



Desafios de uma crítica fundada na história do direito e no direito comparado*

Challenges of a critic based on legal history and comparative law

Nicolas Cornu Thénard^{**}

Nicolas Laurent-Bonne^{***}

REFERÊNCIA

CORNU THÉNARD, Nicolas; LAURENT-BONNE, Nicolas. Desafios de uma crítica fundada na história do direito e no direito comparado. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, n. 45, p. 11-34, abr. 2021. DOI: <https://doi.org/10.22456/0104-6594.113354>.

RESUMO

A publicação de uma revista comporta limitações. Aqueles que tomam a iniciativa devem desvendar o seu projeto, as suas intenções: explicar qual pode ser a utilidade da sua proposta. Como a ambição de *Tribonien* é propor o exame de questões jurídicas, devemos especificar qual será o domínio de nossas reflexões e qual método proporemos para articulá-las. O seu método consiste em submeter essa matéria a um exame crítico que se baseia em reflexões, definições, raciocínios que a história e os direitos estrangeiros colocam à disposição dos juristas. Nessas condições, nossa abordagem permanecerá obviamente dependente, em substância, do trabalho desenvolvido especificamente na história do direito e no direito comparado. Nesta perspectiva, *Tribonien* pretende abrir um caminho complementar àqueles oferecidos pelas revistas generalistas de direito positivo, revistas de direito comparado e revistas de história do direito, revigorando o vínculo científico que une os trabalhos que elas recobrem.

PALAVRAS-CHAVE

Metodologia jurídica. Periodismo jurídico. História do Direito. Direito Comparado.

ABSTRACT

The publication of a journal comprises limitations. Those that take action must reveal their project, their intentions: explain what can be the use of their proposal. As Tribonien's ambition is to propose the analysis of legal questions, we must specify what will be the domain of our reflexions and which methodology will be proposed to articulate them. The journal's methodology consists in the submission of this subject to a critical analysis that is based in reflexions, definitions and reasonings that history and the foreign laws offer to jurists. Under these conditions, our approach will remain obviously dependent, in substance, of the work developed specifically in legal history and in comparative law. In this perspective, Tribonien intends to open up a complementary path to those offered by the generalist journals of positive law, comparative law journals e legal history journals, reinvigorating the scientific connection that bounds the works that they comprise.

* *Sobre a publicação*: o texto original em língua francesa é o de abertura da Revista “Tribonien”, sendo assim o texto programático e metodológico desta revista vinculada à “Société de Législation Comparée” (SLC) – CORNU THÉNARD, Nicolas; LAURENT-BONNE, Nicolas. Enjeux d’une critique fondée sur l’histoire du droit et le droit comparé. *Tribonien : Revue Critique de Législation et de Jurisprudence*, n. 01, p. 06-19, 2018. Tradução para a língua portuguesa por Alan Wruck Rangel (Pós-doutorando no PPGD-UERJ). Revisão da tradução por Alfredo de J. Flores (Professor Permanente do PPGD-UFRGS). Os tradutores agradecem a autorização dada pelos autores para esta publicação.

** Professor de História do Direito e das Instituições na Universidade de Paris 2 – Panthéon-Assas.

*** Professor de História do Direito e das Instituições na Universidade Clermont-Auvergne.



**KEYWORDS**

Legal methodology. Legal journals. Legal History. Comparative Law.

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. A falta de reflexão metodológica. 2.1 Um consenso metodológico de fachada. 2.2 Usos orientados da história. 3. A composição de um compêndio de argumentos jurídicos. 3.1 Uma crítica do direito contemporâneo. 3.2 Uma seleção de argumentos jurídicos. Referências. Dados da publicação.

1 INTRODUÇÃO

A publicação de uma revista comporta limitações. Aqueles que tomam a iniciativa devem desvendar o seu projeto, as suas intenções: explicar qual pode ser a utilidade da sua proposta. Como a ambição de *Tribonien* é propor o exame de questões jurídicas, devemos especificar qual será o domínio de nossas reflexões e qual método proporemos para articulá-las. Esse marco pode ser descrito em poucas palavras: *Tribonien* é uma revista crítica do direito contemporâneo, que fundamenta seus argumentos na história do direito e no direito comparado. Seu domínio recobre o conjunto das fontes jurídicas atuais, desde o direito francês até o direito estrangeiro, tanto o direito público quanto o direito privado. O seu método consiste em submeter essa matéria a um exame crítico que se baseia em reflexões, definições, raciocínios que a história e os direitos estrangeiros colocam à disposição dos juristas.

Em si, essa perspectiva não é muito inovadora. A prática de confrontar argumentos jurídicos, enfrentando as diferenças contextuais, tem alimentado amplamente a doutrina na longa duração. Trata-se do método dos jurisconsultos romanos, dos civilistas e canonistas medievais; por muito tempo, os juristas ocidentais puderam sustentar sobre esses fundamentos as controvérsias jurídicas mais além do espaço e do tempo. A abordagem permitiu confrontar sobre uma mesma questão a opinião de Labeão àquela de Ulpiano, a de Ulpiano à de Baldo, a de Baldo à de Cujácio. Ainda hoje, muitos trabalhos optam frequentemente por esse direcionamento intelectual, perseguindo a confrontação até os raciocínios mais recentes. Queremos simplesmente proporcionar um lugar de florescimento para essas reflexões, a fim de animá-las e talvez estender seu alcance. Para tanto, a revista *Tribonien* faz sua ambição da *Revue critique de législation et de jurisprudence* que, seguindo a vontade de seus fundadores, mesclou trabalhos de direito positivo às pesquisas de história do direito e de direito comparado. No entanto, isso não levará à justaposição desses diferentes domínios de estudo em uma pluralidade de análises distintas: nosso esforço é mais no sentido de





confrontar cada vez o direito positivo com os ensinamentos fornecidos por nossas duas fontes de reflexão.

Nessas condições, nosso marco permanecerá obviamente dependente, em sua essência, dos trabalhos desenvolvidos especificamente em história do direito e direito comparado. A revista não saberia fazer economia de uma pesquisa prévia, erudita e desinteressada, fundada numa observação descritiva e analítica dos legados do passado ou das legislações estrangeiras. Estimamos, entretanto, que essa pesquisa minuciosa não atenda a todas as expectativas que podem suscitar essas disciplinas. Este é particularmente o caso da história do direito, que pode lançar luzes extremamente úteis às problemáticas jurídicas contemporâneas, mas que, por outro lado, é com razão criticada quando se desinteressa abertamente desses problemas. Pierre Legendre, em dois artigos publicados em 1968 e 1969¹, insistia a esse respeito sobre o casamento rompido entre historiador e jurista, convidando os historiadores do direito a fazer um exame reflexivo: “Historiadores, examinemo-nos. Procuremos explicar o processo que, ao termo do qual, uma disciplina tão marcadamente constituída [...] foi capaz de tornar-se alheia ao próprio meio que a produziu”. Uma crítica semelhante aparecia na pena de Jean Gaudemet, desaprovando uma história puramente erudita e desprezada do direito atual, que se tornou estrangeira à formação jurídica e ao trabalho doutrinário². Em um momento em que a educação dos juristas é mais uma vez questionada, essas observações merecem certamente ser ouvidas; e a história do direito – animada durante as últimas décadas pela vitalidade de uma pesquisa fecunda³ – se beneficiaria, sem dúvida, por não se afastar completamente das questões jurídicas atuais. O mesmo vale para o estudo das legislações estrangeiras: se o trabalho de reconstrução que supõe o conhecimento de um direito estrangeiro é evidentemente necessário para o comparatista, é somente sua confrontação à alteridade de um outro direito que permite forjar verdadeiramente o direito comparado⁴. Existe nesta proposta, aliás, um

¹ LEGENDRE, Pierre. L'Administration sans Histoire: Les courants traditionnels de recherche dans les Facultés de Droit. *La Revue administrative*, [s. l.], v. 21, n. 124, p. 427–432, 1968; LEGENDRE, Pierre. Les historiens du droit soumettront-ils au rendement? Réflexions sur le désir de réforme. *Recueil Dalloz*, Paris, Chron., p. 25–28, 1969 ; artigos referidos *infra*.

