

## Observações sobre como o Direito ensina errado a História do Direito

DOI: 10.15175/1984-2503-201810105

Gustavo Silveira Siqueira<sup>1</sup>

### Resumo

Este trabalho discute o uso da ideia de História pelos livros de História do Direito e pelos Manuais de Direito. O objetivo do ensaio é problematizar o uso (ou o não uso) de fontes de pesquisa na elaboração destes tipos de trabalho. Conclui que a ausência de referências às fontes histórica acaba tornando falho o estudo da História do Direito, da Filosofia do Direito e do Direito Comprado. Discute, também baseando-se na experiência do docente, o uso exclusivo das leis como fontes para as pesquisas históricos-jurídicas e a importância de desenvolvimento de protocolos acadêmicos na elaboração dos trabalhos científicos no campo jurídico.

**Palavras-chave:** História do Direito; pesquisa jurídica; ensino jurídico.

### Observaciones que avalan que el Derecho no enseña correctamente la Historia del Derecho

#### Resumen:

Este trabajo discute la concepción que los libros de Historia de Derecho transmiten de la idea de Historia. El objetivo del texto es hacer hincapié en el problema del uso (o la falta de uso) de fuentes de investigación. Concluye que la ausencia de referencias a fuentes históricas acaba motivando el fracaso del estudio de la Historia del Derecho, de la Filosofía del Derecho y del Derecho Comparado. Debate así mismo sobre el uso exclusivo de las leyes como fuentes de investigación histórico-jurídica y la importancia del desarrollo de protocolos académicos en la elaboración de los trabajos científicos en el campo jurídico.

**Palabras clave:** Historia del Derecho; investigación jurídica; educación jurídica.

### Observations on the erroneous way in which Law Schools teaches the History of Law

#### Abstract:

The following work discusses the use of the idea of History in books on the History of Law, with the aim of the text to problematize the use (or non-use) of research sources. It concludes that an absence of references to historical sources results in a flaw in the study of the History of Law, Philosophy of Law, and Comparative Law. The article also discusses the exclusive use of laws as sources for historical-legal research and the importance of the development of academic protocols in the production of scientific works in the legal studies.

**Keywords:** History of Law; legal research; teaching of law.

---

<sup>1</sup> Professor de História do Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e da Universidade Estácio de Sá (UNESA.) Bolsista de Produtividade do CNPq e Pesquisador da FAPERJ. E-mail: [gustavosiqueira@uerj.br](mailto:gustavosiqueira@uerj.br)

### Observations sur la manière dont le Droit enseigne mal l'Histoire du Droit

#### Résumé:

Ce travail s'intéresse à l'usage de l'idée d'Histoire par les livres d'Histoire du Droit. L'objectif de cet article est de mettre en perspective l'usage (ou le non-usage) de sources de recherche. Nous avons conclu que l'absence de références aux sources historiques finit par porter préjudice à l'étude de l'histoire du droit, de la philosophie du droit et du droit comparé. Nous débattons en outre de l'usage exclusif des lois comme sources des recherches historico-juridiques et de l'importance du développement de protocoles académiques dans l'élaboration des travaux scientifiques du champ juridique.

**Mots-clés** : Histoire du Droit ; recherche juridique ; enseignement juridique.

### 关于法律如何教错法律史的反思

#### 摘要：

本文分析了法学史书籍里资料的运用问题，目的是探讨法学史研究中，使用(或者不使用)原始历史资料的问题。由此可以得出结论：由于缺少对历史资料的引用，法学史，法哲学和比较法学等诸多领域的研究谬误多端。本文还讨论了当前法学史，法制史研究的弊端：研究人员把法律条例作为唯一的资料来源。最后作者提议建立一套法学和法学史研究的新规范，规范法学论文的写作：也就是说，在法学研究领域，资料来源的引用，不能仅仅限于法律条文，必须运用史料。

**关键词**：法学史；法学研究；法学教育。

## Introdução

Esse ensaio é destinado àqueles que nunca tiveram contato com a obra desses autores, que desconhecem o que é história do direito, ou àqueles que estudaram a história “do direito de romano, do Código de Hamurabi ou dos Gregos, até a Constituição de 1988 ou o Código Civil de 2002”.<sup>2</sup>

O que proponho aqui é um exercício de epistemologia da história do direito diferente aquela feita (ou não) pelos manuais de direito.

