

# POR QUE HISTÓRIA NO DIREITO?

## WHY HISTORY IN LAW?

*João Vitor Dias Oliveira<sup>1</sup>*

**RESUMO:** Este artigo busca, a partir de uma análise bibliográfica, tentar identificar as relações existentes entre história e direito, principalmente dentro da perspectiva historiográfica contemporânea, principalmente a partir da Escola dos Annales. Nesse sentido, faz-se, primeiramente, uma conceituação acerca “de qual” história está sendo discutida aqui e, a posteriori, define-se quais os laços são presentes entre as áreas de história e direito. Por fim, embasado principalmente na teoria histórico-jurídica de Wolkmer, é dissertado acerca da importância do estudo histórico e da presença da história dentro dos contextos jurídicos, valorizando seus papéis na estrutura formativa e de possibilidade (criticidade, liberdade, consciência e resgate) em um campo ainda marcado pelo tecnicismo normativo.

**Palavras-chave:** História; Direito; História do Direito, Nova História.

**ABSTRACT:** This article seeks, based on a bibliographical analysis, to try to identify the existing relationships between history and law, mainly within the contemporary historiographical perspective, mainly from the Annales School. In this sense, it first makes a conceptualization of “which” history is being discussed here and, a posteriori, defines which links are present between the areas of history and law. Finally, based mainly on Wolkmer’s historical-legal theory, it discusses the importance of historical study and the presence of history within legal contexts, valuing its role in the formative structure and possibility (criticality, freedom, conscience and rescue) in a field still marked by normative technicality.

**Keywords:** History; Law, History of Law; New History.

1 Graduando em Direito pela Universidade do Estado da Bahia (Uneb), sendo estagiário na Defensoria Pública do Estado da Bahia. Monitor de extensão no projeto “A formação da cidadania pela informação do cidadão” e membro da Rede de Estudos em Direito Educacional e Ensino Jurídico (REDEEJ/UFBA). Participante do Grupo de Extensão “Biopolítica, Biopoder e Direito”, vinculado à Faculdade de Direito da USP. Atualmente, presidente do Centro Acadêmico dos Discentes de Direito (CADDI) do campus III da Uneb. E-mail: jovidioliveira@gmail.com.

## 1. INTRODUÇÃO

Ao tratar da história, é recorrente o uso de jargões que associam a realidade fática ao entendimento de que tudo seria, na verdade, um resultado histórico. O homem, portanto, seria um produto de suas próprias ações; a sociedade é um reflexo do desenvolvimento comunitário surgido milhares de anos atrás, moldando-se na forma atual a partir das mudanças conquistadas com o desenrolar social; a tecnologia contemporânea é um aprimoramento das tecnologias anteriores. Algo se inicia e se modifica, no futuro, a partir do exercício do presente.

Esses entendimentos, de teor praticamente consequencialista (e que a historiografia contemporânea tenta superar), ainda são constantes no pensamento social, detendo uma conceituação ainda ambígua: de qual história, realmente, se fala? Nesse sentido, enquanto objeto de estudo dentro do campo jurídico, por vezes, infelizmente, pode ser até perpetuada, quando não negligenciada de modo geral. Tal área ainda se encontra em uma perspectiva de atuação teórica que pode ser chamada de limitada, centrada, com os olhares focados quase que inteiramente na órbita da lei. O direito, então, é entendido como o protetor da legislação – em uma metáfora banal, é o dragão e a lei a princesa – devendo toda sua devoção a ela. Assim, estuda-se o direito em toda a sua forma: como criá-las, como exercê-las, como utilizá-las. A “lei seca” é, na maior parte, a fonte única.

Nesse sentido, os códigos, que são sim foco e referência, recebem uma espetacularização tão intensa que a utilização de outras formas de estudo, para o entendimento da conjuntura geral e formação do agente, como a sociologia ou a história, acaba caindo para além do papel coadjuvante. Não surpreende, então, perceber que a forma original do marxismo, movimento histórico-dialético de percepção econômica e social, retrata o direito como um movimento passivo que, na leitura de Marcelo Ricardo Fonseca (2009) sobre o pensamento de Marx, “[...] simplesmente revela o reflexo das forças sociais dominantes em uma determinada época.” (p. 101). Isso ocorre porque, a partir do momento que o direito se fecha em torno de si mesmo, na medida em que a única fonte utilizada para entender o movimento social é de caráter jurídico, ele torna-se ineficiente para a percepção da macroestrutura que é a sociedade.

O afastamento do agente do direito dos campos sociológicos, que se voltam para o entendimento da figura do “poder” e dos fluxos dos grupos minoritários, bem como a não consideração dos fatos históricos como embasamento crítico-reflexivo para a construção de um pensamento jurídico, resulta na perda de horizontes e no empobrecimento da área, que cai em uma redundância tecnicista e não percebe, por exemplo, o próprio poder de libertação, mudança e ruptura. Não percebe, também, a própria desigualdade intrínseca na sociedade, que atua e se reflete diretamente no seu próprio plano intelectual. Nem mesmo nota que a própria legislação, por vezes, entra em conflito com a prática, com a vida cotidiana, pois o conhecimento técnico, por mais importante que seja, não é suficiente para embasar com plenitude percepções críticas e questionadoras.

Desse modo, não consegue perceber a sociedade enquanto objeto histórico, como resultado de um passado que não pode ser camuflado ou ignorado, porque ele é a causa e a razão de o hoje se configurar do modo como se mostra. Falta, ainda, a percepção da própria lei como uma demanda histórica. Afinal, sua função de regularização só pode ser criada a partir da fal-

ta; da percepção de uma falta, consequente da vivência popular. É a história se fazendo peso cumulativo no corpo social e no corpo legislativo, gerando a tentativa de resolução. Na teoria tridimensional, trazida por Miguel Reale, pode-se exemplificar como: o fato, a valoração e a norma. O autor, referência no pensamento jurídico, traz esse valor da história nessa questão, ainda que não a aprofunde. Veja:

Se analisarmos essas três noções de Direito veremos que cada uma delas obedece, respectivamente, a uma perspectiva do fato (“realização ordenada do bem comum”), da norma (“ordenação bilateral-atributiva de fatos segundo valores”) ou do valor (“concretização da ideia de justiça”). Donde devemos concluir que a compreensão integral do Direito somente pode ser atingida graças à correlação unitária e dinâmica das três apontadas dimensões da experiência jurídica, que se confunde com a história mesma do homem na sua perene faina de harmonizar o que é com o que deve ser (Reale, 2002, p. 46).

