

HISTÓRIA E CONTRATO: DESAFIOS METODOLÓGICOS PARA SE FAZER UMA BOA HISTÓRIA DO DIREITO CONTRATUAL NO BRASIL¹

HISTORY AND CONTRACT: METHODOLOGICAL CHALLENGES IN CREATING A PROPER HISTORY OF CONTRACT LAW IN BRAZIL

Álif Ronaldo Soares Domingues²

Resumo: Este estudo tem como objetivo oferecer uma reflexão crítica e desmistificada sobre o uso da história nos manuais contemporâneos de direito privado sobre uma história dos contratos. Embora a doutrina jurídica atual lide com o tema da história de forma descomprometida, este estudo busca expor os problemas metodológicos de uma abordagem linear-evolutiva apresentada pelos manuais ao tratar da categoria do contrato na história. Assim, a partir de uma breve revisão de literatura sobre a categoria do contrato no *ius commune*, demonstra-se que muitas vezes o que é narrado nos capítulos históricos dos manuais não corresponde ao que diz a historiografia especializada sobre o tema, devendo a categoria do contrato não ser vista como algo atemporal, mas sim de acordo com as suas especificidades históricas. Espera-se que esse esforço ofereça uma perspectiva um pouco mais historiográfica àquilo que comumente é narrado nos capítulos históricos dos manuais de direito privado do Brasil.

Palavras-chave: história contratual; historiografia tradicional; historiografia crítica; *ius commune*.

Abstract: This study aims to provide a critical and demystified reflection on the use of history in contemporary private law textbooks regarding the history of contracts. While current legal doctrine approaches the topic of history in a non-committal manner, this study seeks to expose the methodological problems of a linear-evolutionary approach presented in the legal textbooks when addressing the category of contract in history. Thus, based on a brief literature review on the category of contract in *ius commune*, it is demonstrated that what is often narrated in the historical chapters of legal textbooks does not correspond to what specialized historiography states about the subject. The category of contract should not be viewed as timeless, but rather in accordance with its historical specificities. The hope is that this effort offers a slightly more historiographical perspective to what is commonly narrated in the historical chapters of Brazilian private law textbooks.

Keywords: history of contract law; traditional historiography; critical historiography; *ius commune*.

1. Introdução

Em manuais de direito civil e empresarial frequentemente nos deparamos com textos que realizam uma análise histórico-jurídica acrítica, simplificada e resumida do instituto dos contratos. Pelos mais variados motivos, ela produz uma sensação de familiaridade do leitor entre um direito do passado e um direito do presente, relacionando o objeto do contrato contemporâneo como um produto evolutivo e natural das figuras contratuais do passado.

¹ Recebido em 15 de maio de 2023. Aceito para publicação em 27 de junho de 2023.

² Universidade Federal do Paraná.

O problema desse tipo de literatura é que, ao invés de uma análise crítica daquele conteúdo que se narra historicamente, o que existe é uma história artificial da categoria que está sendo estudada. O pensamento é produzido não somente sob a sombra de um senso comum acerca da historicidade do conceito, mas também sob a noção de que, para se fazer uma boa análise histórico-jurídica, bastaria o mero oferecimento de um retrato panorâmico, evolutivo e disforme do objeto estudado.

O presente trabalho visa se afastar de tal abordagem. O objetivo é contribuir para uma reflexão crítica e desmistificada dos usos da história nos manuais jurídicos contemporâneos sobre uma história contratual. Para isso, a partir de chaves metodológicas de uma historiografia crítica do direito privado³, relativiza-se ideias tidas como certezas na maioria dos manuais de direito, explorando sucintamente um campo inesperado: o direito comum europeu (*ius commune*).

O que se verá é que, se em outros temas a manualística oferece um retrato panorâmico útil à compreensão da realidade do direito atual, uma história contratual feita por esse tipo de literatura produz um resultado inverso; uma distorção entre passado e presente.

Desse modo, o artigo foi estruturado em três partes. Na primeira, analisa-se a leitura histórica que correntemente os manuais de direito privado no Brasil têm realizado sobre o tema dos contratos, examinando-se os tópicos históricos mais frequentes presentes nessa literatura.

Na segunda, a partir de chaves críticas de compreensão fornecidas por uma historiografia crítica, estabelecem-se algumas premissas metodológicas básicas para a realização de uma análise histórico-jurídica séria, comprometida com uma compreensão efetiva da realidade e com as várias e possíveis identidades do instituto do contrato, de acordo com as especificidades de cada local e comunidade histórica.

Por fim, na terceira e última seção do artigo, exemplifica-se concretamente o valor que uma historiografia crítica do instituto pode fornecer à manualística do

³ Fornecidas principalmente por autores como António Manuel Hespanha, Carlos Petit, Pietro Costa, Paolo Grossi, Ricardo Marcelo Fonseca, Sérgio Said Staut Junior e Walter Guandalini Junior.

direito privado atual: uma perspectiva de falseamento das noções de evolução e continuidade de um direito do passado com o direito presente.

Com essa experiência de estranhamento, espera-se que o leitor perceba a distância entre um direito do passado e um direito do presente, refletindo sobre possíveis descontinuidades em relação à sua própria concepção de contrato.

A esperança é a de que tal esforço contribua ao oferecimento de uma perspectiva um pouco mais historiográfica àquilo que é comumente contado nos manuais de direito privado do Brasil.

2. Sobre uma história tradicional: a realidade dos manuais sobre contratos no Brasil

Historicamente, o discurso comum no Brasil sobre o desenvolvimento do instituto do contrato quase sempre foi construído sob um ponto de vista linear e progressivo, que imbuí à história do instituto uma falsa noção de universalidade, herança e progresso para com o passado.⁴

Para Leonardo Gomes de Aquino, por exemplo, “há indícios da existência do contrato desde o aparecimento do homem e sua agregação em comunidade”, de modo que “a relação negocial denominada de ‘contrato’ remonta tempos remotos e vem se desenvolvendo e se transformando ao longo dos tempos” (AQUINO, 2021:18).

Para Flávio Tartuce, “A doutrina é unânime em apontar que tão antigo como o próprio ser humano é o conceito de contrato, que nasceu a partir do momento em que as pessoas passaram a se relacionar e a viver em sociedade. A própria palavra sociedade traz a ideia de contrato.” (TARTUCE, 2014:18).

Para Paulo Lôbo, a tônica da mensagem é a mesma:

O contrato é o instrumento por excelência da autocomposição dos interesses e da realização pacífica das transações ou do tráfico jurídico, no cotidiano de cada pessoa. Esta sempre foi sua destinação, em todos os povos, a partir de quando abriram mão da força bruta para obtenção e circulação dos bens da vida, em prol do reconhecimento de obrigações nascidas

⁴ Segundo Ricardo Marcelo Fonseca, essa história tida nos manuais tem como principal fonte de inspiração uma historiografia tradicional positivista, embora muitas vezes os autores desse tipo de literatura nem se deem conta disso (FONSECA, Ricardo Marcelo. Introdução teórica à história do direito. Curitiba: Juruá, 2010, p. 62). E, como lembra Walter Guandalini Junior, quase sempre tais reflexões vêm em capítulos introdutórios intitulados como “Introdução Histórica”, “Esboço Histórico”, “Origem do Instituto”, “Evolução do Instituto” e outros similares (GUANDALINI JUNIOR, Walter. O árbitro na Antiguidade: *sibûtû, diaitetés, arbiter*. História do Direito, Curitiba, v. 2, n. 2, p. 11-40, ago. 2021, p. 13).

do consenso das próprias partes. (...).

Com efeito, o contrato juridiciza o fenômeno mais frequente do cotidiano das pessoas, em todas as épocas (LÔBO, 2020:15).

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho são ainda mais enfáticos quanto à ancestralidade e universalidade do instituto:

Desde os primórdios da civilização, quando abandonamos o estágio da barbárie, experimentando certo progresso espiritual e material, o contrato passou a servir, enquanto instrumento por excelência de circulação de riquezas, como a justa medida dos interesses contrapostos (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2019:48).

No mesmo sentido, segundo Arnoldo Wald:

Poucos institutos sobreviveram, por tanto tempo, e se desenvolveram sob formas tão diversas quanto o contrato, que se adaptou a sociedades com estruturas e escalas de valores tão distintas quanto as que existiam na Antiguidade, na Idade Média, no mundo capitalista e no próprio regime comunista. (WALD, 1999:45).

Em um outro artigo, publicado logo após a entrada em vigor do Código Civil de 2002, o autor é ainda mais enfático, sustentando que o contrato:

se caracteriza, já desde o início da história do Direito, pela sua flexibilidade e adaptação às várias épocas e pela possibilidade de ser sempre um instrumento do relacionamento humano. Ou seja, vai desde o acordo típico, desde a distinção que os romanos faziam entre pactos e contratos, até a ideia que vamos encontrar na Idade Média e, depois, na Revolução Francesa, de acordo com a qual o contrato faz lei entre as partes. E para chegar, em seguida às concepções que estão nos nossos Códigos Civis de 1917 e 2002 respectivamente (WALD, 2002:236).

Note-se que, para esses autores, parece ser logicamente dedutível que se a pactuação de acordos é intrínseca à existência do ser humano no seio de uma coletividade, é possível afirmar a existência do instituto do contrato desde o aparecimento das primeiras civilizações. Além de sempre estarem presentes temporalmente, a celebração de pactos também não se restringiria a um lugar específico no espaço, estando presente em todas as sociedades humanas em todos os lugares do mundo. Como consequência, devido ao fato de todas as pessoas de todas as partes do mundo e de todas as épocas terem celebrado acordos com base na convergência de vontades, seria possível dizer que o instituto do contrato esteve, está e estará sempre presente na racionalidade humana.

É por isso que, segundo Raiane Ingrid Pereira Costa e Josiane Oliveira de Freitas, a importância de se rememorar o percurso histórico do contrato residiria

no fato de que é a partir de tal esforço que se compreenderia a sua aplicação hoje:

Antes mesmo de dar início à teoria geral dos contratos, é necessário entender o contexto histórico do surgimento destes, apesar de não podermos precisar, exatamente, quando surgiram, tais como existem hoje.

Sabe-se que o mais comum, o contrato de compra e venda, surgiu juntamente com a moeda, momento em que as trocas entre mercadorias (escambo) pararam de ocorrer, passando a contraprestação a ser feita através de moeda. Contudo, entender como se deu, ao longo da história, a sistematização dos contratos, nos auxilia a compreender melhor porque são vistos e aplicados na forma atual (COSTA; FREITAS, 2018:10).

Para esses autores, entretanto, embora o contrato sempre tenha estado presente na história da civilização humana, teria sido no direito romano que encontraríamos o fundamento do instituto como o conhecemos hoje: a ideia de vontades humanas direcionadas à criação de direitos e obrigações entre si, vinculadas pelo brocardo "pacta sunt servanda" (AQUINO, 2021:21). Como ápice da civilização humana na elaboração de uma verdadeira ciência do direito, a premissa é a de que o direito romano teria sido tão perfeito que ainda hoje permearia todo o direito civil atual.⁵

Não por acaso é que pouco se fala do instituto do contrato no período medieval. Visto como uma lacuna de conhecimento entre antiguidade clássica e o período moderno, a sua menção se restringe a um tempo de confusão entre direito e religião, reduzindo 1000 anos de história a nove linhas.⁶

Posteriormente, com saltos temporais de mais de 400 anos, é comum que essa análise chegue automaticamente ao Código Civil Francês (1804) e Alemão (1900). Aqui, a familiaridade do leitor com um direito do passado se torna mais intensa: capitalismo, liberdade, igualdade e fraternidade, a oposição entre indivíduo e Estado, o aperfeiçoamento da vontade como dogma, a ideia de liberdade contratual e o individualismo do século XIX.⁷ Tudo se encaixa na mente

⁵ Talvez seja justamente por essa supervalorização da identidade entre o direito clássico romano e o direito civil atual que se estabeleça maiores páginas ao instituto em Roma do que a outros povos, escolas ou períodos históricos, num processo de tentativa de comparação exaustiva de similaridades. Sobre a utilização do direito romano como instrumento primeiro de compreensão do direito privado contemporâneo, ver: GUANDALINI JUNIOR, Walter. História do direito romano. Curitiba: InterSaberes, 1ª edição, 2021, p. 29-34.

