de pesquisas, o Direito deve ser tratado como prática institucionalizada de produção

normativa, pensamento ou tradição, no sentido colocado acima. A História do Direito pode enfocar os institutos e doutrinas jurídicas de numa determinada época, pesquisando o seu enraizamento político e social, a fim de realizar a crítica historicamente fundada das suas características e especificidades.

A História do Direito como instrumento para a pesquisa em Ciência Política

Em Ciência Política, a perspectiva histórica é necessária para que o quadro analítico da pesquisa possa evitar dois problemas maiores de apropriação acrítica de teorias e conceitos elaborados pela Ciência Política e a Política Comparada.

a) Teorias e conceitos sobre o Poder Judiciário

As pesquisas em Ciência Política sobre o Poder Judiciário brasileiro ‘importaram’ de forma acrítica as teorias e conceitos elaborados pela Ciência Política e a Política Comparada para a análise dos tribunais, que tinham em vista situações distintas. Essas pesquisas iniciaram-se nos anos 1990, num contexto em que a bibliografia sobre os tribunais norte-americanos e de política comparada criticava os tribunais e o modelo da democracia constitucional, discutindo em termos de judicialização, ativismo e impacto das decisões judiciais sobre as políticas públicas.¹ Na política brasileira, predominava uma agenda ‘reconstituente’, voltada a remodelar as instituições básicas do país. Marcadas por esse contexto e com forte perspectiva normativa, criticava-se o modelo institucional, mostrando que os tribunais tinham poderes amplos de controle, mas tinham uma independência excessiva, sem instrumentos de

¹ Esses temas se recobrem em parte. Por judicialização entende-se, grosso modo, um processo de substituição das arenas e dos métodos de decisão política exercidos pelos representantes eleitos por aqueles próprios às cortes e ocupados por funcionários não-eleitos, tipicamente os juízes, ver Tate & Vallinder (1995).

controle e de responsabilidade sobre os juízes. Daí, resultariam o aumento do número de litígios, os problemas de eficiência dos tribunais e o ativismo dos juízes, cujas decisões tinham impactos negativos, ao passo que eles utilizavam seus poderes para bloquear medidas de política econômica, reformas institucionais e outras ações governamentais voltadas à modernização e à racionalização do Estado brasileiro. O desafio da reforma judicial consistiria, portanto, na busca por um contrabalanceamento ou fiscalização desse poder, de forma a recuperar mecanismos de *accountability* e de eficiência do Judiciário (PRILLAMAN, 2000, p. 88-94; SANTISO, 2004).

Uma segunda abordagem considera as transformações do Judiciário brasileiro pós-1988 a partir de uma tese macrossociológica sobre mudanças mais gerais nas democracias contemporâneas (VIANNA, 1999; 2008). Teria havido a passagem de uma democracia majoritária com a participação centrada em eleições e as decisões políticas no Parlamento, em que as normas e princípios constitucionais seriam da ordem de garantias de direitos individuais, para uma democracia funcional, com a participação ampliada em diversos espaços da sociedade civil e do Estado, em que as normas constitucionais seriam a formulação de objetivos comuns voltados à promoção de direitos individuais e coletivos. Essa abordagem enfoca a dimensão normativa dos tribunais e coloca em primeiro plano a relevância das concepções políticas e jurídicas de Constituição. Cittadino (2000) tratou das diferentes vertentes de pensamento constitucional presentes no período da Constituinte. Porém, a ênfase é na inovação constitucional e, pois, nas descontinuidades², sem levar as características específicas e as continuidades das instituições judiciais e do pensamento constitucional brasileiro.

2 Luis Werneck Vianna (2008) analisa as inovações da Constituição de 1988 e as relaciona com a tradição republicana, mas enfoca na justiça do trabalho e na justiça eleitoral, e não no direito constitucional. Neste plano, a Constituição representaria verdadeira inovação, vinculando-se ao constitucionalismo europeu do pós 2ª Guerra. Mas podem-se considerar as inovações parciais, tanto no plano dos processos constitucionais como no pensamento constitucional.

Os temas da judicialização, o ativismo e o impacto do Judiciário sobre as políticas públicas incorporaram à Ciência Política a polêmica iniciada pelos conservadores dos Estados Unidos nos anos 1980, ao se mobilizarem contra o papel ativo das cortes em favor dos direitos civis e sociais. São concepções muito limitativas da Constituição e do papel do juiz na democracia, postos pelo originalismo ou a análise econômica do Direito, transformadas em problemática de pesquisa.

O tema judicialização na ciência política parte de um seminário internacional em 1992, publicado em uma revista³ e, em seguida no livro organizado por Tate e Vallinder (1995). Mas o que pode significar a expressão “judicialização da política”? Há ambiguidade dos sentidos tanto do termo da judicialização, quanto as variedades sentido da palavra “política”. Judicializar pode significar a ampliação dos poderes dos tribunais, a intenção dos juízes de influenciarem políticas públicas, as consequências, intencionais ou não, das decisões dos juízes, as estratégias dos atores sociais, uma mudança macrosociológica das democracias contemporâneas. Política pode ser pensada como forma de organização da comunidade política (*polity*); domínio especializado da esfera de ação governamental ou sistema político (*politics*); decisões das instâncias estatais para direção política, política legislativa, política governamental, política social, política econômica (*policy*). A partir dos atores e coletividades sociais, pode-se pensar a política como as ações de sujeitos e coletividades, voltadas para a realização de seus interesses individuais e coletivos e de objetivos comunitários; e, na medida em que se identificam como cidadãos, portadores de direitos. Neste sentido, a política torna-se uma forma de mobilização do Direito. Pode-se ver que a utilidade analítica de uma expressão que pode ter tantos sentidos é, no mínimo, discutível, ou, em outros termos, ela é inútil e enviesada.⁴

³ IPSA. *International Political Science Review*, 1994.

⁴ Ver Maciel & Koerner (2002); Koerner, Inatomi & Baratto (2010).

Outro tema é o ativismo, no sentido de que os juízes deixariam de aplicar a lei, passando a promover suas concepções de políticas. Mas esta é outra expressão vaga, pois se refere a uma divisão pré-estabelecida de campos (o juiz ativista substitui os representantes eleitos), à intenção do juiz (o juiz deixa de aplicar a lei para promover as suas preferências de políticas); ou aos efeitos (a decisão judicial tem impactos sobre as políticas públicas). Outros elementos são a instabilidade da jurisprudência, e a tendência do juiz ativista de reverter uma orientação predominante, ou uma intenção política de ampliar os poderes das Cortes (cf. KOERNER, 2012).

Uma questão mais geral é a contraposição entre políticas públicas e decisão judicial. É uma posição do problema que isola os momentos da produção normativa estatal, considerando que a decisão judicial não produz ou que idealmente não deveria produzir novos sentidos para as normas (aliás, nem determinar o seu sentido) e, por outro lado, que as políticas públicas são produzidas como puras decisões, que não têm como pressuposto o ordenamento jurídico do Estado, tal como são interpretadas pelos mais diversos agentes, do Estado ou não, dentre os quais os juízes.

Para que esses temas tenham sentido para nós, eles devem ser re-elaborados, levando em consideração fatores como as normas constitucionais, as instituições judiciais, a ‘cultura’ ou tradição jurídica, a história política, as identidades dos agentes, em particular as dos próprios juízes. Para dar um exemplo, qual o sentido do originalismo para nós? Seria buscar o sentido visado pelos pais fundadores da comunidade política, *polity*, denominada Brasil, ou seja, os pais da independência? Seria a intenção dos fundadores da comunidade política *republicana e federalista*, ruptura fundamental na nossa história política? Ou seja, Campos Salles, Rui Barbosa, Rodrigues Alves, mas também Benjamin Constant, Quintino Bocaiuva, Silva Jardim. Seriam os de outra ruptura revolucionária no campo

político, a de 30? Seria a dos fundadores da nova República, dos Constituintes de 1988 ou dos “reconstituíntes” de 1990 a 1995?