Portanto, o afastamento entre direito e história não é longo. Na realidade, os dois se encontram diversas vezes, tangenciando-se e encontrando razões de existência um no outro. O agente que negligencia a história não apenas se torna, de certo modo, incapaz de analisar o campo vasto da existência social, mas perde força e poder de entendimento dentro do percebido como objeto “principal” do direito, que é a norma. Nessa perspectiva, em primeiro lugar, parte-se do pressuposto de que o direito é um fenômeno histórico, já que, enquanto regulamentação das relações entre os indivíduos, o direito (tanto no sentido de código quanto no sentido de hermenêutica) é produto social. Nesse sentido, é também um produto cultural (Cunha, 1996, p. 237).

Desse modo, apresenta-se como uma expressão humana, dentro das dimensões dos interesses, conflitos e da luta e, por consequência, não pode ser descolado da cultura<sup>2</sup>, atingida e entendida apenas na prática da história<sup>3</sup>, em que se insere em cada momento histórico (Gardoni, 2020, p. 18). Desse modo, é irrefutável: “[...] o direito anda ligado ao tempo, que o conforma, o modifica e o destrói. Quer as vontades que formulam as leis, quer as circunstâncias objetivas (*sic*) que as conformam, não podem mais ser revividas senão através da história [...]” (Hespanha, 1978, p. 109).

Todavia, o estudo da história não se encontra fora dos campos epistemológicos das cadeiras de universidades. A disciplina da história do direito, por exemplo, espalha-se nos fluxogramas. Porém, ainda comete o erro de recair no mesmo mal que muitos dos manuais de direito ao retratar períodos históricos ou tentar contextualizar historicamente: toma a aspiração da história tradicional, conectada com o pensamento de evoluções. Assume a história apenas como um decorrer de fatos, uma espécie de calendário, não como um desenrolar conflituoso e irruptivo, que detém poderio crítico.

2 A norma jurídica, enquanto produto culturalmente constituído, apresenta nessa culturalidade uma essência, a sua própria essência. A própria conceituação dela enquanto norma é fruto de uma “análise gradual e sistemática de sua essência” (Cunha, 1996, p. 237). Assim, o entendimento da norma, enquanto norma, além de uma reflexão legislativa e judicial, comprova-se, por conseguinte, como também ato de exercício de percepção cultural.

3 Cunha (1996) em seu trabalho sobre a dimensão temporal de pessoa jurídica, afirma que é apenas a abordagem no campo da historicidade que pode trazer essa percepção de relatividade e mudança de forma plena e completo, pois é a partir dela que se consegue “filtrar ao máximo o panorama da sociedade e da cultura subjacente que a modelou, sendo dela espelho fiel.” (p. 232). Afinal, é uma espécie de expressão da “complexa manifestação da experiência humana interagida no bojo de fatos, acontecimentos e instituições” (Wolkmer, 2015, p. 24).

A história do direito é, ainda, conectada com a esfera do “antigo” (Wolkmer, 2015, p. 29). Suas fontes ainda moram naquelas “oficiais”: as grandes legislações, as hermenêuticas populares dos magistrados e dos jusfilósofos. Assim, é uma história fria, distante, apática.

Então, este artigo, a partir de uma análise acadêmica e de literatura, tentará explicitar a importância do estudo historiográfico dentro do campo jurídico, apontando suas funções na formação crítica e acadêmica dos profissionais de tal área. Dividido em três tópicos, irá contextualizar, antes de tudo, qual a “história” adota-se como referencial nesse enquadramento; posteriormente, irá analisar a relação entre o direito e a história, tendo como principal teórico referencial Wolkmer; e, ao final, discutirá a função quádrupla da história dentro do direito.

## 2. HISTÓRIA: UMA DEFINIÇÃO

Como ideia popular, a história é pensada como um encadeamento de fatos. Seria, então, a expressão da “complexa manifestação da experiência humana interagida no bojo de fatos, acontecimentos e instituições” (Wolkmer, 2015, p. 24). É o passar do tempo e os acontecimentos que, de alguma forma, desencobrem o antigo, mostram como era a vida, a política e a sociedade do passado e, na sua observância, conseguem definir o trajeto que transformou tal passado no hoje.

Desse modo, torna-se comum a ligação da história com o “importante”: os grandes acontecimentos e os grandes nomes, esses que, nos seus atos de heroísmo, revolta e coragem, mudam o ambiente e, conseqüentemente, o tempo. Esse modo de interpretar a história, segundo Burke (1992), seria a “visão do senso comum da história”. Contudo, ele não a nomeia dessa forma de um modo particularmente positivo, que visa reconhecer a popularidade desse modelo de interpretação de tal área, “[...] mas para assinalar que ele tem sido com frequência (*sic*) – com muita frequência (*sic*) – considerado a maneira de se fazer história, ao invés de ser percebido como uma dentre várias abordagens possíveis do passado.” (Burke, 1992, p. 2).

Pensando a partir de tal citação, percebe-se que a historicidade humana apresenta fatores que possibilitam múltiplas interpretações e, como um resultado humano, é enigmática, complexa e muito conflituosa. Surge, portanto, o questionamento de se a história de uns poucos é suficiente para refletir tal emaranhado de realidades que a vigência social apresenta.

Dessa maneira, surge uma bifurcação frente ao modo de entender e fazer história. Assim, difere-se entre uma “história tradicional” e uma “história nova”. A primeira, relacionada com uma história, de certo modo, burguesa, por ser uma historiografia que privilegia aqueles do topo. Isso porque “[...] a nova história começou a se interessar por virtualmente toda a atividade humana.” (Burke, 1992, p. 2), detendo como base uma análise filosófica de que a realidade é construída não de modo mecânico, mas sim de forma social e cultural. Nesse quesito, “[...] a história se impõe como memória e inventário da trajetória humana, não como montagem lógico-objetivista, mas como processo real de experiências vividas e recriadas.” (Wolkmer, 2015, p. 24-25).