⁶ Um dos exemplos concretos disso é encontrado em: COSTA, Raiane Ingrid Pereira; FREITAS, Josiane Oliveira de. Direito civil – contratos. Londrina: Editora Educacional S.A., 2018, p. 10-11.

⁷ No manual de Leonardo Gomes de Aquino, por exemplo, após treze linhas em que o autor discorre sobre o contrato durante todo o período medieval inglês, é dito que "o contrato tem a sua essência na concepção da autonomia da vontade, pois "dois grandes diplomas legais, code civil de 1804 – francês

do leitor como uma continuidade, o que o induz a acreditar que desde tempos remotos estavam presentes as sementes da mentalidade dogmático-jurídica atual em relação à ideia de contrato.

Por fim, com a chamada “crise do contrato” e conformação de valores liberais a valores sociais, o contrato teria passado a ser analisado dentro de uma perspectiva econômica-social, orientado não somente pela vontade das partes, mas também por controles constitucionais de ordem social.⁸

Ao fim de todo esse desenrolar histórico, chegaríamos naturalmente ao direito contratual de hoje. Aquele mais aperfeiçoado ao longo da história, fruto de grandes sistematizações e diretamente herdeiro de um pensamento privado romanista.

Esta é, em linhas gerais, a história corrente do instituto do contrato nos manuais de direito civil. Salvo raras exceções⁹, é uma história que: a) é

e BGB Bürgerliches Gesetzbuch de 1900 – código civil alemão, ainda vigentes, trouxeram a ideologia da liberdade contratual”, em: AQUINO, Leonardo Gomes de. Teoria geral dos contratos. Belo Horizonte: Editora Expert, 2021, p. 21-24. Para Paulo Lôbo, após discorrer sobre o modelo romano de contrato, o ápice do instituto “coincidirá com o predomínio do capitalismo industrial da segunda metade do século XIX e da primeira metade do século XX, quando se elaborou a teoria do negócio jurídico e se consagrou a ideia de autonomia privada como princípio fundamental do direito privado”, em: LÔBO, Paulo. Contratos. Coleção Direito Civil, vol. 3. 6ª Edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 20-23.

⁸ A chamada “crise do contrato” seria uma crise da teoria clássica do contrato, em que a vontade dos indivíduos na pactuação dos negócios abre espaço para a intervenção pública nas relações econômicas privadas. Essa visão é associada ao surgimento da ideia de Estado Social. Segundo Paulo Lôbo, “a intervenção pública nas relações privadas, que era excepcional, converteu-se em regra, alcançando seu clímax na atribuição de função social ao contrato (LÔBO, Paulo. Contratos. Coleção Direito Civil, vol. 3. 6ª Edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 23). Carlos Roberto Gonçalves, após discorrer pouco mais de uma página sobre o contrato no direito romano até os códigos francês e alemão, sustenta que a economia de massa dos tempos atuais não mais se coadunaria com o princípio da autonomia da vontade. Segundo ele, “o Estado intervém, constantemente, na relação contratual privada, para assegurar a supremacia da ordem pública, relegando o individualismo a um plano secundário”, em: GONÇALVES, Carlos Roberto. Contratos e atos unilaterais. Coleção Direito Civil Brasileiro, vol. 3, 17ª Edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 28-29.

⁹ Como, por exemplo, em: TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson; BANDEIRA, Paula Greco. Fundamentos do direito civil, vol. 3 – contratos. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2021, que preliminarmente adverte, antes de entrar ao tema do conceito de contrato, que “não existem institutos jurídicos válidos em todos os tempos em todos os lugares”, esclarecendo que o objeto do estudo diz respeito ao produto de um específico contexto histórico e econômico surgido nos séculos XVIII e XIX; e GOMES, Orlando. Contratos. 27ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2019, que nega a origem histórica romana da categoria atual de contrato e foge de uma abordagem evolucionista do instituto ao empreender uma análise histórica contratual limitada aos séculos XVIII e XIX. Entretanto, isso apenas em seu manual, que talvez apenas seja uma exceção porque não se debruça muito sobre a história do instituto. Válido lembrar que Orlando Gomes é autor de uma importante obra para a historiografia do direito privado brasileiro, denominada “Raízes históricas e sociológicas do código civil brasileiro” (GOMES, Orlando. Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro. Salvador, Universidade da Bahia, 1958). Escrita em 1958 e, por isso, ainda muito embebida em uma historiografia positivista ou tradicional, via a codificação civil como passo natural à evolução cultural do país. Apesar desse

apresentada em capítulos introdutórios, partindo do pressuposto que a análise de um direito contratual do passado nos ajudará a compreender o direito contratual do presente, pois relativamente semelhantes possuidores de uma mesma “essência”; b) se desenvolve por meio de revisões bibliográficas de outras revisões bibliográficas, que também consideram o direito do presente como uma herança natural do direito do passado; c) é baseada em raciocínios lógico-dedutivos, sem qualquer análise empírica do que está sendo dito; d) constrói linhas artificiais e imaginárias de entre um passado remoto e o direito atual, ignorando descontinuidades, alteridades, tradições e fontes próprias do objeto local que se estuda; e) compreende o instituto do contrato como mero ajuste de vontades entre dois indivíduos, tratando-o como algo relativamente estável, com uma continuidade preservada no tempo pela sua vinculação intrínseca à natureza do homem; e, por fim, f) apresenta um poder de síntese surpreendente, percorrendo em poucas páginas desde um passado remoto (seja mesopotâmico, babilônico, ateniense ou romano) até o direito contratual atual.

A discussão sobre os problemas desse tipo de abordagem¹⁰ é o tema do

espírito evolucionista que encarava a tradição lusitana como “atraso” e a codificação como “progresso”, viu o direito civil como fenômeno social e, por isso, utilizou-se de uma perspectiva cultural para perceber certas tendências no pensamento jurídico brasileiro na passagem do século XIX para o XX, como a existência de poderes domésticos, de tradicionalismos e de estruturas sociais conservadoras que se infiltraram no Código Civil de 1916. Ainda que essa obra de Orlando Gomes não traduza um bom exemplo de uma análise que dá conta dos desafios metodológicos de uma boa história do direito no Brasil, é inegável o valor de suas percepções considerando a temporalidade em que foi escrita.

¹⁰ Esse tipo de historiografia tradicional se encontra não somente na literatura dos manuais de direito privado, mas também na mais elevada literatura que moldou a dogmática privatística brasileira do século XX. Pontes de Miranda, tido como um dos maiores juristas brasileiros, é influenciado largamente por ditames positivistas dos séculos XIX e XX na confecção de suas obras. Muito inspirado pelas ideias da Escola de Recife, vê o direito como fato social e o lê de uma maneira naturalista, biologista, cientificista, histórica e sociológica. Tal tendência epistemológica acaba por ver a história como uma natural trilha evolutiva, cercada por leis naturais que guiam a evolução do mundo em direção ao progresso. Isso fica muito claro, por exemplo, quando da leitura da parte I da obra “Fontes e evolução do direito civil brasileiro” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Fontes e evolução do direito civil brasileiro. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981). Esse plano de fundo historiográfico também se repete na obra de vários outros autores que influenciaram a dogmática atual do direito privado brasileiro, como José Isidoro Martins Jr (MARTINS JÚNIOR, José Isidoro. História do Direito Nacional. Rio de Janeiro: Typographia da Empreza Democratica Editora, 1895; e MARTINS JÚNIOR, José Isidoro. Compêndio Geral da História do Direito. Recife: Livraria Contemporânea, 1898). Clóvis Beviláqua (BEVILAQUA, Clóvis. Theoria geral do direito civil. 2. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1929; BEVILAQUA, Clóvis. Direito das obrigações. 5. ed., rev. e acrescentada. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1940; BEVILAQUA, Clóvis. Contribuições para a Historia do Direito. Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife, Recife, v. 1, n. 1, 1891; e BEVILAQUA, Clóvis. A Formula da Evolução Jurídica. Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife, Recife, v. 3, n. 1, 1893); Lafayette Rodrigues Pereira (PEREIRA, Lafayette Rodrigues, Direito das Coisas. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1943); Tulio Ascarelli (ASCARELLI, Tullio. Panorama do direito comercial. São Paulo: Saraiva, 1947; e

próximo capítulo.

3. Algumas premissas metodológicas para uma história crítica do direito contratual

Embora a natureza e os objetivos dos manuais não necessariamente envolvam a elaboração de uma historiografia crítica, não é possível realizar uma análise histórico-jurídica séria e comprometida de alguma categoria sem que se estabeleçam algumas premissas metodológicas para tanto. Sem isso, a análise histórica tem apenas uma função acessória no texto, funcionando como mero adorno argumentativo. Esse tipo de análise esvazia a complexidade histórica da realidade e transmite uma mensagem simplista e anacrônica ao leitor¹¹. Mesmo os manuais de direito, que têm como finalidade apresentar de forma clara e didática os principais conceitos de determinada disciplina jurídica, não podem se esquivar da finalidade principal de todo e qualquer texto com algum grau de cientificidade: compreender a realidade.

ASCARELLI, Tullio. O desenvolvimento histórico do direito comercial e o significado da unificação do direito privado, trad. de Fábio Konder Comparado, in: *Saggi di Diritto Commerciale*. Revista de Direito Mercantil Industrial, Financeiro e Econômico, São Paulo, n. 114, p. 237-252, abr./jun., 1999); Washington de Barros Monteiro (MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de Direito Civil. Direito das Obrigações. Saraiva: São Paulo, 1956); Eduardo Espínola (ESPÍNOLA, Eduardo. Sistema do direito civil brasileiro. Rio de Janeiro, RJ: Livraria Francisco Alves, 1917); António Junqueira de Azevedo (AZEVEDO, António Junqueira de. Negócio jurídico: existência, validade e eficácia. São Paulo, Saraiva: 1986); Clóvis Veríssimo do Couto e Silva (SILVA, Clóvis V. do Couto. A obrigação como processo. São Paulo: Bushatsky, 1976); Enrico Tullio Liebman (LIEBMAN, Enrico Túlio. Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada. Tradução de Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1945); Marcos Bernardes de Mello (MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico (plano da existência). São Paulo: Saraiva, 1985; e MELLO, Marcos Bernardes de. Roteiro para Uma História do Direito Civil Brasileiro (a fase pré-codificada). Sergasa, Maceió/AL, 1973); José Xavier Carvalho Mendonça (MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. Tratado de direito comercial brasileiro, vol. I, liv. I. 6ª Ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958); Caio Mario da Silva Pereira (PEREIRA, Caio Mário da Silva; Instituições de direito civil: teoria geral de obrigações, v. II. Rio de Janeiro: Forense, 1974; e PEREIRA, Caio Mário da Silva. Direito civil: alguns aspectos da sua evolução. Rio de Janeiro: Forense, 2001); Orlando Gomes (GOMES, Orlando. Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro. Salvador, Universidade da Bahia, 1958); João de Mattos Antunes Varella (VARELLA, João de Mattos Antunes. Das obrigações em geral. Almedina: Coimbra, 1970); José Carlos Moreira Alves (ALVES, José Carlos Moreira. Posse – Evolução Histórica, vol. 1, Rio de Janeiro: Forense, 1985; ALVES, José Carlos Moreira. Direito romano. Rio de Janeiro: Forense, 1965; e ALVES, José Carlos Moreira. Panorama do direito civil brasileiro: das origens aos dias atuais. Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, v. 88, p. 185-238, 1993); entre outros.