² GAUDEMET, Jean. Études juridiques et culture historique. *Archives de Philosophie du Droit*, [s. l.], v. 4 (Droit et Histoire), p. 11–21, 1959; GAUDEMET, Jean. Les disciplines historiques dans les facultés de droit et des sciences économiques. *Revue de l'enseignement supérieur*, [s. l.], v. 1 (La prospective des facultés de droit et des sciences économiques), p. 71–72, 1963.

³ Como atesta um balanço de pesquisa: KRYNEN, Jacques; D'ALTEROCHE, Bernard (org.). *L'histoire du droit en France: nouvelles tendances, nouveaux territoires*. Paris: Classiques Garnier, 2014. (Histoire du droit, v. 1).

⁴ PICARD, Etienne. L'état du droit comparé en France, en 1999. *Revue internationale de droit comparé*, [s. l.], v. 51, n. 4, p. 885–915, esp. p. 883, 1999.





fundo metodológico comum às duas disciplinas⁵, que pode ser utilmente aproveitado, quando colocado em contato com os problemas jurídicos mais recentes.

Nesta perspectiva, *Tribonien* pretende abrir um caminho complementar àqueles oferecidos pelas revistas generalistas de direito positivo, revistas de direito comparado e revistas de história do direito, revigorando o vínculo científico que une os trabalhos que elas recobrem. Em si, tanto a história como as legislações estrangeiras nunca deixaram de ser usadas para assentar, justificar ou colocar em questão regras ou interpretações jurídicas contemporâneas. No entanto, esse uso é frequentemente orientado, ou, ao menos, cientificamente discutível. Para responder a essas lacunas, estudos dedicados aos desafios práticos do comparatismo deram origem a propostas metodológicas que legitimam em muitos aspectos o uso do direito comparado em controvérsias jurídicas⁶. Essas reflexões são mais raramente realizadas por historiadores do direito; é, portanto, sobretudo nesse plano que motivaremos a fundação de *Tribonien*. A maneira como a história é empregada nas discussões jurídicas atuais reflete, com efeito, uma falta de reflexão metodológica (2) a qual *Tribonien* se empenha em responder, propondo uma via particular de conceber a crítica do direito contemporâneo (3).

2 A FALTA DE REFLEXÃO METODOLÓGICA

2.1 UM CONSENSO METODOLÓGICO DE FACHADA

Os juristas atribuem, tradicionalmente, à história uma importância teórica de primeiro nível. Para se convencer disto, basta abrir a maioria das revistas, estudos, manuais, tratados e lições de direito que, publicados desde a primeira metade do século XIX, fazem da história um interesse obrigatório do discurso doutrinário. Imediatamente após a promulgação do Código Civil francês, a influência de Savigny foi obviamente determinante nesse sentido. Entre os discípulos franceses do mestre de Marburg, Jourdan pretendia promover os estudos do Direito Romano para desencravar o direito das codificações napoleônicas e romper com

⁵ Ver nessa perspectiva: NAPOLI, Paolo. Le droit, l'histoire, la comparaison. In: REMAUD, Olivier; SCHAUB, Jean-Frédéric; THIREAU, Isabelle (org.). *Faire des sciences sociales: Comparer*. Paris: Éditions de l'École des Hautes Études en Sciences Sociales, 2012. p. 127–160.

⁶ Ver, notadamente, nesta perspectiva as contribuições de Xavier Blanc-Jouvan, Etienne Picard e Pierre Legrand na obra: BLANC-JOUVAN, Xavier (org.). *L'avenir du droit comparé: un défi pour les juristes du nouveau millénaire*. Paris: Société de Législation Comparée, 2000. p. 07-15, 149-179. Ver também: ADAMS, Maurice; BOMHOFF, Jacco. *Practice and Theory in Comparative Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.





“um estudo árido, estéril e infrutífero”⁷. Tal foi, também, a ambição de Lerminier e ainda mais de Klimrath que, em estudo com título evocativo – *Essai sur l'étude historique du droit, et son utilité pour l'interprétation du Code civil* –, sugeria ir mais além de uma interpretação gramatical e lógica, através da estreita aliança entre filosofia, direito e história⁸. Essa reflexão deixou uma marca profunda e duradoura no trabalho doutrinário. Desde a primeira metade do século XX, alguns defenderam uma exegese mais ampla, para ir além de uma análise exclusivamente técnica ou literal do direito positivo, com a ajuda de pesquisas históricas mais recentes. Entre aqueles que agora figuram no panteão de civilistas franceses, Saleilles, Géný, Capitant, Planiol, Ripert e, mais recentemente, Carbonnier, evocaram, sucessivamente, a história para sustentar a interpretação jurídica. Refinando o “senso crítico” do intérprete (Géný⁹), a pesquisa histórica poderia, ainda, ser mobilizada para fins prospectivos (Planiol e Ripert¹⁰) e argumentativos (Carbonnier¹¹), a fim de adequar o direito às realidades e necessidades novas (Saleilles¹² e Capitant¹³). Em outras palavras, longe de negar a importância da história, que está no cerne da formação dos juristas desde a segunda metade do século XIX, a doutrina parece mesmo tê-la colocado como ponto de partida de qualquer estudo jurídico.

Essa autoridade conferida à ciência histórica, na formação intelectual e no trabalho dos juristas, se baseia no postulado, teoricamente discutível, de que o direito positivo tem suas raízes em um passado mais ou menos distante. Esse postulado, Laboulaye o recordou quando fundou, com Dareste e Rozière, em 1855, a *Revue historique de droit français et étranger*,

⁷ Assim: JOURDAN, A. Considérations sur l'état actuel de la science du droit en France, et revue de quelques ouvrages de droit romain. *Thémis*, [s. l.], v. 3, p. 333, 1824. Sobre os intercâmbios entre Jourdan e Savigny, notadamente em torno da tradução da *História do direito romano no Idade Média*, ver: MOTTE, Olivier. *Savigny et la France*. Berne: P. Lang, 1983. p. 93-113.

⁸ KLIMRATH, Henri. *Essai sur l'étude historique du droit, et son utilité pour l'interprétation du Code civil*. Strasbourg: F. G. Levraut, 1833. p. 17.

⁹ GÉNY, François. *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*: Essai critique. v. II. 2^e éd. Paris: Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence, 1919. p. 21.

¹⁰ PLANIOL, Marcel. *Traité élémentaire de droit civil*. t. 1^{er} (Principes généraux, personnes, biens). Revu et complété par Georges Ripert et Jean Boulanger. 3^e éd. Paris: Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence, 1946. p. 10, n^o 23.

¹¹ CARBONNIER, Jean. *Droit civil*: I, Introduction. Les personnes. La famille, l'enfant, le couple. Paris: PUF, 2004. p. 59.

¹² Ver, neste volume [N. T.: n. 01, da mesma Revista *Tribonien*], o estudo de F. Chénéde [CHÉNEDÉ, François. Un modèle de méthode historico-comparative: Raymond Saleilles et la cession de dette. *Tribonien: Revue Critique de Législation et de Jurisprudence*, n. 1, p. 20-31, 2018].

¹³ DEROUSSIN, David. La pensée juridique de Henri Capitant. Le progrès par “l'accroissement de la vie individuelle et l'accroissement de la vie sociale”. In: HAKIM, Nader; MELLERAY, Fabrice (org.). *Le renouveau de la doctrine française*: les grands auteurs de la pensée juridique au tournant du XX^e siècle. Paris: Dalloz, 2009, p. 15-67, esp. p. 33-34.





com a ambição, especialmente, de fazer da história a ferramenta de uma ciência do direito, demandando “ao passado o segredo do futuro”¹⁴. Planiol e Ripert a resumiram ainda com a ajuda de uma fórmula famosa, emprestada de Leibniz e que os juristas entoam como uma antífona: “o presente é cheio de futuro e carregado de passado”¹⁵. Surge, então, uma forma de consenso, tendendo a considerar a história como um conhecimento essencialmente genealógico: o estudo do direito antigo seria útil ao espírito dos juristas na medida em que nossas instituições atuais encontrassem aí sua origem. Muitos são os técnicos que ainda hoje estimam que a atribuição de uma origem a uma norma jurídica formal, uma categoria ou um princípio permite extrair o seu significado profundo, muitas vezes hipostasiado sob a forma de uma essência. Esse ídolo das origens, que tende a revelar uma confusão entre a *filiação* e a *explicação*, repousa assim em um segundo postulado, muitas vezes internalizado pela doutrina: o direito estaria imerso em um tempo único e homogêneo, garantindo que seja sempre o mesmo direito que se transforma no tempo. Em outras palavras: o Direito Romano vale a pena ser estudado, por exemplo, porque constituiria a matriz intelectual a partir da qual teria sido forjado o direito civil continental; Roma nos fala, porque o tempo dos romanos seria igual ao nosso.