Essa “nova história”, corrente teórica ligada ao movimento dos Annales, visa colocar o homem como centro das análises históricas, aderindo um caráter extremamente sociológico e reflexivo. Como resultado, “podemos afirmar que a ‘Nova História’ é a História sob a influência

substancial das ciências sociais: sociologia, antropologia, filosofia etc.” (Matos apud Reis, 2010, p. 117).

Assim, a história tradicional estaria ancorada em um descritivismo que tem como finalidade a justificação do presente, enquanto a história nova, também chamada de subjacente, é problematizadora e “[...] serve para modificar/recriar a realidade material vigente.” (Wolkmer, 2015, p. 25). Sob essa ótica, insere a problematização e a criticidade como papel divisor e fundamental na maneira como as formas de perceber a história são produzidas, trazendo outras nomeações, novo caráter e novas funções. Ademais, deixa de ser uma história que visa justificar e descrever, mas passa a retratar “[...] transgressões, rupturas e descontinuidades em relação ao presente, bem como práticas sociais interagidas por novos sujeitos da História.” (Wolkmer, 2015, p. 26).

Isso porque, além de trazer a criticidade, a nova história subverte acerca de quem se faz e de que olhares se produzem a história, já que quebra a tradição dos grandes nomes e troca o papel atribuído à humanidade: de secundária para protagonista, já que

[...] o movimento da “história vista de baixo” por sua vez expôs as limitações desse tipo de documento. Os registros oficiais em geral expressam o ponto de vista oficial. Para reconstruir as atitudes dos hereges e dos rebeldes, tais registros necessitam ser suplementados por outros tipos de fonte. (Burke, 1992, p. 3).

Dessa maneira, a formulação do fazer história toma um caráter popular e que, de certo modo, rompe com o elitismo e, por vezes, cria uma historiografia que visa enxergar os que foram excluídos. Nisso, urge um desafio ao historiador: traçar as linhas entre a vida cotidiana e os acontecimentos marcantes (reformas, revoluções e movimentos) e as tendências de longo prazo, como o desenvolvimento do sistema capitalista (Grossi, 1992, p. 3).

Em suma, é o que Foucault afirma que a história deveria ser: ela “[...] é inteligível e deve poder ser analisada em seus menores detalhes, mas segundo a inteligibilidade das lutas, das estratégias, das táticas.” (1979, p. 5). Logo, genealogicamente<sup>4</sup> falando, a história não tem por fim único descobrir as “raízes” da formação da identidade do que estuda, mas, na realidade, também é realizada no sentido de dissipá-la, fazendo parecer as descontinuidades que atravessam a construção dos objetos (Foucault, 1979, p. 34-35).

Consequentemente, gera-se uma espécie de percepção decolonial<sup>5</sup>, resultando em um “relativismo cultural destruidor de tradicionais hegemonias temáticas que distinguem acontecimentos importantes e que merecem ser narrados e outros que devem ser esquecidos.” (Wolkmer, 2015, p. 26). Afinal, quem define o que é importante? Quem define o que deve entrar para

4 A definição de genealogia, segundo Foucault é algo bastante interessante e útil para entender a questão da história enquanto libertação e resistência: “A genealogia seria portanto, com relação ao projeto de uma inscrição dos saberes na hierarquia de poderes próprias à ciência, um empreendimento para libertar da sujeição os saberes históricos, isto é, torna-os capazes de oposição e de luta contra a coerção de um discurso teórico, unitário, formal e científico. [...] é a tática que, a partir da discursividade local assim descrita, ativa os saberes libertos da sujeição que emergem dessa discursividade. Isto para situar o projeto geral.” (1979, p. 172). Logo, é um processo de entregar independência aos estudos históricos, incorporando-os de força suficiente para agir como oposição aos discursos conservadores e dominadores de poder.

5 O pensamento decolonial pertence a uma escola epistemológica, de base latino-americana, que objetiva libertar o conhecimento das inferências eurocêntricas, construindo uma epistemologia livre e própria. Dessa forma, “[...] desvincula dos fundamentos genuínos dos conceitos ocidentais e da acumulação de conhecimento.” (MIGNOLO, 2008, p. 290). É uma luta teórica e prática que detém como inimigo a situação sociopolítica de dominação, exploração e injustiça.

a academia da história? Quem determina os nomes que merecem ser lembrados? Ao pensar que o mundo, principalmente o ocidental, após o processo colonial e imperialista, herda o pensamento eurocêntrico e que parte significativa da sua visão é fundamentada nos mecanismos de subserviência e inferioridade, é perceptível que muitas dessas diretrizes que definem o que deveria ou não “ser história” estavam dentro desse colonialismo. A nova história, portanto, ao quebrar esse paradigma dos grandes nomes – no caso do direito, os grandes juristas – é a quebra hegemônica do tipo de pessoa e ideias que ganham destaque, já que elas eram as detentoras do poder.

Perante esse aspecto, surge uma história que questiona, que duvida, que traz perguntas ao mesmo tempo que as responde. É um exercício não meramente acadêmico, mas social, ativo, que interage com o social e tenta gerar uma consciência, que infla a busca pela dissonância e pelas ausências. Portanto,

Uma filosofia crítica da História desenvolvida em um contexto pós-colonial e construída a partir de narrativas marcadas por lutas e resistências abre espaço de reconhecimento para aqueles ausentes e subalternos que, estando for ou a margem das práticas oficializadas, possam “recuperar seu lugar na história”. (Wolkmer apud Guha, 2015, p. 28).

De acordo com tal pensamento, os historiadores constroem um trabalho banhado em uma visão crítica, em busca do diferente, ao contrário dos tradicionalistas, erguidos no ideário memorial e que reproduzem fatos do passado, registrando-os. Logo, na nova história, “[...] percebe-se que é demasiado importante buscar uma ótica crítica nos trabalhos desenvolvidos na ciência histórica, visto que o vernáculo ‘crítica’ tem de estar na definição da história e, por conseguinte, do historiador.” (Freitas; Mendes, 2013, p. 229).