¹¹ Segundo Ricardo Marcelo Fonseca, “a riqueza e inesgotabilidade do real são reduzidas a uma lógica aleatória, que acaba ficando presa a interesses que nunca são postos a nu pela sua própria metodologia. Todavia, os interesses que conduzem a tal tipo de historiografia certamente estão ligados ao presente: a lógica da exclusão que rege o discurso histórico positivista é uma lógica que não pertence à época estudada, mas sim aos condicionantes temporais do historiador”. Em: FONSECA, Ricardo Marcelo. Introdução teórica à história do direito..., p. 61.

Assim, se em outros temas a manualística oferece um retrato panorâmico útil à compreensão da realidade, o resultado comum de uma história elaborada por esse tipo de literatura é o oposto; há uma distorção entre passado e presente.

Uma análise historiográfica crítica vai em outra direção. Foge de senso-comuns, de linhas de continuidade artificiais imaginárias, de narrativas épicas. Pelo contrário, enxerga complexidades e transformações, descontinuidades, tradições, fontes não usuais, traduções de significados.¹²

¹² Sobre uma história crítica do direito, ver: CAZZETTA, Giovanni. *Entangled histories: diritto privato e diritto pubblico, diritto del lavoro e Stato sociale nel Novecento italiano*. História do Direito, Curitiba, v. 2, n. 2, p. 117-130, ago. 2021; COSTA, Pietro. Pra que serve a história do direito? Um humilde elogio da inutilidade. In: Id., Soberania, representação, democracia. Curitiba: Juruá, 2010; COSTA, Pietro. *A spatial turn for legal history? A tentative assessment*. In: MECCARELLI, Massimo; SASTRE, Maria Julia Solla. *Spatial and Temporal Dimensions for Legal History. Global Perspectives on Legal History*. A Max Planck Institute for European Legal History Open Access Publication. V. 6. Berlin: epubli, 2016; FONSECA, Ricardo Marcelo. Apresentação da biblioteca de história do direito. In: FONSECA, Ricardo Marcelo; SEELAENDER, Airtton Cerqueira Leite (Orgs.). História do direito em perspectiva: do antigo regime à modernidade. Curitiba: Juruá, 2008; FONSECA, Ricardo Marcelo. A noção de imaginário jurídico e a história do direito, in FONSECA, Ricardo Marcelo (org.), Nova história brasileira do direito: ferramentas e artesanias, Curitiba, Juruá, p. 19-29; FONSECA, Ricardo Marcelo. *Tra mimesi e jabuticaba: recezioni e adattamenti della scienza giuridica europea nel Brasile del XIX secolo*. In: SORDI, Bernardo (a cura di). *Storia e diritto: sperienze a confronto*. Milano: Giuffrè, 2013; FONSECA, Ricardo Marcelo. O deserto e o vulcão. Reflexões e avaliações sobre a História do Direito no Brasil, in Forum Historiae Iuris, Frankfurt-am-Main; FONSECA, Ricardo Marcelo. *Traditions, translations, betrayals: dialogues among legal cultures*. Revista História do Direito, Curitiba, v. 1, n. 1, p. 352 - 362, dec. 2020; FONSECA, Ricardo Marcelo. Introdução Teórica à História do Direito. Curitiba: Juruá, 2010; GILISSEN, John. Introdução Histórica ao Direito. 3 ed. Porto: Calouste Gulbenkian, 2001; GROSSI, Paolo. O ponto e a linha. História do Direito e Direito Positivo na formação jurista do nosso tempo. In: Sequência. UFSC, Florianópolis/SC, v. 26 n. 51 (2005), p. 31-45; GROSSI, Paolo. Mitologias jurídicas da modernidade, 2ª Ed. Trad. Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007; PADOA-SCHIOPPA, Antonio. História do direito na Europa: da Idade Média à Idade Contemporânea. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014; GUANDALINI JR, Walter. Perspectivas da Tradição Romanística: passado e futuro do Direito Romano. Sequência (Florianópolis) [online]. 2015, n.70, p. 163-187; GUANDALINI JUNIOR, Walter. História do direito romano. Curitiba: InterSaberes, 1ª edição, 2021; GUANDALINI JUNIOR, Walter. O árbitro na Antiguidade: *sibûtû, diaitetés, arbiter*. História do Direito, Curitiba, v. 2, n. 2, p. 11-40, ago. 2021; GUANDALINI JUNIOR, Walter. História do direito administrativo brasileiro: formação (1821-1895). Juruá Editora, 2016; HESPANHA, António Manuel. A ordem do mundo e o saber dos juristas: imaginários do antigo direito europeu. NY: Amazon books, 2017; HESPANHA, António Manuel. Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005; HESPANHA, António Manuel. Como os juristas viam o mundo. 1550-1750: Direitos, estados, coisas, contratos, ações e crimes. Coimbra: edição do autor, 2015; HESPANHA, António Manuel. Filhos da Terra. Identidades mestiças nos confins da expansão portuguesa. Lisboa: Tinta-da-China, 2019. PETIT, Carlos. *Historia del derecho mercantil*. Madrid: Marcial Pons, 2016; SEELAENDER, Airtton Cerqueira-Leite. A longa sombra da casa. Poder doméstico, conceitos tradicionais e imaginário jurídico na transição brasileira do Antigo Regime à modernidade. R. IHGB, Rio de Janeiro, a. 178 (473):327-424, jan./mar. 2017; STAUT JUNIOR., Sérgio Said. Cuidados metodológicos no estudo da história do direito de propriedade. Revista da Faculdade de Direito UFPR, Curitiba, jun. 2005; WEHLING, Arno. Consciência crítica [entrevista]. Revista de História da Biblioteca Nacional, n. 80, maio de 2012. p. 50-55; WEHLING, Arno. A História do Direito e a historicidade do fenômeno jurídico. História do Direito, Curitiba, v. 2, n. 2, p. 150-166, ago. 2021; WEHLING, Arno. O Direito Privado entre o Antigo Regime e o Liberalismo Constitucional: permanências, rupturas e diferentes dinâmicas. In: SIQUEIRA, Gustavo Silveira; FONSECA, Ricardo Marcelo (Orgs.). História do Direito Privado: olhares diacrônicos. Belo

Ao analisarmos as questões históricas sob essa perspectiva, a identificação das profundas diferenças entre as culturas jurídicas do passado e do presente restará, no mínimo, mais promissora.

3.1. A legitimação do presente

O princípio *manualesco* de fazer uma história evolutiva do instituto do contrato deriva de duas necessidades dos autores: a) resgatar significados no passado que possam ser úteis no presente; e/ou b) utilizar do passado para compreender o presente, projetando nas sociedades anteriores a existência de uma herança histórica em relação ao direito atual.

A busca de uma natureza contratual autônoma e universal na história e o resgate de certos conceitos romanísticos para se elaborar uma análise contratual útil ao presente, como a ideia de *pacta sunt servanda*, é um dos exemplos possíveis desse tipo de narrativa de resgate.

Também fica evidente a tentativa de utilizar o passado para compreender o presente quando se percebe que o resultado natural de uma longa descrição histórica de mais de três mil anos de evolução do direito contratual, resumida em cerca de nove páginas, é o direito positivo brasileiro de hoje. Haveria aqui quase que uma espécie de história comum e universal aos mais diferentes povos, nos mais diferentes lugares, nos mais diferentes períodos; os contratos teriam sido sempre celebrados a partir de uma mesma razão: a convergência de vontades entre as partes.

Walter Guandalini Junior, por exemplo, ilustra bem esses usos anacrônicos do passado pelos manuais de direito quando sustenta que o uso da história não deve ser visto nem como uma viagem de compras, cujo intuito do é adquirir ferramentas para o direito presente (história como presente), nem como uma viagem de peregrinação, cujo intuito é reencontrar a identidade do seu próprio direito (história como linha); deve ser visto como uma viagem de exploração rumo ao desconhecido, sem lugar para chegar, cuja meta é pura e simplesmente uma experiência de estranhamento:

Por fim, uma última possibilidade consiste em viajar ao passado sem destino, como faria

Horizonte: Arraes Editores, 2015; WIEACKER, Franz. História do direito privado moderno. 2 ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1993.

um mochileiro disposto a se perder em um país desconhecidos apenas pelo prazer da experiência singular. Quando isso ocorre, a vigem se torna um fim em si mesmo, materialização de um agir gratuito e desinteressado, sem nenhum objetivo além da própria viagem. [...].

Com essa atitude, o “romanista-mochileiro” viaja ao direito romano como poderia viajar ao direito hindu, ao direito egípcio, ao direito chinês: com curiosidade, mas sem qualquer interesse prático além da própria descoberta de uma nova realidade.

Afinal, ele sabe que as soluções jurídicas criadas pelo direito romano são absolutamente inaplicáveis a uma realidade distinta da que as criou, assim como sabe que o direito romano não é capaz de desvelar a essência de seu próprio direito, pois compreende, como genealogista, que, por trás das coisas, não existe segredo essencial [...]. (GUANDALINI JUNIOR, 2021:54-57)

Qualquer que seja o caso, entre uma história como presente ou como linha de peregrinação (GUANDALINI JUNIOR, 2021:47-54), esse tipo de história tradicional acaba sempre se embaraçando numa análise simplista do passado. Esse vício não é inofensivo. Ele impulsiona uma falsa familiaridade do leitor com um passado remoto, fazendo-o acreditar que o direito contratual do presente está em um estágio evolutivo muito mais avançado daquele do passado. O direito do presente parece ser o único horizonte possível para a teoria contratual ao longo dos séculos.

É fácil fazer uma análise histórico-jurídica nesses termos. Basta escrever uma introdução histórica que sempre busque na ideia de tradição uma justificativa plausível para se afirmar, por exemplo, que desde as sociedades mais primitivas as pessoas realizavam contratos e que a teoria contratual atual passou por vários estágios histórico-evolutivos até chegar ao que se tem hoje. O seu objetivo nunca é estudar efetiva e criticamente o passado, mas sim moldar o conceito estudado em um dispositivo que naturaliza e legitima o direito vigente (HESPANHA, 2005:19-20).

O discurso do contrato visto dessa maneira apenas propicia uma visão histórica do seu conteúdo como sendo indiscutível, autoritário, evolutivo e natural. Se o contrato é essencialmente um acordo de vontades desde os tempos mais primitivos, não haveria motivo para tecer maiores considerações sobre o seu conteúdo na história. As digressões acerca do direito contratual atual já poderiam muito bem abarcar qualquer discussão importante sobre a matéria do passado. Toda a complexidade da discussão já se encontra no direito atual, que é o ponto final de uma longa escala evolutiva do direito. Estudar o passado, portanto, seria irrelevante. O que efetivamente importa, no

final das contas, é a investigação de um direito atual. O passado é algo meramente auxiliar dentro do texto que se constrói.

Essa história tradicional, inflada com uma imensa linha temporal, é um método ineficiente para a complexificação de ideias. É útil para a apropriação do passado em função do presente, mas nada serve para a compreensão das realidades históricas. Pelo contrário, apenas produz grandes discrepâncias de significado sobre o passado que se busca compreender.¹³

3.2. A ideia de descontinuidade

O presente trabalho não busca provar que a categoria do contrato (ou de qualquer outra categoria jurídico-histórica) é atemporal. Pelo contrário, o objetivo proposto é o de quebrar essa ideia; afirmar que, na grande maioria das vezes, a sensação de familiaridade do leitor com institutos do passado é falsa; de observar que há rupturas decisivas nos significados da maioria dos conceitos de direito privado que utilizamos no cotidiano forense hoje; de reiterar que essa aparente continuidade terminológica de conceitos é, em verdade, envolta em uma descontinuidade radical na profundidade semântica dos objetos estudados (HESPANHA, 2005:17-18).

