

HISTÓRIA CONTEMPORÂNEA DO DIREITO E SOCIOLOGIA HISTÓRICA*

Mario G. LOSANO

1. ENCERRAM-SE O SÉCULO E O MILÊNIO: TEMPO DE BALANÇOS

Nessa última década de nosso século e de nosso milênio terminou também na vida quotidiana a Segunda Guerra Mundial que, nos campos de batalha, se concluíra cinquenta anos antes. Com a queda do mundo soviético, inteiros Estados deixaram de existir - a própria União soviética, a Tchecoslováquia, a Iugoslávia -, enquanto outros surgiram. Do ponto de vista jurídico, somente o fenômeno que investira as potências coloniais por volta de 1968 se assemelha a esta situação: de fato, com o processo de descolonização, inteiros setores do ordenamento normativo deixaram de ser direito vigente e se tornaram direito histórico. Com o término da Segunda Guerra mundial, nas universidades italianas, as cátedras de "direito colonial" se transformaram em "História e instituições dos países afro-asiáticos". Hoje, de modo análogo, as matérias denominadas "Direito dos Estados socialistas" ou equivalentes vivem um processo de progressiva historicização, paralelo ao processo de progressiva extinção de seu objeto.

(*) Agradeço a Marcela Varejão, colaboradora da minha cátedra de Teoria Geral do Direito na Universidade de Milão e doutoranda de pesquisa na mesma Universidade, a tradução deste escrito para o português.

Como juristas, vivemos, assim, numa época na qual podemos estudar ao vivo a passagem de completos sistemas jurídicos - embora de grande complexidade - da condição de sistemas de direito vigente a sistemas de direito histórico. É natural perguntar-se quais específicas tarefas esta situação especial apresente ao jurista. Por isso, o tema da minha comunicação é a história contemporânea do direito (enquanto disciplina que usa uma metodologia histórica, ou seja, que se ocupa do passado) nas suas relações com a sociologia histórica (que se ocupa do presente, com uma metodologia própria) e com a filosofia do direito (naquele setor que indaga sobre os valores colocados como fundamento de um sistema jurídico, seja ele histórico ou vigente).

O tema é vastíssimo; limito-me nesta sede, por isso mesmo, a poucas considerações, esperando poder desenvolvê-las em um escrito futuro.

2. O FINAL DO MUNDO BIPOLAR VISTO DA ITÁLIA E DA ALEMANHA

No contexto europeu, na Alemanha e na Itália o final do mundo bipolar provocou duas cisões igualmente profundas, mas substancialmente diversas.

Na território alemão, em 3 de outubro de 1989, a República Democrática Alemã cessava formalmente de existir e seu território passava a fazer parte da (ou retornava à) República Federal Alemã. Um inteiro e complexo ordenamento jurídico deixava de ser vigente e se tornava direito histórico, como já acontecera com o ordenamento da República de Weimar, do Império Otomano ou da época de Tokugawa.

Na Itália, a cisão foi menos decisiva, mas igualmente radical: as eleições de 5 de abril de 1992 e a intervenção dos juízes de Milão eliminaram uma classe política que estava no poder (ou na oposição) há quase cinquenta anos, isto é, desde o final da Segunda Guerra Mundial.

A Alemanha sentira de modo direto a crise do comunismo; a Itália, indiretamente, mas de modo não menos intenso: em 1991, dissolvia-se o mais forte e menos ortodoxo partido comunista do Ocidente, o qual, todavia, a divisão em blocos do mundo havia impedido toda e qualquer participação no governo central de um Estado onde um terço dos habitantes votavam a seu favor.

Na Itália, os eventos políticos tendem a ser mais lentos e mais confusos do que na Alemanha. Não por acaso, os americanos, referindo-se à Itália, usam o verbo *to creep* ("arrastar-se"). O maio de 1968 italiano durara até 1977: era um "*creeping May*". Nos anos Oitenta, a inflação com duas cifras subira e descera lentamente: era uma "*creeping inflation*". Nos anos Noventa, a mudança política tem ocorrido com tempos longos e de modo retorto: é uma "*creeping revolution*". O resultado é, todavia, claro: o cinqüentenário democrático terminou.

Nesta atmosfera de "*redde rationem*", a história contemporânea celebra seu momento de glória como se todos - protagonistas e testemunhas - sentissem a necessidade de fixar os próprios pontos de vista sobre esse momento crucial. Por outro lado, toda história já foi história contemporânea de uma certa sociedade, antes de deslizar no passado. E quem vive esses períodos permanece fascinado precisamente com a percepção da velocidade dessa precipitação no passado: por um breve espaço de tempo, a história não se move mais segundo os tempos geológicos, ao contrário, precipita.

A esta peculiaridade do momento atual se acrescenta o dado de fato que nosso século está terminando: destarte, muito existe para estudar e para reordenar. A história moderna - que, por convenção, vai, aproximadamente, de 1492 a 1918 - é extraordinariamente longa e rica. Contudo, a história do século XX, com respeito à sua duração puramente temporal, se agigantou com as revoluções tecnológicas: em primeiro lugar, a revolução dos transportes e das comunicações. A aceleração e a globalização dos eventos por elas próprias provocados fizeram nascer e prosperar a história contemporânea. Como disciplina autônoma, sua data de nascimento pode ser fixada sem tantas dúvidas

no término da Segunda Guerra Mundial. Entretanto, mais complexo é estabelecer seu âmbito cronológico, ou seja, a partir de quando inicia o período objeto de seus estudos.

