

## **A DIVERSIDADE E O DIREITO: UMA CONTRIBUIÇÃO DA HISTÓRIA DO DIREITO PARA UM DEBATE CONTEMPORÂNEO**

### **DIVERSITY AND THE LAW: A CONTRIBUTION FROM THE HISTORY TO A CONTEMPORARY DEBATE**

**Ricardo Marcelo Fonseca<sup>1</sup>**

**RESUMO:** Esse artigo trata do tema da diversidade em sua relação com o direito, partindo do pressuposto que a história do direito é um campo privilegiado para abordá-la. A relação entre a diversidade e o direito é então tratada em três etapas históricas diversas: na pré-modernidade, na modernidade jurídica e nos tempos atuais, períodos em que os termos dessa complexa relação mudaram substancialmente.

Palavras-Chave: História do Direito, Diversidade, Direito.

**ABSTRACT:** This article deals with the issue of diversity in its relation to the law, on the assumption that the history of law is a privileged field to address it. The relationship between diversity and the law is then treated in three different historical stages: pre-modernity, legal modernity and in current times, periods when the terms of this complex relationship changed substantially.

**KEYWORDS:** History of Law, Diversity, Law

### **INTRODUÇÃO**

Para o jurista, pensar a diversidade é um desafio que não é simples. De um lado, pareceria que a diversidade é uma condição inerente à própria esfera jurídica: afinal, a diferença de posições e às vezes até a oposição de interesses geralmente é algo pressuposto quando se instala um conflito que reclama a solução do direito. Sem diferenças de interesses e sem conflitos o direito não seria chamado a atuar. Mas a essa diversidade (de interesses, de posições, de pontos de vista), que é própria das partes que litigam judicialmente, geralmente se opõe uma lógica da própria instância jurídica que,

---

<sup>1</sup> Professor do curso de graduação e do programa de pós-graduação em direito da Universidade Federal do Paraná (UFPR). Diretor da Faculdade de Direito da UFPR. Pesquisador do CNPq.

por sua própria natureza (ao menos na nossa modernidade), tende a deter *uma* lógica, *uma* maneira de conceber e de resolver controvérsias; tende, em suma, a uma racionalidade que deve ter critérios unificados que sirvam para todos, que sejam reconhecidos como legítimos por quem ganha e por quem perde, justamente para poder instalar a paz social e poder resolver um determinado conflito de interesses; o direito deve, assim, deter uma lógica interna que vá além das divergências individuais, deve ter critérios que transcendam a diversidade que se dá no campo concreto dos conflitos, deve deter uma racionalidade que alcance a legitimidade de todos. O direito, enfim, deve tender a *resolver* os conflitos, os litígios, as diversidades, a partir de critérios legítimos que sejam compartilhados por todos (ou ao menos por uma grande maioria). O direito, enfim, justamente para resolver as diferenças que existem na conflitualidade que é própria da sociedade, deve ter uma lógica interna que, para atribuir certeza, segurança e legitimidade, busque eliminar e limitar a diversidade.

Ou seja: a questão da diversidade é complexa para o jurista justamente porque, de um lado, a existência de controvérsias, de litígios – numa palavra, das *diferenças* – é quase um pressuposto para que o direito seja chamado a atuar; de outro lado, porém, quando é chamado a atuar, o direito deve se orientar por critérios que limitem, regulem e valorem a conflitualidade e deve buscar uma lógica que torne *homogêneas* as diferenças, deve buscar critérios únicos do que é justo e que é correto; em suma, no momento de sua aplicação, o que o direito deve fazer é eliminar as diferenças. De fato, os *topoi* interpretativos, as formas de aplicação da *aequitas*, as convicções doutrinárias, e as exegeses dadas pelos tribunais ao conteúdo do direito nada mais são do que esforços para eliminar as diferenças, para chegar, ao final, numa interpretação que, estando acima da conflitualidade de um caso concreto, seja capaz de superar (e pacificar) toda a diversidade do mundo social.

O que parece existir, portanto, é uma *tensão interna* no direito no que diz respeito ao tema da diversidade: ao mesmo tempo em que trabalha com ela, o direito busca eliminá-la, justamente para estabilizar-se, para resolver-se e para legitimar-se.

Mas o modo como se dá essa tensão entre direito e diversidade, de outro lado, mostra-se muito variada a depender das muitas experiências jurídicas. Não se pode dizer que essa tensão se dá da mesma forma hoje, ontem e anteontem. Diversidade e direito, a

dependem do tempo histórico, podem conviver implicados e em relativo equilíbrio ou, ao contrário, podem buscar se excluir reciprocamente. Claro que para isso também contribui o modo como cada época, em suas respectivas configurações discursivas e na forma de expressão de seu pensamento jurídico, colocará o problema da relação entre direito e diversidade. Por essa razão que a história do direito, a meu ver, tem uma contribuição importante a dar nesse debate.

Seguindo então essas premissas, o presente texto buscará delinear alguns modelos na relação entre o direito e a diversidade, buscando, com isso, historicizar essa complexa questão. Ao seguir esse caminho, e ao tentar compreender os influxos teóricos a respeito do tema da diversidade na sua relação com o direito, espera-se que brotem alguns apontamentos de cunho metodológico, sobretudo para o campo da história do direito.

## **1 DIREITO E DIVERSIDADE NA PRÉ-MODERNIDADE**

A experiência jurídica do “*ius commune*”, como se sabe, teve vida longa tanto na Europa quanto – a seu modo – na América Latina. No primeiro caso, embora com fraturas e diferenças históricas relevantes ao longo de sete séculos, teve vigência desde as seminais elaborações dos juristas medievais da segunda Idade Média a partir da “redescoberta” do “*Corpus Iuris Civilis*” (glosadores e comentadores) até o advento da era da codificação, já no século XIX (Grossi, 1995; Hespanha, 2012). Já no caso da América Latina, que naturalmente recebe o direito europeu de seus colonizadores, mas lhes dá tonalidades próprias, várias formas e modos do “*ius commune*” sobrevivem, seja naquilo que os hispano-americanos chamarão de experiência do “*derecho indiano*” (Anzoátegui, 1982), seja na especificidade – sempre plural e heterogênea – no modo particular como os luso-americanos (brasileiros) se apropriaram dessa herança (HESPANHA, 2006; FONSECA, 2013 e FONSECA, 2014).