O contrato, como produto histórico, carrega esse caráter móvel e fluído em si mesmo. Por isso, para compreendê-lo efetivamente em uma perspectiva histórica, é fundamental entendê-lo numa lógica semântica relacional-local (HESPANHA, 2005:17-18), em que se pensa tais formas numa perspectiva aproximada aos locais e tempos em que foram concebidas e aplicadas.¹⁴

Uma história crítica parte de um ponto de vista que almeja não a identificação de uma semelhança meramente nominal e artificial de conceitos

¹³ Nas palavras de Paolo Grossi, “obriga uma realidade a cumprir um vistoso salto de níveis transformando-se em uma meta-realidade”, tornando-se “objeto de crença mais do que de conhecimento” (GROSSI, Paolo. *Mitologias jurídicas da modernidade*, 2ª Ed. Trad. Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007, p. 51).

¹⁴ Para Ricardo Marcelo Fonseca, “O direito, como tudo e todos, está inserido no tempo. Como ocorre no âmbito social, cada elemento do âmbito jurídico está imerso em condições que não podem se desprender de sua história. Só se compreende o direito de modo efetivo quando se lhe conecta com o que nos antecedeu e com o que herdamos do passado. Nada, afinal, tem sua existência destacada das condições históricas que produzem nosso presente” (FONSECA, Ricardo Marcelo. *Apresentação da biblioteca de história do direito*, In: FONSECA, Ricardo Marcelo; SEELAENDER, Airton Cerqueira Leite (Orgs.). *História do direito em perspectiva: do antigo regime à modernidade*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 5).

construídos ao longo do tempo, mas sim que perceba suas rupturas, descontinuidades e as suas diversas semânticas de acordo com cada período e cada local descrito. Apesar de a palavra “contrato” e “contractus” serem praticamente as mesmas, os significados de cada uma dependerão de cada local e período histórico que estão inseridas, podendo elas serem bastante diferentes entre si se examinadas sob uma perspectiva historiografia crítica (STAUT JUNIOR, 2009:1).

Não seria adequado, portanto, pensar o instituto do contrato, ou qualquer outro relacionado a ele, como algo descolado das realidades específicas e condições históricas que deram ensejo às suas complexidades e formas. Não há motivo decentemente razoável para se fazer uma história teleológica do direito¹⁵, pressupondo uma atemporalidade da categoria do contrato, quando, a partir de uma historiografia crítica, ela sequer representa algo de significação contínua no tempo, ausente de rupturas.

O contrato, como produto histórico, deve ser visto com essa tendência inata de resistir a generalizações fáceis e genealogias conceituais ingênuas. A história contratual é fluída e deve ser sempre vista como o produto de contextos históricos particulares e mutáveis.¹⁶

É por isso que a percepção de descontinuidades entre períodos históricos é fundamental para uma leitura séria e comprometida das categorias histórico-jurídicas. O pesquisador dogmático do direito privado que busca estudar o tema dos contratos com alguma mínima profundidade histórica deve se afastar da ideia comum de que a categoria do contrato possui um caráter eterno e universal de justiça através dos tempos. Isso não é verdade. O contrato, assim como qualquer outra categoria histórico-jurídica, pertence a uma dimensão de civilização restrita ao seu contexto (GROSSI, 2005:35).

¹⁵ Sobre uma história teleológica do direito ver, por exemplo: HESPANHA, António Manuel. *Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio...*, p. 29-30.

¹⁶ Ressalvo ainda que, se com essa afirmação acerca da mutabilidade de conceitos pensa-se uma quebra da ideia de tradição, essa quebra, assim como a ideia moderna de continuidade das categorias, é apenas aparente. A ideia de leitura, tradução, apropriação e ressignificação de conceitos é sim incompatível com uma leitura contínua teleológica da história, mas não com a ideia de tradição. Enquanto a ideia de continuidade pressupõe “um sentido fixado no momento da criação da categoria” a tradição se incorpora num sentido contrário, de “elemento dinâmico, em virtude do qual o sentido vai sofrendo modificações que derivam da diversidade dos sucessivos contextos culturais em que a mensagem original é lida”. (Ibidem, p. 48).

Se o pesquisador dogmático do direito privado deseja fazer introduções históricas, também é seu papel atuar como um mediador-comparativista ao analisar categorias de longa duração. Quando está atuando como historiador do direito ao analisar uma determinada categoria na história, cabe a ele relativizar e desmistificar conteúdos que normalmente são considerados como certezas na construção do direito presente (FONSECA, 2006:62). Mesmo o autor dogmático tem essa responsabilidade. Se não na realização da pesquisa empírica em arquivo, na utilização de informações historiográficas comprometidas com a investigação e percepção de liames, influências, descontinuidades, traduções e permanências desses conteúdos em outros locais que vão além de uma historiografia jurídica tradicional. Se os manuais também têm a intenção de lidar com a história, que isso seja feito a partir de uma historiografia crítica especializada no tema, eis que cabe também a ele, autor dogmático, perceber e recordar que “o texto em si é sempre representação de uma realidade de fundo, uma representação parcial e artificiosa por somatória” (GROSSI, 2005:36).

3.3. Por uma história contratual não progressista

A consequência lógica de adotar uma abordagem historiográfica que reconheça descontinuidades é a de não considerar a história como algo sinônimo de progresso.

O objetivo de uma pesquisa histórica deve ser compreender as complexidades históricas do instituto que está sendo analisado. Situa-lo numa história em linha reta, vendo o presente como uma acumulação progressiva de conhecimento, de sabedoria, de sensibilidade, ao longo dos tempos nada mais faz que reduzir a importância e a complexidade do tema na história.¹⁷ É uma

¹⁷ Nas palavras de Hespanha, “Nesta história progressiva, o elemento legitimador é o contraste entre o direito histórico, rude e imperfeito, e o direito dos nossos dias, produto de um imenso trabalho agregativo de aperfeiçoamento, levado a cabo por uma cadeia de juristas memoráveis. Esta teoria do progresso linear resulta frequentemente de o observador ler o passado desde a perspectiva daquilo que acabou por acontecer. Deste ponto de vista, é sempre possível encontrar prenúncios e antecipações para o que se veio a verificar (cf., infra, 1.2.3). Mas, normalmente perde-se de vista todas as outras virtualidades de desenvolvimento, bem como as perdas originadas pela evolução que se veio a verificar”. Ainda, no mesmo sentido assevera que, “a história progressista promove uma sacralização do presente, glorificado como meta, como o único horizonte possível da evolução humana e tem inspirado a chamada ‘teoria da modernização’, a qual propõe uma política do direito baseada num

visão que retira a autonomia do campo histórico na construção dos significados do objeto que se estuda, deformando-o pela sobreposição de conceitos e problemáticas do direito presente.

Tomando a categoria do contrato como exemplo, na literatura manualesca ele é essencialmente compreendido como mera convergência de vontades, tendo estado presente em todas as civilizações humanas desde o início dos tempos. Ao longo do tempo, no entanto, viria adquirindo cada vez significados mais racionais, aprimorando-se a cada século que passa.

Há dúvidas, entretanto, se o elemento do consensualismo é suficiente para explicar essa categoria ao longo do tempo. Se esse elemento possui raízes distantes e profundas no tempo ou se é um mero produto recente da modernidade (GROSSI, 2007:25). Se esse tipo de análise não restringe a autonomia da categoria e, conseqüentemente, comete anacronismos e suposições do tempo presente a um tempo passado bastante distante e diverso.

Da mesma forma, esse tipo de interpretação que enxerga o presente como ponto de chegada pressupõe a redução daquilo que veio antes. Vê no passado algo inferior e o presente como algo a ser celebrado. Traduz uma perspectiva evolucionista àquilo que deve ser entendido como alteridade.¹⁸

O passado entendido como alteridade propicia uma compreensão mais precisa da realidade história. Foge de generalidades e busca o específico. Tenta encontrar naquilo que é considerado como atemporal, descontinuidades, falseamentos. Se afasta de uma perspectiva simplista e busca na complexidade histórica a riqueza da categoria jurídica que se estuda.

É por isso que não há como se fazer uma boa história do direito privado com uma visão progressista de mundo, em que a complexidade da vida jurídica é reduzida, em poucas linhas, a meros fragmentos de atualidade.

padrão de evolução artificialmente considerado como universal" (HESPANHA, António Manuel. *Cultura jurídica européia: síntese de um milênio...*, p. 19/20).

¹⁸ Sob o ponto de vista de uma história legislativa, por exemplo, apenas possui a finalidade de descrever leis na história; nunca de compreender a realidade. Quem nunca já entendeu-se lendo uma história legislativa contada a partir de sucessivas revogações legais, como se houvesse uma eterna história legislativa, de cadeias e vínculos de revogação e alteração, criando-se sempre uma mesma expectativa de que essa última alteração legal, atualizada pelas últimas jurisprudências e observados os últimos recortes teóricos, é o máximo da evolução humana do conhecimento construído até ali.

3.4. *Por uma história contratual sensível a outros contextos*

Embora o desenvolvimento do pensamento jurídico não possa ser plenamente compreendido sem uma profunda sensibilidade para aspectos técnicos-jurídicos, um olhar focado apenas a um universo de normas é um olhar míope se se busca analisar historicamente uma categoria jurídica.

Com a vinculação do passado ao imaginário contemporâneo à ideia da primazia da lei, da existência de Estado com E maiúsculo e de um direito oficial, quase sempre manuais de todas as áreas do direito descrevem a história de determinado instituto jurídico ignorando outros elementos preciosos na construção dos discursos jurídicos ao longo da história.

No campo da teoria das obrigações e dos contratos, por exemplo, esquece-se de uma longa tradição no campo da tratadística moral e das virtudes, como exercício da *beneficentia*, da *gratitudo* ou da *misericórdia* (HESPANHA, 2005:21). Deixa-se de considerar que fontes primárias indicam que o surgimento do discurso sobre liberdade contratual não se deu tanto devido ao crescimento dos mercados privados nos séculos XVII e XVIII, mas sim porque os fundamentos dessa categoria estavam mais relacionados a uma ordem teológico-moral do que a considerações de política econômica ou à sobreposição doutrinária da vontade como dogma (DECOCK, 2013; LANGHOLM, 1998; GROSSI, 1973). Ignora-se a existência de estruturas mercantis, costumes e uma cultura de negociação na formação de contratos (PETIT, 2016).

Segundo Ricardo Marcelo Fonseca, por exemplo, “se o historiador do direito não navega por outras áreas e se isola apenas no saber jurídico, ele corre o risco efetivo de produzir uma historiografia jurídica pouco arejada e até mesmo estéril” (FONSECA, 2010:35).

Isso revela que, embora o estudo historiográfico se debruce sobre temas essencialmente jurídicos, os institutos estudados quase sempre se relacionam a elementos muito mais complexos da vida social.

No contexto de uma historiografia contratual, por exemplo, não se pode ignorar elementos econômicos, religiosos, morais e costumeiros. Esses

elementos são essenciais para a compreensão do campo histórico dos contratos e, sem eles, a história que é feita se torna incompleta, deficitária. Todos esses domínios metajurídicos, de acordo com cada local e com cada período histórico, pertencem a um mesmo material normativo, baseados em conceitos, princípios e linguagens que partilham de uma mesma rede de significados, de uma mesma ideologia. Todos esses elementos integram o domínio complexo do contrato e, portanto, não podem passar despercebidos em sua análise histórica.