Outro ponto é se os nomes juiz, Poder Judiciário, Supremo Tribunal não se referem a ‘coisas’ diferentes nos EUA, no Brasil e noutros países. As diferenças são imensas, da organização do Judiciário, o acesso, processo e julgamento de primeira instância, a seleção dos juízes e suas carreiras, as decisões administrativas e financeiras. Deve-se partir desses dados, e não da idealização sobre o que deveria ser o juiz numa ordem jurídica liberal. Usamos as mesmas palavras, mas é preciso re-elaborar a discussão levando em conta as diferenças. Por isso, o conhecimento das características de nossas instituições judiciais, a sua história, a formação da tradição, é passo essencial para a análise política de sua atuação na atualidade.

Trabalhos mais recentes (BRINKS, 2011; KAPISZEWSKI, 2010; 2011) procuram o comportamento dos juízes, analisando-o do ponto de vista dos determinantes institucionais ou culturais, dentro de uma problemática mais geral dos papéis dos tribunais nas novas democracias. Conceitos de Direito são centrais na definição dos parâmetros e dos resultados das suas análises, mas não são trabalhados de forma mais elaborada. Isolado pela metodologia da pesquisa, o Direito surge a partir das bordas, como elemento adicional para a explicação dos comportamentos.

De modo geral, pois, essas abordagens fazem a economia de um tratamento histórico das características institucionais dos tribunais e da reflexão jurídico-constitucional elaborada em nosso país. Sobre esses assuntos, tomaram as teses elaboradas pela doutrina jurídica, a qual, por sua vez, não analisou esses assuntos de um ponto de vista político.

b) Doutrina jurídica

Na doutrina jurídica, a história, ou a evolução, dos institutos jurídicos é comumente apresentada como um dos capítulos preparatórios para o seu tratamento sistemático. A doutrina pretende adotar um ponto de vista descritivo que tem por instrumento conceitos e por objeto as normas positivas. O seu objeto não são os processos históricos de produção dos conceitos e o seu objetivo não é explicar aqueles processos, mas apresentar essas normas jurídicas de um ponto de vista sistemático. A doutrina é uma produção intelectual orientada por suas finalidades práticas: a orientação dos profissionais do Direito nas suas tarefas cotidianas assim como a formação de novos profissionais. Esse tipo de trabalho apresenta material relevante para a pesquisa histórico-jurídica, mas há de ser analisado criticamente e reinterpretado, com a utilização de outras fontes.

O tema da ‘evolução do controle da constitucionalidade das leis no Brasil’ é ilustrativo da importação de conceitos jurídicos pela Ciência Política, sem a necessária crítica histórica.⁵ Embora o tema seja comum em trabalhos de doutrinadores de Direito Constitucional, gerais ou dedicados especificamente à jurisdição constitucional, as mudanças da jurisdição constitucional na República não foram, até o momento, objeto de análise sistemática.

A bibliografia, geralmente, evidencia a criação e fortalecimento dos poderes de controle concentrado da constitucionalidade do STF após 1964 e faz referências ao regime militar, a atos de exceção, bem como a decisões do STF que os reconheceram. Contudo, os temas são tratados de forma separada, como se houvesse exterioridade entre as dimensões política, institucional e processual do controle da constitucionalidade.

5 Outro tema a ser objeto de análise crítica é o do “sistema misto”. Ver em Koerner (2010).

Assim, como um padrão, os textos de Direito Constitucional tratam o golpe de 1964 e o autoritarismo em capítulo sobre a história constitucional do Brasil fazem referência aos atos institucionais e à sucessão de emendas constitucionais, às cassações, à suspensão de direitos políticos e das garantias constitucionais, à censura, à extinção dos partidos políticos, por vezes, à repressão, à tortura, morte e desaparecimentos forçados de opositores. Por outro lado, as mudanças na estrutura do Estado, nas relações entre os poderes, a redefinição do processo legislativo e da federação, e do Judiciário são tratados em outra parte. Por vezes, a evolução, ou o modelo de controle da constitucionalidade das leis no Brasil é tratado em capítulo à parte, dada sua relevância para a Constituição como um todo (MENDES, 2005; PALU, 1999; SILVA, 1999). Todos os autores trabalham como se houvesse exterioridade entre as mudanças do controle da constitucionalidade no Brasil e a política.

Na parte sobre o controle da constitucionalidade aparece um esquema continuista das Constituições republicanas. Começa com o controle exclusivamente difuso da Constituição de 1891; as restrições da Emenda Constitucional de 1926, que limitou o controle de constitucionalidade em alguns aspectos, proibindo o Supremo de julgar questões exclusivamente políticas. Passa pela Constituição de 1934, que criou duas inovações mais importantes: a primeira foi a representação interventiva e a outra foi a suspensão, pelo Senado, da execução das leis declaradas inconstitucionais pelo STF, em que o Senado tinha a condição de órgão de coordenação entre os poderes. Em seguida, o interregno de 1937 e a Constituição de 1946, que consolidou a representação interventiva, agora diretamente provocada pelo Procurador-Geral e o controle difuso, mantendo os poderes do Senado embora na prática da Constituição a representação passou a ser usada para atos normativos estaduais contra os quais não cabia, em princípio, a demanda de intervenção. Posteriormente, o momento da efetiva criação do controle

abstrato de constitucionalidade no Brasil das leis estaduais e federais é a Emenda Constitucional nº 16/1965, isto é, no momento de plena instalação do regime militar. Em seguida, as mudanças constitucionais importantes na Emenda Constitucional nº 7, de 1977. Por fim, surge a grande realização com a Constituição de 1988, na qual foi criada a Adin por omissão, mandado de injunção, entre outros instrumentos.

Apresenta-se, então, uma história linear e gradual, na qual os diversos momentos são postos como passos de uma “evolução”. Aqui se delineia um esquema, como formula José Carlos Moreira Alves (1993), em que por um lado, o controle concreto, em suas modalidades de controle difuso sobre quaisquer atos normativos e controle centralizado sobre atos normativos estaduais que dão origem à representação interventiva; nesse processo indica-se que havia uma prática crescente do controle abstrato sobre atos normativos estaduais (e minimizado, aliás, por Moreira Alves). Por outro lado, o controle abstrato de atos normativos estaduais, instituído pela EC nº 16/1965 viria ‘dar plenitude’ ao controle da constitucionalidade no Brasil, na medida em que teriam completadas as lacunas que existiam no sistema anterior. Essa realização se daria em diversos aspectos da Emenda: ao prever explicitamente o controle abstrato de atos normativos primários, abranger os atos normativos tanto estaduais quanto federais e estender o domínio do controle. A representação de inconstitucionalidade teria alcance mais amplo, dado o seu objetivo de preservar a ordem jurídica. Assim, a representação alcançaria normas que não seriam atacáveis pelos outros tipos de controle por via prejudicial, os quais, por serem concretos, visavam satisfazer direitos subjetivos de indivíduos ou interesses de autoridades públicas. Aliás, a representação de inconstitucionalidade para leis federais teria sido criada para resolver a “crise do STF” causada pelo número excessivo de processos, segundo a Exposição de motivos do anteprojeto que resultou na Emenda Constitucional n.º 16, de 1965.