No entanto, por trás desse consenso de fachada, a maioria dos juristas muito raramente tira consequências metodológicas dessas alegações. Há como que um deslocamento entre a importância teórica dada à história e a penúria de reflexões sobre o papel, o estatuto e os objetivos dessa ciência em suas relações com o direito positivo. Sem dúvida, é necessário buscar as causas dessa lacuna no passado da disciplina. Desde o início da Escola histórica do Direito na Alemanha, as reflexões sobre a natureza e as finalidades da pesquisa histórica aplicada ao direito suscitaram tensões. Isto é evidenciado, notadamente, pelas posições divergentes assumidas por Hugo e Savigny. Em sua *História do direito romano*, Hugo estabelecia uma distinção entre a ciência e a prática do direito: por um lado, favorável às pesquisas desinteressadas, ele escrevia desde a primeira linha de sua obra que a história formava a “metade da parte científica do direito”¹⁶; de outro, ele julgava, entretanto, que era

¹⁴ LABOULAYE, Édouard. De la méthode historique en jurisprudence et de son avenir. *Revue historique de droit français et étranger* (1855-1869), [s. l.], v. 1, p. 01–23, esp. p. 23, 1855.

¹⁵ PLANIOL, Marcel. *Traité élémentaire de droit civil*. t. 1^{er} (Principes généraux, personnes, biens). Revu et complété par Georges Ripert et Jean Boulanger. 3^e éd. Paris: Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence, 1946. p. 10, n^o 23.

¹⁶ HUGO, Gustav. *Histoire du droit romain*. t. I. Paris: D’Antoine Bavoux, 1825. p. I.





inútil aos “negócios”, ao “trabalho de gabinete” e à prática cotidiana¹⁷. Ele operava, além disto, uma separação entre a pesquisa histórica e a dogmática jurídica. Savigny, ao contrário, concebia, por seu turno, essas disciplinas como um todo indissociável – a primeira sendo considerada como “substância” da segunda¹⁸. Seguindo seu programa, as pesquisas históricas deveriam investir toda a ciência jurídica, para edificar uma nova dogmática¹⁹.

Querelas metodológicas mais ou menos comparáveis emergiram na França desde a Restauração. Os correspondentes franceses de Savigny não concordam, na verdade, sobre o estatuto que convinha atribuir à história do direito, ao momento em que se constituía como disciplina autônoma. Deveria ser um método científico de conhecimento e de interpretação do direito ou, ao contrário, uma ciência histórica, auxiliar da dogmática jurídica? É preciso reconhecer que essa questão determinante que agita os juristas desde a primeira metade do século XIX não foi objeto de respostas muito claras, como demonstraram amplamente os trabalhos de Jean-Louis Halpérin²⁰. Klimrath, por exemplo, defendia ardentemente a primeira abordagem, vendo na história “o” método jurídico por excelência; Taulier, por seu turno, parecia privilegiar a segunda. No início do século XX, Gény não escapou dessa incerteza metodológica: mobilizando a história em seu método de livre pesquisa científica, pela qual postula na *Science et technique*, o “doyen” de Nancy não a qualificava mais que uma ciência auxiliar²¹. Ora, essa incerteza original que determina, na França como na Alemanha, a história da disciplina, conservou-se no tempo. Em numerosas obras, a história do direito é, na verdade, qualificada de ciência auxiliar do Direito, no mesmo nível que o Direito comparado, a sociologia, a filosofia e a economia. Enquanto o “doyen” Carbonnier empregava a expressão “ciência colateral”, que estimava mais amável²², outros evocam, sem desvio, uma matéria aos confins da genealogia e da paleontologia, lamentando, além disto, que o Direito ocupe um

¹⁷ *Ibid.* p. XXVIII.

¹⁸ Expressão de Coing: COING, Helmut. Savigny et Collingwood ou Histoire et interprétation du Droit. *Archives de Philosophie du Droit*, [s. l.], v. 4 (Droit et Histoire), 1959, p. 2.

¹⁹ JOUANJAN, Olivier. *Une histoire de la pensée juridique en Allemagne (1800-1918): idéalisme et conceptualisme chez les juristes allemands du XIX^e siècle*. 1^o éd. Paris: Presses Universitaire de France, 2005. p. 34-39; 48-54.

²⁰ Notadamente: HALPÉRIN, Jean-Louis. L’histoire du droit constituée en discipline: consécration ou repli identitaire? *Revue d’Histoire des Sciences Humaines*, [s. l.], v. 4, n. 1, p. 09–32, 2001.

²¹ GÉNY, François. *Méthode d’interprétation et sources en droit privé positif: Essai critique*. v. I. 2^e éd. Paris: Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence, 1919. p. 32-33, n^o 15.

²² CARBONNIER, Jean. *Droit civil: I, Introduction. Les personnes. La famille, l’enfant, le couple*. v. 1. Paris: PUF, 2004. p. 59.





“lugar cada vez mais reduzido em estudos essencialmente históricos”²³. Em suma, sob a pena de juristas franceses, a história é ora relegada à esfera das disciplinas auxiliares apoiadas na ciência do direito, ora apresentada como pura erudição que se deve considerar como inútil ao espírito dos juristas. Daí resulta um pluralismo metodológico impensado que se traduz, na prática, por trajetórias aparentemente opostas.

2.2 USOS ORIENTADOS DA HISTÓRIA

Partimos da seguinte constatação: nos trabalhos jurídicos, os desenvolvimentos históricos são, frequentemente, relegados às introduções de artigos ou ainda a monografias que lhes mostram um lugar privilegiado. Essas introduções arrastadas constituem com frequência pavilhões de cultura geral, às vezes um depósito de datas, indexadas sobre a dogmática dominante. Neste zoológico de matizes das ciências auxiliares, a história endossa, portanto, em primeiro lugar, uma função propedêutica, às vezes ornamental, seguidamente anedótica, visando satisfazer a curiosidade do leitor, bem como legitimar o presente. Essa função propedêutica, que lhe é tradicionalmente atribuída, aparece como característica de uma concepção evolucionista do direito. O historicismo do século XIX, marcado pela doutrina biológica da evolução, favoreceu muito nitidamente uma tal abordagem. Laboulaye acreditava em “leis da evolução”, às quais seriam submetidas todas as civilizações²⁴; Esmein concebia, por seu turno, a história do direito como um conjunto de processos evolutivos, suscetíveis de ser comparados aos fenômenos biológicos²⁵. Esse evolucionismo, postulado por um punhado de juristas entre o final do século XIX e início do XX, deixou traços duráveis na doutrina contemporânea. A história do direito é, ainda, frequentemente, percebida como uma introdução natural e necessária ao direito contemporâneo, em que retraçaria a evolução das origens aos tempos presentes. Nessas introduções graduais, o antigo Direito é o ponto de

²³ GHESTIN, Jacques; GOUBEAUX, Gilles; FABRE-MAGNAN, Muriel. *Traité de droit civil*. Introduction générale. 4^e éd. Paris: Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence, 1996. p. 76, n^o 104.

²⁴ HALPÉRIN, Jean-Louis. L’histoire du droit constituée en discipline : consécration ou repli identitaire? *Revue d’Histoire des Sciences Humaines*, [s. l.], v. 4, n. 1, p. 09–32, p. 18, 2001.

²⁵ Resenha bibliográfica da obra de P.-F. Girard (*Etudes historiques sur la formation du système de la garantie d’éviction en droit romain*) publicada em: ESMEIN, Adhémar. Compte-rendu bibliographique: Études historiques sur la formation du système de la garantie d’éviction en droit romain. *Nouvelle revue historique de droit français et étranger*, [s. l.], v. 9, p. 472–474, 1885, p. 473; sobre o pensamento de Adhémar Esmein, ver: HALPÉRIN, Jean-Louis. Adhémar Esmein et les ambitions de l’histoire du droit. *Revue historique de droit français et étranger*, [s. l.], v. 75, n. 3, p. 415–433, 1997.





partida de um estudo linear cujo *terminus ad quem* é o direito positivo, e a reforma esperada a apoteose. Assim instrumentalizado, o conhecimento das coisas do passado permanece exterior à produção jurídica propriamente dita: atribuída a uma função de estetização do presente, a história forma, na verdade, apenas uma coleção de coisas desaparecidas que parece encontrar eco longínquo somente nas instituições ou regras jurídicas formais carimbadas com o selo da *tradição*.

