

# **POR ENCONTROS CADA VEZ MAIS POSSÍVEIS: HISTORIADORES E JURISTAS NA ESCRITA DA HISTÓRIA DO DIREITO**

**Alexandra Coda**

Mestranda do Programa de Pós-Graduação em História  
Universidade Federal do Rio Grande do Sul  
[alexandracoda@yahoo.com.br](mailto:alexandracoda@yahoo.com.br)

**RESUMO:** Durante muito tempo, a História do Direito se preocupou com ideias e instituições jurídicas do passado, com as diversas transformações que essas sofreram ao longo do tempo, e com todo o processo de instituição do Direito contemporâneo. Essa história sempre foi escrita por juristas, experientes não somente no trato das questões jurídicas, mas também na linguagem e forma dos textos produzidos. Tal situação, todavia, vem se alterando: o diálogo e o debate, assim como a troca de informações entre História e Direito possibilitam um aprendizado cada vez mais completo e consistente. O que se pretende é refletir sobre a possibilidade de um diálogo entre esses dois campos, levando-se em consideração argumentos de autores que lidam com o tema, tais como Michel de Certeau, Pierre Bourdieu e Antonio Manuel Hespanha.

**PALAVRAS-CHAVE:** História do Direito. Teoria da História. Historiografia.

**ABSTRACT:** For long time the Legal History was concerned about ideas and juridical institutions of the past, about the several transformations that happened with it and about the whole process of the contemporary Law. This history was always written by jurists, who had experience not only in the dealing with juridical causes, but also in the language and form of the written texts. This situation, however, is changing: the dialog and the discussion, as well as the exchange of information between History and Law enable an all-around and consistent learning. The intention is to reflect about the possibility of a dialog between these two fields, taking into consideration the arguments of authors who deal with this topic, as Michel de Certeau, Pierre Bourdieu and Antonio Manuel Hespanha.

**KEY-WORDS:** Legal History. History Theory. Historiography.

## **1 Direito & História**

*Ubi societas ibi jus.* Desde muitos séculos atrás, não há como se conceber uma sociedade humana sem a existência de regras e normas que venham a regulamentar a conduta dos indivíduos em suas mais diversas relações. As diferentes manifestações

humanas possuem uma finalidade intrínseca, seja na religião, na ciência, na técnica ou na arte. Tudo isso porque o homem precisa compreender o mundo que o cerca e entender o porquê de sua existência nesse mundo, sempre em busca da felicidade, aquilo que os gregos chamavam de *eudaimonia*. E é nessa tentativa que ele precisa se relacionar com os seus iguais. Por vezes, essas relações acabam por levar os indivíduos a certos conflitos, seja com o próximo, seja com valores e princípios morais exaltados e protegidos pelas sociedades. Para a resolução de tais divergências, cada organização social conta com alguns dispositivos, tais como a família, a Igreja, a escola, a comunidade, os sindicatos, entre outros, que são suficientes para solucionar os atritos de menor importância. Todos esses possuem, a seu modo, sistemas normativos e sanções aplicadas àqueles cujo comportamento se desvia das expectativas do grupo. Quando o conflito social, entretanto, se reveste de uma maior gravidade, a solução não pode simplesmente ficar à mercê dessas instâncias informais de controle; cabe ao Estado intervir na situação por meio do Direito.

Constituindo o próprio instrumento disciplinador das atividades humanas, o Direito atua como uma força capaz de conter impulsos individualistas e egoístas do homem, tornando sua presença algo inevitável no seio do grupo social. Costuma-se afirmar que o Direito é um conjunto de normas que rege a vida em sociedade, coexistindo com aqueles demais complexos de normas (religião, moral, costumes, etc.), mas distinguindo-se desses pela característica da coercibilidade: é imposto por força do Estado e a violação das normas jurídicas implicaria uma consequência forçosa a ser efetivada pelos poderes públicos. (HESPANHA, 2009) Dessa forma, se o grupo evolui, o Direito deve acompanhá-lo, pois não pode deixar de manter *relações multifacetadas com a realidade social envolvente*. (HESPANHA, 2005:19) Todavia, não basta acompanhar as transformações sociais, ele não pode, jamais, ser desvinculado de suas origens para ser melhor compreendido; por esse motivo, o bom conhecimento da legislação e das práticas jurídicas depende também do conhecimento da sua História. Reserva-se, assim, à História do Direito, a função de estabelecer pontos de contato entre instituições jurídicas de diferentes fases da vida em sociedade, visando compreender como se formou e se desenvolveu o Direito atual, bem como sua evolução ao longo dos séculos. (GILISSEN, 1995)