Na Alemanha federal, esta data-limite pode ser identificada com o período 1917-18, enquanto na República Democrática Alemã, a época contemporânea coincidiria com o ano de 1945. A França coloca no centro da cisão a Revolução francesa, distinguindo, porém, uma "histoire contemporaine" (1789-1939) e uma "histoire du temps présent" (a partir de 1939). É possível encontrar outras datas no mundo anglo-saxão e na história das Américas.

Mesmo considerando que a América do Sul é o continente culturalmente mais próximo da Europa continental, as subdivisões de sua história não coincidem com as subdivisões européias. Partindo da idade antiga das civilizações pré-colombianas, passa-se à idade moderna das Grandes Conquistas: não existe um Medievo sul-americano. Para a história moderna e contemporânea, o ponto de partida de uma possível cronologia política desta área são as guerras de independência das metrópoles espanhola e portuguesa (1810-1825), seguidas pela consolidação institucional de cada um dos Estados nacionais (1825-1850). A época contemporânea tem raízes na afirmação progressiva de um capitalismo fundamentado na exportação, que gerou sistemas políticos oligárquicos (1850-1880). Seu início coincide, todavia, com a maturidade desse sistema política-econômico (1880-1930). As décadas seguintes são caracterizadas pela crise no sistema capitalista de exportação (1930-1950), à qual sucede uma crise permanente dos Estados latino-americanos (1950-1970)¹. Assim, a história contemporânea do direito latino-americano não pode receber uma periodização européia; precisa construir uma para si².

A mesma constatação vale para outros importantes sistemas jurídicos extraeuropeus.

Em geral, a Primeira Guerra Mundial, ponto de referência privilegiado para os historiadores contemporâneos europeus, não é uma data relevante para a história, por exemplo, da China e do Japão e, conseqüentemente, nem para a periodização das histórias jurídicas recentes desses dois países³.

Porém (aceita a data-limite da Primeira Guerra Mundial e circunscrevendo-nos á Europa), o correr do século apresentou o problema de mais divisões. Bracher propôs, por exemplo, uma "dupla história contemporânea" ("doppelte Zeitgeschichte"), onde as cisões são representadas pelas duas guerras mundiais: 1917-18 e 1945⁴.

É supérfluo acrescentar que tais incertezas se refletem ainda na determinação da época objeto da história contemporânea do direito, com a complicação de que nem sempre as grandes cisões históricas coincidem com as grandes cisões jurídicas.

Dentro da história contemporânea, com efeito, a história jurídica, comparada à história política, se moveu com um certo atraso, em parte, devido à tradição universitária européia, que faz da história ao direito uma matéria principalmente meáievalista; em parte, pela viscosidade do direito, que tende a conservar suas próprias formas para além dos confins que a história a ele assinala. Assim é que o código penal da Itália fascista ainda vive na Itália republicana originária do antifascismo; e o código civil alemão ao 1900 permaneceu em vigor com as formas de Estado imperial e republicana, comunista e liberal-democrática.

Nos últimos anos, contudo, começou a tomar corpo uma história contemporânea do direito como nova matéria jurídica de contornos metodológicos e epistemológicos ainda em discussão. "São fluidos seus confins com a ciência política" ("Die Grenzen mit der Politikwissenschaft sind fliessend"), informa a Brockhaus Enzyklopädie, (rubrica Zeitgeschichte, 1994). Igualmente incertos são também os confins da história contemporânea do direito com a sociologia, com a teoria política e com a filosofia do direito.

3. O RECENTE DEBATE ALEMÃO SOBRE A HISTÓRIA CONTEMPORÂNEA DO DIREITO

Embora em passado alguns juristas juspositivistas com interesse histórico, ou alguns historiadores com interesse jurídico, tivessem desenvolvido pesquisas ocasionais de história contemporânea

do direito, somente com o término da Segunda Guerra Mundial a história contemporânea do direito inicia oficialmente. Neste contexto, na Itália, foi estudada a história (também jurídica) do fascismo, mas, sobretudo, a história da Resistência, à qual foram dedicados Institutos e publicação ímpares em toda a Europa⁵. Para a Espanha e Portugal, a data da história contemporânea tende a atingir o final das ditaduras de Franco e de Salazar. Na Alemanha, em 1949 foi instituído em Munique o "Instituto alemão da história da época nacional-socialista" ("Deutsches Institut für die Geschichte der nationalsozialistischen Zeit"), denominado desde 1952 "Instituto de história contemporânea" ("Institut für Zeitgeschichte")⁶. Restando na Alemanha, a expressão "história contemporânea do direito", parece ter sido utilizada pela primeira vez por Robert Scheyning, em 1968.

Tal interesse se exprimira também nas numerosas publicações periódicas. Em 1979, fora fundada a "Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte": uma revista austro-helvécio-alemã, especificamente dedicada à história contemporânea do direito. Os "Materiali per una storia della cultura giuridica" (fundados pelo saudoso Giovanni Tarello em 1971), os "Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno" de Paolo Grossi (fundados em 1972), o "Rechtshistorisches Journal" de Dieter Simon (fundado em 1982) freqüentemente têm publicado ensaios sobre a história jurídica do século XX. A denominação "história contemporânea do direito" retornou, depois, em 1985, também no título de um escrito de Diethelm Klippel⁷. Em suma, a nova disciplina vem sendo consolidada nos fatos.