Gilmar Mendes discute com algum detalhe a ‘natureza’ da representação de inconstitucionalidade, considerando que os juristas nos anos 1960-1970 não tinham clareza sobre a distinção entre a representação interventiva e a representação para o controle abstrato de normas. Para explicar a inovação, ele também toma ao pé da letra a exposição de motivos do Ministério da Justiça para a EC nº 16. A competência exclusiva do Procurador-Geral seria a de uma espécie de ‘defensor da Constituição’, tal como era imaginado por Kelsen, embora com limites, dado o “império de um regime de exceção”. As controvérsias sobre a extensão dos poderes do Procurador-Geral aparecem para ele como uma ‘balbúrdia’ (MENDES, 2005, p. 68; 79).

Mas há algumas exceções nesse panorama geral. Autores como Paulo Bonavides, Celso A. Barbi e Clèmerson M. Clève anotam as ambivalências políticas da representação naquele contexto de autoritarismo (BONAVIDES, 1986, p. 257-258). Clève anota o paradoxo da adoção da representação pelo regime militar, pois “esse mecanismo, contrariando a dinâmica de qualquer ditadura, presta-se admiravelmente para a proteção e garantia dos direitos fundamentais” (CLÈVE, 1995, p.70; VELOSO, 1999, p. 35). Outros (SLAIBI FILHO, 2012) indicam que a criação da representação de inconstitucionalidade de normas federais veio no bojo da reforma tributária, estabelecida pela EC nº 18 (1º/12/65), e que resultaria no Código Tributário Nacional.

Juristas apoiadores do regime autoritário, como Aliomar Baleeiro (1968), tinham plena consciência das implicações da criação do controle concentrado da constitucionalidade de leis federais e da generalização do controle normas estaduais. Para Baleeiro “a Revolução... quis manter o Supremo no papel político que inspirou a sua criação pelos fundadores da República” e, ao invés de enfraquecê-lo “deu-lhe poderes políticos ainda mais graves e com maiores responsabilidades, como a competência para declarar, em tese, a inconstitucionalidade de leis federais” (BALEEIRO, 1968, p. 132-134).

Vê-se, então, que a amplitude das mudanças era identificada e, mesmo, valorizada, no campo de apoio ao regime. A descontinuidade aparece aqui como atribuição de um sentido político positivo, prospectivo para a continuidade e afirmação do regime. A tese da continuidade aparece como resistência ou busca de controle ou limitação das mudanças.

Então, é necessário considerar o controle da constitucionalidade no Brasil, o direito e o Judiciário tomando dinâmica política brasileira, trabalhando criticamente os materiais jurídicos para verificar afinal de contas o que se passa, e não simplesmente importar modelos que tiveram como referência outras situações históricas ou o que foram elaborados pelos juristas.

A História do direito como objetivo

a) Juristas historiadores face à política e à sociedade

No Brasil, não há tradição consolidada de pesquisas sobre a história das instituições jurídicas e o pensamento jurídico. É também pouco comum o diálogo de pesquisadores desses campos, mesmo quando tratam de temas de interesse comum, como a Constituição ou o estado de direito. Utilizam-se quase exclusivamente fontes jurídicas, sejam as leis, obras de doutrina, jurisprudência, ou relatos sobre eventos de relevância direta para as instituições judiciais ou os profissionais do direito.⁶

⁶ Este é o caso, por exemplo, da maioria dos capítulos da coletânea organizada por Eduardo Bittar (2003). Há exceções, como trabalhos recentes que utilizam teoria política e história dos conceitos para analisar o pensamento constitucional (DULTRA DOS SANTOS, 2007) e o Poder Moderador e sua recepção na Primeira República e o Estado Novo, repensando as relações entre estabilidade e mudança constitucional no Império, assim como a percepção desse tema no pensamento constitucional republicano (LYNCH, 2004; 2005; 2010). O Instituto Brasileiro de História do Direito (www.ibhc.org.br) representa importante iniciativa para a consolidação de um espaço de produção acadêmica compartilhada entre juristas, historiadores e cientistas sociais. A título ilustrativo, Bercovici (2008) faz uma análise da instabilidade constitucional na era Vargas, criticando as doutrinas limitativas dos direitos sociais elaboradas pelos juristas brasileiros. Seelaender (2008) aponta criticamente os compromissos dos juristas com as ditaduras no Brasil, e os silêncios das Faculdades de Direito a esse respeito, mesmo

O recente livro *O oráculo de Delfos – O Conselho de Estado no Brasil Império*, de José Reinaldo de Lima Lopes é exemplar de outro aspecto crítico: a formulação do problema e o enfoque da pesquisa. Ele mobiliza ampla bibliografia de Filosofia Analítica e Hermenêutica, Teoria do Direito, História Constitucional e História do Direito Privado, para apresentar o problema da interpretação, suas diferenças variedades, sua distinção com a aplicação da lei e como a problemática se coloca para o pensamento jurídico no início do século XIX. Vale-se de trabalhos de história política e social para caracterizar a instituição. Sistematizados os pareceres da Seção de Justiça (SJ-CE) segundo tipos e temas, de modo a permitir o leitor apreciar o conjunto e as tendências gerais da atividade da seção.

Mas a produção do Direito é isolada em vários sentidos: da sua perspectiva analítica, da análise institucional e da prática dos juristas. Ele afasta desde o início sua pesquisa de uma “interpretação do Brasil”, do seu direito, sua cultura jurídica, das relações entre liberalismo e estrutura social ou de um “acerto de contas” com o “passado não democrático e conservador”, o que já teria sido feito, enquanto considera que inexistem “estudos propriamente do direito tal como aplicado e experimentado, ou sobre os debates mais jurídicos e menos políticos do século XIX” (LOPES, 2010, p. XIV). Não pesquisa o Conselho de Estado (CE) como órgão político, enfocando-o como um dos principais locais da “alta cultura jurídica do Império. Procura a experiência cotidiana de interpretação e aplicação do direito na elaboração de pareceres sobre as consultas que lhe eram encaminhadas, procurando isolar, pois, o momento propriamente jurídico do processo decisório da Seção de Justiça do Conselho de Estado (SJ-CE) (LOPES, 2010, p. XVI). Caracteriza seu trabalho

depois dos processos de democratização. Nesse panorama, ressalte-se o livro de Arno Wehling e Maria José Wehling (2004) sobre o Tribunal da Relação do Rio de Janeiro, em que se combinam diversas abordagens para compreender a organização, o pessoal e as práticas institucionais daquele tribunal no quadro das relações políticas entre a Coroa e a colônia naquele período de transformações.

como uma “pequena mescla de história institucional e história do pensamento jurídico”, de caráter exploratório, que pretende levantar “como funcionavam as coisas naquele tempo”, antes de propor uma interpretação global (LOPES, 2010, p. XV).

Ele questiona afirmações (a percepção dos contemporâneos e pesquisas acadêmicas) sobre a inexistência de uma cultura jurídica sofisticada no Brasil do século XIX, considerando que havia uma “cultura erudita e ao mesmo tempo seriamente voltada para a prática e para a constituição de um direito nacional e liberal, aplicada para por de pé um Estado e um ordenamento para o país. Essa cultura, visando a reforma das instituições e hábitos preexistentes teve no Conselho de Estado um importante sujeito” (LOPES, 2010, p. 91). A cultura existia não como a formulação de teorias e princípios jurídicos originais e de grande alcance, mas como capaz de fazer uso sofisticado dos recursos proporcionados pela tradição e teorias jurídicas e resolver os problemas da construção do Estado e das instituições jurídicas do país nascente. O CE seria local importante dessa elaboração doutrinária, não só por debilidades de outras instituições, como as academias e o Poder Judicial, mas pelo seu papel institucional e por contar com juristas experientes e consagrados.