Nessa perspectiva, então, que interroga o passado em busca de entendê-lo a partir de pontos de vista perdidos e, com isso, decifrar o presente, bem como as continuidades e quebras no período entre o ontem e o hoje, surge uma necessidade: o anacronismo. É importante olhar e entender o passado a partir do raciocínio da época, pois na “[...] presunção de que as pessoas no passado pensavam e sentiam exatamente da mesma forma que nós, há um perigo de se chegar ao outro extremo e ‘desfamiliarizar’ tão completamente o passado, que ele venha a tornar-se ininteligível.” (Burke, 1992, p. 12). Deve-se encontrar o equilíbrio na tentativa de entender e explicar os diferentes comportamentos na linha do tempo, entre as convenções sociais e o caráter formativo das épocas (Burke, 1992, p. 12), e os questionamentos e ausências de hoje. Não se pode afundar a visão e a decifração do passado a partir do que se afirma na contemporaneidade, “[...] pois a memória mostra a presença do passado no presente, desde que mantenham-se estáveis os alicerces estruturais da vida naquela sociedade.” (Araújo apud Gardoni, 2012, p. 15).

Isso torna-se ainda mais fundamental se entendermos o papel desse ator social segundo uma determinada fala de Grossi (2010, p. 15), na qual afirma que o papel do historiador não é o de oferecer modelos prontos e fáceis de registro, mas de apontar o sentido da linha.

### 3. A RELAÇÃO HISTÓRIA E DIREITO

A história do juridicismo no Brasil está ligada à história dos juristas, das instituições e das ideias, sendo conectada a um pensamento erudito, tradicional e bastante formal (Wolkmer,

2015, p. 29). As próprias fontes da história do direito ainda residem naquelas “oficiais”: as grandes legislações, as hermenêuticas populares dos magistrados e dos jusfilósofos.

Contudo, ocorre uma mudança no campo epistemológico da história do direito, fortemente influenciada pela formação da “nova história”, a partir do interesse crítico-ideológico na metodologia da perspectiva histórica do Direito, embora ainda esteja em construção.

Isso porque o direito, como instrumento de ordem e poder, foi, durante longo período, um recurso estudado e controlado exclusivamente pela população que compunha a elite brasileira. No período colonial, pelos portugueses; no período imperial, pelas pessoas que detinham recursos financeiros para custear uma vida de estudos. Esses, por sua vez, não demonstravam interesse em olhar por aqueles “de baixo”. A criticidade dentro do próprio campo não interessava ao pensamento liberal-capitalista. A história conectada ao direito, sob um ponto de reflexão epistemológica, não servia aos interesses desse público.

Nesse sentido, Wolkmer recorre ao pensamento de Antonio M. Hespanha para especificar dois objetivos que a historicidade tradicional apresenta dentro da sociedade liberal e burguesa: o primeiro é relativizar e desvalorizar a ordem social pré-burguesa, desclassificando-a e colocando-a em um local de inferioridade; o segundo é realizar uma política burguesa que coloca a ordem social da sociedade moderna e capitalista como a única ordem legítima (2015, p. 29). Trata-se da instrumentalização da história pelo capitalismo<sup>6</sup>, tornando-o uma espécie de ápice. Dessa forma, contribui para a construção social de uma história tradicional e, no direito, de uma historiografia jurídica insossa e incipiente, colocando-a em um estado de constante descrédito e de saber insignificante, detalhista, evolucionista<sup>7</sup>; “[...] é tomada como um conjunto de saberes com uma compleição bem definida e definível, como algo dado, como algo que talvez nem mereça uma discussão sob um crivo teórico-metodológico.” (Fonseca, 2009, p. 24).

Por fim, isso acaba-se elitizando tais áreas.

Todavia, no século XX, com a redefinição de novos marcos teórico-metodológicos nos campos historiográficos, bem como com toda a insurgência social e política que esse período traz para as ciências humanas e sociais –, por exemplo, o início do movimento decolonial, a produção filosófica da Escola de Frankfurt<sup>8</sup>, a ascensão de uma corrente de pensamento neo-marxista (de estratégia anti-imperialista e anticapitalista), e o movimento da Escola de Annales –, no campo universitário brasileiro – uma certa democratização do acesso universitário e o

6 A relação direito e burguesia é bastante forte. A forma capital e a forma jurídica se esbarram e se transmutam. O próprio Estado gera um regime jurídico que é benéfico ao desenvolvimento econômico e exploratório, tanto na formação dos juristas quanto na formação dos códigos. Dessa forma, esta “[...] conveniência da associação ingressa no âmbito jurídico, deixando de ser meramente uma questão filosófica, política ou econômica para refletir no conteúdo normativo do ordenamento jurídico. Estabelece-se uma consequência (*sic*) jurídica para a adoção da conduta escolhida. Tal consequência (*sic*) consiste justamente no regime mais favorável.” (Cunha, 1996, p. 240).

7 O conceito evolucionista da história, bem como o do direito, é bastante problemático. A ideia de que ocorre uma “melhora” de uma sociedade/sistema jurídico “rudimentar” ou “grotesco” para o “aprimorado”, “que encontra-se no ápice” é um problema de anacronismo. Ambos são, na realidade, reflexo de seu próprio período e servem aos interesses que o determinado contexto demanda. Esse evolucionismo é um intermédio burguês e colonial para justificar as relações dentro do sistema liberal e deslegitimar formas de organização social e jurídicas de determinados povos étnicos, uma vez que privilegia, tomando como referencial de qualidade, o organismo norte-ocidental-europeu.

8 A Escola de Frankfurt, nos seus estudos sobre cultura, propõe uma filosofia, recheada pela história-social, que permita a geração de um novo estilo de homem, que rompe a sociedade, saindo da sua posição de alienado (Wolkmer, 2015, p. 33). Portanto, gera indivíduos conscientes e que rompem a opressão.

início de uma mudança no perfil dos indivíduos – e, também, no campo jurídico – o início do “exercício crítico-interdisciplinar de uma hermenêutica jurídica pluralista” (Wolkmer, 2015, p. 32-36) –, inicia-se uma mudança no panorama jurídico.

Assim, evidencia-se a formação de um quadro acadêmico jurídico que traz consigo o interesse pela crítica, pelo questionamento, pela desconstrução e pela busca pelas omissões. Contudo, como já mencionado, ainda se encontra em construção e solidificação<sup>9</sup>.