De todo modo, o “*ius commune*” europeu, como se sabe, é uma experiência complexa, frequentemente mal compreendida e que tem um modelo muito distante daquele que experimentamos hoje. O “*ius commune*” não era um sistema fechado, não era um direito codificado ou legalizado, não era ligado a uma força estatal e sequer se pretendia como um direito de aplicação exclusiva num determinado território. Tratava-

se, isso sim, de um direito doutrinário ou científico, elaborado pelos juristas, sobretudo aqueles das recém-nascidas universidades (“doctores legum”), que tinham como ponto de partida de autoridade de textos clássicos (romanos e canônicos). A partir deles, surgia um direito comum nas técnicas discursivas utilizadas, comum na língua utilizada (o latim) e comum a um largo espaço geográfico europeu. Como diz Paolo Grossi, o “ius commune” era “um depósito quase inexaurível de análises e soluções técnico-jurídicas, mas também de conceitos e de princípios, ao mesmo tempo abstratos e dúcteis, de cuja complexa realidade sócio-econômico do tardo-medieval tinha uma necessidade urgente” (GROSSI, 2007B, p. 56/57).

A natureza do direito comum não é simplificável e o debate em torno de sua caracterização não é pequeno<sup>2</sup>. Contudo, pode-se tentar resumir, junto com o esforço de síntese de Adrianno Cavanna, que a experiência do “ius commune” compreendia a) um direito fortemente jurisprudencial (no sentido de doutrinário, científico) que buscava adaptar-se às novas exigências do tempo em que ele surge; b) um papel central do jurista enquanto personagem encarregado de fazer a mediação entre o texto do “corpus iuris civilis”, de um lado, e a praxe, de outro, enquanto aquele encarregado de estabelecer um nexos entre “autoridade” dos textos antigos e a “criatividade” na adaptação/reinvenção/tradução destes textos num mundo historicamente muito distinto daquele em que ele foi produzido (CAVANNA, 1982, págs. 116/117 e 102). Isso tudo

<sup>2</sup> No âmbito da historiografia jurídica europeia há estudos já clássicos e de referência sobre o tema: CALASSO, Francesco (1954). *Medio Evo del diritto*. I – Le Fonti. Milano, Giuffrè; CALASSO, Francesco (1964). *Gli ordinamenti giuridici del renascimento medievale* (ristampa). Milano, Giuffrè; CALASSO, Francesco (1970). *Introduzione al diritto comune* (ristampa). Milano, Giuffrè; ASCHERI, Mario (2005). *Medioevo del potere: le istituzioni laiche ed ecclesiastiche*. Bologna, Il Mulino; ASCHERI, Mario (2007). *Introduzione storica al diritto medievale*. Torino, Giappichelli; CONTE, Emanuele (2009). *Diritto comune*. Bologna, Il Mulino; CORTESE, Ennio (1996). *Il renascimento giuridico medievale*. 2ª ed. Roma, Bulzoni editore; CAVANNA, Adriano (1982). *Storia del diritto moderno in Europa*. Milano, Giuffrè; SBRICCOLI, Mario (1969). *L'interpretazione dello statuto: contributo allo studio della funzione dei giuristi nell'età comunale*. Milano, Giuffrè; PADOA SCHIOPPA, Antonio (2007). *Storia del diritto in Europa: dal medioevo all'età contemporanea*. Bologna, Il Mulino; CAPPELLINI, Paolo (2010). *Storia di concetti giuridici*. Torino, Giappichelli (sobretudo págs. 123 e segs.); COING, Helmut (1985). *Europäisches Privatrecht. I: Älteres Gemeines Recht (1500 bis 1800)*. München, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung (tradução à língua espanhola: *Derecho privado Europeo. T. I – Derecho Común más antiguo*. Madrid, Fundación cultural del notariado, 1996) além do já referido GROSSI, Paolo (1995). *L'ordine giuridico medievale*. Roma/Bari, Laterza. No âmbito ibérico, valem as referências a CLAVERO, Bartolomé (1994). *Historia del derecho: derecho común*. Salamanca, Ediciones Universidad Salamanca; TOMÁS Y VALIENTE, Francisco (2003). 4ª ed. *Manual de historia del derecho español*. Madrid, editorial Tecnos; LORENTE, Marta e VALLEJO, Jesus (orgs.) (2012). *Manual de historia del derecho*. Valencia, Tirant lo blanch; HESPANHA, A. M. (2012). *Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio*. Coimbra, Almedina; HESPANHA, A. M. (1994). *As vésperas do Leviathan: Instituições e poder político, Portugal – séc. XVII*. Coimbra, Almedina, além do recentíssimo e já essencial HESPANHA, A. M (2015). *Como os juristas viam o mundo (1550-1750): direitos, estados, coisas, contratos, ações e crimes*. Lisboa, Amazon books.

leva a um elemento crucial na compreensão e caracterização do “ius commune”: o fato dele ser um direito permeável aos direitos particulares, um direito que não traz para si uma pretensão de completude, de abstração ou de exclusividade. O direito comum, em suma, coloca-se como um direito universalmente subsidiário e portanto dotado de profunda relatividade. Como diz Cavanna,

“... o direito comum assume com total clareza as suas clássicas características históricas de relatividade: a relatividade de uma normativa subsidiária, supletiva onde quer que seja com relação às concorrentes e não mais subordinadas normas locais que têm relação com a força dos fatos com eficácia prevalente. Todavia, isso não implica no fato de que o direito comum, como direito subsidiário, perca seu lugar de protagonista. Ele é comum justamente porquê postula uma pluralidade de sistemas normativos que dele participam justamente em função de sua própria insuficiência: com direito qualificado sobretudo por princípios gerais e por categorias abstratas capazes de compreender genericamente um número indefinível de fatos pertencentes à experiência, ele se eleva sem rivais sobre os esquemas elementares, lacunosos e prevalentemente casuísticos do direito estatutário” (CAVANNA, 1982, p. 61)