Enfoca a cultura jurídica brasileira do século XIX no que tem em comum com a cultura jurídica ocidental, marcada por duas mudanças entre o final do século XVIII e o início do século XIX: a concentração das fontes do direito na lei e o princípio da separação de poderes, que circunscreveu os juízes à aplicação da lei, restringindo o uso de outras fontes. Para ele, as características da cultura jurídica não se definem pelas técnicas específicas de interpretação – que não apresentariam grandes diferenças ao longo dos séculos – mas pela pré-compreensão, aos seus pressupostos subjacentes. O século XIX seria comandado pelo princípio de liberdade, combinado, no Brasil, com outros princípios, como o da construção e burocratização do Estado. Então, busca

identificar esses temas nos pareceres da SJ-CE, e ressalta o liberalismo dos conselheiros, que tiveram de lidar com circunstâncias adversas, trazidas pelo passado colonial e a sociedade marcada pelo atraso da escravidão.

No Capítulo 4 são apontados, na atividade interpretativa da SJ-CE, elementos universais do pensamento jurídico-normativo, voltado à tomada de decisões segundo regras. Os juristas passavam pelo aprendizado de um direito liberal novo, um “saber usar”, dificultado pela presença de disposições jurídicas tradicionais. Sua modernidade liberal estava em que eles recorriam aos princípios constitucionais, postulando “uma unidade de sentido normativo”, contra o pluralismo hierárquico do antigo regime (LOPES, 2010, p. 344). Seus argumentos não eram exclusivamente conceitualistas, pois eles utilizaram toda a ampla gama de critérios de interpretação das leis, fazendo “diariamente aquilo que a teoria tradicional recomendava”: o roteiro das técnicas interpretativas e supunham “sempre que o ordenamento jurídico tem finalidades, como garantir as liberdades e permitir a convivência, evitar os danos evitáveis, ampliar as liberdades quando for possível”. Levavam em conta as condições de aplicação das regras, para evitar que fossem “desvirtuadas”, produzissem resultados absurdos “diante da materialidade das suas condições históricas”. Praticavam interpretações finalizadas das leis, atentas ao primado da legalidade e às consequências da decisão. Assim, a SJ-CE usava “um processo em que o propósito social e de justiça se leva em consideração, ainda que não determine o resultado”. A Constituição era interpretada como a explicitação detalhada do princípio de liberdade, mas os argumentos em seu favor eram “temperados pelos argumentos do princípio de ordem” (LOPES, 2010, p. 345-347).

Esta situação era resultado de uma mistura de inovação do liberalismo das normas constitucionais e projetos da elite jurídica contrapostos ao atraso das regras jurídicas e a estrutura social.

Nas circunstâncias em que operou o Conselho era preciso ser simultaneamente legalista ... e flexível. Flexível porque a miríade de leis a serem aplicadas nos casos exigiam destreza intelectual e conceitual para não por a perder todo o ordenamento. Flexível também porque não poucos conselheiros chamavam a atenção para as circunstâncias especiais do Brasil, segundo as quais era preciso interpretar o direito de modo a não exponenciar efeitos absurdos na prática.

O ideal dos conselheiros e juristas da Corte, liberal, igualitária, racional, não consegue se impor de forma abstrata, nem supera as estruturas sociais.

O direito liberal e constitucional é um ideal e eles têm noção de que é um ideal que não expressa a sociedade brasileira, mas a ela precisa ser imposto: um ideal a ser atingido, não um ideal abstraído ou induzido das práticas sociais. Expressam, portanto, essa dinâmica e tensão de desejarem e promoverem, o quanto podem, um direito liberal e moderno sobre uma sociedade avessa tanto às liberdades quanto à modernidade social (LOPES, 2010, p. 349; 352).

Assim, seu trabalho é informado apenas por resultados de pesquisas de história política e social, mas não na perspectiva analítica e na problemática da produção do direito. Porém, se a política foi deixada de lado na abordagem, ela volta nos resultados. Isola a SJ-CE como espaço de produção ‘propriamente jurídica’, e a caracteriza como SJ-CE “interpretação finalizada da lei”, distinta das doutrinas de direito privado do século XIX sobre a interpretação da lei pelos juízes (exegese e conceitualismo). Mas a atividade da seção é apenas um momento de um processo complexo de tomada de decisão, que se dá numa instituição caracterizada como auxiliar do governo, na qual atuam os grandes juristas que são, ao mesmo tempo, ativos integrantes da elite dirigente do Império. A especificidade dos procedimentos, os critérios e os objetivos da tomada de decisão são característicos desse tipo de instituição, aliás, é por isso mesmo que a jurisdição foi separada da administração na França revolucionária e a jurisdição administrativa foi organizada no Império napoleônico e monarquias constitucionais da restauração. Assim, os pareceres da SJ-CE configuram um material privilegiado para se analisar a ‘política do direito’ da elite imperial e, para isso, é necessário integrar as soluções de casos concretos com as estratégias dos dirigentes, tanto a dinâmica das alianças e a direção

política quanto às políticas legislativas e as diretrizes para a administração do Império. As soluções normativas para problemas práticos elaborados nessa arena institucional eram elaboradas, tinham em vista, ao mesmo tempo, teorias, técnicas e conceitos do direito, estratégias e projetos políticos, e a razão de Estado. Produziam-se, ao mesmo tempo, políticas governamentais, a organização do Estado e as bases da tradição jurídica brasileira. O Conselho de Estado foi, sem dúvida, um espaço privilegiado da “alta cultura jurídica”, e a qualidade técnica da sua produção jurídica estava a serviço da conservação da ordem.

Por outro lado, a prática jurídica dos conselheiros produz um ‘drôle’ de liberalismo – combina garantias judiciais e privilégios políticos do poder público, liberdade de indústria e controle estatal da atividade econômica, impessoalização do Estado e patrimonialização dos ofícios, reconhecimento de direitos aos cidadãos com discriminação de não-católicos, estrangeiros, libertos e outros não-proprietários. Essa combinação não é surpreendente, mas a análise privilegia um dos polos, qualificando o outro como ‘atraso’ ou inadequação. Teorias da modernização predeterminam o valor e sentido das situações e processos históricos e já foram criticadas, e, ao invés, valoriza-se a especificidade das situações, tomando-se a combinação dos elementos como material para a explicação.

b) O Direito em pesquisas de História Social

Nas últimas décadas, a superação de esquemas conceituais rígidos em sociologia e a ampliação dos temas de pesquisa em História Social tiveram importantes consequências para a pesquisa social em Direito. Partiu-se da crítica de análises funcionalistas e deterministas, de concepções formalistas ou instrumentais do direito, em suas relações com o Estado e as relações de dominação, e também propuseram a superação de modelos eruditos de História

do Direito, centrados em textos legais, narrativas oficiais, eventos governamentais, formas de vida e percepções das elites.⁷

Ao mesmo tempo, os historiadores passaram a usar materiais judiciais – processos, inventários, registros públicos – como fontes de informações para aspectos diversificados da vida social, tais como concepções e estruturas de propriedade, organização familiar, hábitos e condutas, padrões de consumo, mobilização e conflitos sociais etc. Noutra direção, foram pesquisados os perfis dos juristas, histórias de vida, formação e trajetórias profissionais e padrões de atuação nos tribunais.