Nesse contexto, a suposta "autonomia" do campo jurídico-econômico revela-se insuficiente para compreender a realidade do instituto na história. Ao perceber a presença desses elementos metajurídicos, a pesquisa sobre determinado instituto jurídico no passado se abre para uma pluralidade de domínios frequentemente inesperados.¹⁹

4. Para uma nova abordagem do direito contratual: o exemplo do *ius commune*

Já demonstramos no primeiro capítulo como uma história manualesca do contrato é feita: parte sempre de um direito antigo; ignora a medievalidade do instituto; pula para o século das revoluções e, poucas digressões depois, chega-se ao direito brasileiro atual.

No segundo capítulo demonstramos os problemas desse tipo de abordagem: é uma história anacrônica; produz uma falsa sensação de familiaridade do leitor com

¹⁹ Sobre o tema, nas palavras de António Manuel Hespanha: "Estes sistemas de regulação dos comportamentos são inúmeros – da moral à rotina, da disciplina doméstica à organização do trabalho, dos esquemas de classificar e de hierarquizar às artes de sedução. O modo como eles se combinam na construção da disciplina social também é infinitamente variável" (...) "Desde as normas religiosas, aos costumes, desde as regras de organização (*management*) às formas mais evanescentes e difusas da ordem. Embora esta vaga esteja a chegar aos estudos de história jurídica contemporânea – em que a ideia de pluralismo jurídico desafia cada vez mais ousadamente a antiga ideia de que o direito se reduzia à Constituição, ao código e à lei do Estado –, a mais profícua massa de estudos continua a incidir sobre a sociedade e política de Antigo Regime: o direito informal, o direito das comunidades rústicas e camponesas (v.g., Hespanha, 1983, 2002, 2005), o amor e a amizade como sentimentos políticos (Clanchy, 1993, 1993b; Clavero, 1993; Cardim, 2000), a organização do saber (Avellini, 1990; Petit, 1992), a organização do discurso (Grossi, 1992; Costa, 1969, 1986; Beneduce, 1996; Petit, 2000), a disciplina doméstica (Frigo, 1985a), a caridade e a assistência (Serrano González, 1992)" (HESPANHA, António Manuel. *Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio...*, p. 25-26).

o objeto narrado; vê uma continuidade intertemporal²⁰ na categoria estudada; ignora descontinuidades radicais de sentido do objeto que se estuda; reduz o direito do passado ao direito presente; elimina contextos e outros elementos discursivos no processo histórico que não um direito oficial, legislado.

É necessário, no entanto, dar concretude ao pensamento apresentado. Um discurso teórico não demonstrado é um discurso vazio por excelência.

Para esse fim, o objetivo não é essencialmente contradizer aquilo que correntemente é afirmado nos manuais de direito contratual; é exemplificar o valor que uma historiografia crítica do instituto pode fornecer aos pesquisadores do direito atual. É demonstrar que uma investigação mais comprometida com as especificidades históricas de um objeto em determinado período e local pode nos permitir reconhecer uma relatividade histórica do instituto que antes desconhecíamos. É incentivar uma experiência de estranhamento que nos leve a comparar o contexto histórico específico que possibilitou a emergência do instituto com o nosso direito presente. Isso fará com que, a partir das especificidades do passado, o leitor do presente reflita sobre a sua própria noção de contrato.

A ideia, portanto, é muito mais falar daquilo que raramente é dito nos manuais sobre contratos do que contradizer aquilo que usualmente se fala nessa literatura.

Concentro-me, portanto, numa figura que quase nunca é citada nesses manuais e que, quando o é, se limitam a uma síntese de dez séculos em poucas linhas, sem maiores complexidades, com certa confusão: o contrato no *ius commune*.

4.1. Ordem e contrato

²⁰ Parafrazeando Walter Guandalini Junior, a afirmação em si seria lógica e razoável. Portanto, o problema não estaria nela em si, mas sim no que ela implicitamente pressupõe: ao referir-se a uma ideia genérica de contrato, baseando a sua essência no mero acordo de vontades, sem determinar com precisão os significados atribuídos ao conceito de acordo com cada local e período histórico, limita-se a expressar o argumento tautológico de que o contrato “se caracteriza, já desde o início da história do Direito, pela sua flexibilidade e adaptação às várias épocas e pela possibilidade de ser sempre um instrumento do relacionamento humano.” Sendo tautológico, não poderia mesmo estar errado. Todavia, nada contribui para a compreensão da realidade, visto que não é capaz de informar sobre os modos específicos de como o instituto era pensado em cada local e tempo histórico. No fim, essa afirmação, mesmo sendo verdadeira, é inútil ao seu objetivo fundamental de compreensão de uma realidade. Em: GUANDALINI JUNIOR, Walter. O árbitro na Antiguidade: *sibûtû, diaitetés, arbiter*. História do Direito, Curitiba, v. 2, n. 2, p. 11-40, ago. 2021, p. 20.

Na grande maioria dos manuais, o contrato no período medieval ou é ignorado ou reduzido à religião. Quase nunca falam sobre ele e, quando falam, essa exposição se dá em poucas linhas, de maneira excessivamente resumida, descritivista, sem maiores complexificações. Se nada situam sobre o contrato no *ius commune* europeu, caem no erro de achar que ou ele desimporta ao leitor (e assim não vale a pena o esforço de se produzir linhas sobre) ou que, como “idade das trevas”, nada relevante se produziu sobre o tema naquele período. E, se falam alguma coisa, caem na armadilha de realizar uma análise superficial e insuficiente sobre o tema, ignorando contrastes, descontinuidades ou momentos de diferenciação entre um direito medieval e um direito do presente. Todos os manuais citados no primeiro capítulo guardam essa mesma realidade.

Esquece-se, entretanto, que embora o período medieval no ocidente europeu seja visto como “idade das trevas”, foi nele que se desenvolveram, de forma muito interessante, as bases modernas do direito privado.²¹ Ao contrário do que usualmente se retrata nos manuais, refinadas teorizações sobre o contrato existiram no direito medieval.

²¹ Guardadas as respectivas proporções e localismos, esquece-se também, por exemplo, que o direito brasileiro, ao menos até o século XIX e meados do século XX, se assemelhava muito mais com uma ordem normativa ligada a esse antigo regime do que com uma modernidade ilustrada das nações mais civilizadas. Sobre o tema, ver, por exemplo: CARVALHO, José Murilo de. A construção da ordem/Teatro de sombras. 2. ed. Parte II: Teatro de sombras: a política imperial. Rio de Janeiro, Editora UFRJ/Relume Dumará, 2003; DOMINGUES, Beatriz Helena. Tradição na modernidade e modernidade na tradição: a modernidade ibérica e a revolução copernicana. Rio de Janeiro: COPPE/UFRJ, 1996; FONSECA, Ricardo Marcelo. A cultura jurídica brasileira e a questão da codificação civil no século XIX. Revista da Faculdade de Direito UFPR, Curitiba, PR, Brasil, june 2006. ISSN 2236-7284; FONSECA, Ricardo Marcelo. A formação da cultura jurídica nacional e os cursos jurídicos no Brasil: uma análise preliminar (1854 - 1879). Cuadernos del Instituto Antonio de Nebrija. Universidade Carlos III de Madrid: Editorial Dykinson, 2005; FONSECA, Ricardo Marcelo. A “Lei de Terras” e o advento da propriedade moderna no Brasil. Anuário Mexicano de Historia del Derecho, México: Instituto de Investigaciones Jurídicas Unam, n. 17, 2005; FONSECA, Ricardo Marcelo. Vias da modernização jurídica brasileira: A cultura jurídica e os perfis dos juristas brasileiros do século XIX. Revista Brasileira de Estudos Políticos. v. 98, 2008; FONSECA, Ricardo Marcelo. *Traditions, translations, betrayals: dialogues among legal cultures*. Revista História do Direito, Curitiba, v. 1, n. 1, p. 352 - 362, dec. 2020. ISSN 2675-9284; FONSECA, Ricardo Marcelo. Sujeito e subjetividade jurídica: algumas cenas setecentistas na formação da modernidade. In: STAUT JÚNIOR, Sérgio Said (org). Estudos em direito privado. Curitiba: Editora Luiz Carlos – Centro de Estudos Jurídicos. 2014; SEELAENDER, Ailton Cerqueira-Leite. A longa sombra da casa. Poder doméstico, conceitos tradicionais e imaginário jurídico na transição brasileira do Antigo Regime à modernidade. R. IHGB, Rio de Janeiro, a. 178 (473):327-424, jan./mar. 2017; SOUZA, Michael Dionisio de. A presença do direito canônico na cultura jurídica brasileira: um país rumo à modernidade. Universidad del Salvador. *Revista Facultad de Ciencias Jurídicas y Facultad de Historia, Geografía y Turismo*, n. 06, 07-31, 2013.

Não era um direito contratual como conhecemos hoje. Não havia Estado, vontades autônomas, sujeitos de direito dotados de uma razão autônoma, abstrata e universal, igualdade entre indivíduos ou a ideia de propriedade moderna. Havia incompletude, reicentrismo, pluralismo, factualidade, desigualdade, coletivismos, status, ordens, costumes (GROSSI, 2014:21-106). Era um direito primordialmente vinculado a uma ordem pré-existente, na qual cada coisa possuía um lugar naturalmente pré-determinado (GROSSI, 2014:93-98). A concretização de pactos e contratos²² sempre era estabelecida e subordinada a partir de um cenário completamente diferente do presente.

O cenário do direito contratual medieval é, por isso, um cenário complexo. Como uma sociedade de ordens, os feixes de incidência normativa que incidiam na disciplina contratual também eram vários. No entanto, ao contrário do direito contemporâneo, não havia nenhum agente que buscasse realizar uma totalização da produção normativa. As ordens normativas se sobrepunham, circundando-se mutuamente, coexistindo todas sob a égide de um direito dotado de diversas autonomias internas.

Falar de contrato nesse contexto é difícil. Não há lei que o defina ou que preveja antecipadamente os objetos dos pactos. Não existem normas anteriores e abstratas que estabeleçam os tipos de contratos admitidos ou não. Nessa temporalidade pré-moderna, antes de tudo, o direito não era fruto de uma vontade legal; era resultado de uma ordem já pré-estabelecida.

4.2. Razão, vontade e contrato

Nessa ordem cosmológica, todas as fontes que estabeleciam vínculos eram fontes inscritas numa ordem natural. A formação do vínculo obrigacional através do contrato residia não num formalismo estrito do direito civil romano, mas em uma perspectiva naturalística que encontrava seu fundamento externo

²² Pactos e contratos que, embora no cenário moderno sejam encarados como sinônimos, nesse contexto pré-moderno possuem diferenças entre si. Um contrato tinha uma natureza mais específica; era um acordo mais solene, com uma forma pré-determinada, com regras mais específicas e com uma garantia judicial mais completa para fazer cumprir as obrigações que dele decorriam. Um pacto, por outro lado, era visto como algo de consenso; não imediatamente exequível em direito e que, por isso, não gerava uma ação específica. Em: HESPANHA, Antônio Manuel. Como os juristas viam o mundo. 1550-1750: Direitos, estados, coisas, contratos, ações e crimes..., p. 221-222.

naquilo que era descrito como a razão natural: a razão teológica de Deus com eficácia no mundo dos homens (HESPANHA, 2015:209).

Essa razão teológica estava enraizada na mente de cada indivíduo dentro daquela comunidade histórica específica e constituía o alicerce fundamental do direito natural naquele período. Ao contrário do direito civil, que era um direito posto pelos homens por atos de vontade dentro da comunidade, os princípios do direito natural derivavam diretamente de uma ordem preestabelecida por Deus, que se aplicava a todos aqueles que possuíam o uso da razão (HESPANHA, 2015:73).