Trata-se da luta pela concretização de um quadro analítico e crítico da análise histórica pela própria força do direito enquanto ciência jurídica. Isso porque, diferentemente de outros campos científicos, que possuem como objeto de estudo um dado específico, no universo do direito o referencial estudado é o resultado de uma prática interpretativa (Ferraz, *apud* Ascarelli, 2023, p. 42). Logo, quanto mais ricas forem as possibilidades de interpretação, aferidas pelas conexões com diversos campos e, conseqüentemente, pelo aprofundamento em referência à sociedade, melhor. Tal ação é de extrema relevância, pois:

[...] viabiliza pensar, desafiadoramente, que a historicidade do Direito não se reduz tão somente às fontes oficiais do Estado, como Constituição, Códigos, leis formais e interpretação formal de seus juristas, mas que existe uma rica e dinâmica coexistência de diferentes ordens normativas, engendrada pela própria sociedade. (Wolkmer, 2015, p. 37).

Sob esse novo formato de entender a história e o direito, enxerga-se uma exploração das fissuras e deficiências da ordem dos juristas tecnicistas, que não apresentam uma dimensão perceptiva mais abrangente do direito nem percebem sua possibilidade de transformação social (Wolkmer, 2015, p. 37). Esses condicionantes epistemológicos acabarão por sucumbir em uma inovação hermenêutica que, a posteriori, terá efeito na análise de fundamentação, conceituação e finalidade no estudo historiográfico do assunto estudado, tanto nas representações determinantes, das práticas e das instituições. Tal mudança terá como meta

[...] alcançar nova compreensão historicista que rompa com o culturalismo elitista e o dogmatismo positivista, permitindo que as múltiplas e diversas disciplinas históricas do Direito (História do Direito, História das Ideias e/ou do Pensamento Jurídico, História das Instituições), deixem de ter sentido apologético e ilusório da ordem tradicional dominante, adquirindo sentido desmistificador, social e libertário. (Wolkmer, 2015, p. 38).

A partir disso, a visão não é apenas crítica, mas também ativa. Trata-se de uma nova história, no sentido de perspectivas. É uma história que aborda corpos abandonados pelo tradi-

9 O direito, no Brasil, permaneceu em uma espécie de monismo jurídico em que a lei, e suas relacionadas (doutrinas e jurisprudência), continuou com seu aspecto de deusa. Isso, na contemporaneidade, é problemático por duas razões: 1. A dimensão jurídica apresenta uma crescente apropriação em frente ao poder político. Nesse quesito, a não relação de interação com outras formas de conhecimento e material reflexivo gera um deturpado modo de exercer o direito, transformando esse último em “[...] um produto da vontade do legislador, uma manifestação do poder político, perdendo paulatinamente com isso a sua dimensão plural e social.” (Staut, 2009, p. 65); 2. O mito da lei, como fonte única, gera, diretamente, o mito da figura do legislador. Esse passa a ser, no quadro da produção do direito, um sujeito “[...] onipotente e onisciente, irresponsável e incontestável.” (Grossi, 2010, p. 65). Conseqüentemente, reforça uma falsa ideia de superioridade do poder legislativo frente a divisão dos poderes.

Ademais, tal posição em relação as fontes termina por afastar o Direito das outras ciências sociais, visto que acaba por ignorar os aspectos históricos e sociais que rodeiam a sociedade e, assim, impossibilita a criação de pontes entre os campos científicos. Por esse ângulo, “Este isolamento epistemológico revela-se ainda mais prejudicial diante da constatação de que a construção do pensamento jurídico brasileiro está diretamente vinculada às tensões sociais que marcam a história do Brasil.” (Sá, 2010, p. 11). À vista disso, mantendo o monismo jurídico e o afastamento das outras áreas, em particular a história, o direito não consegue criar laços profundos de diálogos com o meio social, nem com seu próprio passado, “[...] ocultando assim o seu caráter energético e as conseqüentes (*sic*) possibilidades de transformação científica.” (Sá, 2010, p. 11).

cionalismo e dá voz aos que foram silenciados. É refletir sobre a humanidade e suas relações de interesses, não com o objetivo meramente de criar uma linha do tempo, mas de construir uma percepção do que é o presente. No campo jurídico, ademais, apresenta como principal ponto “problematizar o tipo de direito que foi transposto e incorporado com a colonização e indagar a natureza do moderno Direito liberal-burguês” (WOLKMER, 2015, p. 49). Esse estilo de direito oprime e explora, apresentando-se em uma forma conectada ao capital e silenciando aqueles que não têm força no sistema monetário. Nesse sentido, portanto,

[...] a nova historicidade das formas de controle legal e de normatividade social, é a afirmação de um tempo e espaço que recupera os ausentes, mediante um Direito livre da injustiça e da coerção-colonizadora, composta doravante por sujeitos-cidadãos autênticos. Introduzem-se, assim, na pesquisa histórica os conceitos de “subalternidade”, “alteridade”, “resistências”, “libertação” e “justiça social”. (Wolkmer, 2015, p. 36).

É importante também perceber que a relação entre direito e história vai muito além de qualquer funcionalidade que um ou o outro detenha; é, na verdade, uma relação quase de dependência. Ambas são áreas que têm o homem e a sociedade como centro. Enquanto uma se dedica ao estudo do desenvolvimento da sociedade, a outra se concentra em estudar, criar e redefinir as relações legais entre os indivíduos, por meio da posse da ordem e do poder. Ambas exigem a compreensão do homem e de seus atos, enquanto indivíduo social, como requisito formativo. Elas se complementam e se interligam<sup>10</sup>. Assim, “[...] um maior diálogo entre a História e o Direito contribuiria para um maior avanço dessas duas áreas do saber. Com efeito, o Direito serviria como campo (ou como fonte) de pesquisa para a História. Já esta poderia ser útil para o melhor entendimento daquele.” (Freitas; Mendes, 2013, p. 238).

Como consequência,

Isso significa dizer que também não é possível compreender uma determinada realidade social sem levar em consideração o fenômeno jurídico. O direito “participa” concretamente da vida das pessoas, pode ser considerado como imanente à sociedade e, por isso, os fenômenos jurídicos são dados históricos importantíssimos.