Esse tipo de trabalho traz, sem dúvida, contribuições relevantes para a reflexão sobre o direito brasileiro. Desloca-se a atenção das instituições estatais e textos legais para as diversas situações da vida comum. O Direito está enraizado nas práticas sociais, nas quais os agentes mobilizam suas estruturas normativas relacionando-as com seus interesses, percepções e objetivos.

Ao realçar o direito na análise das práticas sociais, esse enfoque torna-se capaz de apreciá-lo enquanto dimensão constitutiva das relações sociais, o que significa que o nome ‘direito’ refere-se à combinação de estruturas normativas e cognitivas que conformam – e são conformadas – pelos agentes, na medida em que eles atuam em contextos estruturados e com fortes desigualdades, para verem realizadas suas concepções de boa vida, do justo, do correto, do adequado.

Enraizado socialmente, o direito desdobra-se, multiplica-se, adquirindo novas facetas e cuja diversidade leva a colocar em questão ficção de unidade que informa o direito estatal e as concepções jurídicas que o sustentam. O direito torna-se processo, diversidade, pluralidade social. O direito, tornado

⁷ Referências são, em Teoria, Sociologia e História do Direito, os *Critical Legal Studies* (KAIRYS, 1998; KELMAN, 1987) e o *Réseau Européen Droit et Société* (www.msh-paris.fr/red&s), que edita a coleção *Droit et Société* pela editora LGDJ (www.lgdj.fr). Em português, os trabalhos de Antônio Manuel Hespanha (1978; 2003; 2004) e Boaventura de Souza Santos (1982; 1989; 1995).

direitos, e parte de discursos sobre as concepções de justiça social, é indissociável da ética, das estratégias de poder, dos cálculos econômicos e dos afetos dos agentes. Nessa multiplicidade, o pesquisador pode trazer à tona as especificidades dos direitos para os agentes, nos tempos, situações e condição social nas quais eles vivem e atuam. Então, o Direito aparece como mutável, mas também constitui vinculações estreitas com os costumes em comum, ou as formas de vida dos agentes.

A incorporação do Direito como dimensão das relações sociais enriquece, pois, o entendimento dos processos sociais pesquisados em História Social e Sociologia. E, reciprocamente, essas pesquisas trazem novas facetas e dimensões que devem ser incorporadas à pesquisa e reflexão sobre o Direito – das normas e instituições estatais e dos juristas.

Além de surpreender o direito nas práticas sociais e de tomá-lo como uma dimensão para a análise dessas práticas, procurou-se elaborar uma reflexão sobre o direito, proponho a análise do direito a partir de sua configuração diferencial nas formas de vida social, ou costumes em comum. A história social – ou uma determinada concepção de pesquisa dentro desse campo – viabiliza-se como a sede enquanto suas questões e estratégias de pesquisa tornam-se modelos, para a história do direito.

Mas, essas tendências não são desprovidas de limitações e problemas. Primeiro, tomar de forma acrítica a imagem do direito presente nos materiais produzidos pelos juristas e instâncias estatais. Segundo, situar exclusivamente nos agentes dominados e nos conflitos locais, nos ‘costumes em comum’ o processo de produção, reflexão e inovação normativa. Enfim, a redução da análise dos processos institucionais dos tribunais, considerando as decisões judiciais e debates jurisprudenciais apenas em termos de seus resultados, estratégias políticas ou impactos para os processos sociais. Em outros termos, os materiais jurídicos são tomados como suportes que trazem indícios,

registros, testemunhos; os tribunais são encarados como arenas de luta, de expressão de interesses e concepções de vida, espaços de ação estratégica e de investimento por atores sociais, as leis e decisões são moldes ou matérias para disputas que utilizam artifícios retóricos ou técnicas de aplicação das leis. Daí, resultam composições sobre os materiais jurídicos, sem que o direito tenha sido construído como objeto de reflexão e pesquisa, e, em suma, o direito torna-se instrumentalizado pela pesquisa histórica.⁸

Sobre o primeiro ponto, é preciso reconsiderar as categorias de teoria e história do direito europeu, particularmente na passagem do pluralismo para a unificação das fontes na lei estatal nos séculos XVIII e XIX, para evitar o uso descontextualizado daqueles conceitos para o direito brasileiro do século XIX, que não pode ser caracterizado como pluralista nem legalista, jusracionalista ou positivista, ‘filosófico’ ou científico. Então, não é suficiente a contraposição simples entre a história do direito dos juristas, como história intelectual do direito estatal e do pensamento dos juristas, contada ‘a partir de cima’, e a história, a partir de baixo, dos grupos sociais, da sua normatividade emergente. Mitos do pensamento jurídico, como a unidade e sistematicidade, são tomados como teorias, e pretende-se contestá-los com dados de práticas sociais. Apesar de não se eleger o direito ou o funcionamento da justiça como objeto central de suas indagações, concluem que é “impossível fazer uma história ‘do direito’ ou ‘da justiça’”, uma vez que a variedade temporal e o caráter contraditório das significações desses termos numa mesma sociedade tornam essas palavras no singular quase que vazias de sentido (LARA; MENDONÇA, 2006, p. 10; 18). Projetos de história do direito são equiparados às pretensões teóricas dos juristas e desqualificadas como excludentes da “possibilidade de reconhecimento de outros direitos, de outras noções de cidadania”. A pluralidade de sentidos e

⁸ A discussão que segue toma como referência o livro *Direitos e Justiças no Brasil*, organizado por Sílvia Lara e Joseli Mendonça (2006), em particular capítulos que trataram dos tribunais.

interesses e a dimensão estratégica do direito são sublinhados, enquanto o momento da reflexão e do pensamento jurídicos são deixados de lado.

Em termos gerais, o problema é o enfoque unilateral no direito como inserido em práticas sociais conflituosas, em que se dá a luta pela determinação do seu sentido para grupos sociais antagônicos. Mas é preciso considerar também que o material jurídico faz parte de uma série de disputas e conflitos políticos e normativos, que ocorrem em outros espaços, incluídos as elites jurídicas e políticas. Esses conflitos manifestam-se a respeito de técnicas, conceitos, instituições, teorias e instrumentos jurídicos, e sua importância ultrapassa as querelas internas à profissão e ao Judiciário. Elas vão além da influência exercida dos juristas na sua condição de integrantes privilegiados da elite política e organizações do Estado. Elas se dão, sobretudo, pelo fato de que esses conflitos jurídico-normativos dão-se sobre a maneira pela qual a ordem política se conforma em seus fundamentos, formas de organização, instrumentos e objetivos. O material jurídico apropriado para a pesquisa contém, num certo sentido, ao menos uma ‘teoria predominante do direito, do estado e da sociedade’ e, nas suas características concretas, esse material veicula o resultado de conflitos e tensões entre elites políticas, juristas e os conflitos sociais. Assim, o material jurídico estatal traz consigo as pretensões estatais de se configurar enquanto uma ordem justa, apresentando-se como um ‘edifício’ acabado cuja composição comporta tanto as ideias de unidade e generalização das relações sociais, quanto por as marcas dos conflitos por meio dos quais essa ordem se conformou. Além disso, carrega a reflexão sobre a regra de juízo, que corresponde às condições e possibilidades de certa forma de vida em comum (EWALD, 1993).

Quanto ao segundo ponto, uma concepção centrada nas práticas sociais pode vir a atribuir caráter mais fundamental, com anterioridade temporal e preponderância causal, dos costumes e formas de vida em comum

para a produção do direito, enquanto a produção normativa estatal teria condição secundária, de resposta, adaptação ou estratégia a processos sociais, que lhes seriam externos. Nesse ponto, o momento da positividade do direito não seria sua instituição estatal, mas a sua inserção no social. O direito não seria legislado, organizado e praticado pelas burocracias estatais, e sistematizado teoricamente pelos juristas profissionais, mas a diversidade de costumes e de espaços de produção e reflexão pelas práticas sociais.