A racionalidade desse contexto, portanto, não tem nenhuma relação com a racionalidade moderna. O homem medieval, por si só, nunca pensa de forma individual. Pensa a partir de uma lógica comunitária, comum, baseada numa ordem pré-estabelecida que é fato espontâneo da vida. A razão presente nessa esfera normativa é essencialmente uma razão natural decorrente da ideia de Deus, o que permitia aos homens e mulheres, por meio da observação de uma ordem cosmológica, distinguir o bem do mal e se conduzir em conformidade com ela em todas as suas posturas terrenas, inclusive no momento de celebrarem negócios jurídicos (HESPANHA, 2015:74).

O direito civil, enquanto um direito posto pelos homens no âmbito das cidades e, portanto, como um instrumento de regulação dos contratos, também se inseria nessa lógica. Era ele o instrumento hábil com que uma comunidade se autorregulava, em complementariedade ao direito natural e a outras esferas normativas. Esse direito civil deveria também se orientar pela vontade de Deus, como um espelho refletor da ordem das coisas. Esses feixes normativos orientavam a conduta dos homens e das mulheres e também deveriam estar alinhados com a vontade de Deus, refletindo a ordem das coisas. No antigo regime, todas as esferas do direito, em maior ou menor grau, derivavam da lei natural que Deus impunha ao mundo.

A necessidade de outras ordens para regular os aspectos mais diversos das vidas das pessoas se dava pela impossibilidade de que a lei natural se fizesse clara em todas as situações. Nas palavras de António Manuel Hespanha, sem essa complementariedade de ordens, “o regime das

comunidades seria incompleto, incerto ou sujeito a erros”. E, por isso, “para remediar esta possibilidade de erro sobre o direito natural que surgia o direito positivo, fixando autoritariamente um preceito que faltava ou estava incerto no direito natural” (HESPANHA, 2015:73).

É por isso que o direito civil, ainda que fosse considerado como uma esfera normativa autônoma, orientava suas normativas e guardava proporções a um direito natural anterior sobreposto a ele (HESPANHA, 2015:102). O acesso ao cosmos era universal, intuitivo, geral, sem a possibilidade de haver dúvida ou erro sobre o seu conteúdo (HESPANHA, 2015:74-75). Por outro lado, o direito civil poderia não ser assim tão intuitivo; leis e contratos eram instituídos pelos homens e não por Deus, o que os tornava menos certos e universais em relação à justiça de seu conteúdo. Logo, a possibilidade de violação dos preceitos da razão e da justiça no âmbito deste direito instituído por homens era relevante.²³

A vontade dos contratantes, portanto, estava subordinada à ordem natural das coisas, que significa que não havia espaço, nesse período, para a noção de vontade livre ou autonomia naquilo que se desejava.

A vontade que ultrapassava a natureza do objeto do contrato, por exemplo, não era vista como liberalidade; era encarada como arbítrio. Um contrato era válido quando era honesto, justo, possível, conforme a natureza, aos costumes, adequado ao tempo, ao lugar, necessário, útil, proveitoso à comunidade (HESPANHA, 2015:75). Não quando, por puro e simples voluntarismo, dois contratantes desejavam.

Contratos celebrados nessa ordem derivavam de Deus como sua primeira causa (*causa prima*), mesmo quando a sua causa direta (*causa proxima*) fosse alguma norma instituída pelo legislador secular por meio do direito civil. Com isso, era claro que a celebração de contratos não deveria contrariar os preceitos de uma ordem inscrita na natureza das coisas ou da justiça. Contrariá-los significaria ir contra a ordem natural estabelecida por Deus, o que implicaria no

²³ Considerando que os atos no direito civil eram primordialmente atos de vontade, escreve António Manuel Hespanha que não necessariamente eram atos baseados num processo justo e racional de dedução pois, conforme Domingo de Soto, “a razão humana costumaria estar sujeita a alucinações”. Em: HESPANHA, António Manuel. Como os juristas viam o mundo. 1550-1750: Direitos, estados, coisas, contratos, ações e crimes..., p. 75.

afastamento dos seres humanos do longo caminho de peregrinação em direção ao Céu (SUÁREZ, 1967:6).

Nesta temporalidade, portanto, havia a plena convicção de que a espiritualidade não poderia ser operacionalizada no plano fático dos seres humanos se o direito civil dos homens também não fosse articulado com uma ordem natural do mundo.

Assim, não era a existência de vontades convergentes que vinculava os contratantes ao cumprimento de determinada obrigação, portanto, mas sim a existência de uma equidade natural que obrigava cada parte a cumprir com as suas promessas. A quebra de um contrato não se limitava à esfera individual do contratante; permeava toda a comunidade, que considerava como natural a obrigação de cumprir as convenções celebradas. A quebra de um contrato no contexto pré-moderno, portanto, não era essencialmente “anti-jurídica”, mas sim “anti-natural”.

Isso não significa que a vontade de celebrar determinado pacto ou contrato era irrelevante. É claro que as vontades das partes eram importantes na pactuação de contratos no mundo pré-moderno.²⁴ No entanto, elas não eram o elemento principal da equação do contrato, como o direito moderno pode fazer parecer. A convergência de vontades era apenas um dos tantos elementos fundamentais existentes no direito contratual pré-moderno europeu.

O elemento da vontade ainda precisava ser livre, válido e sem vícios. Porém, o seu caráter era muito mais de consentimento, dependente de uma rede de elementos, do que de dogma, em que a vontade por si só é capaz de criar direitos e obrigações entre as partes. A vontade, por si só, não vinculava.

António Manuel Hespanha, por exemplo, cita outros elementos que podiam fundamentar o vínculo obrigacional ou limitar a eficácia do consenso, como (a) a observância de fórmulas e rituais, como na *stipulatio*; (b) a justiça substancial das promessas, como o estabelecimento de um preço justo; (c) a consideração de cláusulas substanciais ou naturais de cada tipo contratual (*substantialia* e

²⁴ Sobretudo na formalização de pactos e não contratos, em que o arbítrio da parte poderia se intensificar à inexistência de um regime jurídico específico contratual. Sobre o tema, ver: HESPANHA, António Manuel. Como os juristas viam o mundo. 1550-1750: Direitos, estados, coisas, contratos, ações e crimes..., p. 222.

naturalia contractus); (d) a naturalidade de certos instintos como a gratidão; (e) uma certa lógica material das situações (como a entrega de um objeto a outrem, na expectativa de o receber de volta, a gestão de negócios de outrem); (f) a produção de danos, não por dolo, mas com culpa grosseira; etc. (HESPANHA, 2015:211).

A vontade das partes era limitada à uma ordem pré-determinada. O objeto da obrigação tinha que ser querido, lícito, natural, em consonância ao bem comum. Razões de ordem pública determinavam a pactuação. Um pacto ou contrato que prejudicasse terceiro poderia ser visto como não possível, eis que não simularia a ideia de bem comum. Um pacto ou contrato que tivesse como objeto algo imoral, como assassinato ou prostituição, também não seria validamente aceito por não estar subordinado ao direito natural (DECOCK, 2013:442). Um pacto ou contrato que importasse lesão enorme, ou seja, em que o preço fosse inferior a metade ou superior ao dobro do justo valor da coisa também não poderia ser aceito nessa ordem (DECOCK, 2013:217).

4.3. *A ordem das coisas nos tipos contratuais*

A determinação e regulação dos contratos a partir da existência da ideia de ordem também deixa rastros na própria natureza dos tipos contratuais. Cada tipo de contrato, à sua maneira, era permeado pela ideia de ordem que deveria ser respeitada.

Um exemplo disso é o contrato de doação, que, segundo António Manuel Hespanha, revelava de forma clara as crenças implícitas da sociedade acerca da ordem do mundo (HESPANHA, 2015:223).

Embora a doação tivesse um caráter de liberalidade gratuita, era necessário que apresentasse uma causa justa (causa eficiente) para que pudesse produzir efeitos. Essa causa justa era entendida como a efetiva razão que levava o doador a dispor de sua coisa, uma razão que deveria ser extraída da própria ordem natural das coisas.²⁵ Um exemplo de causa justa para uma doação seria a ideia de gratidão.

²⁵ A doação sem causa natural poderia acontecer, porém apenas de forma excepcional. Segundo Hespanha, "tudo isto decorria que a doação simples, espontânea, arbitrária e incausada, puramente liberal, era possível, mas excepcional, pelo que, ocorrendo, devia ser verificado se o ânimo de doar –

A gratidão funcionava como causa eficiente que autorizava o doador a agir em prol do donatário, buscando restaurar o equilíbrio patrimonial, uma vez que o donatário havia praticado previamente um ato benfeitor em relação ao doador.²⁶ No entanto, a imoralidade ou torpeza da causa invalidava a doação. Além disso, as condições da doação também deveriam ser possíveis, lícitas e morais. Se a causa da doação não fosse justa, não seria possível realizar tal contrato.

Um outro exemplo é o contrato de mútuo, que também estava sujeito à regulação de uma ordem externa. O simples ato de emprestar dinheiro não era proibido, mas incentivado. Era visto como algo gracioso, atentos à ideia de dádiva que permeava a sociedade pré-moderna. Entretanto, quando dizia respeito à uma cessão onerosa, esse mútuo se transmutava em algo proibido (HESPANHA, 2015:227-228). Enriquecer-se pelo simples decurso de tempo era mais que algo ilícito, era anti-natural, visto como um roubo contra Deus.²⁷

Mesmo nos contratos de compra e venda a ideia de consenso era limitada. A definição do preço da mercadoria, por exemplo, era sempre regida por uma lógica comum, não individual. A vontade dos contraentes era subsidiária à formação do preço da coisa e máxima romana de que a propriedade valeria tanto quanto poderia ser vendida (*res tantum valet quantum vendi potest*) não era absoluta. O que prevalecia nesse contexto era a ideia de equilíbrio e justiça comutativa no contrato. O preço a ser pago pela mercadoria deveria garantir

i.e. sem ser para recompensar ou na perspectiva de um retorno futuro - existira mesmo ou fora apenas induzido por manobras torpes para distorcer a vontade. Se se concluísse que essa vontade de dar tinha existido, ela era respeitada pelo direito, embora sujeita a limitações quanto à pessoa do donatário, quanto a expectativas de terceiros relativas ao património do doador e quanto ao objeto doado". HESPANHA, Antônio Manuel. Como os juristas viam o mundo. 1550-1750: Direitos, estados, coisas, contratos, ações e crimes..., p. 223.

²⁶ O instituto da doação ainda passava por um crivo de suspeição entre si, dinamizadas entre duas hipóteses. A primeira de que a doação não poderia ser gratuita, eis haveria já fato ou causa anterior que justificasse esse ato de liberalidade, constituindo, por isso, certa remuneração ou recompensa e não uma doação verdadeira. E, a segunda, de que as únicas doações essencialmente verdadeiras estariam apoiadas sobre os sentimentos de amizade, afinidade ou afeição entre o doador e o donatário, e entre pessoas virtuosas, avaliando-se a natureza do que foi dado e das pessoas envolvidas. Essa segunda hipótese seria tão rara de acontecer que não deveria se presumir e, ainda, deveria ser averiguado cuidadosamente se a vontade de doar era sã, isenta de vícios, ou se se a doação não teria alguma causa não expressa que alterasse a qualificação do contrato. Em: HESPANHA, Antônio Manuel. Como os juristas viam o mundo. 1550-1750: Direitos, estados, coisas, contratos, ações e crimes..., p. 223-224.

²⁷ Sobre o tema, ver: LE GOFF, Jacques. A Idade Média e o Dinheiro – ensaio de antropologia histórica. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014.

uma proporção equilibrada entre o que era dado e o que era recebido. Se o preço estabelecido excedesse em muito o seu valor, o contrato sequer poderia vincular.