Esse ensaio é baseado em experiências docentes nas Faculdades de Direito em que trabalhei, nas dezenas de bancas de graduação, mestrado e doutorado que participei e no material de pesquisa ao qual tive acesso em conjunto com estudantes. Como professor de história do direito, acabo “passando” por vários ramos do direito: constitucional, trabalho, penal, civil, etc. E, alguma vezes, as atividades didáticas me obrigam à leitura de manuais e trabalhos dessas áreas.

A ideia não é dizer que os manuais são instrumentos ruins para o aprendizado do direito, pelo contrário. Os manuais têm uma função muito importante: são eles, em geral,

---

<sup>2</sup> Esse trabalho é uma versão revisada e reelaborada do texto publicado do livro *Epistemologias Críticas do Direito* em 2016. Agradeço aos comentários e críticas de Gabriel Melgaço, Suellen Moura e Carolina Vestena.

que introduzem as temáticas aos pesquisadores e aos alunos de direito. Eles são o passo inicial e abrem as portas para caminhos que os estudantes, posteriormente, devem percorrer sem eles. Explico: um aluno que estuda recurso extraordinário pode se contentar com a leitura de manuais para fazer os exames de faculdade e da OAB – talvez possa até se contentar com ele para a vida profissional –, mas quando precisar enfrentar o desafio de fazer um trabalho acadêmico, uma pesquisa séria sobre recurso extraordinário, não poderá restringir-se aos manuais; sua pesquisa deverá ser mais complexa. Ele precisará verificar artigos específicos sobre o tema, confrontar a teoria com a prática, entender as diversas complexidades do fenômeno, entre outras tarefas.

Não pretendo fazer grandes definições sobre o que entendo por Direito ou por História neste ensaio. Entendo aqui o Direito enquanto um curso nas Universidades e seu uso acadêmico. Estou chamando de História a disciplina História.

Por mais que a comunidade do Direito seja múltipla, a percepção que tenho – do ponto de vista das minhas experiências profissionais – e a crítica que apresento é dirigida a maioria dos profissionais e alunos que conheci. Escrevo esse ensaio pois acredito que o problema é real e a maioria dos “erros” que tento criticar são cometidos – na minha visão – diariamente no ensino do Direito.

O problema da história do direito nos manuais tradicionais de direito é que, na sua grande maioria – e acho que isso é comum, por isso prefiro não citar um manual especificamente –, fazem um desserviço aos estudantes de direito: eles ensinam errado. Ensinam uma abordagem histórica sem método, sem lógica, sem historicidade.

A história tem suas metodologias próprias, suas complexidades, de forma que não “se pode fazer história sem se prestar atenção nas contribuições, nas pesquisas, nas abordagens e nas metodologias dos historiadores em geral” (FONSECA, 2009, p. 22).

Ademais, o passado não é um objeto certo, exato. Há dezenas de controvérsias, discussões teóricas e formas diversas de abordar o fenômeno jurídico dependendo do tempo e do espaço. O significado do direito, das fontes do direito, dos sentidos dos Tribunais, muda na história. A “importância” de uma lei escrita é diferente em diversos países e em diversos momentos históricos. O peso da doutrina no século XIII é diferente do século XXI.

E, se acreditamos na premissa que o direito não é uma instituição isolada da sociedade, se ele tem suas peculiaridades e está imerso nas vivências específicas da sociedade na qual ele é vigente, “não se pode desprender sua análise no passado da

análise da própria sociedade onde ele se insere e onde ele dialoga com a política, com a cultura, com a economia e com a sociedade” (FONSECA, 2009, p. 22).

Desta forma, tentarei demonstrar aqui os principais problemas que encontro nos manuais e em alguns trabalhos acadêmicos de direito. Parte das discussões presentes nesse ensaio já foram discutidas por [Oliveira \(2004\)](#). De certa forma, pretendo reforçar a crítica já feita e dar um olhar mais histórico ao trabalho feito pelo autor.