Esse tipo de abordagem seria o contraponto das teorias adotadas por juristas–historiadores e doutrinadores, cuja reação seria a de ignorar ou acentuar as dissonâncias. Um primeiro aspecto seriam equívocos terminológicos, pois são utilizados os mesmos termos para tratar de dimensões completamente diferentes e dissociadas da sociedade. Os equívocos terminológicos são inevitáveis, e provavelmente irremediáveis. Outro problema é que o paralelismo de perspectivas: levaria a uma confrontação desqualificadora ou redutora das perspectivas.

Por exemplo, uma objeção evidente que os doutrinadores levantariam é baseada nas diferenças das tradições jurídicas (*common law* e *civil law*). Análises como a de Edward Thompson (1987) seriam viáveis apenas por terem como pressuposto a tradição jurídica do *common law*, na qual se atribui ao juiz o papel de ‘encontrar’ um direito historicamente constituído pela sociedade e de dar-lhe expressão normativa, de modo que seja compatível com as normas postas pelos julgamentos precedentes. A identidade do juiz seria muito mais próxima dos contextos locais, pelo sistema dos jurados e dos juízes de paz. No Brasil, pelo contrário, a tradição seria o *civil law*, o direito legislado, segundo o qual a decisão do juiz é vinculada à lei e no qual é proibida a criação de normas gerais pelas decisões judiciais. E, apesar de o júri e o juizado de paz terem sido adotados no Brasil, sua influência foi reduzida, por diversos motivos, como as limitações legislativas logo introduzidas pelas reformas da organização judiciária e do

processo e influência intelectual do juiz profissional sobre os leigos, fatores que teriam circunscritas a presença e a atuação de juízes leigos às bordas do sistema judicial. Assim, uma perspectiva ‘legalista’ veria na variedade normativa posta em relevo pelas pesquisas historiográficas apenas como um aspecto inerente ao processo de aplicação das leis gerais a situações concretas, a expressão de mudanças legais ou teóricas no direito dos juristas ou efeito de condições locais específicas ao Brasil, como o iletrismo, a presença de juízes leigos e pressões políticas sobre juízes e bacharéis.

Ainda, nessa hipotética objeção, o doutrinador ou jurista-historiador reconheceria que aquela variedade normativa poderia ser a expressão de costumes em comum, formas de vida locais. No entanto, teria sido conceituada de forma equivocada pelos historiadores sociais como ‘direito(s)’, visto que não seriam mais do que costumes locais ‘naturalmente variados num país de dimensões continentais’, sem maiores consequências, uma vez que, tecnicamente, seriam muito secundários como fontes do Direito.

Não seria difícil mostrar os equívocos de uma linha de raciocínio assim esboçada, a começar pela contraposição das duas tradições jurídicas, modelos simplificadores formulados para fins dos próprios juristas, e, em seguida, a caracterização da tradição jurídica brasileira como de *civil law*. Poder-se-ia apontar que, no século XIX não tínhamos um elemento central do sistema – o código civil, a presença dos juristas profissionais nas instituições judiciais era limitada, não havia burocracias públicas, a academia de direito formulara precariamente doutrinas para fornecer teorias e conceitos para resolver problemas jurídicos etc. Mas não é o caso desenvolver esses pontos aqui.

Em relação ao terceiro ponto, há pesquisas em História Social se colocam no campo da História do Direito e demonstram interesse em contribuir para a área (GRINBERG, 2006, p. 104). Têm ‘entrado nos tribunais’, considerando-os como palcos de conflitos sociais e com consequências práticas

relevantes. Aproximam-se do que, em Ciência Política e Sociologia do Direito, denomina-se a abordagem da mobilização do direito (McCANN, 1999; 2010), ao vincular inovações interpretativas a estratégias políticas de grupos sociais que buscam promovê-las enquanto teses nos processos judiciais, e ao incorporar a dimensão subjetiva dos sujeitos, as suas concepções de justiça e de boa vida. As análises são atentas à dimensão argumentativa dos litígios, valorizando os materiais jurídicos, que são tornados objeto de análise. Mostram-se inovações jurisprudenciais, deslizes interpretativos e colocam em relevo as dimensões políticas e sociais implícitas nas questões jurídicas tratadas. Porém, o direito não adquire densidade teórica enquanto objeto de reflexão. Inovações jurisprudenciais são enfocadas em termos estratégicos e dos seus impactos sociais ou políticas. As interpretações jurídicas são rebatidas em suas dimensões políticas ou sociais, sem problematizá-las do ponto de vista das teorias e da prática dos juristas nem o impacto desses eventos para as concepções de direito dos juristas e a construção do direito estatal.

Grinberg analisa ações da Relação do Rio de Janeiro, identificando na década de 1850 uma virada jurisprudencial sobre a anulação da alforria por ingratidão, passando-se a utilizar regra jurídica favorável à liberdade dos escravos.⁹ Em 1862, o STJ adotou uma “interpretação mais abrangente, desprezando seu significado original, descontextualizando-o de um evento específico e localizado no tempo, para utilizar as razões expostas na letra da lei, atualizando-os” (GRINBERG, 2006, p. 113).

Essa virada na interpretação da lei também teria sido feita por Perdígão Malheiro. Ela aponta esse procedimento como a reinterpretação e reinvestimento sobre o *corpus* legal existente, o que permitia compatibilizá-lo com a extinção da escravidão, ou, ao menos, impedir a passagem da liberdade à escravidão, situação

9 Trata-se do Alvará de 10 de março de 1682, sobre a repressão aos quilombolas do Palmares, que determinou que todos aqueles que fossem escravos antes de irem ao quilombo, voltariam a sê-lo fixando o prazo de cinco anos para que os senhores os reclamassem (GRINBERG, 2006, p. 108).

contrária à cidadania e às concepções da época. Na década de 1860, os juízes passaram a aceitar determinados argumentos favoráveis à liberdade, modificando os critérios de interpretação das leis, em prejuízo de outros argumentos que passaram a serem abandonados (GRINBERG, 2006, p. 113-114; 119).

Essas decisões reforçaram a tendência de aumento das demandas dos escravos por liberdade e evidenciam a ilegitimidade da escravidão perante os juízes e tribunais. Ela conclui afirmando que os tribunais de justiça “realmente exerceram papel importante para a obtenção da alforria de escravos africanos e seus descendentes”, questionando teses simplificadoras das relações entre juristas e interesses escravistas. O Estado e os tribunais eram espaços em que escravos poderiam fazer valer direitos e as ações de liberdade eram “expressão de luta por direitos realizada por escravos e seus descendentes”. Nelas, as demandas eram tornadas públicas e era explicitada a necessidade de regulamentação jurídica das relações civis. As ações teriam, então, contribuído para a “expansão da esfera pública, por solicitarem a atuação do Estado”. E, ainda, foram instrumentos para que os advogados e juízes abolicionistas tomassem de assalto e criassem nova jurisprudência sobre questões de escravidão e liberdade”. Os tribunais eram, então “um palco no qual suas [dos escravos e libertos] reivindicações eram mais ouvidas do que as dos seus senhores” (GRINBERG, 2006, p. 124-125).