Pode-se, igualmente, investigar as causas desse historicismo introdutório na tendência dos juristas dogmáticos de privilegiar uma dupla coerência de seus discursos: uma coerência *normativa*, de uma parte, que infere uma harmonia formal de todas as normas estruturadas em sistema, compondo a ordem jurídica; uma coerência *narrativa*, de outra parte, assegurando, quanto a isto, a harmonia entre todas as normas jurídicas sucessivamente editadas no tempo. A pesquisa histórica que conforta o dogmático em um “presente omnitemporal”²⁶, torna-se o braço armado de “fatores de sistemas”²⁷. Serve para legitimar regras de direito racionalmente ordenadas segundo um sistema construído com todas as peças. A essa finalidade, ao mesmo tempo introdutória e dogmática, está, portanto, vinculado um regime de historicidade que se pode qualificar de *cronocêntrico*, porque repousa sobre o postulado de um tempo único e homogêneo. Garante a ligação entre o passado e o presente e faz da *tradição* o horizonte intransponível da atividade jurídica contemporânea²⁸.

Esse absolutismo da continuidade não é sem vínculo com uma orientação ideológica, há um tempo reacionária, hoje conservadora. No dia seguinte à promulgação do Código civil [de 1804], numerosos autores defendiam uma verdadeira continuidade, buscando eclipsar o episódio revolucionário e a relativizar a importância das codificações napoleônicas. Tratava-se, então, de religar a “esteira do tempo”, fazendo do Código civil obra de uma longa tradição sintetizada por seus redatores. Uma questão retórica, formulada por Klimrath em seu *Essai sur l'étude historique du droit* que é certamente um dos testemunhos mais famosos: “quais

²⁶ OST, François. *Le temps du droit*. Paris: Odile Jacob, 1999. p. 77-78.

²⁷ RIVERO, Jean. *Apologie pour les faiseurs de systèmes*. Dalloz, Paris, p. 99 et seq., 1951.

²⁸ Ver : LAURENT-BONNE, Nicolas. Observations sur la fonction de l'histoire dans la doctrine contemporaine. In: MAZEAUD, Denis; BONNEAU, Thierry (org.). *Sur quelques aspects du renouvellement des sources du droit*. Paris: Éditions Panthéon-Assas, 2016. (Hors Collection). p. 11–28. Por último, a crítica de M. Xifaras, “Comment rendre le passé contemporain”, a ser publicado em: *Penser l'ancien droit privé*, dir. X. Prévoist e N. Laurent-Bonne, Paris, 2018. [N. T. : a versão foi publicada como XIFARAS, Mikhaïl. Comment rendre le passé contemporain. In: PRÉVOST, Xavier; LAURENT-BONNE, Nicolas (org.). *Penser l'ancien droit privé: regards croisés sur les méthodes des juristes (II)*. Paris: Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence, 2018].





maiores inovações o código civil... introduziu na nossa legislação?”²⁹ Essa questão testemunha um sentimento largamente compartilhado pelos comentadores do código que se entregam a uma interpretação retrospectiva, procurando o espírito da nova lei no antigo direito. Os exemplos são tão numerosos que se poderia declinar de os enviar. Quando Chabot de L’Allier comentava o título do Código civil relativo às sucessões, ressaltava que os direitos do cônjuge sobrevivente definidos pelo antigo artigo 767 eram análogos àqueles previstos pelo edito do pretor³⁰. A propósito do antigo artigo 1.096, Delvincourt observava que a revogabilidade das doações entre esposos era parecida, “quase em todos os pontos”, às regras romanas prescritas em 206 pelo senatos-consulta Severiano³¹. Interpretando o antigo artigo 1.134, alínea 3 do Código civil, Aubry e Rau afirmavam que, na França, todos os contratos eram de boa fé “no sentido que o Direito Romano vincula a essa qualificação”³². Tão caricaturais e redutores que eles possam parecer numa primeira vista, esses exemplos estavam longe de ser marginais nas décadas que seguiram a promulgação das codificações napoleônicas. A maior parte dos intérpretes, formados no Antigo Regime, procuravam, com efeito, enraizar o novo código na longa história do direito, dando novas significações às regras e definições que não eram incompatíveis com aquelas que prevaleciam no passado. Essa trajetória metodológica deixou uma marca sensível no trabalho dos juristas. Mais uma vez, mas mais raramente, a história alimenta o que Michel Troper qualifica de “nevrose jurídica”, consistindo em salvar a qualquer preço a lei na sua suposta forma original³³. Ela é então convocada, em semelhante perspectiva, para construir princípios gerais, axiomas universais, com ajuda de um método lógico-dedutivo que lembra aquele mobilizado pelos humanistas sistematizadores e os epígonos do Direito natural moderno. Nos debates que precederam a adoção da Lei de 17 de maio de 2013, permitindo o casamento de pessoas do mesmo sexo, alguns autores bradaram, por exemplo, a definição que dava o casamento, no século III, o jurista Modestino, para defender os fundamentos romanos de uma definição julgada inalterável. Posições mais ou menos comparáveis foram, igualmente, expressas em outros

²⁹ KLIMRATH, Henri. *Essai sur l'étude historique du droit, et son utilité pour l'interprétation du code civil*. Strasbourg: F. G. Levrault, 1833. p. 12-13. Ver as observações de: ASSIER-ANDRIEU, Louis. *L'autorité du passé: essai anthropologique sur la common law*. Paris: Dalloz, 2011. p. 223-227.

³⁰ CHABOT DE L'ALLIER, Georges-Antoine. *Commentaire sur les successions d'après le code civil*. v. I. 7^e éd. Bruxelles: Librairie de Jurisprudence de H. Tarlier, 1834. p. 327.

³¹ DELVINCOURT, Claude-Etienne. *Cours de Code Civil*. v. 5. Bruxelles: P. J. de Mat, 1825. p. 57.

³² ZACHARIAE, Charles-S. *Cours de droit civil français*. Traduction de Charles Aubry et Charles-Frédéric Rau. v. 1. Bruxelles: Société Belge de Librairie, 1842. p. 386, n^o 4.

³³ GRZEGORCZYK, Christophe; MICHAUT, Françoise; TROPER, Michel. *Le positivisme juridique*. Bruxelles; Paris: Story Scientia; LGDJ, 1992. p. 40.





campos: imediatamente após a consagração pelo legislador de uma propriedade fiduciária e em face da proliferação jurisprudencial de novos direitos reais, alguns mobilizavam ainda a história romana para construir o mito de uma propriedade absoluta. Consciente ou inconscientemente, essa maneira de proceder repousa sobre o postulado de que existe para o casamento e a propriedade características essenciais, imutáveis e incorruptíveis (características, em verdade, estipuladas pela doutrina que se erige em para-legislador): o casamento é, sempre foi e sempre será, a união de um homem e de uma mulher; a propriedade é, desde Roma, o direito individual, perpétuo e absoluto do homem sobre as coisas. Longe de ser neutra, essa pesquisa sobre constantes apresenta o risco de transposições anacrônicas. Essa exaltação da continuidade convida, sobretudo, a negligenciar as rupturas e a dinâmica das ordens jurídicas. Além do que a longevidade não justificar nada, essa visão, ao mesmo tempo *continuísta* e melódica da história do Direito, é temerária porque não contém nenhum método para o jurista.

A utilização da história se reclama, às vezes, de uma concepção progressista do direito. Em semelhante hipótese, as pesquisas históricas são então mobilizadas para desclassificar um passado julgado arcaico, senão obsoleto, que o progresso impõe de carregar consigo. Essa tirania do progresso, que repousa sobre uma forma de pessimismo histórico, não é sem vínculo com uma orientação ideológica, há um tempo republicana, hoje progressista. Uma tal abordagem se observa a partir do final do século XIX sob a pena de juristas republicanos, contestando o direito das codificações napoleônicas. Émile Acollas é, provavelmente, um dos representantes mais fiéis. Em seu *Manual de direito civil para o uso dos estudantes*, Acollas criticava o trabalho dos codificadores cujas inovações teriam sido apenas um “progresso a reboque”³⁴. Ele qualificava, por exemplo, a comunidade conjugal de “velhos destroços germânico e feudal”, e de “velhos escombros romanos” o regime dotal³⁵. A bússola do progresso guiava seus esforços para perseguir, sem relaxar, os hábitos antiquados do antigo direito reencarnado no Código civil. Longe de ser neutro, esse embalo progressista, doravante marginal na pena dos juristas, tornou-se frequente no legislador que tentar trazer o aporte da caução da história a uma arbitragem antes de tudo política. Os autores da emenda que propunha a supressão da expressão “bom pai de família”, ressaltavam em exposição sumária que a noção teria sido romana e proveniente “do latinismo *bonus pater familias*”.