Durante muito tempo, a História do Direito se preocupou com ideias e instituições jurídicas do passado, com as diversas transformações que essas sofreram ao longo do tempo, e com todo o processo de instituição do Direito contemporâneo. A preocupação era voltada principalmente para dois grandes temas: primeiramente, o estudo dos grandes sistemas jurídicos do mundo, como o grego, o romano, o canônico, o feudal. Embora esses não tenham sido os únicos sistemas e nenhum possa ser menosprezado, o romano aparece como mais relevante, pois, para qualquer operador do Direito, conhecê-lo não deve ser visto como uma tarefa unicamente histórica, com o simples objetivo de descrever como se desenvolviam as relações jurídicas na Antiguidade, mas saber compreender as bases estruturantes de nosso ordenamento atual.

O Direito Romano sempre teve como característica o forte rigorismo e formalismo em seus institutos, características essas oriundas de suas mais primitivas manifestações, vinculados à religião e crenças primitivas. Mais do que qualquer outro elemento de sua cultura, ficou para a posteridade a genialidade e o brilhantismo romano acerca de suas criações para dirimir os conflitos gerados na sociedade através do Direito, seja quanto à resolução de controvérsias acerca de bens e relações cotidianas, seja quanto aos casos envolvendo crimes. O Direito romano teve três grandes fases, das quais pode-se destacar como auge o período posteriormente denominado como Clássico, que abrange todas as criações e aplicações jurídicas de meados do século III a.C. ao século IV já de nossa era. Durante esse período floresceram grandes ensinamentos jurídicos, baseados na prática e na prudência dos aplicadores do Direito da época. Ocupando-se tão somente do *ius*, o Direito romano era principalmente um estudo acerca das realidades vividas por seu povo, buscando sempre a justiça na resolução dos problemas que se originavam na sociedade. (VILLEY, [s.d.]

A outra abordagem da História do Direito era o estudo da evolução das principais fontes do Direito: costume, lei, doutrina e jurisprudência. Definindo o costume como o conjunto de usos de natureza jurídica que adquiriram força obrigatória em determinado grupo social pela repetição de atos públicos e pacíficos durante um tempo relativamente longo, o objetivo é compreender as características específicas desses e sua validade jurídica ao longo dos séculos. A lei, como expressão máxima do Direito, também sempre foi objeto de estudo, buscando-se compreender seu papel nas diversas épocas da humanidade. A doutrina (conjunto de obras jurídicas elaboradas) e a jurisprudência

(conjunto de normas extraídas das decisões judiciais) são tomadas como fontes supletivas de Direito, quando a lei e o costume deixam lacunas, e ambas são estudadas como importantes elementos na evolução do Direito de uma sociedade. (GILISSEN, 1995)

Sob esse último enfoque, entretanto, o resultado era uma visão estritamente jurídica, descrevendo a evolução do Direito oficial e letrado, de seus aspectos legislativos e conceituais, bastante destacado do contexto social. Um tipo de história institucional, e também política, que foi duramente criticado pela *Escola dos Annales*. Braudel em sua obra sobre o Mediterrâneo, por exemplo, ignorou aspectos jurídicos e político-institucionais. O viés econômico e social dessa abordagem relegava a história política e jurídica a um plano secundário, sem maior importância nos estudos históricos. A crítica dos *Annales* acabou por prejudicar excessivamente a historiografia do poder e das instituições, fazendo com que os historiadores deixassem fora de seu campo de análise fenômenos institucionais e jurídicos, como se esses não fossem consequência direta dos fenômenos sociais. (HESPANHA, 2005) A História do Direito acabou sendo, assim, escrita por juristas, experientes não somente no trato das questões jurídicas, mas também na linguagem e forma dos textos produzidos.