Na primeira parte do ensaio, discutirei a relação do direito e das fontes das informações citadas nos trabalhos e nos manuais. A ideia é demonstrar as dificuldades que um trabalho de direito que cita a história deve superar. Em um segundo momento, levantarei o problema de uma história baseada somente em leis e a relação entre lei e realidades. Ao final, discuto o uso da história das ideias para fazer história do direito.

### **Primeiro passo: fontes**

Quando um autor escreve um trabalho acadêmico ele cita de onde vieram as informações. Se o autor cita uma fala do Presidente da República ou uma lei, ele deve citar o número da lei ou onde está o discurso para que aqueles que leem o trabalho possam verificar a fonte da informação. Sem a possibilidade de verificar a fonte da informação um trabalho simplesmente não pode ser comprovado e, portanto, não tem validade científica. Se um autor simplesmente escreve, sem colocar referências, sem provar de onde vieram suas alegações, seu trabalho perde valor.

Nesse sentido que o direito se aproxima da história: ambos precisam de provas. Obviamente que fatos notórios não precisam ser provados – um autor não precisa colocar referência ao escrever que o Estado do Paraná fica no sul do Brasil; mas um bom trabalho é resultado da pesquisa de várias referências.

Agora pensemos em um trabalho ou um artigo que cita, por exemplo, o direito na Grécia, no Egito, ou no período antes de Cristo, ou, ainda, que cita o Código de Hamurabi. O que os autores destes trabalhos citam? Como eles podem saber o que acontecia naquele momento?

Quando um autor não faz referência das suas informações significa que a informação publicada é uma percepção pessoal, ou seja, não é uma pesquisa, um trabalho acadêmico.

Por outro lado, usualmente, os manuais quando tratam de temas históricos, citam outros manuais. Eles não citam trabalhos especializados sobre os períodos históricos ou publicações do período para que se possa compreender o momento. Infelizmente a grande

maioria cita outros manuais, que citam outros manuais, que citam outros manuais... E, no fundo, a maioria dos autores que escrevem sobre esses temas jamais aprofundou uma pesquisa.

O que eu quero dizer é que grande parte do que se diz nos manuais e em alguns trabalhos sobre a história não tem fundamento de pesquisa algum. Eles simplesmente repetem, sem questionar, sem problematizar, sem tentar entender como o passado era diferente e com suas especificidades.

Qual o problema em fazer isso? O problema é que deixamos de entender os períodos históricos com suas complexidades, com suas dimensões específicas e simplesmente reproduzimos o presente no passado. O passado vira um local para ver o presente.

Daí os autores, que reproduzem essa prática, puxarem fios condutores, linhas retas de Roma, por exemplo, até a Constituição de 1988. Eles não entendem as características singulares do direito romano, pois não pesquisaram sobre isso, e simplesmente veem em Roma ou na Grécia ou no Código de Hamurabi os antecedentes do direito atual.

O problema é que, muitas vezes, o vocábulo é o mesmo, mas isso não significa que a palavra tinha o mesmo significado. Os conceitos se alteram no tempo e no espaço. O que significava família, obrigação, liberdade em Roma é diferente do que significa hoje ([HESPANHA, 2003](#)).

Existem diversas metodologias na história para entender o que determinado conceito significa em um momento histórico, por isso os autores de direito devem ter cuidado ao olhar para o passado, devem ter cuidado para não reduzir suas complexidades.

A ideia não é impossibilitar que tais períodos sejam pesquisados ou estudados, mas, sim, afirmar que eles devem ser levados a sério. Uma pesquisa que se preocupa em contribuir para o mundo acadêmico precisa realmente buscar fontes e fundamentos para o que escreve.

Se a própria história – enquanto disciplina – tem consciência das suas constantes alterações de sentido, de mudança, de novas interpretações sobre os fatos passados, de uma abertura para novos documentos, novas fontes; se ela tem a percepção que a história é algo sempre parcial, mutável, passível de críticas e novas interpretações, não parece ser possível que o direito, que tanto necessita da história para compreender suas instituições, suas vivências, seus paradigmas, simplesmente ignore as discussões da história.