Seu reconhecimento formal ocorreu com uma interessante medida de política cultural. Em 1992, a "Volkswagen-Stiftung", de Hannover - que entre os seus projetos conta ainda com um programa de "Novas Cátedras" - entrou em convênio com a Universidade de Frankfurt para financiar os primeiros cinco anos de uma cátedra de história contemporânea do direito. Após aquele período, a matéria deveria ser lecionada numa pré-existente cátedra de história do direito, entrementes disponível devido à pensão do titular. Deste modo, a matéria fora estavelmente inserida - pela primeira vez - em um currículo universitário alemão.

Em maio de 1992, sete candidatos à cátedra apresentaram em um breve relatório as respectivas concepções sobre o novo ensino.

Destes relatórios, derivou um opúsculo que sintetizava o estado e as aspirações da história contemporânea do direito na Alemanha⁸, abrindo um debate sobre o "status" destes estudos.

4. A HISTÓRIA CONTEMPORÂNEA DO DIREITO: DISCIPLINA HISTÓRICA OU DISCIPLINA JURÍDICA?

Ao contrário de outros autores a ele sucessivos, Klippel vê na história contemporânea do direito um meio para melhor compreender o direito vigente e sua ciência. Esta concepção comporta uma definição bem mais ampla de âmbito cronológico da matéria, diferente da aceita pela corrente que vê na história contemporânea do direito uma área especializada da clássica história do direito (corrente que, para simplificar, identificamos com Michael Stolleis, embora seja seguida por outros autores, como Diestekamp e Dilcher).

Aceitando a posição de Klippel, a história contemporânea do direito pode compreender até mesmo o direito antigo, desde que tal direito contenha elementos que contribuam para explicar o direito vigente. Mas nem todo tema de direito antigo seria relevante: seria objeto de pesquisa somente a parte relativa ao direito vigente. Se, todavia, seguindo o caminho de Stolleis, se aceita a definição de história contemporânea do direito como segmento da história jurídica geral, será preciso seguir as clássicas divisões da ciência histórica: à história contemporânea do direito seria, então, reservado o século XX. Entretanto, dentro de um campo de estudos assim limitado, poderiam ser objeto de estudo todos os fenômenos jurídicos, independentemente de sua relevância para o direito vigente. Em resumo, a posição de Klippel é "ilimitada no tempo, mas limitada no objeto" ("zeitlich unbeschränkt, in der Fragestellung beschränkt"), enquanto a de Stolleis é "limitada no tempo, mas ilimitada no objeto" ("zeitlich beschränkt, in der Fragestellung unbeschränkt")⁹.

Em linhas gerais, hoje, a concepção de Stolleis parece ser dominante. Assim, o início de nosso século é considerado o confim entre o passado e o presente, ou seja, entre a história clássica e a história contemporânea, em particular, entre a tradicional história do

direito e a história contemporânea do direito. Esse confim está profundamente marcado na consciência dos historiadores do direito. Stolleis recorda que a mais importante revista histórico-jurídica da Alemanha publicou pela primeira vez em 1986 um artigo sobre um tema do século XX, que enlaçava um problema jurídico da época nacional-socialista com a tradição da Escola Histórica do Direito¹⁰.

Não obstante a persistência das repartições tradicionais, e não obstante algumas polémicas¹¹, nos últimos vinte anos um crescente número de historiadores do direito se aventuraram para além das colunas de Hércules do século XIX. Multiplicaram-se, assim, as pesquisas monográficas sobre o direito nacional-socialista (sobretudo penal), o direito da República de Weimar e mesmo os mais recentes direitos económico, administrativo e constitucional.

Segundo Stolleis, este interesse pela história contemporânea do direito pode ter origem em três diversas razões.

Primeira razão: superação do passado. Para esta motivação, a análise da destruição do Estado de direito por parte do nacional-socialismo faz parte daquele mais amplo debate sobre a "superação do passado" ("Vergangenheitsbewältigung"), que preponderou na cena cultural das duas Alemanhas pós-bélicas, formalmente inquestionada até o surgimento do "revisonismo" de Ernst Nolte. O pressuposto teórico desta primeira razão é a fé na função educativa da história: a história é mestra da vida e ajuda a evitar a repetição das catástrofes passadas.

Segunda razão: melhor compreensão do direito vigente. A explicação histórica do direito passado ajuda a compreender melhor o direito vigente e, em certa medida, ajuda também a configurar o direito futuro. Stolleis faz remontar esta concepção à teoria jurídica da Escola Histórica do Direito: o direito teria suas leis imanentes de desenvolvimento, apreendidas através do exame histórico¹². E quando se fala de leis imanentes, retorna-se à boa e velha filosofia da história. Encontrá-la-emos falando sobre sociologia histórica e, de modo mais completo, na versão integral deste meu trabalho. Neste sentido, a história jurídica (e, conseqüentemente, também a história

contemporânea) seria uma ciência auxiliar do direito positivo. Este é o posicionamento de Klippel, que, no fundo, pensa em duas ciências históricas do direito: uma serve ao jurista positivo para melhor compreender o direito vigente (e é, desta forma, "de casa" nas Faculdades jurídicas), outra, se ocupa de todos os problemas histórico-jurídicos contemporâneos possíveis (e é, então, "de casa" nas Faculdades históricas). "(Os juristas teriam, assim, uma espécie de "oficina" histórica ("Die Juristen besößen also nur eine Art historische Servicestelle", Jan Schröder, p. 36). Destarte, existiriam duas histórias contemporâneas do direito, uma jurídica, e uma não jurídica.