No Brasil as coisas não eram tão diferentes. Embora fossem muito mais escassos os meios de circulação de uma cultura jurídica letrada, a própria dinâmica colonial facilitava que a aplicação do direito ocorresse a partir de uma dialética em que a tendência à descentralização de ordens normativas e a existência de uma referência metropolitana no direito acabassem por se integrar e a funcionar, em modo mais ou menos homólogo ao que ocorria na experiência europeia do “ius commune”. Como nos lembra Hespanha, ao estudar o caso brasileiro na época colonial, “*o modelo de ordenamento jurídico proposto pelo direito comum europeu não punha grandes obstáculos doutrinários às tensões centrífugas da realidade colonial. Pelo contrário, fornecia uma série de princípios doutrinários e de modelos de funcionamento normativo que se acomodavam bem a uma situação como a do sertão brasileiro*” (HESPANHA, 2006, p. 80). Na mesma linha, Luis Fernando Pereira, quando se debruça sobre os juízos ordinários enquanto “nós” da cultura jurídica colonial brasileira, aduz que “*os concelhos eram o centro da formação de uma cultura jurídica colonial que não se apresentou necessariamente como algo oposto à alta cultura jurídica dos letrados, mas, em uma complexa circularidade, ofereceram e receberam elementos que foram utilizados como base para tais construções*”, de modo que “*o que se percebe é uma boa assimilação das*

*regras formais e das técnicas procedimentais, embora cada câmara tenha constituído um conteúdo mais adequado à sua realidade”* (PEREIRA, 2013, p. 594/595).

Ou seja: tanto a experiência jurídica medieval quanto a experiência jurídica colonial brasileira (e que duram, ambas, mais ou menos até o fim período do chamado *Ancien régime* europeu, ou até mesmo depois) são marcadas por estruturas político-jurídicas descentralizadas e plurais, nas quais o direito se coloca justamente no papel de *mediador* entre a grande pluralidade de *iurisdictiones* (e, portanto, na grande pluralidade de ordens produtoras de juridicidade) e um modelo doutrinário que tendia a uma certa universalidade (universalidade de princípios, de métodos, de formas de aplicação, etc.) que incidia, porém, de modo suplementar. Como exemplos emblemáticos dessa tarefa de mediação entre as diferentes ordens particulares, de um lado, e um direito doutrinário de caráter comum, de outro, temos as figuras que eram então centrais da “*aequitas*” quanto do “*arbitrium*”, que mereceram, ambas, atenção competente da nossa historiografia (GROSSI, 2013<sup>3</sup>; MECCARELLI, 1998<sup>4</sup>). Tanto uma quanto a outra pendem para que o intérprete não tenha como premissa o primado absoluto de uma norma geral e abstrata, mas sim que leve em consideração o particular, o tópico, o concreto, o histórico. Enfim, que leve em conta a diversidade.

O direito desse período (seja na Europa ou no Brasil) traz para si a tarefa de ser o campo de convergência entre as muitas e naturais diversidades co-existentes que formam, juntas, a ordem jurídica desta época. O direito dessa época, assim, é o lugar do convívio e da conciliação entre uma ordem universal e as inúmeras ordens particulares, entre as tendências centrífugas e as centrípetas, entre o ‘um’ e os ‘muitos’. A diversidade, enfim, é resolvida no interior do próprio direito, é acolhida pelo direito como uma parte integrante de sua estrutura, como um natural componente seu. Mais do que isso, a existência de tantas diversidades sistêmicas é uma condição constitutiva e necessária do funcionamento dessa experiência jurídica.

---

<sup>3</sup> Ao falar da “*aequitas*”, canônica, Paolo Grossi nos ensina que “onde o juiz vislumbrar a existência de um *periculum animae*, existe o dever ineludível de desaplicar a norma abstrata em vista do caráter concreto do caso” (GROSSI, 2013, p. 225).

<sup>4</sup> Ao demonstrar que o “*arbitrium*” não era, no bojo do direito medieval, uma “mera voluntas”, mas sim uma “voluntas iustificata”, Massimo Meccarelli aponta que “o *arbitrium* não representa um fator evasivo dos equilíbrios do sistema e das suas regras, nem constitui uma esfera de liberdade atribuída a alguém para colocar-se fora a ou para além do ordenamento vigente. O *arbitrium*, enquanto vontade justificada, enquanto “voluntas submissa fraeno rationis”, mostra-se, muito mais, como elemento fisiológico do sistema, onde tem sua razão de ser” (MECCARELLI, 1998, p. 11)

Nessa época, enfim, diversidade não é algo que se contrapõe ao direito; é algo que com ele convive, que o integra e o constitui. O direito, aqui, parece não poder viver sem a diversidade.

## 2 DIREITO E DIVERSIDADE NA MODERNIDADE JURÍDICA.

Como se sabe, o momento revolucionário que se inicia na Europa ao final do século XVIII implica em rupturas importantes na ordem política e também na ordem jurídica. Aparece uma nova linguagem dos direitos (FIORAVANTI, 2014; COSTA, 2000) e uma radicalmente nova maneira de funcionamento das fontes do direito (GROSSI, 1998; GROSSI, 2007A; CAPPELLINI, 2003; CAZZETTA, 2011; CARONI, 1998; CAPPELLINI e SORDI, 2002). Depois de todo um momento setecentista no qual há uma tensão no espaço jurídico no qual as fontes régias (fontes centralizadores, como emblematicamente é o caso da Lei) buscam diminuir o espaço do costume, da tradição doutrinal romanística, da tradição canonística, etc., culmina-se com o momento no qual vai prevalecendo a concepção, embalado por um racionalismo otimista, de que a lei – cristalização da razão em preceitos concisos, claros e objetivos – deve eliminar as inseguras fontes do direito prevalentes no antigo regime.