O historiador do direito, por um lado, não pode se restringir unicamente a descrições formais e lineares do direito oficial e letrado, mas, por outro, não deve abandonar as especificidades do direito e aquilo que o direito tem de essencial para a compreensão de uma determinada sociedade e de sua história. (Staut, 2009, p. 12)

É um papel complexo, mas determinante para a construção de uma criticidade. Demonstra a relação intrínseca da história e do direito, no sentido de que a separação delas é danosa e torna, as duas esferas, mais fracas.

10 Entender a história do direito é entender a história. Afinal, podemos dizer que o ordenamento e o quadro judicial de um período é reflexo de seu tempo. Assim, pode-se concluir que o direito é não apenas parte do processo histórico, mas também objeto de estudo que fornece entendimento sobre o desenrolar do tempo e as mudanças e rupturas da sociedade. Meyer demonstra isso ao estudar as relações entre senhores e escravos a partir de atuações do direito. Isso é possível porque “[...] a compreensão do direito e da justiça, vai muito além da função homogeneizadora pretendida pelos grupos dirigentes ou pelo Estado. O direito e o poder judiciário tornaram-se instâncias onde os vários grupos sociais se confrontavam, refletindo o dinamismo da sociedade.” (Meyer, 2010, p. 15). Esse reflexo dinâmico é, na realidade, o teor cultural de um período. É história. É a história do direito, mas também a história *no* direito. Consequentemente, “[...] a história do direito reforça no jurista a persuasão crucial de que o direito pertence a uma dimensão de civilização. [...] civilização significa história, significa um contexto histórico determinado em toda a riqueza de suas expressões.” (Grossi, 2010, p. 6).

## 4. IMPORTÂNCIA EPISTEMOLÓGICA DA HISTÓRIA NO DIREITO: UMA FUNÇÃO QUADRÚPE

A história é comumente vista como uma função memorista, ou seja, um registro da memória do passado. Embora essa função tenha seu valor, tal abordagem é simplista e, em certa medida, eufemística. No contexto jurídico, a história apresenta um papel muito mais amplo, distanciando-se de uma perspectiva meramente “cultural” e “preservadora” para adotar uma postura ativa e transformadora.

A partir da catalogação bibliográfica de autores como Wolkmer (2015), Sá (2019), Hespanha (1978), Burke (1992), Grossi (2010) e Fonseca (2009), entre outros, é possível identificar quatro características fundamentais da história, especialmente em sua aplicação no campo jurídico. Essas características podem ser compreendidas como o papel quádruplo da história na formação do jurista. Nesse sentido, a história atua nos estudos jurídicos com uma função quádrupla: criticidade, liberdade, consciência e resgate.

Essa atuação é específica no âmbito do direito, desvelando o que está encoberto. Na reflexão sobre sua abordagem, a história se torna agente de mudança (Fonseca, 2009, p. 21), pois não se trata apenas de um repertório de saberes, mas de um modo de conhecer “[...] que se vale das ferramentas da externalidade e da diacronia.” (Costa, 2017, p. 57). Como resultado, desnaturaliza-se o habitual e, assim, novos significados, questionamentos e olhares emergem onde antes havia apenas certezas.

No entendimento de Staut, isso gera uma percepção de “[...] universo jurídico brasileiro inserido em um tempo complexo de mudanças e permanências.” (2009, p. 170). Dessa forma, a história no direito não serve para legitimação ou justificação, mas para tecer olhares e percepções críticas sobre o direito enquanto ciência, forma de controle e estruturação da sociedade e do poder.

Sob essa ótica, o senso crítico é essencial. Caso contrário, o direito continuará a ser visto como algo que se basta na mera inserção de um texto ou contexto legal para resolver problemas sociais, especialmente os ligados às garantias fundamentais (Guimarães; Viegaz, 2018, p. 27). O direito precisa se perceber como uma força de mudança e segurança, banhado na compreensão de que seu exercício vai além da lei. Trata-se também de um exercício de luta e crítica, capaz de auxiliar na destruição de mazelas socioeconômicas e culturais, além de promover a construção de uma sociedade que garanta acesso à justiça em toda a sua complexidade. Isso, porém, só será possível a partir de um fortalecimento crítico.

Dessa maneira, o direito pode ser entendido como uma vertente do poder estatal, frequentemente instrumentalizada por interesses dominantes. Segundo Foucault, essa relação de poder pode se tornar uma forma de dominação e, quando controlada por interesses ideológicos e capitalistas, tende a ser não apenas disciplinadora, mas também negligente e violenta. A tarefa de disciplinar, ao pré-determinar o comportamento considerado correto, encontra na norma jurídica um agente particularmente eficaz (Nunes, 1996, p. 286)<sup>11</sup>.

11 Vale deixar claro que o direito tem uma função social de manter o controle social. Historicamente, o direito vem sendo “sempre instrumento com que os “donos do poder” conformam os comportamentos individuais e/ou coletivos aos limites desejados, autorizados ou tolerados pelo ‘consenso social’.” (Nunes, 1996, p. 286). É o caso da normalização da escravidão dos negros e indígenas, do genocídio e da exclusão de minorias da centralidade das discussões da sociedade.

O saber histórico, nesse contexto, oferece o fôlego necessário para a construção de um olhar crítico, pois é uma fonte que expõe as questões fundamentais da humanidade. Essa criticidade histórica é acompanhada de um olhar libertador, permitindo ao jurista desprender-se do tradicionalismo que caracteriza a área. Ele passa a interpretar sua função e o mundo de forma diferente. Além disso, ao reconhecer as construções sociais baseadas em silenciamentos, ausências e permanências, o jurista pode se tornar um agente da luta pela mudança.

Nesse cenário, criticidade e liberdade se unem, gerando uma perspectiva alternativa e questionadora sobre o direito e a realidade. Assim, abre-se espaço para pensar e operacionalizar uma nova forma de juridicismo. Em diálogo com a luta anticolonial do pensamento, surge uma consciência socio-histórico-cultural que reforça o direito como possibilidade. Possibilidade de quê? De resistência, mudança, resignificação, luta social e política.