Assim, a autora identifica a virada jurisprudencial em tribunais superiores, analisando-a do ponto de vista de seu significado para os juristas e dos seus efeitos para as estratégias de luta dos escravos e advogados favoráveis à abolição.¹⁰ No entanto, a virada enquanto tal, e as mudanças jurídicas de que ela era produto e expressão, não são tornados objeto de análise. Atribui a uma mudança na percepção dos juristas quanto à legitimidade da escravidão – ou, pelo menos, da ilegitimidade da re-escravização – e qualifica a virada

¹⁰ Ver também Mamigonian (2006) e Azevedo (2006).

jurisprudencial como uma “interpretação política da legislação”, considerando, implicitamente que haveria uma ‘interpretação técnica’, adequada.

A virada jurisprudencial ocorre num contexto – do qual a própria obra de Perdígão Malheiro é produto – em que o governo imperial tomava iniciativas legislativas para a abolição gradual. Assim, fica, por um lado, a indagação das relações entre a nova interpretação e a estratégia política dos dirigentes imperiais. Por outro lado, os processos judiciais fornecem materiais para analisar as bases e implicações dessas mudanças para a prática jurídica. Seria relevante analisar as consequências para os institutos jurídicos (a começar pelas regras processuais das ações de liberdade) nessa situação em que se confrontam e combinam teorias e doutrinas antagônicas sobre o princípio de liberdade como base para a interpretação das leis. A mudança na sensibilidade dos não se dá de forma homogênea entre os juristas e muitas vezes um mesmo jurista assume posições diferentes conforme as questões em debate. Isso produz teorias e argumentos conflitantes ao longo do tempo, mas também composições com as quais se produzem inovações técnicas e conceituais para os problemas jurídicos. Um dado interessante é que o sucesso relativo das ações contra re-escravização mantém-se constante, em torno de 55%, nos períodos 1831-1850 e 1851-1870, apesar de o número de ações de manutenção de liberdade ter quadruplicado, enquanto o crescimento das ações de escravidão era constante (cf. GRINBERG, 2006, p. 119-120). Ou seja, o uso crescente de ações de manutenção não foi acompanhado de maior porcentagem de resultados favoráveis à liberdade. Isso pode indicar o acolhimento dos juristas às demandas de novo tipo, a força das posições contrárias às interpretações favoráveis à liberdade, apesar da diversidade de questões postas nos processos ou de formações do tribunal.

Em suma, há o risco de que, apesar dos avanços teóricos e da contribuição das pesquisas nos diversos campos, a dualidade entre juristas

historiadores e de história social continue a se reproduzir. Podem se configurar duas perspectivas de pesquisa antagônicas em História do Direito: os juristas historiadores concentram-se em textos legais, nas instituições estatais e na produção intelectual das academias de Direito, enquanto os historiadores sociais enfocam o ‘direito popular’, com estratégias de pesquisa e materiais diversificados, e que enfatizam a normatividade elaborada nas práticas sociais.

Conclusão

As duas perspectivas devem ser combinadas enquanto momentos complementares de História do Direito. A análise crítica dos materiais jurídicos oficiais é um momento ‘instrumental’ da pesquisa, tanto em ciência política como em história social, para evitar que sejam naturalizadas teorias e conceitos elaborados pelos juristas, que estão presentes nas práticas sociais, na medida em que os agentes os adotam de forma mais ou menos elaborada, refletida, antagonizada. Esse momento é necessário para que as mediações e inflexões entre ‘direito oficial’ e ‘direito popular’ sejam evidenciadas, o que terá efeitos para a própria construção da pesquisa e a análise dos resultados.

Por outro lado, para o pesquisador interessado na História do Direito dos juristas, um olhar sobre o social e a política é necessário para que o pesquisador se afaste dos conceitos e problemas da tradição jurídica na qual foi formado. Com isso, ele critica teorias, pressupostos teóricos e narrativas ‘nativas’, elaborados pela doutrina para produzir efeitos práticos na atuação profissional dos juristas. Nesse ponto, a pesquisa política ou sociológica permite evidenciar as relações entre os materiais jurídicos ‘oficiais’ e outras dimensões sociais, com suas próprias estruturas e dinâmicas. As teorias dos juristas tornam-se parte dessas dimensões, em alguns aspectos fundamentais, o que significa que o pesquisador tem a oportunidade de atribuir-lhes novos significados e efeitos.

Até esse ponto configura-se uma espécie de história política ou história social do direito oficial, que evidencia suas raízes e efeitos políticos e sociais. Mas é possível tomar os resultados dessas pesquisas e elaborar uma análise sobre a própria conformação das normas legais, os institutos, conceitos e técnicas que são conformados pela prática e a reflexão teórica dos juristas profissionais. Desse ponto de vista, e de uma forma provocativa, os resultados das pesquisas em História Social tornam-se material privilegiado para a História do Direito, evitando-se a redução do direito à sua dimensão estratégica-instrumental. Com pesquisas desse gênero, a história do direito brasileiro enfoca a nossa tradição jurídica enquanto produção normativa institucionalizada politicamente, mas também socialmente enraizada.

Assim, será possível iniciar uma discussão sobre a própria força do Direito nas reivindicações sociais e nas práticas institucionais no Brasil. A redução instrumental e a oposição das perspectivas de História do Direito inviabilizam até mesmo a formulação de uma problemática mais geral, a da força do direito na instituição política da sociedade brasileira. A imagem unitária do direito oficial e sua diversidade nas práticas devem ser colocadas em diálogo para se pesquisar as especificidades do direito brasileiro.

Referências

- ALVES, José Carlos Moreira. A evolução do controle da constitucionalidade no Brasil. In: TEIXEIRA, S. D. F. (Ed.). *As Garantias do cidadão na Justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993. p.1-14.
- AZEVEDO, Elciete. Para Além dos Tribunais - Advogados e Escravos no Movimento Abolicionista em São Paulo. In: LARA, S.; MENDONÇA, J. (Ed.). *Direitos e justiça no Brasil*. Campinas: Unicamp, 2006. p.199-238.
- BALEEIRO, A. *O Supremo Tribunal Federal - esse outro desconhecido*. Rio de Janeiro: Forense, 1968.
- BERCOVICI, G. Tentativa de instituição da democracia de massas no Brasil: instabilidade constitucional e direitos sociais na Era Vargas (1930-1964). In:

FONSECA, R; SEELAENDER, A. (Ed.). *História do Direito em perspectiva*. Do Antigo Regime à Modernidade. Curitiba: Juruá, 2008. p.375-414.

BITTAR, Eduardo. *História do Direito brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2003.

BONAVIDES, Paulo. *Direito Constitucional*. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

BRINKS, Daniel. 'Faithful Servants of the Regime': the Brazilian Constitutional Court's Role under the 1988 Constitution. In: HELMKE, G.; RÍOS-FIGUEROA, J. (Ed.). *Courts in Latin America*. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2011. p.128-153.

CITADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva*. Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

CLÊVE, Clemerson M. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no Direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

DULTRA DOS SANTOS, Rogério. Francisco Campos e os fundamentos do Constitucionalismo Antiliberal no Brasil. *Dados*. Rio de Janeiro, v. 50, n. 2, p. 281-323, 2007.

EWALD, François. *Foucault, a Norma e o Direito*. Lisboa: Vega, 1993.

GRINBERG, Keila. Reescravização, direitos e justiças no Brasil do século XIX. In: LARA, S.; MENDONÇA, J. (Ed.). *Direitos e justiças no Brasil*. Campinas: Unicamp, 2006. p.101-128.

HESPANHA, António M. *A História do Direito na História Social*. Lisboa: Livros Horizonte, 1978.