O *Code Civil* napoleônico, de 1804, é emblemático nesse processo, ao buscar condensar num só livro e num só sistema racional toda a regulação privada do cidadão. Nada mais, nem mesmo no mundo privado, poderá caber fora desse livro. E ainda mais emblemática é a radical modificação que se impõe à atuação do intérprete, que a partir de agora terá por obrigação utilizar a lei escrita, e somente ela, na solução de quaisquer conflitos, chegando-se ao ponto de se apontar para a responsabilização do juiz que, num modo *Ancien Régime*, resolva recorrer aos princípios, ao costume, à doutrina. É o que se deduz rapidamente pelo teor (tão repetido) do art. 4º do “Titre préliminaire” do novo *Code Civil des français*.<sup>5</sup>

O mundo em geral, e o mundo do direito em particular, a partir de agora será “modelado” (CAPPELLINI, 2010, p. 113), encartado num formato, encerrado num sistema. O jurista, antes livre intérprete e dotado de voz privilegiada da expressão da ordem jurídica, agora deve se conformar em ser um mero exegeta da vontade soberana e

---

<sup>5</sup> “Art. 4o. Le juge qui refusera de juger sous prétexte du silence, de l’obscurité ou de l’insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice”.

mitologizada do legislador. O juiz, por seu lado, restringe-se a ser a mera “boca inanimada da lei”, conforme a expressão conhecida de Montesquieu. Como ensina Grossi, a lei, a partir de então, será “*a única fonte capaz de exprimir a vontade geral e é graças a essa qualidade que o seu primado se impõe, que o sistema das fontes se fecha num modelo hierárquico com a inevitável desvitalização de qualquer outra produção jurídica*” (GROSSI, 2007A, p. 97).

Se comparamos o que está a acontecer com o sistema jurídico nesse momento burguês pós-revolucionário com as características do já analisado “*ius commune*”, verificaremos que aqui vai se operar um movimento de redução: redução de toda a plural e coral juridicidade e um modelo, a uma racionalidade, a uma fonte. Não se entenderá mais como algo natural, a partir daqui, que o sistema jurídico funcione de modo tópico, que atue sobre problemas concretos, que esteja coligado ao confuso e rico crepitar da história; o direito a partir daqui deverá, mais do que nunca, ser sistemático, ser concebido de modo formal e abstrato, justamente para subsumir da multiplicidade das situações empíricas um modelo único a ser universalmente aplicado. Trata-se tão somente do desdobramento num âmbito jurídico do que acontece, nesse mesmo momento de consolidação da modernidade, em tantos outros âmbitos, como por exemplo na filosofia e na política. Trata-se de uma operação – para tomar emprestada a linguagem dos antropólogos – de “redução ao um”: a partir de agora a reflexão gira em torno de um sujeito monádico (cartesiano ou kantiano) e a política deve girar somente em torno de uma autoridade (o Estado), considerada a única legítima e aquela que deve se encarregar de exprimir a autoridade por meio de Leis. A obsessão de todo o processo revolucionário francês em eliminar qualquer “ordem intermédia” que se colocasse como uma autoridade entre o indivíduo e o Estado Nação é bem indicativa a esse respeito.<sup>6</sup>

A diversidade de ordens jurídicas é, portanto, cancelada. Mais do que isso, é vista como inconveniente e nociva. Além da redução da dimensão do direito a uma só voz (a estatal), essa voz só pode ter um timbre: o momento oitocentista (ao menos até o final do século XIX) não admitirá pluralidade exegética, não admitirá a possibilidade de que a voz da Lei seja equívoca. A lei tem o seu “espírito”, que só precisa ser revelado e,

---

<sup>6</sup> Assim dispunha o art. 3o da “Declaração dos direitos do homem e do cidadão”, de 1793: “*o princípio de toda soberania reside essencialmente na nação. Nenhum corpo, nenhum indivíduo pode exercer uma autoridade que dela não emane expressamente*”.

depois, aplicado. Esse momento histórico, de radical redução da juridicidade a uma unidade, sequer se coloca o problema da *interpretação da lei*. Sendo dotada de racionalidade intrínseca, certa e infalível, não podem caber aqui dubiedades.

A diversidade (seja das muitas ordens jurídicas, seja das interpretações possíveis diante de uma única ordem jurídica) é proscribida do mundo do direito. Na modernidade jurídica oitocentista não há lugar para a diversidade. Sob o manto de um racionalismo universalista, o mundo é planificado, as condutas são planificadas, os critérios são planificados. O direito passa a não mais tratar, dentro de sua lógica interna, da diversidade radical e contraditória do mundo histórico, passa a ignorar o caráter transbordante da realidade empírica. O mundo abstrato e formal, já que unguído por um racionalismo que não é colocado em dúvida, deve se impor ao mundo real e histórico.

É interessante notar como esse alheamento entre direito e a diversidade, dentro do mundo histórico oitocentista, acaba por ser percebido inclusive por um personagem que não estava preocupado em examinar o mundo das leis, mas o mundo dos conflitos (os conflitos de classe): Karl Marx. No coração do século XIX, em vários pontos de sua análise, sua teoria chega ao ponto de separar o mundo do direito do “mundo real”: o direito se transforma, na sua reflexão, em epiderme, em efeito, em mero reflexo do que ocorre na dinâmica histórica. Mais do que isso, o direito se transforma em algo intrinsecamente ligado à esfera política estrita e, nessa qualidade, coloca-se como instrumento burguês de dominação de classe. Ou seja: também para Marx, existe um alheamento entre o efetivo mundo histórico (que é o lugar dos conflitos, das lutas, das *diferenças*) e o mundo do direito (que busca impor um conjunto de valores e critérios – essencialmente burgueses, portanto parciais – para o complexo conjunto da sociedade).