³⁴ ACOLLAS, Émile. *Manuel de droit civil a l'usage des étudiants*. t. III. Paris: A. Maresq aîné, 1877. p. 366, n° 1.

³⁵ *Ibid.*, p. 11.





Essa história mítica justificava o abatimento regrado de uma relíquia romana que era considerada, não sem artifício, como o sintoma de uma sociedade patriarcal, e isto a despeito do conteúdo que havia podido lhe dar a jurisprudência da Corte de Cassação. Ainda mais recentemente, logo depois a publicação do *Journal officiel* da Ordenação de 10 de fevereiro de 2016 sobre a reforma do direito dos contratos, do regime geral e da prova das obrigações, o Procurador-Geral se congratulava de ter procedido a uma limpeza dos artigos do Código civil “envelhecido de 212 anos”. Sob o risco de negligenciar o trabalho de interpretação considerável do juiz na matéria, o legislador fundava a reforma sobre a pretendida obsolescência de textos que permaneceram inalteráveis desde 1804. Não é, para tanto, a medida propriamente dita que é contestada, mas o discurso que a acompanha, fundado na história, que parece caricatural.

Mesmo que levem a postular uma história continua ou a caricaturizar um passado obsoleto, essas práticas ressaltam a mitologia jurídica de uma história-ficção ou de uma história-desejo, que consiste para a doutrina e o legislador em projetar no passado o futuro que eles escolheram. Essas trajetórias, aparentemente opostas, encontram-se, ao menos, em um ponto: a história é, frequentemente, mobilizada nos debates legislativos e doutrinários apenas de maneira artificial ou orientada. É nesta lacuna que a revista *Tribonien* se esforça para aportar respostas, ao propor um método.

3 A COMPOSIÇÃO DE UMA SELEÇÃO DE ARGUMENTOS JURÍDICOS

Seria ainda irrealista, bem como imprudente, pretender atribuir aos trabalhos de uma revista o respeito a uma linha estritamente definida. Desejamos somente perseguir uma ambição: a de forjar, por uma obra coletiva, uma seleção de argumentos coletados na história ou nos direitos estrangeiros, suscetíveis de ser confrontados com o direito atual e talvez de o inspirar. Essa aspiração não tem nada de extravagante e são numerosas as propostas que conduzem hoje a destacar tais reflexões. Muitas são as boas-vindas na revista, e *Tribonien* pretende ser a terra de acolhimento de estudos que se erigem na fronteira entre a história do direito, o direito comparado e o direito positivo. No entanto, um método para tanto pode ser esboçado e será proposto aos seus colaboradores – buscar formular uma crítica do direito contemporâneo, por um esforço de seleção de argumentos jurídicos.





3.1 UMA CRÍTICA DO DIREITO CONTEMPORÂNEO

Assim, a ambição de criticar o direito atual, apoiando-se nas experiências históricas ou estrangeiras, pode ser contestada em seu princípio. A separação das disciplinas jurídicas, suas diferenças de finalidades e de métodos, podem incitar a desconfiança com relação a toda intromissão de uma sobre o domínio da outra. Diz-se que a tarefa dos juristas é tão somente destacar o sentido de uma regra ou de uma instituição jurídica, seguindo o contexto que funda sua especialidade; julga-se que os historiadores do direito devem concentrar seus trabalhos nos períodos de pesquisa e deixar aos especialistas do direito contemporâneo o cuidado de examinar o seu; rejeita-se a pretensão dos historiadores e dos comparatistas de intervir na formação do direito positivo³⁶. Esses impedimentos, entretanto, são geralmente expressos em um sentido único, e a prática o contradiz largamente. Os juristas contemporâneos, os magistrados superiores e, com muita frequência, o legislador fazem de bom grado uso de análises comparatistas e históricas para forjar ou interpretar as regras jurídicas³⁷. Nessas condições, os historiadores do direito podem renunciar a uma confrontação de seus trabalhos com o direito contemporâneo, pois outros já o fazem e o farão de qualquer maneira. Ora, quando a confrontação é feita desse modo, ela se exprime ordinariamente por métodos discutíveis, para satisfazer ambições que não são sempre precisamente de ordem jurídica. O recurso à história ou às legislações estrangeiras serve habitualmente para cobrir com uma roupagem de aparência técnica as considerações de ordem fundamentalmente política. A partir de então, para uma tal abordagem parecer como inelutável, é sem dúvida preferível que seja iniciada pelos historiadores ou pelos comparatistas, seguindo métodos que possam preservar, na medida do possível, a neutralidade das conclusões apontadas.

Nesta perspectiva, o enfoque que propõe *Tribonien* quer apresentar-se como crítico: encarando esse termo segundo a sua concepção antiga³⁸, como significando a recusa em

³⁶ Sobre essa crítica da função prática do direito comparado e as respostas que lhe foram aportadas, ver por último: FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte. Argument de droit comparé et sociologie juridique. In: FENOUILLET, Dominique; AZOULAI, Loïc (org.). *L'argument sociologique en droit : pluriel et singularité*. Paris: Dalloz, 2015. p. 69–82.

³⁷ Ver, por exemplo, nessa perspectiva, as *Críticas* consagradas à supressão de referências ao bom pai de família em direito civil francês no presente texto.

³⁸ Ver, notadamente, nessa perspectiva, para a herança crítica grega: VERNANT, Jean-Pierre. *Les origines de la pensée grecque*. Paris: Presses Universitaires de France, 1962; VERNANT, Jean-Pierre. *Mythe et pensée chez les Grecs: études de psychologie historique*. Paris: F. Maspero, 1965. p. 371-410; NARBONNE, Jean-Marc. *Antiquité critique et modernité: essai sur le rôle de la pensée critique en Occident*. Paris: Les Belles Lettres, 2016, p. 71-100. Quanto à sua expressão romana: MOATTI, Claudia. *La raison de Rome: naissance de l'esprit critique à la fin de la République (II^e – I^{er} siècle avant Jésus-Christ)*. Paris: Seuil, 1997. p. 157-214.





submeter o discurso a uma autoridade e a exigência de questionar as razões, os motivos das escolhas, as decisões e os julgamentos. Nesta dita, nossa abordagem pode ser analisada como uma tentativa de reapropriação. Não desejamos que os trabalhos dos historiadores do direito sejam colocados a serviço de interesses que os ultrapassem. Parece-nos oportuno, em consequência, que devamos nós mesmos confrontar nossas reflexões com o direito positivo atual e estimular aqueles que invocam a história para justificar uma interpretação ou uma regra jurídica a trabalhar no estilo dos historiadores do direito. O comparatismo rigoroso, que revela todas as suas virtudes quando se inspira nas legislações estrangeiras, pode também ser feito com base na história. A comparação histórica, da mesma forma que a comparação geográfica, deve permitir de questionar os motivos das interpretações jurídicas.

É necessário que um tal exercício seja possível e legítimo. Mas será possível somente se duas pré-compreensões venham a ser descartadas. A primeira é a pré-compreensão evolucionista, que pressupõe o direito contemporâneo como o ponto de chegada de uma história linear, como um estado de perfeição ao qual o tempo conduziria necessariamente, a partir do momento em que se propõe a “avançar” e que tudo que avança é presumidamente aproveitável. Dar consistência a essa abordagem conduz a invalidar todo e qualquer dado antigo, julgado fatalmente como desatualizado e anedótico: há aqui um obstáculo para a abordagem crítica. A segunda é a pré-compreensão retrógada: um pré-julgamento inverso, que conduz a presumir a perfeição de um modelo antigo e a perceber o curso do tempo como veículo de uma corrupção necessária. O vício é oposto, mas é de mesma ordem: revestindo as instituições tradicionais da falsa roupagem da eternidade, invalida, por princípio, todas aquelas que lhe sucederam, seguindo uma tendência de todo contestável. Nos dois casos, o senso crítico é como que paralisado por uma confiança excessiva dada ao curso do tempo como chave de leitura dos fenômenos. Para que nosso estudo seja possível, é preciso, portanto, afastar o mito da história linear.