## O problema das Leis

A realidade do direito é muito maior do que está descrito nas leis escritas (SIQUEIRA; VESTENA, 2013). Outro problema muito comum é fazer uma história do direito só citando a lei. Ocorre que, muitas vezes, há uma distância muito grande entre a lei e sua aplicação, e reduzir a história do direito à história das leis pode não demonstrar como o direito existia em um período.

Gosto de citar um exemplo contemporâneo para explicar. O artigo 7º, inciso IV da Constituição Federal brasileira de 1988:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: IV - salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim (BRASIL, 1988).

Em 2016 o salário mínimo no Brasil é de R\$ 880 (SALÁRIO MÍNIMO, ©2018). Qualquer brasileiro sabe que o salário mínimo não consegue garantir tudo que é prometido na Constituição. Existe uma diferença entre direito e realidade. Entre os dois há uma série de variáveis que interferem: economia, local de residência, inflação, política, entre outros.

Se entender uma regra constitucional atual não é fácil, como é possível dizer que o direito escrito, na Grécia, por exemplo, era aplicado, vivido ou desrespeitado? Certamente é necessário recorrer a outras fontes, outros subsídios que expliquem melhor a relação entre lei e vida, a diferença, que pode existir ou não, entre o escrito em lei e o vivido pelas pessoas.

Partindo da ideia que pode existir um verdadeiro abismo entre o texto legal e as vivências do direito, que sentido teria escrever uma história baseada apenas nas leis? Teria o sentido de fazer uma reconstrução dos antecedentes legais, mas não de encerrar toda a história do direito ali.

As leis escritas são fatores importantíssimos para o direito, mas o pesquisador tem que ter consciência que sua relação com a sociedade muda no tempo e no espaço e que uma pesquisa deve tentar compreender qual a relação entre lei e as realidades.

## O problema da Filosofia do Direito

É muito comum ver em publicações jurídicas referências a períodos distantes da nossa história. Muitas vezes, para entender esses tempos, os autores usam livros consagrados, mas de forma descontextualiza.

Explico melhor: usa-se um autor para descrever toda uma época, sem imaginar que muitas vezes o que aquele autor pretende fazer não é descrever sua época, mas simplesmente apresentar um projeto. Uso o exemplo de Thomas Hobbes (1588-1679), citado em todos os manuais de direito constitucional que consultei. O *Leviatã*, obra publicada em 1651, não é uma simples e fiel descrição da Inglaterra do século XVII, é um projeto de contrato social, um projeto do autor, que está intimamente ligado às impressões que o autor tem sobre a decapitação do rei inglês Carlos I (1649) (WOLLMANN, 1994).

A Inglaterra do século XVII, como fundamentam diversos historiadores, era muito mais complexa do que a descrição do *Leviatã*, que também é uma obra que sofreu diversas críticas e questionamentos quando da sua publicação. Ressalte-se que isso jamais tirará o brilho da obra de Thomas Hobbes, mas da forma que é usada, como se o *Leviatã* fosse uma simples descrição daquele período, o seu fundamento é totalmente esvaziado (WOLLMANN, 1994).

O nascimento das ideias de Direito e de Estado nascem em contextos e em momentos históricos, elas não estão isoladas no tempo e no espaço. Entender suas especificidades, o contexto em que elas surgiram ajuda a entender a complexidade desses pensamentos.

O que eu quero dizer é que a história do direito não pode ser confundida com a história do pensamento jurídico. Pois, assim como a lei, o pensamento jurídico, muitas vezes, não tem relação com as práticas. As obras de filosofia são de suma importância para pensarmos o nosso mundo, o nosso direito – é talvez por isso que os filósofos atravessem mais séculos que os reis e imperadores, mas elas são para exercitar o pensamento e não para simplesmente descrever a realidade. São projetos, impressões de autores e não necessariamente o que se vivia naquele momento. O uso de um autor deve ser historicamente contextualizado, assim como sua obra.

Entender a história do pensamento jurídico é muito importante. Mas esse pensamento jurídico não pode ser descontextualizado, pois os autores jurídicos – creio eu, em nenhum tempo na história – não são neutros, desligados da sociedade e das histórias que permeiam os países onde vivem.