Terceira razão: a histórica contemporânea do direito como setor especializado da ciência histórica geral. Afirma-se então que o fundamento "especificamente histórico" da história contemporânea do direito consiste em ser "a vanguarda especialista da clássica história do direito, vanguarda que segue os passos do presente" ("die der Gegenwart auf dem Fuße folgende fachliche Vorhut des klassischen Rechtsgeschichte"). A disciplina seria, assim, disciplina histórica, e não jurídica ("rechtlich geprägtes Segment der Geschichtswissenschaft", p. 12).

Das três razões que levam à existência da história contemporânea do direito, Stolleis prefere a terceira, que, porém, no seu escrito acima citado é, na minha opinião, mais enunciada do que discutida.

5. A ESTRUTURA DA HISTÓRIA CONTEMPORÂNEA DO DIREITO

A partir do debate de Frankfurt, emergem algumas características geralmente aceitas pela história contemporânea do direito: seu âmbito cronológico coincide aproximadamente com o século XX; seu método é histórico; seu objeto é o estudo do "surgimento, transmissão e realização do direito histórico no passado próximo e muito próximo, no contexto das respectivas situações políticas e sociais" ("Rechtsentstehung, Rechtsvermittlung und

Rechtsdurchsetzung der jüngeren und jüngsten Vergangenheit im Kontext der jeweiligen politischen und gesellschaftlichen Lage", Stolleis, p.12). Um programa deste tipo parece fortemente aparentado com algumas ciências sociais, em primeiro lugar a sociologia do direito, e com a filosofia do direito.

a) O âmbito cronológico da história contemporânea do direito

Como foi dito, em geral existe um difuso consenso em indicar o início do século XX como ponto de partida da época estudada pela história contemporânea do direito. Todavia, vários autores tendem a especificar ainda mais esta data, movendo-a para antes ou depois do início de nosso século, por motivos teóricos ou devido aos próprios interesses de pesquisa. Rückert corretamente sustenta que a data precisa do início das pesquisas da história contemporânea do direito deveria ser fixada com base no objeto da pesquisa, e não em abstrato. Mas também ele termina indicando como data "standard" o ano de 1918, embora seu interesse de pesquisador pudesse levá-lo a preferir um início em 1945.

Para Jan Schröder, os elementos unificantes na ciência jurídica são três (em ordem decrescente): as fontes jurídicas, o pensamento jurídico e, enfim, as instituições jurídicas (p. 37 s.). Analisando as fontes, para a Alemanha as várias histórias jurídicas atuais teriam início em datas diversas: a do direito privado, com o começo dos trabalhos para o BGB, em 1873; a do direito penal, com o Código Penal imperial ("Reichsstrafgesetzbuch") de 1871; a do direito processual, com as Leis imperiais sobre a administração da justiça ("Reichsjustizgesetze") de 1877; no direito constitucional, talvez fosse preciso retornar à primeira constituição imperial, enquanto no direito administrativo, poder-se-ia iniciar pela instituição dos tribunais administrativos de 1863. Para concluir, para Jan Schröder, a história contemporânea do direito deveria iniciar por volta de 1871, ou seja, ainda na época do Segundo Império. Teria lugar, assim, uma defasagem com relação à história política contemporânea, a qual sói iniciar em 1917.

E, neste ponto, convém limitar a exposição, visto que as oscilações variam de autor a autor e, com mais razão ainda, de Estado a Estado, de continente a continente.

b) As fontes da história contemporânea do direito

As fontes de pesquisa são aquelas tradicionais na pesquisa histórica, às quais se adicionam as fontes típicas de nosso século: "Imagens e fotografias, filmes e televisão, entrevistas aos protagonistas, memoriais, pesquisas de opinião e estatísticas sociais" ("Bild und Foto, Film und Fernsehen und Rundfunk, lebenden Zeugen in Interview und Aufzeichnung, Meinungsumfragen und Sozialstatistik")¹³. É, contudo, importante assinalar que estas fontes são, ao mesmo tempo, potentes meios para influenciar a realidade. O historiador contemporânea deve, então, exercitar uma crítica específica destas fontes, porque não raramente tais fontes terminam provocando o comportamento (social ou individual) que aparentemente descrevem. Imagine-se, por exemplo, o uso do rádio na propaganda nacional-socialista e fascista, ou da televisão nas eleições vencidas por Fernando Collor no Brasil e por Silvio Berlusconi na Itália. Imagine-se ainda o influxo que a televisão adquiriu no imaginário coletivo dos países comunistas, ao criar a legenda áurea do Ocidente capitalista, como na televisão alernã-federal captada na DDR, ou nos programas italianos recebidos na Albânia.

Estas novas fontes, segundo Jan Schröder, "não são de relevância assim tão grande" ("nicht so großer Bedeutung") para a história contemporânea do direito (p. 40). Na minha opinião, a importância dessas novas fontes depende do problema jurídico em exame. Por exemplo, numa pesquisa sobre as modificações legislativas no sistema eleitoral italiano, ou sobre a transformação do instituto do "referendum" no direito italiano, entre 1992 e 1995, não é possível prescindir da análise das mensagens televisivas¹⁴.

Este conjunto de fontes é, por um lado, mais limitado e, por outro, mais amplo, respeito àquele da história jurídica clássica.