Uma tal rejeição poderia, entretanto, tornar nosso empreendimento contestável; ao menos, a neutralização da cronologia poderia submeter-se a uma acusação tradicionalmente levada contra o comparatismo: comparar o incomparável. Na sua formação, como na sua expressão e sua interpretação, uma regra de direito é sempre dependente do contexto no qual é enunciada; não se pode perceber, convenientemente, o sentido e o alcance senão levando em conta o quadro político, moral, econômico ou ainda religioso no qual é forjada e no seio do qual age. As regras próprias ao *dominium ex iure Quiritium*, à *saisine* dos Francos ou à propriedade do Código civil não podem ser compreendidas senão quando recolocadas no





contexto de desenvolvimento que é próprio a cada uma dessas noções. Parece difícil, nessas condições, abstrair normas de um tal condicionamento para as confrontar a outras sem que se tenha como resultado observações inapropriadas, errôneas ou anacrônicas. E quando uma tal confrontação restasse pertinente, sobre qual fundamento uma regra jurídica poderia pretender mostrar a via a uma outra? A crítica pareceria naturalmente ilegítima e mereceria, por consequência, ser afastada. A rigor, uma prática poderia parecer adaptada para responder a esse ponto: a que se conduz a proibir toda forma de avaliação. Propondo, a título informativo, destacar experiências jurídicas forjadas em lugares e tempos diferentes, pode-se talvez esperar compor compilações neutras de experiências jurídicas. No entanto, a partir do momento em que essa prática recusa tirar dela mesma as consequências de uma tal justaposição, leva a renunciar qualquer abordagem crítica assumida³⁹.

Tentamos seguir uma outra via. Para que nossa crítica seja tão legítima quanto possível, renunciaremos, por princípio, a toda ambição sistemática. A revista *Tribonien* não alimentará o fantasma pandectista de um sistema de Direito Romano atual; ela também não tentará destacar um eventual direito comum. De uma maneira geral, ela não pretenderá se pronunciar sobre as virtudes de uma regra. Concentraremos a atenção, de preferência, sobre as motivações jurídicas das interpretações. Nossos trabalhos aportarão argumentações que, apoiando-se sobre o alcance de uma categoria ou de uma regra de direito, têm por objeto tornar convincente uma interpretação jurídica – nossa abordagem será argumentativa⁴⁰. Confrontar as motivações dadas ao direito atual a outras argumentações oferecidas pela história do direito e pelo direito comparado: tal é a ambição que propomos aos nossos colaboradores, a fim de expandir o domínio das controvérsias para melhor selecionar os argumentos mais persuasivos⁴¹.

³⁹ Como mostra, a propósito as principais correntes de estudo comparatista: FRANKENBERG, Günter. *Comparative law as critique*. Cheltenham, UK; Northampton, MA: Edward Elgar Publishing, 2016. p. 49-89.

⁴⁰ Sobre as divisões da argumentação jurídica no pensamento dos retóricos e dos juristas romanos: CORNU THÉNARD, Nicolas. *La notion de fait dans la jurisprudence classique: étude sur les principes de la distinction entre fait et droit*. 2011. Thèse dactylographiée - Paris 2, Paris, 2011, p. 170-325. Sobre as figuras da argumentação jurídica atual, ver notadamente: ATIENZA, Manuel. *Curso de argumentación jurídica*. Madrid: Trotta, 2018; DEUMIER, Pascale (org.). *Le raisonnement juridique: recherches sur les travaux préparatoires des arrêts*. Paris : Dalloz, 2013; GOLTZBERG, Stefan. *L'argumentation juridique*. 2^e éd. Paris: Dalloz, 2015.

⁴¹ É seguindo essa perspectiva, de ordem metodológica, que nossa abordagem poderá assumir uma ambição mais política: esforçando-se em renovar as fontes de argumentação, de ampliar o caráter científico das controvérsias legislativas e jurisprudenciais e seu caráter persuasivo. Neste sentido, a crítica proposta se aproxima de sua expressão foucaultiana como “l’art de ne pas être gouverné comme ça”, “de n’être pas tellement gouverné” (FOUCAULT, Michel. Qu’est-ce que la critique? Critique et Aufklärung. *Bulletin de la Société Française de Philosophie*, Paris, v. 82, n. 2, p. 35-63, 1990).





3.2 UMA SELEÇÃO DE ARGUMENTOS JURÍDICOS

Para satisfazer uma tal ambição, a abordagem poderá se articular em várias etapas. Repousa, inicialmente, em um esforço de seleção. Cada contribuição trará uma questão jurídica surgida em decisões de justiça, em texto legislativo ou em uma reflexão doutrinal, cujo alcance histórico parece ser notável. A atualidade não precisará ser a mais recente, mas será preciso que a questão encarada tenha suscitado posicionamentos diferentes no tempo para o estudo ter espaço na *Tribonien*. Um exemplo pode ser seguido nesta perspectiva: o projeto de estender os poderes da Corte de Cassação, não somente no senso estrito de controle do direito, mas, igualmente, à apreciação dos fatos. Esse projeto, expresso desde o discurso de instalação do primeiro presidente Louvel⁴², animou as discussões, inspirando o projeto de reforma da Corte de Cassação⁴³, o qual *Tribonien* consagrará precisamente seus trabalhos⁴⁴. Com efeito, a questão merece ser selecionada: a definição dos poderes do magistrado supremo deu lugar a experiências jurídicas muito contrastantes historicamente, moldando ideias e raciocínios, que podem ser preciosos do ponto de vista de uma crítica.

Tendo um tal tema uma vez definido, a primeira ambição será a de destacar a sua densidade argumentativa. A análise tenderá a fazer uma dissociação entre a regra posta e os motivos empregados para a justificar, sobre os quais recairá precisamente a atenção. Esse esforço de distinção tentará prevenir nossos colaboradores contra as pretensões sistemáticas. O mesmo se fará a propósito da reforma dos poderes do magistrado supremo: a investigação se apoiará menos sobre a oportunidade – de restringir ou não essas prerrogativas somente ao controle do direito – do que sobre os motivos e as representações empregadas para sustentar essa medida ou a questioná-la. Encarada dessa maneira, a questão será projetada no tempo e no espaço, para ressaltar a diversidade dos argumentos suscetíveis de ser apresentados. A história do direito e o direito comparado permitirão reconstituir as controvérsias de grande amplitude. Neste caso, o estudo poderia ser alimentado por reflexões forjadas pelos jurisconsultos romanos a propósito das *quaestiones facti* e das *quaestiones iuris*; poderiam ser confrontadas com as interpretações elaboradas sobre esse fundamento pelos juristas

⁴² LOUVEL, Bertrand. *Audience solennelle d'installation de M. Bertrand Louvel en qualité de premier président de la Cour de cassation*. Paris, 16 de julho de 2014. Disponível em: <www.courcassation.fr>.

⁴³ Cf. JEAN, Jean-Paul. *Rapport de la commission de réflexion sur la réforme de la Cour de cassation*. Synthèse introductive et propositions. Paris, 2017. Disponível em: <www.courdecassation.fr>.

⁴⁴ Sessão de 31 de maio de 2018: *A reforma da Corte de cassação*, cujos trabalhos serão publicados no terceiro volume da *Tribonien*.





medievais; poderia inspirar-se ainda nos argumentos empregados para estender os poderes jurisdicionais próprios do Conselho de Estado do Antigo Regime ou para restringir aqueles do Tribunal de Cassação quando da Revolução; examinaria os trabalhos mais recentes sobre o exercício dos seus poderes pela Corte de Cassação, como pelas outras jurisdições supremas; o estudo confrontaria essas argumentações àquelas que sustentam as práticas dos juízes de tradições jurídicas diferentes; questionaria, enfim, as motivações apresentadas pelas jurisdições europeias, cuja influência é evidentemente determinante para a reforma em curso. Feito isto, os mais diversos argumentos poderiam surgir e se opor para além do lugar e da época.