Por outro lado, posso usar diversos autores para descrever o liberalismo, por exemplo, como uma ideia que circulava no Brasil no século XIX, mas se eu não entender a sociedade escravista em que esse liberalismo funcionava, não entenderei o que era o liberalismo no Brasil. Vide que a Constituição de 1824 não precisou escrever – como nenhuma outra lei no Brasil – que o negro africano podia ser escravizado. Não existia lei para tanto. Mais uma vez, uma história só de leis evidenciaria que não havia mais escravidão naquele tempo. Uma pesquisa histórica e sociológica mostraria outra coisa.

### **O recorte histórico: o direito comparado**

No fundo, parecer existir um “fetiche” no Brasil com Roma e Grécia. São momentos históricos importantíssimos; talvez, base da civilização ocidental. Mas o(a)s brasileiro(a)s e o direito brasileiro do século XX e XXI são bem diferentes dos daqueles povos.

Não consigo entender porquê todo manual de direito civil tem que começar em Roma e jamais falar das leis de família do Governo Vargas. Ou sequer citar as discussões brasileiras sobre o divórcio, o estatuto da mulher casada, as lutas feministas, a violência contra a mulher.

De Roma, os civilistas, com brilhantes e destacadas exceções, pulam para a Codificação Francesa, alemã, o Código Civil brasileiro de 1916, a Constituição de 1988 e, finalmente, chega o Código Civil brasileiro de 2002. Dois mil anos de história em vinte páginas!

Falta aqui um recorte histórico. É impossível, fazer uma história tão longa assim com qualidade. Da mesma forma, é necessário que corte da pesquisa tenha sentido, que o pesquisador não fique procurando fundamentos em lugares em que ele não consegue enxergar. Uma pesquisa deve procurar um corte metodológico para se concentrar naquilo que é essencial ao trabalho.

Um trabalho sobre citação processual não precisa iniciar falando como era a citação em Roma. Pode ir direito para todos os problemas atuais, os debates jurídicos, os problemas “reais” – como citar um morador de uma favela comandada pelo tráfico? E dezenas de questões muito distantes do mundo Roma.

Não que o mundo romano não seja importante e não nos ajude a pensar. Pelo contrário, nos ajuda muito. Mas se ele não for pesquisado com densidade e seriedade, ele é somente um passado esfumado que não serve para esclarecer nada.



Assim, a escolha do momento histórico, se houver, deve ser fundamentada e ter relação íntima com o objeto central do trabalho.

O mesmo vale para o direito comparado. Área extremamente difícil e que exige do pesquisador esforços do mesmo tamanho. Eu acredito que o direito comparado exija a compreensão da língua do país a ser estudado, pois as traduções, costumeiramente, são versões e uma pesquisa deve sempre buscar as fontes principais. Deve considerar muito do que já falamos: a diferença entre vivências, pensamento e lei, a diferença de perspectivas. Mas o exemplo do direito comparado deve ser fundamentado? Por que usar a Áustria e não a Holanda? Por que a Argentina e não Cuba? A escolha dos países não deve ser realizada simplesmente para “provar a tese do autor”, mas deve ser fundamentada.

Vou dar um exemplo: é muito comum os manuais de direito constitucional citarem a [Lei Fundamental da Alemanha \(Grundgesetz\) de 1949](#), mas poucos deles explicam que a Lei era válida apenas para a Alemanha Ocidental. Mas será que nos territórios franceses e ingleses funcionava de mesma forma? E como ficou a parte Oriental com a “unificação”? Por que eles não usam o termo Constituição (*Verfassung*)? São explicações básicas, apenas à título de exemplificação, com as quais o uso do direito comparado deve se preocupar antes de simplesmente informar aos alunos artigos de lei que podem nunca terem sido aplicados ou aplicados de forma diferente do que um senso comum diria.

### **Trabalho Acadêmico e Parecer Jurídico**

Outra questão importante, também já tratada por Oliveira (2004): a diferença entre um trabalho acadêmico e um parecer jurídico. Um trabalho acadêmico não é uma petição judicial na qual o advogado junta todos os argumentos e jurisprudências a seu favor e tenta convencer o juiz que o seu ponto de vista é o correto.