Do mesmo modo, fixar um preço com base em uma necessidade estritamente individual, como uma situação específica de utilidade para o comprador (*necessitas seu utilitas alterius contrahentis*), poderia significar também a anulação do contrato. O motivo é simples: a estimativa do preço deveria estar mais relacionada a uma perspectiva coletiva do bem comum do que a interesses individuais (DECOCK, 2013:524).

O simples consenso em relação aos preços a serem pagos, sem a salvaguarda do equilíbrio e da justiça contratual, não era suficiente para vincular as partes ao cumprimento do contrato. Mesmo que houvesse consenso, permitir a exploração repetida e injusta das necessidades individuais dos contratantes, em oposição à ideia de equilíbrio e justiça de uma ordem divina já preestabelecida, seria admitir a celebração de acordos contrários a essa ordem divina.

É por isso que, nesse contexto, a vontade individual era estritamente subordinada ao interesse de uma comunidade cosmologicamente ordenada.

4.4. *Interpretatio e contrato*

A interpretação envolvendo pactos e contratos não era diferente. Em alguns casos, pactuação dos contratos poderia ocorrer em circunstâncias menos claras, nas quais não era fácil determinar qual regra de conduta, moral, jurídica ou prática seguir. Nesse cenário, juristas e teólogos desempenhavam o papel de revelar essas regras para a comunidade. Através da atuação desses agentes na identificação dos indícios presentes nessa ordem estabelecida, a *interpretatio*²⁸ era o que guiava as regras contratuais daquela comunidade

²⁸ Essa *interpretatio*, ao contrário do que o sentido moderno do termo “interpretação” pode fazer parecer, não se restringia à uma declaração obediente da norma retirada do texto de autoridade que era interpretado, mas sim o ultrapassava, o complementava, corrigia-o e, até mesmo, o modificava de acordo com o caso concreto (GROSSI, Paolo. *A ordem jurídica medieval...*, p. 278-279). Era uma interpretação móvel, sempre flexível às particularidades do caso concreto. As normas que regulavam essa sociedade eram retiradas diretamente dos fatos, não de uma abstração. Isso demonstrava a factualidade de um direito pré-moderno.

histórica; era como se mantinha uma ordem das coisas em correspondência à criação divina, numa leitura compatível das normativas dos homens com a ordem divina. Quanto mais próxima a regra contratual fosse dessa ordem de coisas, mais justa e verdadeira ela seria.²⁹

Quando se analisava determinada regra contratual, portanto, não se fazia apenas uma leitura e interpretação da norma considerada em si mesma; fazia-se uma leitura da ordem do mundo contida na norma, seja através de aspectos formais objetivos, como por exemplo a aceitação pelo uso (*usu receptio*), a adoção pela prática dos tribunais (*stylus curiae*), a opinião dos especialistas (*opinio communis doctorum*); ou por outros aspectos substantivos materiais, como o de evitar o absurdo ou o inútil (*absurda vel inutilia vitanda*), o de promover a harmonia do direito (*elegantia iuris*), o de favorecer a oportunidade e o bem comum (*utilitas, bonum commune*), etc. (HESPANHA, 2015:82).

António Manuel Hespanha, por exemplo, quando se refere à noção de *débito* na interpretação de São Tomás de Aquino, deixa claro que a justiça das relações se dava pelo respeito e obediência a uma natureza das coisas. Dada a existência de uma ordem das coisas que instaura dívidas recíprocas entre as criaturas de Deus, as relações estabelecidas nessa ordem também constituíam deveres, como o cumprimento integral desse débito.³⁰

²⁹ Segundo António Manuel Hespanha, acerca dessa noção e dos imperativos de honestidade, honra e bondade: "Viver honestamente – que passava por ser um dos preceitos básicos do direito (cf. D., 1,1,10, pr.) – era aderir à natureza das coisas, à ordem natural do mundo. Ser honrado era respeitar a verdade das coisas e esta era a sua natureza profunda, à qual devia corresponder a sua aparência. Porque o comportamento manifestava a natureza, a honestidade e a verdade eram as qualidades daquele que se portava como devia, como lhe era pedido pela sua natureza. Assim, o nobre não se devia comportar como plebeu, se queria manter a honra. Que a mulher honesta (que respeita a sua natureza) se devia comportar como tal, sob pena de não ser tida como honrada. E por aí adiante. Ao passo que a bondade – a qualidade de quem era capaz de intuir o sentido da ordem – era a qualidade principal daquele que tivesse o encargo de julgar." (HESPANHA, António Manuel. *Cultura jurídica européia: síntese de um milênio...*, p. 101).

³⁰ As criaturas, como feitas à imagem e semelhança de Deus, deviam respeitar essa ordem, eis que, o débito entre as criaturas entre si era também um débito com a ordem das coisas e, conseqüentemente, um débito com Deus. Nas palavras de António Manuel Hespanha, "E como a soma dos deveres das criaturas entre si é também devida à ordem, ou seja, a Deus, o cumprimento dos deveres recíprocos é, em certa medida, um dever para com Deus e, logo, o tal direito natural acaba por ser um direito divino: "É devido a Deus que se realize nas coisas aquilo que a sua sapiência e vontade estabeleceu e que a sua bondade manifesta... É devido a cada coisa criada que se lhe atribua o que lhe foi ordenado [...] e, assim, Deus faz justiça quando dá a cada um o que lhe é devido segundo a razão de sua natureza e condição" (cf., também, *Summ. theol.*, Ia-Iae, q. 111, 1 ad 2). Este caráter natural da ordem fazia com que ela se manifestasse de muitas formas – pelas tendências naturais (*amores*), com o tempo concretizadas em costumes (*consuetudines vel mores, practicae, styli*), pelas virtudes morais (*amicitia, liberalitas*), pela Revelação divina e também pelo direito formalizado pelos juristas, como peritos na

A especificidade histórica desse direito contratual do passado torna difícil a tarefa de considerar o direito contratual atual como algo de significação contínua no tempo. Em verdade, o direito contratual no *ius commune* era completamente outro, avesso às mitologias jurídicas do mundo moderno.

A percepção dessa alteridade entre o direito contratual medieval europeu e o direito contratual atual é apenas um exemplo da inexistência de continuidades entre o passado e o presente. Mesmo que certas leituras de mundo possam encontrar semelhanças ou elementos comuns entre o direito de um passado remoto e o direito atual, essas continuidades devem ser sempre encaradas com desconfiança pelo leitor que busca efetivamente compreender a realidade histórica. O mesmo cuidado metodológico deve ser aplicado na análise de outros institutos em diferentes períodos históricos.

Ao contrário do que é narrado pela maioria dos manuais, é muito mais provável que uma análise historiográfica séria revele descontinuidades do que elementos de continuidade, evolução ou progresso das categorias jurídicas.

5. Conclusão

A exposição do direito contratual no *ius commune* europeu revela a existência de diferenças fundamentais entre o direito do passado e o direito atual, o que desafia a mensagem comumente transmitida nos manuais de direito de que a categoria do contrato possui uma "essência" intrínseca que estaria presente em todas as épocas. Isso aponta para uma ruptura na concepção tradicional dessa literatura, destacando a necessidade de uma visão mais contextualizada e dinâmica da categoria do contrato ao longo da história.

Para uma abordagem séria e comprometida com a realidade, portanto, um texto jurídico precisa adentrar nas formas específicas dos enunciados discursivos construídos ao longo da história, considerando conceitos e configurações próprias do direito do passado que se busca estudar. Caso o autor dogmático não realize a pesquisa historiográfica ele mesmo, é essencial utilizar autores que a façam criticamente.

observação e memória das coisas sociais, ou mesmo pela vontade do rei, como titular de um poder normativo de origem divina." Em: HESPANHA, António Manuel. Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio..., p. 110.

A compreensão do instituto do contrato no passado então deverá ser sempre feita levando em conta o contexto histórico de seu desenvolvimento, de um ponto de vista que busque, em sua extensão máxima, afastar-se de construções essencialistas. Analisar uma categoria na história não deverá significar a evocação de óticas deformantes do passado pelas lentes de um direito presente. Isso apenas produzirá uma história em que o instituto estudado acaba por ser entendido como uma construção imutável e estática desde o surgimento da humanidade até os dias atuais, eliminando a historicidade da categoria.

Como demonstrado na análise do contrato no *ius commune* europeu, um dos primeiros passos para compreender a historicidade da categoria é se desviar de visões modernas acerca do que foi essa pré-modernidade, que quase sempre a identificam como algo sinônimo de atraso.

O cenário medieval se define por uma estrutura sociojurídica complexa, caracterizada pela ausência de um poder central que regulasse e absorvesse as relações jurídicas. No entanto, existiam poderes periféricos que dinamizavam e regulavam a sociedade, por meio de particularismos políticos, econômicos e jurídicos. Esses particularismos compunham a sociedade civil e afastavam qualquer pretensão de completude política. A única categoria soberana, ilimitada e mandamental nesse período era a ordem natural de Deus (GROSSI, 2014:59-60).

Neste cenário em que a vontade do indivíduo é minimizada pela existência de uma ordem cosmológica onde o indivíduo é dependente de uma coletividade, não há como se falar em forma moderna, abstrata e simplificada de contrato, na ideia de vontade, sujeito, direito subjetivo ou até mesmo na clássica divisão entre direito público e privado para se pensar o tema (HESPANHA, 2015:28). Talvez até por isso se dê o expressivo desinteresse dos manuais acerca do período.

No entanto, isso não significa que o direito contratual pré-moderno fosse irrelevante, atrasado ou idealizado. Era simplesmente algo diferente, com outros significados e uma formatação histórica distinta. Essa compreensão de alteridade pode nos fazer refletir sobre nosso próprio direito.

Encarar a ideia de contrato como sinônimo de consenso e, conseqüentemente, como algo que essencialmente se traduz em linha reta por toda história humana,

portanto, parece ser um pouco equivocados. Enxergá-lo simplesmente como uma convergência de vontades durante todo período de existência humana reduz a sua complexidade e nada ajuda na compreensão do seu conteúdo numa perspectiva histórica. O contrato ao longo da história envolveu consenso, mas sua significação foi moldada por cada período, local e comunidade histórica, indo além desse aspecto.

Se observadas essas premissas na realização de uma história do direito contratual, a qualidade do discurso histórico presente nos manuais jurídicos será outra. Além de possibilitar uma efetiva compreensão da realidade histórica na formação e transformação do instituto, será possível identificarmos novos elementos no âmbito do direito contratual que antes poderiam passar despercebidos numa análise histórica descomprometida com a realidade. Essa análise crítica possibilitará novas reflexões sobre a atual categoria do contrato, ampliando a possibilidade de construir soluções jurídicas que atendam às necessidades sociais e de desconstruir visões fantasiosas do desenvolvimento histórico do contrato.

No fim, esta percepção de complexidades nos institutos do passado é um dos passos fundamentais para uma boa história do direito contratual (e privado) no Brasil.

6. Referências Bibliográficas

ABADIA, Jesus Linde. *Anotaciones historicistas al iusprivatismo de la segunda escolastica*. Em: GROSSI, Paolo (a cura di). *La seconda scolastica nella formazione del diritto privato moderno*. Milano: Giuffè, 1973.

ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. Rio de Janeiro: Forense, 1965.

ALVES, José Carlos Moreira. Panorama do direito civil brasileiro: das origens aos dias atuais. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo*, v. 88, p. 185-238, 1993.

ALVES, José Carlos Moreira. *Posse – Evolução Histórica*, vol. 1, Rio de Janeiro: Forense, 1985.

AQUINO, Leonardo Gomes de. *Teoria geral dos contratos*. Belo Horizonte: Editora Expert, 2021.