O exercício tenderá, então, a revelar a dimensão propriamente jurídica dessas controvérsias. Este é o ponto principal de uma abordagem argumentativa. Para que os argumentos possam ser respondidos, independentemente do tempo e lugar, eles devem ser libertados do contexto, despojando tanto quanto possível os raciocínios estudados das considerações políticas, econômicas ou morais que muitas vezes os animam: isolando os argumentos propriamente jurídicos. A definição dos poderes do magistrado supremo é evidentemente condicionada por aspirações políticas, as quais expressam a busca da supremacia enquanto tal, tanto perante as diferentes instâncias jurisdicionais quanto perante os demais órgãos institucionais, tanto na ordem interna como na ordem internacional. No entanto, os motivos invocados para organizar esta supremacia dependem, por muito, de um contexto específico e, por falta de correspondência, não é oportuno opor um ao outro: não se respondem. Apenas a argumentação propriamente jurídica oferecerá um plano relevante para a formulação de uma controvérsia. A investigação se concentrará, portanto, sobre esta forma particular de raciocínio.

Assim considerado, pode talvez render frutos. A análise permitirá, às vezes, derrubar regras pretensamente sustentadas pela história ou pelo direito comparado: revelando o caráter argumentativo de um princípio enunciado como verdade atemporal ou universal e discutindo seus méritos, uma vez recolocado em seu contexto. A crítica demonstrará a cena do argumento. Neste caso, poderia recordar, por exemplo, quão infundado é o pré-conceito tradicional que consiste em restringir os poderes da Corte de Cassação ao exame do direito⁴⁵; poderá, também, explicar como é datado o “*a priori*” que tende a assimilar a distinção entre

⁴⁵ Como mostra: MARTY, Gabriel. *La distinction du fait et du droit*. Essai sur le pouvoir de contrôle de la Cour de cassation sur les juges du fait. Paris: R. Sirey, 1929.





fato e direito àquele que opõe *ser a dever ser*⁴⁶. Basicamente, eliminará falsos argumentos históricos. Tal abordagem também pode revelar verdades. Na medida do possível, tentaremos destacar raciocínios desconhecidos, esquecidos ou desprezados que ocultam a história do direito e o direito comparado. Desta forma, as contribuições de *Tribonien* permitirão talvez sugerir alternativas às regras ou modelos adotados hoje, às vezes sem justificativa. No estudo sobre os magistrados supremos, tal crítica poderá, assim, propor, por exemplo, de se inspirar no raciocínio dos jurisconsultos romanos para representar a articulação das prerrogativas do juiz de cassação e, assim, incutir por esse meio uma estratégia diferente no exercício desses poderes.

O nosso trabalho poderá, por fim, esclarecer, em substância, as decisões de justiça e os projetos de lei. Neste sentido, os historiadores do direito têm uma missão estritamente didática. Quando o significado ou escopo de uma regra preservada pela tradição se torna obscuro, são eles que devem ser chamados para se obter os esclarecimentos necessários. Deixar de chamá-los pode, muitas vezes, levar à manutenção de uma interpretação errônea por falsos motivos históricos – como refletem, a propósito dos poderes do juiz de cassação, numerosos manuais que limitam essas prerrogativas ao controle exclusivo do direito. Mais seriamente, o desinteresse pela análise histórica pode levar o legislador a descartar regras, definições ou raciocínios, por pura incompreensão ou ignorância. A este respeito, a leitura dos debates parlamentares que antecederam a recente supressão das ações possessórias no direito francês é eloquente⁴⁷: a ignorância dá asas aos que desejam “simplificar a lei”, e alguns estudos jurídicos poderiam ter incitado mais prudência e retidão. Neste caso, poderia ter sido oportuno solicitar a um historiador do direito para explicar o significado fundamental dos interditos possessórios em Roma, sua ligação congênita com a própria noção de posse e o considerável poder de raciocínios estimulados por essa noção por mais de dois mil anos. Mais uma vez, o desafio não é promover um conservadorismo conceitual, mas garantir que as escolhas do legislador sejam feitas com plena consciência das consequências que elas acarretam.

Assim, ao questionar os motivos de uma interpretação recente e compará-los com outros raciocínios oferecidos por uma ciência jurídica liberta do tempo e do espaço, a revista

⁴⁶ Cf. CORNU THÉNARD, Nicolas. *La notion de fait dans la jurisprudence classique: étude sur les principes de la distinction entre fait et droit*. 2011. Thèse dactylographiée - Paris 2, Paris, 2011, p. 10-15.

⁴⁷ Cf. por exemplo os propósitos condescendentes do Senado neste tema, em sessão do 21 de janeiro de 2014, disponíveis em <www.senat.fr>.





se empenhará em enriquecer a controvérsia, de forma que o argumento mais persuasivo possa se impor. *Tribonien* procurará, portanto, a seu modo, contribuir para com o exercício de uma missão essencial dos juristas, a de preservar a certeza do direito. Associados aos argumentos, usaremos a história do direito e o direito comparado⁴⁸ como laboratórios de reflexão. Aproveitando as milhares de páginas de casuísticas esquecidas, que certamente seria uma pena ocultar por mais tempo, tentaremos formar seleções de argumentos jurídicos. Desta forma, procuraremos contribuir para o fortalecimento da dimensão intelectual e doutrinária do direito, na esperança de que possa contrabalançar ou inspirar fontes de origem legislativa ou jurisprudencial.

Esta abordagem não é, obviamente, nova, e nosso projeto se propõe essencialmente a reacender uma chama que foi, consideravelmente, mantida no passado. Nesse sentido, uma obra fundadora é certamente a mais eloquente: aquela realizada por Triboniano, que será o emblema de nossa revista. O jurista a quem o imperador Justiniano confiou a formidável missão de compilar a jurisprudência romana, sem dúvida reuniu os argumentos mais ricos e duradouramente fecundos que a ciência jurídica ocidental foi capaz de conhecer. O *Digesto* contém argumentos forjados ao longo de mais de quatro séculos, com vocação para animar controvérsias muito além de locais e épocas. São bem conhecidas as críticas dirigidas ao autor desde a redescoberta do *Corpus iuris civilis*: por se esforçar em coincidir pensamentos de juristas distintos e de diferentes épocas, preservando a coerência do direito imperial da sua época, Triboniano foi frequentemente qualificado de falsário – ele teria adulterado os textos originais, nas proporções e conforme expressões que variam em função de preconceitos de cada acusador, mas sempre fazendo dele o ícone do mau jurista. Essas críticas, entretanto, obscurecem a função, não sistemática, mas propriamente argumentativa dessa compilação; elas ignoram, sobretudo, a finalidade última que buscava Triboniano, o qual ele alcançou maravilhosamente: forjar uma ciência jurídica certa, suscetível de alimentar a doutrina na longa duração. É esse modelo que a nossa revista gostaria, na medida das suas faculdades, de se inspirar, assumindo todos os aspectos dessa referência ao grande compilador. Ao confrontar o direito contemporâneo com as criações mais férteis dos juristas, a revista *Tribonien* deseja, por sua vez, revigorar as controvérsias jurídicas.

⁴⁸ Uma abordagem equivalente pode ser vista em direito comparado; ver nesta perspectiva: ADAMS, Maurice; BOMHOFF, Jacco. *Practice and Theory in Comparative Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012. p. 74-95.





REFERÊNCIAS

ACOLLAS, Émile. *Manuel de droit civil a l'usage des étudiants*. t. III. Paris: A. Maresq aîné, 1877.

ADAMS, Maurice; BOMHOFF, Jacco. *Practice and Theory in Comparative Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

ASSIER-ANDRIEU, Louis. *L'autorité du passé: essai anthropologique sur la common law*. Paris: Dalloz, 2011.

ATIENZA, Manuel. *Curso de argumentación jurídica*. Madrid: Trotta, 2018.

BLANC-JOUVAN, Xavier (org.). *L'avenir du droit comparé: un défi pour les juristes du nouveau millénaire*. Paris: Société de Législation Comparée, 2000.

CARBONNIER, Jean. *Droit civil: I, Introduction. Les personnes. La famille, l'enfant, le couple*. Paris : PUF, 2004.

CHABOT DE L'ALLIER, Georges-Antoine. *Commentaire sur les successions d'après le code civil*. v. I. 7^e éd. Bruxelles: Librairie de Jurisprudence de H. Tarlier, 1834.

CHÉNEDÉ, François. Un modèle de méthode historico-comparative: Raymond Saleilles et la cession de dette. *Tribonien: Revue Critique de Législation et de Jurisprudence*, n. 01, p. 20-31, 2018.