Gosto de usar o exemplo da química. Quando descobrem uma nova fórmula, os químicos ou farmacêuticos vão testando a nova fórmula: como ela reage com o elemento A, com o elemento B ou com o elemento C; são testes. O que se espera de um trabalho acadêmico – pela sua própria natureza – é que ele seja um teste, um teste das hipóteses.

O que o pesquisador faz não é uma jornada para confirmar a sua hipótese – sua percepção inicial sobre o objeto – mas, sim, testá-la. Verificar os argumentos contrários e os argumentos a favor. Usar métodos e fundamentar a escolha de referências, provar qual e porquê determinado argumento é melhor ou não. Desta forma, não pode o pesquisador

apenas reconhecer argumentos, provas, fontes que comprovem o que ele já pensa ou quer concluir. Talvez isso seja o que menos importa. O que importa é a pesquisa e não o que ela conclui.

Explico melhor: muitos alunos perguntam se o trabalho é ruim se a hipótese inicial não for confirmada. “Significa que eu falhei”? Pelo contrário! Significa que ele fez a pesquisa e a pesquisa conseguiu trazer novos objetos que, por exemplo, fizeram que aquela percepção inicial fosse refutada.

O importante – na minha opinião – em um trabalho acadêmico é a pesquisa, é o descobrir novos objetos. Por isso acredito que o conceito de pesquisa – que não pretendo discutir profundamente aqui – deveria estar intimamente ligado ao desconhecido. Pesquisar é ir atrás do desconhecido, é buscar respostas que ainda não foram dadas e estar aberto para as descobertas.

Quando um aluno, depois de quatro anos de doutorado, concluiu exatamente aquilo que ele “já sabia” quando fez o projeto inicial, na grande maioria das vezes, me parece que ele não fez uma tese, mas sim uma petição – com dezenas de páginas – sobre aquilo que ele queria estudar.

## **Palavras finais**

Fazer uma pesquisa acadêmica é uma tarefa extremamente difícil. Não porque ela exija tempo, mas porque ela exige muito mais do que sentar em uma cadeira e ler alguns livros.

Uma pesquisa é um olhar para o desconhecido, para a dúvida. Os primeiros questionamentos de todos que iniciam uma pesquisa deveriam ser: alguém já escreveu sobre isso? Por que devo gastar tempo, papel, dinheiro e tinta para falar de um tema que já foi estudado por vários? No que o meu trabalho inovará?

Discutido isso, espero que essas sugestões – que na verdade são críticas que fiz a diversos trabalhos que analisei – possam auxiliar o leitor, que chegou até aqui, para um posicionamento mais rigoroso sobre a pesquisa e talvez mais problematizante sobre os trabalhos acadêmicos.

Como um ensaio – sem muito do rigor acadêmico que tanto postulo – peço que os críticos encarem esse escrito não como um trabalho acadêmico, o que ele não é, mas como um depoimento pessoal.

## Referências

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. 5 out. 1988. Disponível em : [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 13 ago. 2017.

FONSECA, Ricardo Marcelo. *Introdução teórica à história do direito*. Curitiba: Juruá, 2009.

HESPANHA, António Manuel. *Cultura Jurídica Européia: síntese de um milênio*. Florianópolis: Fundação Boiteaux, 2003.

SIQUEIRA, Gustavo; VESTENA, Carolina. *Direito e experiências jurídicas*. Belo Horizonte: Arraes, 2013. v. 1.

OLIVEIRA, Luciano. Não me fale do Código de Hamurabi! A pesquisa sócio-jurídica na pós-graduação em Direito. In: \_\_\_\_\_. *Sua excelência o comissário e outros ensaios de Sociologia Jurídica*. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004. p. 137-167.

SALÁRIO MÍNIMO. Disponível em: <http://minimosalario.com.br>. ©2018. Acesso em: 14 jun. 2017.

WOLLMANN, Sergio. *O conceito de liberdade no Leviatã de Hobbes*. Porto Alegre: PUCRS, 1994.