O conjunto das fontes é mais limitado para a história contemporânea porque nem todo material de arquivo é acessível e,

quando o é, nem sempre já se encontra ordenado de modo definitivo. Além do mais, o segredo dos documentos é avaliado com critérios não uniformes: varia não apenas de Estado a Estado, como de repartição administrativa em repartição administrativa dentro do mesmo país.

Em muitas pesquisas, um obstáculo novo e imprevisto é constituído pelas leis sobre a proteção dos dados, que pode limitar o acesso a informações pessoais por parte dos estudiosos.

Na União Européia e em muitos Estados industrializados estas normas se aplicam seja aos bancos de dados informáticos, seja aos arquivos cartáceos. Este obstáculo se apresentara já nos anos Oitenta, sobretudo nas pesquisas de sociólogos e de médicos, mas também alguns historiadores se viram na situação de ter recusada a permissão de acesso a documentos de arquivo¹⁵. Levando em conta exatamente estas dificuldades, preocupei-me com a inclusão no meu projeto de Lei sobre o "privacy" de um artigo que também levasse em conta as exigências dos cientistas sociais e, portanto, dos historiadores do direito contemporâneo. Mas para os arquivos italianos o problema, por ora, não se põe, porque a Itália e a Grécia são os únicos Estados da União Européia aos quais ainda falta uma lei de proteção dos dados pessoais¹⁶.

O conjunto das fontes é, porém, mais amplo: além dos meios de comunicação já elencados, devem ser lembrados os bancos de dados - em linha ou fora de linha, em suportes ópticos ou magnéticos - e as fontes orais¹⁷.

No mundo contemporâneo, a comunicação visual ou falada tem, em muitos casos, substituído a comunicação escrita. O telefonema substituiu a correspondência; a gravação magnética ou em "videotape", o documento escrito. Nestes casos, a possibilidade de falsificação são vastíssimas e muito mais difíceis de reconhecer do que nas tradicionais fontes escritas.

Estas novas fontes devem ser avaliadas de acordo com critérios tecnológicos (para estabelecer sua confiabilidade) e sociológicos (para delas extrair informações corretas): mas basta um

tal enriquecimento metodológico para fundamentar a autonomia de uma nova disciplina?

c) O objeto da história contemporânea do direito

Vimos que o objeto da história contemporânea do direito são os pressupostos, a gênese e a eficácia das normas atuais nos respectivos contextos sócio-políticos. Sua finalidade é o conhecimento histórico dos eventos, e - em segundo lugar - também o auxílio dos juspositivistas. Ela aplica o método histórico às normas jurídicas, mas a ele não é vinculada, como ocorre, ao contrário, a quem aplica às normas o método jurídico.

Vejo a história contemporânea do direito semelhante àqueles "Destacamentos de história militar" criados pelos Estados Unidos no curso da Segunda Guerra Mundial. Eram compostos por especialistas (também universitários) mandados às grandes unidades operativas, com a missão de escrever "no calor dos eventos" o desenrolar da história, com autorização para interrogar os protagonistas e para aceder aos arquivos. Sem dúvida, eles escreviam a história do ponto de vista do príncipe; porém, ao mesmo tempo, preparavam um certo tipo de fonte da história futura.

De modo análogo - na minha visão - a história contemporânea do direito possui a missão de salvar os documentos (cartáceos ou informáticos, palavras ou imagens), avaliá-las criticamente, delinear sínteses iniciais, criar documentação complementar ou alternativa à oficial. Em suma, preparar fontes confiáveis para os futuros historiadores.

Esta remissão ao futuro de sínteses mais vastas e profundas não implica que a história contemporânea do direito seja menos história do que as outras histórias. É apenas uma consequência do problema estrutural que a história contemporânea do direito recebe da mais geral história contemporânea: a falta de distanciamento do objeto das próprias pesquisas.

6. A HISTÓRIA CONTEMPORÂNEA DO DIREITO E OS INSTRUMENTOS DA SOCIOLOGIA

Ao examinar as observações metodológicas dos historiadores do direito contemporâneo, sobressai o fato que todos aqueles autores aludem a temas que retornam constantemente na sociologia jurídica: por exemplo, a continuidade do direito e a permanência dos funcionários da Justiça e da administração, não obstante grandes mudanças políticas (Majer, p. 18) e mil outros temas¹⁸. Foi aliás observado que a aplicação de métodos quantitativos nas obras do historiador do direito Christian Wollschläger é "passível de utilização direta na sociologia do direito" ("unmittelbar für de Rechtssoziologie verwendbar", Schröder, p. 37). Outrossim, algumas das fontes anteriormente aludidas são objeto de estudo aprofundado mais da parte dos sociólogos do que dos historiadores. Basta pensar na enorme quantidade de estudos que os sociólogos dedicaram à construção dos questionários e à avaliação das entrevistas. A mesma observação vale para a análise dos conteúdos de documentos escritos (como os jornais) ou filmados (televisão, filmes de autor ou documentários). Em resumo, boa parte da metodologia da história contemporânea do direito já se encontra aprofundada precisamente nos manuais denominados "de metodologia das ciências sociais"¹⁹.

O mesmo paralelismo salta aos olhos também na área dos sociólogos. Para eles, a pesquisa em ciências sociais é "um processo cíclico que se autocorrigue, consistente em sete fases: o problema a ser pesquisado, a hipótese, o projeto da pesquisa, a medição, o recolhimento dos dados, a análise dos dados e a generalização"²⁰. Também por esta via retorna a boa e velha filosofia da história, que já encontramos ao examinar as razões da existência da história jurídica contemporânea. Como já foi dito, o tema está detalhado na versão integral deste meu trabalho. Essa não poderia ser também a metodologia da história contemporânea da direito?