COING, Helmut. Savigny et Collingwood ou Histoire et interprétation du Droit. *Archives de Philosophie du Droit*, [s. l.], v. 4 (Droit et Histoire), 1959.

CORNU-THÉNARD, Nicolas. *La notion de fait dans la jurisprudence classique : étude sur les principes de la distinction entre fait et droit*. 2011. Thèse dactylographiée - Paris 2, Paris, 2011.

DELVINCOURT, Claude-Etienne. *Cours de Code Civil*. v. 5. Bruxelles: P. J. de Mat, 1825.

DEROUSSIN, David. La pensée juridique de Henri Capitant. Le progrès par “l'accroissement de la vie individuelle et l'accroissement de la vie sociale”. In: HAKIM, Nader; MELLERAY, Fabrice (org.). *Le renouveau de la doctrine française: les grands auteurs de la pensée juridique au tournant du XX^e siècle*. Paris: Dalloz, 2009. (Méthodes du droit). p. 15–67.

DEUMIER, Pascale (org.). *Le raisonnement juridique: recherches sur les travaux préparatoires des arrêts*. Paris : Dalloz, 2013. (Méthodes du droit).

ESMEIN, Adhémar. Compte-rendu bibliographique: Études historiques sur la formation du système de la garantie d'éviction en droit romain. *Nouvelle revue historique de droit français et étranger*, [s. l.], v. 9, p. 472–474, 1885.





FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte. Argument de droit comparé et sociologie juridique. In: FENOUILLET, Dominique; AZOULAI, Loïc (org.). *L'argument sociologique en droit : pluriel et singularité*. Paris: Dalloz, 2015. p. 69–82.

FOUCAULT, Michel. Qu'est-ce que la critique? Critique et Aufklärung. *Bulletin de la Société Française de Philosophie*, [s. l.], v. 82, n. 2, p. 35–63, 1990.

FRANKENBERG, Günter. *Comparative law as critique*. Cheltenham, UK; Northampton, MA: Edward Elgar Publishing, 2016. (Elgar Studies in Legal Theory).

GAUDEMET, Jean. Études juridiques et culture historique. *Archives de Philosophie du Droit*, [s. l.], v. 4 (Droit et Histoire), p. 11–21, 1959.

GAUDEMET, Jean. Les disciplines historiques dans les facultés de droit et des sciences économiques. *Revue de l'enseignement supérieur*, [s. l.], v. 1 (La prospective des facultés de droit et des sciences économiques), p. 71–72, 1963.

GÉNY, François. *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*: Essai critique. 2 v. 2^e éd. Paris: Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence, 1919.

GHESTIN, Jacques; GOUBEAUX, Gilles; FABRE-MAGNAN, Muriel. *Traité de droit civil*. 4^e éd. Paris: Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence, 1996.

GOLTZBERG, Stefan. *L'argumentation juridique*. 2^e éd. Paris: Dalloz, 2015 (Connaissance du droit).

GRZEGORCZYK, Christophe; MICHAUT, Françoise; TROPER, Michel. *Le positivisme juridique*. Bruxelles; Paris: Story Scientia; LGDJ, 1992.

HALPÉRIN, Jean-Louis. Adhémar Esmein et les ambitions de l'histoire du droit. *Revue historique de droit français et étranger*, [s. l.], v. 75, n. 3, p. 415–433, 1997.

HALPÉRIN, Jean-Louis. L'histoire du droit constituée en discipline : consécration ou repli identitaire?. *Revue d'Histoire des Sciences Humaines*, [s. l.], v. 4, n. 1, p. 09–32, 2001.

HUGO, Gustav. *Histoire du droit romain*. Paris: D'Antoine Bavoux, 1825.

JEAN, Jean-Paul. *Rapport de la commission de réflexion sur la réforme de la Cour de cassation*. Synthèse introductive et propositions. Paris, 2017. Disponible em: <www.courdecassation.fr>.

JOUANJAN, Olivier. *Une histoire de la pensée juridique en Allemagne (1800-1918): idéalisme et conceptualisme chez les juristes allemands du XIX^e siècle*. 1^e éd. Paris: Presses Universitaires de France, 2005.

JOURDAN, A. Considérations sur l'état actuel de la science du droit en France, et revue de quelques ouvrages de droit romain. *Thémis*, [s. l.], v. 3, 1824.





KLIMRATH, Henri. *Essai sur l'étude historique du droit, et son utilité pour l'interprétation du code civil*. Strasbourg: F. G. Levrault, 1833.

KRYNEN, Jacques; D'ALTEROCHE, Bernard (org.). *L'histoire du droit en France : nouvelles tendances, nouveaux territoires*. Paris: Classiques Garnier, 2014 (Histoire du droit, v. 1).

LABOULAYE, Édouard. De la méthode historique en jurisprudence et de son avenir. *Revue historique de droit français et étranger (1855-1869)*, [s. l.], v. 1, p. 01–23, 1855.

LAURENT-BONNE, Nicolas. Observations sur la fonction de l'histoire dans la doctrine contemporaine. In: MAZEAUD, Denis; BONNEAU, Thierry (org.). *Sur quelques aspects du renouvellement des sources du droit*. Paris: Éditions Panthéon-Assas, 2016. p. 11–28. (Hors Collection).

LEGENDRE, Pierre. L'Administration sans Histoire : Les courants traditionnels de recherche dans les Facultés de Droit. *La Revue administrative*, [s. l.], v. 21, n. 124, p. 427–432, 1968.

LEGENDRE, Pierre. Les historiens du droit soumettront-ils au rendement? Réflexions sur le désir de réforme. *Recueil Dalloz*, Paris, Chron., p. 25–28, 1969.

LOUVEL, Bertrand. *Audience solennelle d'installation de M. Bertrand Louvel en qualité de premier président de la Cour de cassation*. Paris, 16 de julho de 2014. Disponível em: <www.courcassation.fr>.

MARTY, Gabriel. *La distinction du fait et du droit: Essai sur le pouvoir de contrôle de la Cour de cassation sur les juges du fait*. Paris: R. Sirey, 1929.

MOATTI, Claudia. *La raison de Rome: naissance de l'esprit critique à la fin de la République (II^e – I^{er} siècle avant Jésus-Christ)*. Paris: Seuil, 1997. (Des travaux).

MOTTE, Olivier. *Savigny et la France*. Berne: P. Lang, 1983.

NAPOLI, Paolo. Le droit, l'histoire, la comparaison. In: REMAUD, Olivier; SCHAUB, Jean-Frédéric; THIREAU, Isabelle (org.). *Faire des sciences sociales : Comparer*. Paris: Éditions de l'École des Hautes Études en Sciences Sociales, 2012. p. 127–160.

NARBONNE, Jean-Marc. *Antiquité critique et modernité: essai sur le rôle de la pensée critique en Occident*. Paris: Les Belles Lettres, 2016.

OST, François. *Le Temps du droit*. Paris: Odile Jacob, 1999.

PICARD, Etienne. L'état du droit comparé en France, en 1999. *Revue internationale de droit comparé*, [s. l.], v. 51, n. 4, p. 885–915, 1999.

PLANIOL, Marcel. *Traité élémentaire de droit civil*. t. 1^{er} (Principes généraux, personnes, biens). Revu et complété par Georges Ripert et Jean Boulanger. 3^e éd. Paris: Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence, 1946.





RIVERO, Jean. Apologie pour les faiseurs de systèmes. *Dalloz*, Paris, p. 99 et seq., 1951.

VERNANT, Jean-Pierre. *Les origines de la pensée grecque*. Paris: Presses Universitaires de France, 1962.

VERNANT, Jean-Pierre. *Mythe et pensée chez les Grecs: études de psychologie historique*. Paris: F. Maspero, 1965.

XIFARAS, Mikhaïl. Comment rendre le passé contemporain. In: PRÉVOST, Xavier; LAURENT-BONNE, Nicolas (org.). *Penser l'ancien droit privé: regards croisés sur les méthodes des juristes (II)*. Paris: Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence, 2018.

ZACHARIAE, Charles-S. *Cours de droit civil français*. Traduction de Charles Aubry et Charles-Frédéric Rau. v. 1. Bruxelles: Société Belge de Librairie, 1842.

DADOS DA PUBLICAÇÃO

Categoria: artigo de autor convidado.

Recebido em: 20/04/2021.

Aceito em: 21/04/2021.