HESPANHA, António M. *Cultura jurídica europeia -síntese de um milénio*. Lisboa: Europa-América, 2003.

HESPANHA, António M. *Guiando a Mão Invisível*. Direitos, Estado e Lei no Liberalismo Monárquico Português. Coimbra: Almedina, 2004.

IPSA. *International Political Science Review*, v. 15, n.2, abr. 1994.

KAIRYS, David (ed). *The Politics of Law*. A progressive critique. 3a. ed. Philadelphia: Basic Books, 1998.

KAPISZEWSKI, Diana. How Courts Work: Institutions, Culture, and the Brazilian *Supremo Tribunal Federal*. In: COUSO, J.; HUNEEUS, A. *et al* (Ed.). *Cultures of Legality - Judicialization and Political Activism in Latin America*. Cambridge, UK: Cambridge University Press 2010. p.51-77.

KAPISZEWSKI, Diana. Power Broker, Policy Maker, or Rights Protector? The Brazilian Supremo Tribunal Federal in Transition. In: HELMKE, G.;

RÍOS-FIGUEROA, J. (Ed.). *Courts in Latin America*. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2011. p.154-186.

KELMAN, Mark. *A guide to critical Legal Studies*. Cambridge: Harvard University Press, 1987.

KOERNER, Andrei. A análise política do Direito, do Judiciário e da doutrina jurídica In: WANG, D. W. L. (Ed.). *Quando Têmis Encontra seu Príncipe: diálogos entre Ciência Política e Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2012 (no prelo).

KOERNER, Andrei. *Habeas Corpus, prática judicial e controle no Brasil (1841-1920)*. São Paulo: IBCCrim, 1999a.

KOERNER, Andrei. Nômades, provincianos, fronteiriços: reflexões sobre a institucionalização acadêmica da História do Direito no Brasil. In: FONSECA, R.; SEELAENDER, A. (Ed.). *História do Direito em perspectiva*. Do Antigo Regime à Modernidade. Curitiba: Juruá, 2008. p.437-448.

KOERNER, Andrei. O Direito numa sociedade periférica: algumas observações sobre a formação da tradição jurídica brasileira. *Cadernos da Pós-Graduação em Direito da UFPa*. Belém, n. 10, p. 129-254, Jan./ Jun. 1999b.

KOERNER, Andrei. Sobre o controle da constitucionalidade no Brasil pós-88 – O “Modelo Misto” em questão. *34º Encontro Anual da ANPOCS, - Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Ciências Sociais*. Caxambu/MG, 2010.

KOERNER, Andrei; INATOMI, Celly; BARATTO, Márcia. Sobre o Judiciário e a Judicialização. In: MOTA, M.; MOTTA, L. E. (Ed.). *O Estado democrático de Direito em questão - Teorias Críticas da judicialização da política*. Rio de Janeiro: Campus-Elsevier, 2010. p.149-180.

LARA, Silvia; MENDONÇA, Joseli. Apresentação. In: LARA, S.; MENDONÇA, J. (Ed.). *Direitos e justiça no Brasil*. Campinas: Unicamp, 2006. p.9-22.

LOPES, José Reinaldo Lima. *O oráculo de Delfos*. O Conselho de Estado no Brasil Império. São Paulo: Saraiva, 2010.

LYNCH, Christian E. C. Entre o liberalismo monárquico e o conservadorismo republicano: a democracia impossível de Rui Barbosa. *Revista da Emarf*. Cadernos Temáticos. Rio de Janeiro, v. espec., p. 39-66, dez. 2010.

LYNCH, Christian E. C. O discurso político monarquiano e a recepção do conceito de Poder Moderador no Brasil (1822-1824). *Dados*. Rio de Janeiro, v. 48, n. 3, p. 611-653, 2005.

LYNCH, Christian E. C. Poder Moderador e modernização no debate político brasileiro (1889-1930). *4o. Encontro Nacional da ABCP - Associação Brasileira de Ciência Política*. Rio de Janeiro, 2004.

MACIEL, Débora A.; KOERNER, Andrei. Sentidos da judicialização da política: duas análises. *Lua Nova*. São Paulo, n. 57, p.113-134, 2002.

MAMIGONIAN, Beatriz G. O Direito de ser africano livre. Os escravos e as interpretações da Lei de 1831. In: LARA, S.; MENDONÇA, J. (Ed.). *Direitos e justiça no Brasil*. Campinas: Unicamp, 2006. p.129-160.

McCANN, Michael. How the Supreme Court Matters in American Politics: new institutionalist perspectives. In: GILLMAN, H. C. (Ed.). *The Supreme Court in American Politics*. New Institutional Interpretation. Lawrence: Kansas University Press, 1999. p.63-97.

McCANN, Michael. Poder Judiciário e mobilização do direito: uma perspectiva dos 'usuários'. *Revista da Emarf*. Cadernos Temáticos. Rio de Janeiro, v. espec., p. 175-196, dez. 2010.

MENDES, Gilmar F. *Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 5ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

PALU, Oswaldo L. *Controle de constitucionalidade: conceitos, sistemas e efeitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

PRILLAMAN, William C. *The Judiciary and Democratic Decay in Latin America: declining confidence in the rule of law*. Westport: Praeger Publishers, 2000. p. 75-110.

SAMPAIO, Jose Adercio Leite. *A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SANTISO, Carlos. Economic reform and judicial governance in Brazil: balancing independence with accountability. In: GLOPPEN, S.; GARGARELLA, R.; et al (Ed.). *Democratization and the Judiciary*. The accountability function of courts in New Democracies. Londres: Frank Cass, 2004. p.161-180.

SANTOS, Boaventura S. O Direito e a comunidade: as transformações recentes do poder do Estado nos países capitalistas avançados. *Revista Crítica de Ciências Sociais*. Coimbra, v.10, p.9-40, 1982.

SANTOS, Boaventura S. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. São Paulo: Cortez, 1995.

SANTOS, Boaventura S.. Room for manoeuver: Paradox, Program, or Pandora's Box. *Law and Social Inquiry*. Chicago, n.14, p.149-64, 1989.

SEELAENDER, Airton. Juristas e ditaduras: uma leitura brasileira. In: FONSECA, R.; SEELAENDER, A. (Ed.). *História do Direito em perspectiva*. Do Antigo Regime à Modernidade. Curitiba: Juruá, 2008. p.415-433.

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 16ª. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

SLAIBI FILHO, Nagib. *Breve história do controle de constitucionalidade*. Disponível em: [http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Nagib%20Slaibi%20Filho%20\(5\)%20-formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Nagib%20Slaibi%20Filho%20(5)%20-formatado.pdf). Acessado em: 12 jun. 2012. 26 p.

TATE, Neal; VALLINDER, Torbjorn. *The global expansion of judicial power*. New York: New York University Press, 1995

THOMPSON, Edward P. *Senhores e caçadores*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

VELOSO, Zeno. *Controle jurisdicional de constitucionalidade: atualizado conforme as Leis 9.868 de 10.11.1999 e 0.882 de 03.12.1999*. 2ª.ed., rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

VIANNA, Luis W. *et all. A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

VIANNA, Luís W. O Terceiro Poder na Carta de 1988 e a tradição republicana: mudança e conservação. In: OLIVEN, R. G.; RIDENTI, M; *et al* (Ed.). *A Constituição de 1988 na vida brasileira*. São Paulo: Hucitec/Anpocs, 2008. p.91-109.

WEHLING, Arno; WEHLING, Maria José. *Direito e Justiça no Brasil Colonial. O Tribunal da Relação do Rio de Janeiro (1751-1808)*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.