ASCARELLI, Tullio. *O desenvolvimento histórico do direito comercial e o*

significado da unificação do direito privado, trad. de Fábio Konder Comparado, in: *Saggi di Diritto Commerciale*. Revista de Direito Mercantil Industrial, Financeiro e Econômico, São Paulo, n. 114, p. 237-252, abr./jun., 1999.

ASCARELLI, Tullio. *Panorama do direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 1947.

AZEVEDO, António Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. São Paulo, Saraiva: 1986.

BEVILAQUA, Clóvis. *A Formula da Evolução Jurídica*. Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife, Recife, v. 3, n. 1, 1893.

BEVILAQUA, Clóvis. *Contribuições para a Historia do Direito*. Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife, Recife, v. 1, n. 1, 1891.

BEVILAQUA, Clóvis. *Direito das obrigações*. 5. ed., rev. e acrescentada. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1940.

BEVILAQUA, Clóvis. *Theoria geral do direito civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1929.

CAZZETTA, Giovanni. *Entangled histories: diritto privato e diritto pubblico, diritto del lavoro e Stato sociale nel Novecento italiano*. História do Direito, Curitiba, v. 2, n. 2, p. 117-130, ago. 2021.

COSTA, Pietro. *A spatial turn for legal history? A tentative assessment*. In: MECCARELLI, Massimo; SASTRE, Maria Julia Solla. *Spatial and Temporal Dimensions for Legal History. Global Perspectives on Legal History*. A Max Planck Institute for European Legal History Open Access Publication. V. 6. Berlin: epubli, 2016.

COSTA, Pietro. *Pra que serve a história do direito? Um humilde elogio da inutilidade*. In: Id., *Soberania, representação, democracia*. Curitiba: Juruá, 2010.

COSTA, Raiane Ingrid Pereira; FREITAS, Josiane Oliveira de. *Direito civil – contratos*. Londrina: Editora Educacional S.A., 2018.

DOMINGUES, Beatriz Helena. *Tradição na modernidade e modernidade na tradição: a modernidade ibérica e a revolução copernicana*. Rio de Janeiro: COPPE/UFRJ, 1996.

CARVALHO, José Murilo de. *A construção da ordem/Teatro de sombras*. 2. ed. Parte II: *Teatro de sombras: a política imperial*. Rio de Janeiro, Editora UFRJ/Relume Dumará, 2003.

DECOCK, Wim. *La moral ilumina al derecho común: teología y contrato (siglos XVI y XVII)*. Revista Derecho PUCP, (73), 2014, 513-533.

DECOCK, Wim. *Theologians and Contract Law: The Moral Transformation of the Ius Commune (ca. 1500–1650)*. Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2013.

ESPÍNOLA, Eduardo. Sistema do direito civil brasileiro. Rio de Janeiro, RJ: Livraria Francisco Alves, 1917.

FONSECA, Ricardo Marcelo. A cultura jurídica brasileira e a questão da codificação civil no século XIX. Revista da Faculdade de Direito da UFPR, n.º 44, 2006.

FONSECA, Ricardo Marcelo. A formação da cultura jurídica nacional e os cursos jurídicos no Brasil: uma análise preliminar (1854 - 1879). Cuadernos del Instituto Antonio de Nebrija. Universidade Carlos III de Madrid: Editorial Dykinson, 2005.

FONSECA, Ricardo Marcelo. A “Lei de Terras” e o advento da propriedade moderna no Brasil. Anuário Mexicano de Historia del Derecho, México: Instituto de Investigaciones Jurídicas Unam, n. 17, 2005.

FONSECA, Ricardo Marcelo. Apresentação da biblioteca de história do direito, In: FONSECA, Ricardo Marcelo; SEELAENDER, Airton Cerqueira Leite (Orgs.). História do direito em perspectiva: do antigo regime à modernidade. Curitiba: Juruá, 2008.

FONSECA, Ricardo Marcelo. A noção de imaginário jurídico e a história do direito, in FONSECA, Ricardo Marcelo (org.), Nova história brasileira do direito: ferramentas e artesanias, Curitiba, Juruá, p. 19-29, 2012.

FONSECA, Ricardo Marcelo. Introdução Teórica à História do Direito. Curitiba: Juruá, 2010.

FONSECA, Ricardo Marcelo. *Traditions, translations, betrayals: dialogues among legal cultures*. Revista História do Direito, Curitiba, v. 1, n. 1, p. 352 - 362, dec. 2020.

FONSECA, Ricardo Marcelo. *Tra mimesi e jabuticaba: recezioni e adattamenti della scienza giuridica europea nel Brasile del XIX secolo*. In: SORDI, Bernardo (a cura di). Storia e diritto: sperienze a confronto. Milano: Giuffrè, 2013.

FONSECA, Ricardo Marcelo. Sujeito e subjetividade jurídica: algumas cenas setecentistas na formação da modernidade. In: STAUT JÚNIOR, Sérgio Said (org). Estudos em direito privado. Curitiba: Editora Luiz Carlos – Centro de

Estudos Jurídicos, 2014.

FONSECA, Ricardo Marcelo. Vias da modernização jurídica brasileira: A cultura jurídica e os perfis dos juristas brasileiros do século XIX. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. v. 98, 2008.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. *Novo curso de direito civil: contratos*. 2ª Edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

GILISSEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*. 3ed. Porto: Calouste Gulbenkian, 2001.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 27ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro*. Salvador, Universidade da Bahia, 1958.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Contratos e atos unilaterais*. Coleção Direito Civil Brasileiro, vol. 3, 17ª Edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

GORDLEY, James. *The Jurists: A Critical History*. Oxford: Oxford University Press, 2014.

GORDLEY, James. *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*. Oxford: Clarendon Press, 1991.

GROSSI, Paolo. *A ordem jurídica medieval*. Editora WMF Martins Fontes, 2014.

GROSSI, Paolo. O ponto e a linha. História do Direito e Direito Positivo na formação jurista do nosso tempo. In: *Sequência*. UFSC, Florianópolis/SC, v. 26 n. 51, 2005.

GROSSI, Paolo. *Mitologias jurídicas da modernidade*, 2ª Ed. Trad. Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007.

GROSSI, Paolo. (a cura di). *La seconda scolastica nella formazione del diritto privato moderno*. Milano: Giuffè, 1973.

GUANDALINI JUNIOR, Walter. *História do direito romano*. Curitiba: InterSaber, 1ª edição, 2021.

GUANDALINI JUNIOR, Walter. *História do direito administrativo brasileiro: formação (1821-1895)*. Juruá Editora, 2016

GUANDALINI JUNIOR, Walter. *Perspectivas da Tradição Romanística: passado e futuro do Direito Romano*. *Sequência (Florianópolis)* [online].

2015, n.70, p. 163-187.

GUANDALINI JUNIOR, Walter. O árbitro na Antiguidade: *sibûtû, diaitetés, arbiter*. História do Direito, [S.l.], v. 2, n. 2, p. 11-40, ago. 2021.

HESPANHA, António Manuel. A ordem do mundo e o saber dos juristas: imaginários do antigo direito europeu. NY: Amazon books, 2017.

HESPANHA, António Manuel. Como os juristas viam o mundo. 1550-1750: Direitos, estados, coisas, contratos, ações e crimes. Coimbra: edição do autor, 2015.

HESPANHA, António Manuel. Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

HESPANHA, António Manuel. Filhos da Terra. Identidades mestiças nos confins da expansão portuguesa. Lisboa: Tinta-da-China, 2019.

LANGHOLM, Odd. *The legacy of scholasticism in economic thought, Antecedents of choice and power, Historical perspectives on modern economics*. Cambridge, 1998.

LE GOFF, Jacques. A Idade Média e o Dinheiro – ensaio de antropologia histórica. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014.

LIEBMAN, Enrico Túlio. Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada. Tradução de Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1945.

LÔBO, Paulo. Contratos. Coleção Direito Civil, vol. 3. 6ª Edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MARTINS JÚNIOR, José Isidoro. Compêndio Geral da História do Direito. Recife: Livraria Contemporânea, 1898.

MARTINS JÚNIOR, José Isidoro. História do Direito Nacional. Rio de Janeiro: Typographia da Empresa Democratica Editora, 1895.

MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico (plano da existência). São Paulo: Saraiva, 1985.

MELLO, Marcos Bernardes de. Roteiro para Uma História do Direito Civil Brasileiro (a fase pré-codificada). Sergasa: Maceió/AL, 1973.

MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. Tratado de direito comercial brasileiro, vol. I, liv. I. 6ª Ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958.

MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de Direito Civil. Direito das Obrigações. Saraiva: São Paulo, 1956.

PADOA-SCHIOPPA, Antonio. História do direito na Europa: da Idade Média à Idade Contemporânea. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil: teoria geral de obrigações, v. II. Rio de Janeiro: Forense, 1974.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Direito civil: alguns aspectos da sua evolução. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

PEREIRA, Lafayette Rodrigues, Direito das Coisas. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1943.

PETIT, Carlos. *Historia del derecho mercantil*. Madrid: Marcial Pons, 2016.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Fontes e evolução do direito civil brasileiro. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

SEELAENDER, Ailton Cerqueira-Leite. A longa sombra da casa. Poder doméstico, conceitos tradicionais e imaginário jurídico na transição brasileira do Antigo Regime à modernidade. R. IHGB, Rio de Janeiro, a. 178 (473):327-424, jan./mar. 2017.

SILVA, Clóvis V. do Couto. A obrigação como processo. São Paulo: Bushatsky, 1976.

SOUZA, Michael Dionisio de. A presença do direito canônico na cultura jurídica brasileira: um país rumo à modernidade. Universidad del Salvador. *Revista Facultad de Ciencias Jurídicas y Facultad de Historia, Geografía y Turismo*, n. ° 06, 07-31, 2013.

STAUT JUNIOR, Sérgio Said. A posse no direito brasileiro da segunda metade do século XIX ao Código Civil de 1916. Tese de Doutorado em Direito da Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2009.

SUÁREZ, Francisco. Tratado de Las Leyes y de Dios Legislador. Tradução: José Ramón Eguillor Muniozguren, S.I. - Madrid: Instituto de Estudios Políticos, Colección Clásicos Políticos; Sección Teólogos Juristas 1967.

TARTUCE, Flávio. Teoria geral dos contratos e contratos em espécie. 9ª Edição. São Paulo: Editora Método, 2014.

TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson; BANDEIRA, Paula Greco. Fundamentos do direito civil, vol. 3 – contratos. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

VARELLA, João de Mattos Antunes. Das obrigações em geral. Almedina: Coimbra, 1970.

WALD, Arnaldo. A evolução do contrato e o novo código civil. In: Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ, Rio de Janeiro, número especial 2003. Anais do seminário EMERJ: debate o novo código civil, parte 1, p. 236 a 248, fev./jun. 2002.

WALD, Arnaldo. O contrato no Projeto de Código Civil (da evolução dos interesses conflitantes do passado até a parceria do futuro). In: Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, nº 9, p.45-51, jan./jun. 1999.

WEHLING, Arno. A História do Direito e a historicidade do fenômeno jurídico. História do Direito, Curitiba, v. 2, n. 2, p. 150-166, ago. 2021.

WEHLING, Arno. O Direito Privado entre o Antigo Regime e o Liberalismo Constitucional: permanências, rupturas e diferentes dinâmicas. In: SIQUEIRA, Gustavo Silveira; FONSECA, Ricardo Marcelo (Orgs.). História do Direito Privado: olhares diacrônicos. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015.

WEHLING, Arno. Consciência crítica [entrevista]. Revista de História da Biblioteca Nacional, n. 80, p. 50-55, maio de 2012.

WIEACKER, Franz. História do direito privado moderno. 2 ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1993.