Para Wolkmer, essa junção culmina em uma teoria crítica, essencial para a transformação do direito e da sociedade.

Trata-se de superar a condição de subordinação, exploração e violência, criando um pensamento insurgente que parta de nossas tradições intelectuais e de nossa própria histórica. Uma teoria crítica alternativa/descolonial como expressão de um conhecimento articulado com a prática social, capaz de oferecer mudanças de consciência e rupturas com o real (“um outro mundo possível”), engendrando novas formas de resistências, dando respostas descolonizadoras aos problemas emergenciais e produzindo saberes que tenham relevância social.” (Wolkmer, 2015, p. 42-43)

E, ainda,

Pensar em políticas emancipatórias envolve um trabalho conjunto de história, sociologia e direito, para que se consiga quebrar com as barreiras do paradigma dominante colonial e se instaurar no curso do lento processo de descolonização meios capazes de se garantir a efetividade da justiça, do pensamento e das relações sociais como um todo, incutindo-se no brasileiro não apenas um ideal de real acesso à justiça, diferente do modelo de igualdade legal atual, como também e principalmente propiciar finalmente a verdadeira existência de um paradigma de emancipação nacional. (Guimarães; Viegaz, 2018, P. 35)

Desse modo, torna-se claro que o direito, enquanto exercício justo, aliado aos ideários quase românticos de “força popular”, “a favor da justiça” e de “conhecimento em prol da igualdade”, só é pleno quando conectado com o exercício da práxis histórica<sup>12</sup>. Além disso, o conceito de definição do direito é algo complicado, principalmente porque o direito está em constante mudança, em estado permanente de atualização e reorganização. Logo, já podemos pontuar que a mudança social acarreta a mudança do direito e do papel do direito (Pessoa apud Caminha,

12 Cabe também discutir, enquanto debate-se a questão da história como construção de consciência, a importância dessa no combate aos artifícios de resignificações fascistas. A história torna-se mais fundamental hoje justamente pela facilidade de criação e compartilhamento de *fake news*, bem como o processo de reformulação histórica. Observa-se no cenário político e ideológico as mãos da extrema direita erguendo-se nas narrativas históricas e tentando distorcer a realidade em seu próprio proveito (a defesa de o nazismo ser um produto da esquerda ou a minimização do processo escravocrata brasileiro, por exemplo). Na crise da verdade contemporânea nota-se “[...] que a dessignificação das formas políticas revela um desprezo não só à história, mas à vida mesma.” (Araújo, 2012, p.146). É uma crise ética e perigosa, que coloca os novos sujeitos sociais, bem como os próprios direitos, em risco. A verdade é um pilar do direito e do Estado Democrático. A história crítica, e honesta, é uma análise do passado e de como o presente relaciona-se com ele. É uma percepção e defesa das verdades sociais. São tempos escuros e a história é uma poderosa lanterna.

2016, p. 51). As mudanças sociais são um tópico de estudo da história, sendo a importância do entendimento dessas modulações e desenvolturas um fato relevante para compreender a construção do direito como ele é, principalmente quando se nota que alguns dos códigos vigentes, como o penal (de 1984) e a constituição (de 1940), reverberam os ecos da época formadora.

Ademais, esse ato também revela uma outra forte possibilidade que a história, no direito, ocasiona: o resgate. Resgate das figuras históricas e “subalternas” que são apagadas, mas que lutaram juridicamente e exerceram cidadania. É a possibilidade de reconhecer sua força, contribuição e demanda – por vezes podendo, inclusive, continuar atuais. É também a possibilidade de reconhecer como o direito pode exercer a função de algoz e de justiceiro. Perceber as opressões e as ausências é também uma forma de gerar conhecimento e, possivelmente, reorganizá-los.

É, então,

[...] um resgate do protagonismo destes sujeitos na História do Direito no Brasil enquanto construtores de histórias próprias, a partir do reconhecimento de brechas na ordem jurídico-social e técnicas argumentativas que extrapolam os marcos formais do legalismo através da (re)interpretação dos dispositivos formais institucionalizados e de outros elementos da juridicidade de natureza extranormativa. (Sá, 2010, p. 94)

Dessa forma, rompe o silêncio ligado ao apagamento dessas vozes e corpos. Ato esse relacionado com a dogmatização do jurídico “[...] marcada pelo apego ao formalismo e busca por pureza metodológica.” (Sá, 2010, p. 93).<sup>13</sup>

## 5. CONCLUSÃO

A “nova história”, enquanto mecanismo de investigação do passado, é um conceito que deve ser inserido cada vez mais intensamente no exercício do direito. Não apenas para entender o direito na história ou a história no direito, mas para entender o próprio direito, com o auxílio de sua própria história.

Não é um exercício de complementação ou de culturalidade, mas de necessidade. Necessita-se disso para a formação de juristas capazes de defender a sociedade, entendendo sua múltipla culturalidade formativa, com atenção social, e atuar no social de maneira eficiente. É necessário para tentar entender a grande complexidade inerente ao ramo jurídico, já que

As possibilidades do jurista perante os fatos sociais têm a lucrar com esse alargamento de perspectivas, não só pelo *consequente* (*sic*) apuro de sua sensibilidade, mas também por ser o enfoque axiológico indispensável à captação das ‘objetivas conexões de sentido’, que é o que, em última análise, interessa ao jurista quando estuda os fatos sociais. (Reale, 1994, p. 13).

13 Quanto ao papel de resgate no campo jurídico, pode-se perceber ele, em encontro com a nova história e decolonialidade, ao se investigar a historiografia jurídica a partir do ponto de vista daqueles que, em um determinado período histórico, estão dentro de uma percepção de inferioridade. Como é o caso de se entender o direito de resistência contra a escravidão e luta pela liberdade a partir dos negros (Sá, 2019) ou da atuação de trabalhadoras domésticas em frente a produção da Constituição de 1988 (Ramos, 2018). Nesse processo, se quebra o estudo histórico e jurídico no sentido de subverter o olhar dominante e, a partir disso, perceber aquilo que não necessariamente é notado dentro do estudo “oficial”.