Em artigo publicado há poucos anos na *Revista de História Nacional*, a professora Silvia Lara aponta que essa sempre foi uma característica da História do Direito: uma área totalmente separada do campo da História, tratando das instituições jurídicas e suas transformações, geralmente feita por profissionais de formação jurídica, aproximando-se timidamente da Sociologia e da Antropologia do Direito. (LARA, 2007) A historiadora afirma que, nesse contexto, a História ainda ficava muito afastada, mesmo com o desenvolvimento da História Social. Estudar o mundo do Direito e das instituições políticas era voltar-se para uma “história oficial” da qual os estudiosos buscavam se distanciar. Apesar das críticas, o artigo não mostra um quadro de desolação, mas apresenta de forma breve que a situação tem se alterado nas últimas décadas: estudos sobre escravidão e trabalho livre têm abordado cada vez mais seguidamente aspectos vinculados às leis e à Justiça (luta pela liberdade, ação de advogados abolicionistas, direitos operários reivindicados, etc.); as lutas sociais que se vinculavam ao debate de ideias jurídicas passaram também a atrair o interesse de historiadores; e a própria troca de experiência entre os diferentes campos tem se feito

presente, seja através da publicação de revistas especializadas (como a *Revista Justiça & História*) ou em congressos e simpósios temáticos.

Antonio Manuel Hespanha, jurista de profissão, mas preocupado com a abordagem histórica, aponta que a partir da década de 1970 houve uma relevante mudança de abordagem na história política e institucional devido ao aparecimento de novos historiadores, e também historiadores do direito mais atentos às práticas sociais; bem como novas correntes de teoria política e sociológica, possibilitando novas abordagens de estudo. (HESPANHA, 2005) Esse “renascimento” da história político-institucional vinculava-se aos acontecimentos de maio de 1968: iniciado como uma simples manifestação estudantil, os movimentos desencadeados não tinham uma base histórica explicativa naquele momento, fazendo com que o papel da contingência passasse a ser levado em consideração a partir de então. No momento em que essa imprevisibilidade passou a ser reconhecida como um objeto de estudo acadêmico, a história política voltou a ser um campo estudado – não se afirma aqui que durante muito tempo tivesse sido abandonada, o que ocorreu a partir dos anos setenta foi sua renovação.

A história política seguiu estudando os mesmos objetos, mas com novas abordagens teóricas e interpretativas, exemplo disso foi a inserção de grupos sociais como protagonistas, enfatizando a coletividade como agente histórico; e ideias de redes sociais. (GUERRA, 1993) Essa virada influenciou, também, novas aproximações entre a História do Direito e a História Social.

Muito embora estudar o Judiciário possa se mostrar como prática mais corriqueira no campo do Direito, com fortes interesses na organização das suas instituições e leis, é preciso atentar para o fato de que as normas foram feitas para reger atos da vida humana, ações exercidas por entes sociais que podem variar ao longo dos anos ou dos séculos. O direito brasileiro teve seu início com a Constituição de 1824 e os diplomas penais de 1830 e 1832, que substituíram uma diversidade de leis portuguesas coloniais e moldaram as bases da organização jurídica do país. O contexto no qual esses diplomas se inseriam era o de consolidação do Estado de Direito, tornando-se importante entender que todas essas codificações foram resultado das transformações da sociedade, com objetivo de intervir nas relações interpessoais a fim de garantir a ordem. O Direito não é uma entidade que paira sobre os homens regendo seus atos e decisões, mas, por trás de

qualquer legislação, existe uma realidade em constante transformação. O Direito pode e deve se modificar juntamente com o grupo social, portanto, entender a legislação que regula certos atos deve ser entendido a partir de uma análise histórica que permita a compreensão da necessidade e valor das normas em questão. História e Direito podem dialogar, podem debater e trocar informações, possibilitando um aprendizado cada vez maior e consistente. O que se pretende aqui é refletir sobre essa possibilidade de um diálogo cada vez mais possível entre esses dois campos, levando-se em consideração argumentos de autores que lidam com o tema: Michel de Certeau trata do lugar de onde se escreve História e a relevância deste no trabalho desenvolvido pelos profissionais; as noções de campo e *habitus* do sociólogo Pierre Bourdieu são utilizadas para compreender o funcionamento dessas duas esferas do conhecimento, bem como os trabalhos de Antonio Manuel Hespanha acerca da História do Direito.