Contudo, enquanto os historiadores contemporâneos manifestam interesse na abertura aos métodos da sociologia, para esta última a história é às vezes compreendida em sentido muito limitativo, como pura "decorrência de tempo".

Assim, voltando aos metodologistas acima citados, entre os fatores internos que modificam o indivíduo ou o campeão estudado, os dois metodologistas indicam a história: "Por história se entende todos os eventos que, no curso da pesquisa, podem influir em cada estudo em particular, oferecendo uma explicação diversa para a transformação da variável dependente". O exemplo aduzido é o efeito de uma campanha eleitoral no comportamento de voto: a hipótese é que a propaganda influencie a opinião dos votantes. São, deste modo, analisados dois grupos, um exposto, o outro não exposto, à propaganda. As diferenças nas intenções de voto dos dois grupos podem ser resultado tanto da exposição à propaganda, quanto "de eventos deste mesmo período: por exemplo, exação de novos impostos, conflitos no governo, crises internacionais ou inflação rápida. Quanto mais o tempo passa entre o pré-teste e o pós-teste, mais elevada é a probabilidade que eventos diversos da variável independente se transformem em hipóteses rivais"²¹. Eis, assim, a história como "elemento perturbador".

Como se vê, o diálogo entre história contemporânea do direito e sociologia (e, em particular, sociologia do direito) ainda está no início. Mas mesmo assim a sociologia descobre novamente a história²². Talvez a ponte entre as duas disciplinas seja a "sociologia histórica", cuja afirmação tem sido cada vez maior nos últimos anos²³. A sociologia histórica foi definida como o estudo do passado para descobrir como as sociedades funcionam e se modificam.

7. QUAL É A AFINIDADE ENTRE A SOCIOLOGIA HISTÓRICA E A HISTÓRIA CONTEMPORÂNEA DO DIREITO?

Uma disciplina vasta como a sociologia histórica corre o risco de transformar-se numa etiqueta de fácil uso para qualquer pesquisa social. Por exemplo, caiu nas minhas mãos uma obra de história do partido comunista francês, que se apresenta como de "sociologia histórica": não me pareceu ser metodologicamente muito

diversa das, importantes mas comuns, obras de história das partidos operários.

Por outro lado, tais pesquisas histórico-sociais podem apresentar-se como louváveis pesquisas interdisciplinares, ou reprováveis exemplos de sincretismo e de ecletismo metodológico. É, então, necessário um esforço para definir o "status" desses estudos, que, desenvolvendo-se em terra de confim, se encontram, segundo a situação, sujeitos à jurisdição de métodos diversos.

Quando Joachim Rückert, por exemplo, propõe como futuro tema de história contemporânea do direito "a função dos juristas na prática e na ideologia" (*"die Rolle der Juristen in Praxis und Ideologie"*, p. 31), o sociólogo do direito vê nesta proposição uma identidade temática entre as duas disciplinas. Todavia, "à diferença do puro historiador - nota Rückert - o historiador do direito deve enfrentar o problema na qualidade de jurista" (*"anders als der Nur-Historiker muß sich der Rechthistoriker als Jurist zum Problem wenden"*); e por isso, ele propõe uma série de outros temas específicos, entre os quais, por exemplo, o confronto entre a função do juiz na época imperial e na época de Weimar (*"Forschungen über die Weimarer - und Kaiserreichs-Richterrolle in Vergleich"*, p. 31 s.).

Seria interessante observar quais são os pontos de contato entre estes estudos e as "collective biographies" ou "multiple career-line analysis" que se ocupam dos elementos comuns na formação cultural de um grupo homogêneo de atores históricos²⁵. O grupo dos juízes ou o dos advogados é sem dúvida um sujeito ideal para este tipo de pesquisa. Que os juízes tenham ganho importância nos últimos tempos, está demonstrado - por exemplo - pela série de tentativas para modificar a legislação italiana que, segundo um ponto de vista, garante-lhes independência do poder político, ou, segundo ponto de vista oposto, concede-lhes um excessivo poder, sem controle nem responsabilidade.

Ao enfrentar problemas sociais que devem ser regulados juridicamente, a análise do historiador do direito termina sendo mais penetrante do que a análise - sem dúvida mais vasta, mas, precisamente por isso, mais genérica - do historiador da cultura ou da sociedade.

Rückert cita como exemplo a história alemã da previdência social de 1889; da direito do trabalho, sobretudo a partir de 1900; e das discussões sobre o estado social e sobre os direitos fundamentais na República de Weimar. "Como historiador do direito - afirma Rückert - tenho uma visão mais precisa desses eventos, mais articulada e mais rica de conexões, ao contrário da visão dos historiadores sociais que, embora útil em outros setores, se revela, neste caso, pouco pertinente". E conclui: "A província do direito, mesmo sendo província, ainda assim fornece produtos originais e estruturalmente não irrelevantes" (p. 31).

Encontrei uma prova da correção destas observações na redação de meu livro sobre a situação política italiana no período 1992-1995²⁶. Cada problema político termina cristalizando-se numa norma jurídica. Desta forma, o debate político cada vez mais se transforma em debate sobre a modificação de normas vigentes ou sobre a aprovação de novas normas. A modificação e a aprovação de normas são, por sua vez, reguladas por normas de procedimento, as quais são objeto de discussão política. Uma semelhante situação de particular relevância das normas se deve à circunstância que o debate político se desenvolve em um Estado de direito. Conseqüentemente, a dimensão jurídica é um elemento fundamental também para a análise politológica.