Desse modo, o estudo do Direito não pode se restringir as leis, as constituições e as jurisprudências. Deve ser feito a partir das inúmeras fontes, individuais e coletivas, privadas e públicas. Deve ser feito com a criação de pontes com outras áreas. Portanto,

Defendemos que a abordagem transdisciplinar do Direito é condição essencial para construção de um pensamento jurídico crítico e efetivamente comprometido com as demandas sociais. Demandas estas, atualmente apresentadas pelos excluídos, organizações populares e movimentos sociais. Para tanto, para a possibilidade de atuação transformadora do Direito, é imprescindível o aporte do pensamento de outras ciências, no sentido de ampliar a compreensão quanto à dinâmica das relações sociais. (Sá, 2010, p. 73).

Somente assim pode-se encontrar, nos detalhes e com um maior entendimento da funcionalidade e do contexto, a diferença entre o direito escrito, o direito exercido e o direito desejado. Essa é o porquê da história. Essa é o porquê do lembrar!

Direito e história vai além de força-memória, mas é o início de um processo de reconstrução epistêmica da própria organização jurídica.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARAÚJO, João Paulo Medeiros. **A tragédia entre a política e a juridicidade: passado e futuro nas narrativas trágicas**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2012.
- BURKE, PETER. A nova história, seu passado e seu futuro. In: BURKE, Peter (Org). **A escrita da História: novas perspectivas**. Trad. de Magda Lopes. São Paulo: UNESP, 1992. p. 1-13.
- COSTA, W. P. **História e Direito: em busca dos continentes submersos: comentário ao texto de Annick Lempériere**. Almanack. Guarulhos: n. 15, 2017. p. 44–58,. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/2236-463320171502>. Acesso em: 28 de fevereiro de 2023.
- CUNHA, THADEU A. da. **A dimensão temporal do conceito de pessoa jurídica e sua crise**. Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 33 n. 132 out./dez. 1996, p. 231-244. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176512/000518645.pdf?sequence=3&isAllowed=y>. Acesso em: 01 de março de 2023.
- FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação**. 12 ed. Barueri: Atlas, 2023. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559773763/>. Acesso em: 05 mar. 2023.
- FONSECA, Ricardo M. **Introdução Teórica à História do Direito**. Curitiba: Juruá, 2009.
- FOUCAULT, M. **Microfísica do Poder**. Trad. de Roberto Machado. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1979
- FREITAS, Alysso Luiz; MENDES, Renat Nureyev. **Diálogos entre história e direito: conceitos, convergências e outros apontamentos**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, v. 41, n.2. p. 227-240. Dezembro, 2013 Disponível em: <https://seer.ufu.br/index.php/revistafadir/article/view/24466>. Acesso em: 28 de fev. de 2023.
- GARDONI, Rennan Klingelfus. **Como os juristas viam o povo? uma história do conceito no pensamento civilista brasileiro na transição para o século XX**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Paraná. Curitiba: 2020.
- GROSSI, Paolo. **O direito entre o poder e o ordenamento**. Apresentação e tradução de Arno Dal Ri Júnior. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.
- GUIMARÃES, Arari Vinicius; VIEGAZ, Osvaldo E. **Descolonização e acesso à justiça: perspectivas para uma práxis emancipatória**. Revista Brasileira de História do Direito, Porto Alegre, v. 4, n. 2, p. 17-36, jul/dez. 2018. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/historiadireito/article/view/4761> Acesso em: 2 de março de 2023.
- HESPANHA, António M. **A história do direito na história social**. Lisboa: Livros Horizonte, 1978.
- MATOS, Julia Silveira. **Tendências e debates: da Escola dos Annales à história nova**. Historiae- Revista de História, Rio Grande, v. 1, n. 1, p. 113-130, 2010. Disponível em: <http://www.seer.furg.br/index.php/hist/article/view/2283/1183> Acesso em: 28 de fevereiro de 2023.
- MEYER, Marileide L. C. **Arranjos de vida: direito e relações entre senhores e escravos - termo de Mariana, 1850-1888**. Dissertação (Mestrado em História) – Universidade Federal de Ouro Preto. Mariana: 2010.
- MIGNOLO, Walter. **Desobediência epistêmica: A opção decolonial e o significado de identidade em política**. Trad. De Ângela Lopes Norte. Cadernos de Letras da UFF – Dossiê: Literatura, língua e identidade, no 34, p. 287-324, 2008
- NUNES JÚNIOR, A. T. **Direito e Poder**. Revista de informação legislativa, v. 33, n. 132, p. 281-287, out./dez. 1996 Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/176507>. Acesso em: 08 de mai. de 2023.

RAMOS, Gabriela B. P. **“Como se fosse da família”: O trabalho doméstico na Assembleia Nacional Constituinte de 1987/1988**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal da Bahia. Salvador: 2018.

REALE, M. **Lições preliminares de direito**. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

\_\_\_\_\_. **Teoria Tridimensional do Direito**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

SÁ, Gabriela Barreto de. **A negação da liberdade: direito e escravidão ilegal no Brasil oitocentista (1835-1874)**. Belo Horizonte: Letramento, 2019.

\_\_\_\_\_. **Entre mordações e direitos: ações de liberdade e resistência escrava na história do direito no Brasil**. Salvador. Monografia de Graduação. Salvador. UFBA. 2010.

\_\_\_\_\_. **História do direito no Brasil, escravidão e arquivos judiciais: análise da ação de liberdade de Anacleto (1849)**. Revista Justiça & História. Vol. 10 – n. 19 e 20, 2010. P. 77-96.

STAUT JÚNIOR, Sérgio S. **A posse no direito brasileiro da segunda metade do século XIX ao código civil de 1916**. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2009.

PESSOA, J. **Norberto Bobbio e o debate sobre as relações entre direito e poder: a proteção dos Direitos do Homem na Comunidade Internacional**. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais) - Faculdade de Ciências e Letras da Unesp. Araraquara, 2016. Disponível em: <http://hdl.handle.net/11449/146673>. Acesso em: 08. De mai. De 2023. P. 47-80).

WOLKMER, Antonio C. **História do Direito no Brasil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015.

\_\_\_\_\_. **Introdução ao Pensamento Jurídico Crítico**. 9. Ed. São Paulo: Saraiva, 2015.