Isso explica, para dar somente um exemplo, a tremenda desconfiança de Karl Marx para com a linguagem dos direitos (que hoje é celebrada, inclusive pelas esquerdas, como um importante marco progressista) contidas na Declaração dos Direitos francesa de 1798 (MARX, 1991), que eram tidas por ele como uma linguagem meramente burguesa, uma linguagem que era somente de uma parte da sociedade (a parte dominante). Ou seja: mesmo para um observador como Marx, o direito havia se transformado, naquele tempo, numa esfera que não dava conta dos conflitos e da

complexidade da sociedade; para ele, o direito não era uma instância capaz de perceber a profunda *diversidade* inscrita no mundo social.

Na experiência brasileira tampouco as coisas se passam do modo diverso: também aqui a inserção de um padrão político e normativo em detrimento da profunda diversidade de ordens existentes foi um processo pesado e muito conflitivo. Como exemplo eloquente, temos a chamada “Revolta da Vacina”, ocorrida em 1904 na capital da jovem República, no Rio de Janeiro: também ali toda a conflitualidade que eclodiu quando o governo central buscou aplicar autoritariamente medidas sanitárias, bem como toda a intensa resistência dos mais pobres à “invasão” em suas casas por estranhos agentes oficiais vestidos de branco, podem ser claramente interpretadas como faces emblemáticas do tenso processo de imposição de uma norma, de uma conduta e de uma lei num ambiente ainda em grande medida acostumado com outras formas de poder e normação (SEVCENKO, 1984; CARVALHO, 1987). A imposição da modernidade jurídica no Brasil, em seu processo de redução da pluralidade à unidade foi, como em outros lugares, tremendamente conflitiva e violenta.

Nessa etapa, em suma, temos uma relação entre direito e diversidade que é diferente (e até mesmo oposta) ao que se assistia na experiência histórica anterior. De parte integrante da própria juridicidade que era, a diversidade torna-se aquilo que deve a todo custo ser proscrito do mundo do direito.

### **3 DIREITO E DIVERSIDADE EM NOSSO TEMPO.**

O racionalismo compacto que marcou o pensamento do século XIX sofre importantes transformações com o advento do novo século e, nesse processo, o tema da diversidade é também redesenhado de modo importante.

O final do século XIX é o momento em que, na cultura filosófica, é produzida a reflexão nietzscheana que, ao longo do século XX, verá alguns de seus desdobramentos mais importantes (crítica à razão, crítica à verdade, crítica à moral). O início do século XX verá também florescer, nesse campo mesmo filosófico, a reflexão hermenêutica (Heidegger, e depois Gadamer) que igualmente vai se constituir num aporte teórico eminentemente crítico do modo moderno de conceber a operação do conhecimento.

É impossível, evidentemente, resumir a efervescência teórica crítica do século XX (com personagens como Adorno, Horkheimer, Benjamin, Arendt, Levinas, dentre tantos outros que poderiam ser lembrados) em algumas poucas linhas. Tampouco é possível resumir as densas e pesadas circunstâncias históricas (que incluem as experiências dos totalitarismos e o advento de um Estado Constitucional) que, naturalmente, subjazem a todas as mudanças de sensibilidade teórica ocorrem nesses tempos extremos (HOBSBAWM, 1995). Mas, para os fins que aqui nos interessam, considero que um dos momentos talvez mais emblemáticos na discussão cultural foi a passagem dos anos 1960 para os anos 1970, em que novas ideias históricas, filosóficas<sup>7</sup> e, por que não, da própria história do direito, acabam dando um aporte diferente para seus respectivos campos e, junto com eles (e é isso que aqui interessa), um novo influxo no que se refere à própria questão da diversidade.

No âmbito filosófico, quem traz uma contribuição decisiva, a meu ver, é Michel Foucault. Em grande medida herdeiro de intuições nietzscheanas e de premissas estruturalistas, Foucault será um pensador que terá grande influência em diversos campos do conhecimento trazendo no seu pensamento contribuições metodológicas importantes no que diz respeito à questão da *diversidade*.

Foucault, por exemplo, analisa as configurações discursivas (enunciado => discurso => episteme) de cada época a partir de um modelo que ele, ao menos nos anos 1960, denominava de “arqueológico” (FOUCAULT, 2000). Para ele isso significava, em primeiro lugar, que a discursividade em cada momento histórico é dotada de uma espessa materialidade, que não era algo etéreo e meramente abstrato, mas sim que define posições entre os indivíduos, estabelece zonas de interdição e de privilégio de fala, demarca lugares de poder. Em segundo lugar, essa discursividade de cada época é entendida não num sentido teleológico, não num sentido de progresso, não num sentido evolutivo, mas como verdadeiros estratos (daí a “arqueologia”) que têm, cada qual, as suas próprias regras de produção de “verdades”. Ou seja, cada configuração discursiva, em um dado momento histórico (e em seu respectivo contexto) produz seus saberes e define seus critérios de validação discursiva, conferindo o atributo de “verdadeiro” de acordo com os critérios epistêmicos então vigentes. Nota-se claramente que a noção de

---

<sup>7</sup> Como mero exemplo dessa nova ambiência teórica, veja-se o conhecido livro de FERRY, Luc e RENAULT, Alain. *La pensée 68: essai sur l'anti humanism contemporain*. Paris, Gallimard.

“verdade” é relativizada e profundamente historicizada (a partir de agora fala-se em “política da verdade”) ao mesmo tempo em que os saberes são sempre colocados *em contexto* (FOUCAULT, 2002). A construção daquilo que é “normal” em dada época (e nos anos 1970 suas reflexões sobre as formas de “normalização” vão levá-lo a tematizar questões como o *poder disciplinar* e a *biopolítica*) não passa, para ele, de uma operação discursiva, colocada em ação por eficazes e insidiosos dispositivos. Talvez não seja por outra razão que a teoria de Foucault pende para a análise de temas como a anormalidade, a loucura, a doença, a prisão. Suas reflexões acabam desembocando para o território que refoge ao padrão normal, certamente para o fim de colocar historicamente em questão o próprio tema da normalidade. Por isso, enfim, que o problema da *diversidade* é tão central em seu pensamento. A diversidade é o índice necessário para analisar as artificiais formas de imposição (por meio da discursividade e pelos dispositivos que lhe são conectados) de um padrão único, de uma “normalidade” que em verdade é artificial e produtora de formas de sujeição. A busca da ‘normalização’ do mundo (no âmbito da chamada ‘sociedade disciplinar’, a partir do século XVIII, por exemplo) nada mais é do que uma artificiosa e nociva forma de acabar com a diversidade que, essa sim, é inerente ao mundo em que vivem os indivíduos. Nota-se, portanto, como o tema da diversidade, para esse autor (como, em verdade, para tantos outros de sua geração), é absolutamente constitutivo e central de reflexão.