Seja bem-vinda, pois, a história contemporânea do direito, como instrumento para esclarecer os debates políticos ou os problemas sociológicos, e com a função de assegurar fontes - e fontes confiáveis, verificadas criticamente - a serem entregues aos futuros historiadores.

NOTAS

(1) Estas são as subdivisões aduzidas na cronologia que encerra o volume de Marcello Carmignani, *L'America Latina dal 500 a oggi. Nascita, espansione e crisi di un sistema feudale*, Feltrinelli, Milano 1975, pp. 419-433.

(2) Em sociologia, uma tal periodização foi tentada no livro dos estudiosos de Turim Filippo Barbano - Carlos Barbé - Mariella Berra - Mabel Olivieri - Koch - Weser Ammassari, *Sociologia, storia, positivismo*. Messico, Brasile, Argentina e l'Italia, Franco Angeli, Milano 1992, 488 pp. A *Introduzione* de Filippo Barbano, p. 66, chama a atenção (p. 78, nota 99) também sobre as propostas de periodização

de um "franc-tireur haitien" da Escola dos "Annales" (depois, em junho de 1988, Presidente da República do Haiti): Leslie François Manigat, *L'Amérique latine au XXème. siècle. 1889-1929*, Seuil, Paris 1991, 488 pp. (primeira edição: Éditions Richelieu, Paris 1973, 414 pp.)

(3) Para estas periodizações, remeto a Mario G. Losano, *I grandi sistemi giuridici. Introduzione ai diritti europei ed extraeuropei*, Einaudi, Torino 1988, pp. 299-318 (segunda edição). Existe também uma versão em português deste livro, mas com base na primeira edição, de 1978: *Os grandes sistemas jurídicos*. Tradução de Ana Falcão Bastos e Luís Leitão, Editorial Presença (Portugal), Livraria Martins Fontes (Brasil), Lisboa 1979, pp. 205-223.

(4) Karl Dietrich Bracher, *Doppelte Zeitgeschichte in Spannungsfeld politischer Generationen*, in Bernd Hey - Peter Steinbach (Hrsg.), *Zeitgeschichte und politisches Bewußtsein*, Verlag Wissenschaft und Politik, Köln 1986, pp. 53-71. Também as enciclopédias refletem um incerto status desta disciplina. O Meyers Lexikon, de 1930, ainda não traz a rubrica "Zeitgeschichte". O Grand Dictionnaire Encyclopédique Larousse, de 1983, na rubrica *Histoire contemporaine*, ilustra apenas os romances de Anatole France.

(5) Jeans Petersen, *Geschichte und Geschichtswissenschaft in Italien heute*, in Bernd Hey - Peter Steinbach (Hrsg.), *Zeitgeschichte und politisches Bewußtsein*, Verlag Wissenschaft und Politik, Köln 1986, pp. 119-145.

(6) Este Instituto publica os "Vierteljahresshette für Zeitgeschichte" dal 1953. Outras publicações no contexto alemão são: "Zeitgeschichte" (desde 1973); "Geschichte und Gesellschaft. Zeitschrift für historische Sozialwissenschaft" (Göttingen, desde 1982); "Geschichte und Gegenwart" (Graz, desde 1982); "Kirchliche Zeitgeschichte" (Berlim, desde 1988).

(7) Diethelm Klippel, *Juristische Zeitgeschichte. Die Bedeutung der Rechtsgeschichte für die Zivilrechts-wissenschaft*, Brühlscher Verlag, Gießen 1985, 58 pp. Cfr. também Gerhard Dilcher, *Von Beitrag der Rechtsgeschichte zu einer zeitgemäßen Zivilrechtswissenschaft*, "ACP Archiv für civilistische Praxis", 1984, pp. 247 ss.

(8) Michael Stolleis (organizado por), *Juristische Zeitgeschichte. Ein neues Fach?*, Nomos, Baden-Baden 1993, 81 pp. Os autores são Diemut Majer, Bern (na verdade, autora); Joachim Rückert, Hannover (posteriormente, titular da cátedra em questão); Jan Schröder, Tübingen; Rainer Schröder, Bayreuth; Reiner Schulze, Trier; Thomas Vormbaum, Münster; Gerhard Werle, Berlim.

(9) Jan Schröder, in: Michael Stolleis (organizado por), *Juristische Zeitgeschichte. Ein neues Fach?*, Nomos, Baden-Baden 1993, p. 36.

(10) Joachim Rückert, *Das gesunde Volksempfinden - eine Erbschaft Savignys?*, "Zeitschrift für Rechtsgeschichte", Germanistische Abteilung, 1986, pp. 199-247.

(11) O propósito de polémicas, pode-se indicar o debate entre Peter Stolleis, *Aufgaben der neueren Rechtsgeschichte oder: hic sunt leones*, "Rechtshistorisches Journal", 1985, n. 4, pp. 251 ss., e Eduard Picker, *Vom weißen Flecken der Rechtsgeschichte oder: Hic ululant hyaenae*, "Rechtshistorisches Journal", 1986, n. 5, pp. 367-372.

(12) Sobre a noção de direito consuetudinário na Escola Histórica e suas relações com a - "Doutrina do espírito popular" ("Volksgeistlehre") e com a filosofia transcendental, cfr. o difícil livro de Horst Heinrich Jakobs, *Die Begründung der*

geschichtlichen Rechtswissenschaft, Schöningh, Paderborn - München - Wien - Zürich 1992, 415 pp.