Dentro desse “Zeitgeist”, no âmbito da historiografia, sobretudo a partir dos anos 1970, a diversidade também parece tomar um papel crescente. É de se notar, por exemplo, o diagnóstico de François Dosse sobre a historiografia francesa: para ele, a partir dessa época, foi completamente perdido o ideal de busca de “história total” de Fernand Braudel. O que ele nota é uma grande dispersão na historiografia, que agora se concentra em pesquisas parcelares e específicas, que o faz diagnosticar a nova época como a da “história em migalhas” (DOSSE, 1992). De fato, ao contrário dos períodos anteriores, temas como juventude, infância, morte, odores, medo, lágrimas, etc., começam a merecer análises historiográficas específicas e desprendidas de uma preocupação com a compreensão de todo o contexto e do “sentido geral” da história. E possivelmente isso aconteça justamente porque entra em crise a crença na existência de

um “sentido geral” para a história. Não por acaso, nos anos 1970 nascem ou tomam grande impulso a micro-história (em particular na Itália), a análise das mentalidades, das representações e do imaginário. E a grande disciplina aliada dessa historiografia, nesse momento, será a antropologia, tomando o lugar que um dia já tinha sido da sociologia ou da geografia. Os vários métodos da antropologia (usados originalmente para compreender culturas diferentes numa mesma época) são agora empregados largamente pelos historiadores para estudar culturas de outros tempos. Percebe-se que estudar a diferença cultural entre povos de uma mesma época não é essencialmente diverso de estudar diferentes culturas em épocas distintas. É nessa trilha que caminharam e caminham tantos historiadores do porte de Emmanuel Le Roy Ladurie, Jacques Le Goff, Georges Duby, Roger Chartier, Natalie Zemon Davis, Edward Thompson, Carlo Ginzburg e Robert Darnton. Esse movimento é notado por Peter Burke que indica, com razão, que nesse período há uma verdadeira “*descoberta da antropologia*” pelos historiadores, que “*chamaram a atenção para o simbolismo inscrito na vida de todos os dias, no parentesco, na sexualidade, na política, etc. (podemos mesmo perguntar o que é que não é simbólico para este grupo de estudiosos, que alargaram a noção de “simbólico” até fazer coincidir com o “cultural”)*”. (BURKE, 1992, p. 21) Em resumo: a historiografia começa a tomar, mais do que jamais havia feito, o tema da alteridade e da diferença cultural como sua matéria prima básica. A historiografia insere na sua agenda o tema da *diversidade*.

De modo correlativo a esses movimentos nos campos da filosofia e da história, o tema da *diversidade*, depois de ter sido praticamente proscrito do mundo jurídico oitocentista, como vimos, reingressa também no âmbito jurídico. O final do século XIX e início do século XX são momentos de crise profunda no direito. Grossi, por exemplo, identifica esse período exatamente como o tempo de crise aguda da modernidade jurídica (GROSSI, 2007B) com claros sinais de crise do modelo liberal oitocentista de juridicidade. Vai se desfazendo a crença no caráter monolítico e exaustivo da legalidade, que começa a demonstrar com mais clareza os seus limites. O caráter fechado do sistema de direito privado codificado reclama aberturas que sejam aptas a responder aos desafios de uma época mais complexa: o advento do “direito comparado” (Saleylles, Lambert), a inserção do problema da interpretação (Gény), as mudanças nos

temas da responsabilidade civil (CAZZETTA, 2013; SABBIONETI, 2014) e a introdução no próprio sistema codificado das chamadas “cláusulas gerais” (no BGB alemão, vigente a partir de 1900) são índices claros de transformações importantes que estão ocorrendo nesses tempos de crise. Já no direito público, Santi Romano diagnostica a crise do Estado moderno e de seu monopólio jurígeno. As constituições mexicana (1917) e de Weimar (1919) inserem novos temas e redesenham de modo importante alguns temas (como o trabalho e a propriedade, por exemplo), deixando aparentemente para trás o rígido modelo monista, que tinha como pilares a autonomia da vontade privada, a propriedade privada e o legalismo estrito. E após a marcante experiência totalitária (COSTA, 2002) (certamente reduzindo enormemente a complexidade de um processo tortuoso e nuançado), surge no segundo pós-guerra a experiência do Estado Constitucional. Esta experiência nova, ao erigir como protagonista do sistema a Constituição, ao estabelecer critérios de controle de constitucionalidade das leis e ao delimitar alguns temas como impassíveis de serem alterados mesmo pela maioria (como os direitos e garantias fundamentais), acaba por inserir no próprio sistema jurídico e político uma principiologia e um conjunto de valores complexos. O Estado e sua ordem jurídica, nesse novo momento devem acatar a pluralidade, conviver com ela. Ou, em outros termos, o sistema jurídico terá como um dos seus vetores principais justamente a tarefa de compatibilizar um sistema social caracterizado essencialmente pela complexidade e multiplicidade. Não por acaso a Constituição brasileira de 1988, a exemplo de tantas outras, coloca como fundamento da República o pluralismo político (art.1º, inciso V). Do mesmo modo a Constituição italiana reconhece o pluralismo das formações sociais (art. 2º), das minorias linguísticas (art. 6º), das associações (art. 18), etc. Ou, em casos ainda mais eloquentes sempre lembrados pelo constitucionalismo latino-americano, temos até mesmo o caso de Constituições multiétnicas e pluriculturais (como o caso da Bolívia)<sup>8</sup>, que buscam abarcar no mesmo documento jurídico a imensa

---

<sup>8</sup> Assim dispõem os arts. 1º e 171 da Constituição boliviana: “Art. 1. Bolivia, libre, independiente y soberana, multiétnica y pluricultural, constituida en República unitaria, adopta para su gobierno la forma democrática representativa, multiétnica y pluricultural, fundada en la unión y la solidaridad de todos los bolivianos.”

“Art. 171. Se reconocen, respetan y protegen en el marco de la Ley los derechos sociales, económicos y culturales de los pueblos indígenas que habitan en el territorio nacional y especialmente los relativos a sus tierras comunitarias de origen, garantizando el uso y aprovechamiento sostenible de sus recursos naturales, su identidad, valores, lenguas, costumbres e instituciones.

El Estado reconoce la personalidad jurídica de las comunidades indígenas y campesinas y de las asociaciones y sindicatos campesinos.

diversidade cultural e étnica daquelas sociedades. Tudo isso, nem é necessário recordar, culmina justamente numa fase histórica (já em fins do século XX) de imensas trocas e confrontos entre culturas, mercados e sociedades (a assim chamada era globalizada) acompanhada não raramente de esforços de unificação de grandes espaços políticos e econômicos (como a Europa e a América do Sul) que antes eram definidos essencialmente pelo conceito de Estado Nacional. Os novos arranjos políticos e jurídicos, ao que parece, pretendem compatibilizar e fazer conviver as diversidades.

O que se quer aqui dizer é que nessa nova fase histórica, amadurecida sobretudo na segunda metade do século XX e que mostra grandes desdobramentos na contemporaneidade, reintroduz o tema da *diversidade*. Mas não sem certas tensões e mesmo com certos paradoxos: é que muito embora o ambiente político ainda tenha como premissa básica a existência dos Estados Nacionais e muito embora o direito ainda derive em grande medida dos modelos modernos colocados em ação no século dezenove (legalidade, soberania, tripartição dos poderes, etc.), esse ambiente e esse modelo devem necessariamente funcionar de modo permeável, flexível e aderente a uma realidade social complexa que não aceita mais ser reduzida a uma lógica única e exclusiva. Em outros termos: o modelo burguês, concebido para ser o lugar da aplicação unívoca de um modelo racional e para ser o ambiente da planificação, da modelação e da “redução ao um”, deve agora funcionar como um espaço de pluralidade, como um espaço que seja permeável aos muitos valores circulantes, como um espaço que aceite de braços abertos a *diversidade*. Daí o desafio contemporâneo: fazer funcionar essas desafios modernos, embora sob as mesmas bases criadas em outro contexto e elaboradas para responder reptos de outra época. Compatibilizar a velha estrutura com as novas funções.

## **A PROPÓSITO DE CONCLUSÃO: A HISTÓRIA DO DIREITO E A DIVERSIDADE**

---

Las autoridades naturales de las comunidades indígenas y campesinas podrán ejercer funciones de administración y aplicación de normas propias como solución alternativa de conflictos, en conformidad a sus costumbres y procedimientos, siempre que no sean contrarias a la Constitución y a las leyes. La Ley compatibilizará estas funciones con las funciones de los Poderes del Estado.”

Concluo como comecei: reafirmando que a relação complexa entre o *direito* e a *diversidade* – tão nuançada e tão desigual a depender da experiência jurídica passada com a qual se defronta – tem no historiador do direito um observador privilegiado. Esse tema é, tipicamente, daqueles que não podem ser tratados de modo abstrato, idealizado, metafísico. É daqueles que só adquirem sentido quando agarrados a uma concretude histórica, quando referidos a um determinado contexto.

Claro que isso a análise histórico-jurídica, por si só, não resolve a questão e nem mesmo é garantia de que o próprio tema da diversidade não seja eventualmente maltratado. Como sabemos, afinal, a historiografia jurídica pode, ela mesma, assumir caminhos muito diferentes e, eventualmente, até contraditórios. Uma abordagem “positivista” – meramente factual, linear e teleológica do devir jurídico – seguramente aniquilará a possibilidade de uma análise adequada de um tema como “a diversidade”.

Por isso tudo concluo com essa nota, que em certa medida é um exercício de metalinguagem: aparentemente a história do direito será tão mais capaz de abordar o tema da complexa relação entre *diversidade* e *direito*, quanto mais ela mesma seja capaz de, no interior de suas próprias análises, captar a radical alteridade entre contextos históricas e experiências jurídicas passadas. Ou seja: quanto mais a história do direito for capaz de reconhecer no passado a sua profunda alteridade, quanto mais puder radicalmente perceber a profunda diversidade existente no próprio passado com relação ao presente, tanto mais será capaz de, ela mesma, avaliar o tema da diversidade. Ao contrário, quanto mais a historiografia jurídica for orientada somente uma única lógica, quanto mais ela adquirir um formato linear que vê o passado do direito como uma “atualidade inacabada”, quanto mais ela padecer de anacronismo (considero por Lucien Febvre como o grande pecado de um historiador) e for contaminada por “presentismo”, tanto mais o reconhecimento e a compreensão do tema da diversidade ficará distante.

Exemplos eloquentes de como fazê-lo, em termos metodológicos, para nós não faltam: desde a convicção de que o historiador do direito tem como missão ser a consciência crítica de qualquer outro jurista, por ser capaz de ver o ponto que compõe a linha (GROSSI, 2010), passando pelas intuições sobre a absoluta necessidade de combater o “presentismo” na abordagem da política (o “Estadualismo”) e na insistência de evitar uma apresentação do presente como o resultado lógico e progressivo da experiência

histórica (HESPANHA, 2012), ou considerando a riqueza da alteridade presente numa abordagem hermenêutica da historiografia jurídica (COSTA, 2010), chegando até a abertura de uma abordagem da disciplina em termos não estritamente europeus (DUVE, 2014). Parodiando um filósofo do século XIX, a partir daí certamente a disciplina poderá engendrar interessantes receitas para os caldeirões do futuro.