(13) Rückert, in: Michael Stolleis (organizado por), *Juristische Zeitgeschichte. Ein neues Fach? Nomos*, Baden-Baden 1993, p. 25; cfr. anche K. F. Reimers e altri (Hrsg.), *Zeitgeschichte in Film und Fernsehen: Analyse, Dokumentation, Didaktik*, München 1982, 504 pp.

(14) Uma descrição destes eventos está no meu livro *Sonne in der Tasche. italienische Politik seit 1992*, Kunstmann, München 1995 (em curso de publicação).

(15) Mario G. Losano, *Ricerca e dati personali*, "Data Manager", X, 1985, n. 49-50, p. 35.

(16) Mario G. Losano, *Il computer di cristallo. progetto di legge sulla protezione dei dati personali*, "MicroMega", 1987, n. 1, pp. 159-177 (também in "Il diritto dell'informazione e dell'informatica", III, maggio - agosto 1987, pp. 465-485). Este projeto de lei, naturalmente, caiu no vazio.

(17) O registro das fontes orais é cada vez mais freqüente na história contemporânea: o "Bulletin de l'Institut d'Histoire du Temps Présent" tem como suplemento uma série intitulada "Histoire orale". A mesma coisa acontece na antropologia e na história militar (por exemplo, as entrevistas de Véronique Debemardy-Lepère e de Françoise de Ruffray feitas para o Service Historique de l'Armée de l'Air: *Histoire orale: inventaire des témoignages*, Vincennes 1988, 411 pp.).

(18) "Vergleich Rechtsnorm und Wirklichkeit" (Majer, p. 16); Ein solcher Rechtsvergleich hat viele Berührungspunkte mit der Ideengeschichte, mit der rechts - und Verwaltungssoziologie" (p. 18); "Überschneidungen mit der Rechtspolitik, aber auch mit der Rechtssoziologie" (p. 19); "Rolle der Juristen in Praxis und Ideologie" (Rückert, p. 31); "Baustein für die Rechtstheorie, Rechtssoziologie usw." (Jan Schröder, p. 37); enorme vantagem da Rechtssoziologie (R. Schröder, p. 51);

(19) Para citar apenas alguns exemplos: Wilfried Laatz, *Empirische Methoden. Ein Lehrbuch für Sozialwissenschaftler*, Harri Deutsch, Thun - Frankfurt a. M. 1993, 612 pp.; Heinrich Best - Brigitte Hendres-Niggemeeyer - Matthias Herfurth - H. Peter Ohly (Hrsg.), *Informations- und Wissensverarbeitung in den Sozialwissenschaften. Beiträge zur Umsetzung neuer Informationstechnologien*, Westdeutsche Verlag, Opladen 1994, 623 pp.; Chava Frankfort-Nachmias - David Nachmias, *Research Methods in the Social Sciences*, St. Martin's Press, New York 1992 (4ª edição), XXIII-576 pp.

(20) Chava Frankfort-Nachmias - David Nachmias, *Research Methods in the Social Sciences*, St. Martin's Press, New York 1992 (4ª edição), p. VII.

(21) Chava Frankfort-Nachmias - David Nachmias, *Research Methods in the Social Sciences*, St. Martin's Press, New York 1992 (4ª edição), p. 106.

(22) Gertraude Mikl-Horke, *Die Wiederkehr des Geschichte. Zur Historischen Soziologie der Gegenwart*, "Österreichische Zeitschrift für Soziologie", 1994, 19, 3, 3-33.

(23) Limite-me aqui a remeter o leitor a um outro meu ensaio mais amplo sobre este tema, em curso de publicação, e a assinalar cinco livros de chevet: Philip Abrams, *Historical Sociology*, Open Books, Near Septon Mallet, Somerset 1982, XVIII-353 pp.; bibliografia alle pp. 336-350; Theda Skocpol (a cura di), *Vision and Method in Historical Sociology*, Cambridge University Press, Cambridge (Mass.) 1984, XII-410 pp.; An

Annotated Bibliography on Methods of Comparative and Historical Sociology è alle pp. 392-401; Arthur L. Stinchcombe, *Theoretical Method in Social History*, Academic Press, New York 1978, IX-130 pp.; Charles Tilly, *As Sociology Meets History*, Academic Press, New York 1981, XIII-237 pp.; con un'ampia bibliografia alle pp. 217-232; Dennis Smith, *The Rise of Historical Sociology*, Temple University Press, Philadelphia 1991, XI-231 pp.

(24) Bernard Pudal, *Prendre parti. pour une sociologie historique du PCF*, Presses de la Fondation Nationale des Sciences Politiques, Paris 1989, 329 pp.

(25) Lawrence Stone, *Prosopography*, "Historical Studies Today. Daedalus", 1971, pp. 46-49. A maioria dos escritos recentes de prosopografia diz respeito à Antiguidade ou ao Medievo. Por sua referência à história contemporânea deve ser recordada a dissertação de Helena Michaelovna Nicolaysen, *looking Backward: a Prosopography of the Russian Social Democratic Élite, 1883-1907*, Stanford University 1991 *University Microfilm International, Ann Arbor), VI-449 pp.

(26) Mario G. Losano, *Sonne in der Tasche, Italienische Politik seit 1992*, Kunstmann, München 1995, 230 pp