## REFERÊNCIAS

- ANZOÁTEGUI, Victor Táu (1982). *Que fue el derecho indiano*. 2ª. ed. Buenos Aires, Abeledo-Perrot.
- ASCHERI, Mario. *Introduzione storica al diritto medievale* (2007). Tonino, Giappichelli.
- BURKE, Peter (1992). *O mundo como teatro: estudos de antropologia histórica*. Lisboa, Difel.
- CALASSO, Francesco (1954). *Medio Evo del diritto*. I – Le Fonti. Milano, Giuffré.
- CALASSO, Francesco (1970). *Introduzione al diritto comune* (ristampa). Milano, Giuffré.
- CAPPELLINI, Paolo (2003). *Storia del diritto moderno: tre saggi*. Milano, Giuffrè.
- CAPPELLINI, Paolo (2010). *Storia di concetti giuridici*. Torino, Giappichelli.
- CAPPELLINI, Paolo e SORDI, Bernardo (a cura di) (2002). *Codici: una riflessione fine millennio* (Firenze, 26-28 ottobre 2000). Milano, Giuffrè.
- CARONI, Pio (1998). *Saggi sulla storia della codificazione*. Milano, Giuffrè.
- CARVALHO, José Murilo de (1987). *Os bestializados: o Rio de Janeiro e a república que não foi*. São Paulo, Companhia das Letras.
- CAVANNA, Adriano (1982). *Storia del diritto moderno in Europa*. I – Le fonti e il pensiero giuridico. Milano: Giuffré.
- CAZZETTA, Giovanni (2011). *Codice civile e identità giuridica nazionale: percorsi e appunti per una storia delle codificazioni moderne*. Torino, Giappichelli.
- CAZZETTA, Giovanni (2013). O preço da tranquilidade: ordem jurídica e injustiça do dano “in” FONSECA, Ricardo Marcelo (org.). *As formas do direito: ordem, razão e decisão* (experiências jurídicas antes e depois da modernidade). Curitiba, Juruá.
- CLAVERO, Bartolomé (1994). *Historia del derecho: derecho común*. Salamanca, Ediciones Universidad Salamanca.
- CONTE, Emanuele (2009). *Diritto comune*. Bologna, Il Mulino.
- CORTESE, Ennio (1996). *Il rinascimento giuridico medievale*. 2ª ed. Roma, Bulzoni editore.
- COSTA, Pietro (2000). *Civitas: storia della cittadinanza in Europa 2. L’età delle rivoluzioni*. Roma/Bari: Laterza.

- COSTA, Pietro (2002). *Civitas: storia della cittadinanza in Europa* 4. L'età dei totalitarismi e della democrazia. Roma/Bari, Laterza.
- COSTA, Pietro (2010). *Soberania, representação, democracia: ensaios de história do pensamento jurídico*. Curitiba, Juruá.
- DOSSE, François (1992). *A história em migalhas: dos annales à nova história*. São Paulo/Campinas, Ensaio/Ed. UNICAMP.
- DUVE, Thomas (org.) (2014). *Entanglements in Legal History: conceptual approaches*. Frankfurt am Main, Max Planck Institute for European Legal History.
- FIORAVANTI, Maurizio (2014). *Appunti di storia delle costituzioni moderne: le libertà fondamentali*. 2ª ed. Torino, Giappichelli.
- FONSECA, Ricardo Marcelo (2013). Tra mimesis e jabuticaba: receções e adaptamentos da ciência jurídica europeia no Brasil do XIX século "in" SORDI, Bernardo (a cura di). *Storia e diritto: esperienze a confronto* (Firenze, 18-19 ottobre 2012). Milano: Giuffrè.
- FONSECA, Ricardo Marcelo (2014). La cultura jurídica brasileña del siglo XIX entre hibridismos y tensiones en la tutela de los derechos: algunas hipótesis de trabajo "in" *Forum historiae iuris: Erste Europäische Internetzeitschrift für Rechtsgeschichte*, Frankfurt, 2014 (<http://www.forhistiur.de/en/2014-08-fonseca/?l=es>)
- FOUCAULT, Michel (2000). *A arqueologia do saber*. Rio de Janeiro, Forense Universitária.
- FOUCAULT, Michel (2002). *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro, Nau.
- GROSSI, Paolo (1995). *L'ordine giuridico medievale*. Roma/Bari, Laterza.
- GROSSI, Paolo (1998). *Assolutismo giuridico e diritto privato*. Milano: Giuffrè.
- GROSSI, Paolo (2007 A). *Mitologie giuridiche della modernità*. 3ª ed. Milano, Giuffrè.
- GROSSI, Paolo (2007 B). *L'Europa del diritto*. Roma/Bari, Laterza.
- GROSSI, Paolo (2010). *O direito entre poder e ordenamento*. Belo Horizonte, Del Rey.
- HESPANHA, António Manuel (2006). Por que é que existe e no que consiste um direito colonial brasileiro "in" *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, 35, Tomo I, anno 2006.
- HESPANHA, António Manuel (2012). *Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio*. Coimbra, Almedina.
- HESPANHA, António Manuel (2015). *Como os juristas viam o mundo (1550-1750): direitos, estados, coisas, contratos, ações e crimes*. Lisboa, Amazon Books.
- HOBBSAWM, Eric (1995). *A era dos extremos: o breve século XX 1914-1991*. São Paulo, Companhia das Letras.
- MARX, Karl (1991). *A questão judaica*. 2ª ed. São Paulo, ed. Moraes.

PEREIRA, Luis Fernando Lopes (2013). O império português: a centralidade do concelho e da cidade, espaço da cultura jurídica “in” FONSECA, Ricardo Marcelo (org.). *As formas do direito: ordem, razão e decisão* (experiências jurídicas antes e depois da modernidade). Curitiba, Juruá.

SABBIONETI Marco (2014). *Da culpa ao risco: as metamorfoses do ilícito civil na França da Belle Époque entre Pouvoir Prétorien e produção sapiencial do direito* (texto apresentado no VII Congresso brasileiro de história do direito, inédito).

SEVCENKO, Nicolau (2010). 2ª ed. *A revolta da vacina*. São Paulo, Cosac Naify.