## **2 Historiadores & Juristas: duas visões de mundo**

Diferentemente do cientista que produz, e por vezes até reproduz, suas experiências dentro de um laboratório, utilizando-se de matérias-primas ou componentes puros, observando, anotando e estudando as reações que se desenvolvem perante a sua presença, o historiador não possui mais do que alguns vestígios de seus objetos de estudo. Quando esses existem, seja sob forma de “restos” arqueológicos ou documentos produzidos pelos nossos antepassados, já se trata de uma vitória. Mas o que fazer quando absolutamente nada daquilo que aconteceu deixou alguma marca? Como estudar o passado da humanidade? O conhecimento histórico caracteriza-se por ser necessariamente indireto: o historiador tem poucas possibilidades de constatar os fatos que estuda, não pode ver os acontecimentos do passado se desenrolarem frente aos seus olhos; somente através dos vestígios ou rastros daquilo que aconteceu é que pode chegar mais perto do ocorrido. Comparando o estudo histórico com o cientista que trabalha em laboratório, Marc Bloch afirma que o historiador chega somente após o experimento concluído e somente se algumas circunstâncias permitirem, ele poderá perceber os resíduos deixados. (BLOCH, 2001) O estudo histórico é, portanto, reconstruído pelo historiador conforme as perguntas que esse se coloca e faz ao passado.

Muito mais do que escrever aquilo que um dia aconteceu, o trabalho histórico configura-se como uma combinação de três elementos, ao que Michel de Certeau denominou de operação historiográfica: lugar, prática e escrita. (CERTEAU, 2002) Esses fatores estão sempre presentes no discurso histórico, mesmo que encobertos por outras questões. O fato é que, sem esses, não há produção histórica.

Toda pesquisa historiográfica acaba vinculando-se a um lugar de produção, seja ele social, econômico, político ou cultural. Um trabalho histórico trata de questões pertinentes às mais diversas atividades humanas e, portanto, dialoga com variados campos de atuação do homem na sociedade. A própria escolha dos métodos a serem utilizados na pesquisa acaba sendo influenciada por esse lugar. Na busca pela legitimação da História como ciência durante o século XIX, ocultava-se esse lugar de onde se escrevia, vinculado a subjetividade do autor, tão repugnada pelo cientificismo.

A crítica de Certeau recai justamente sobre essa ocultação, esse não-dito, o silêncio quanto ao local ou grupo de onde partia o conhecimento e que não era levado em consideração. Importa pensar que se faz História de um determinado lugar da sociedade e é a partir desse lugar que o historiador vai recolher os fatos, os vestígios do passado (os dados oferecidos pela natureza para se fazer alusão à metáfora do cientista de laboratório), e transformá-los em cultura, no caso, em História. Esse lugar do qual se fala é uma instituição do saber, *um lugar particular numa redistribuição do espaço social*. (CERTEAU, 2002:69) Trata-se da criação de grupos e disciplinas que congregam adeptos ao estudo de determinados temas ou assuntos. Fazer História é falar do passado da humanidade a partir de um conjunto de regras aprendidas nas faculdades de História, utilizando-se de uma forma de pensamento e de escrita difundidas nas mesmas. Escrever sobre Direito, por outro lado, é saber articular lei, doutrina e jurisprudência, dentro de toda uma lógica apreendida dentro desse campo do saber. São formas diferentes de se expressar um conhecimento científico, ambas válidas e legítimas.

O trabalho do historiador, no entanto, baseia-se na escolha de alguns momentos daquilo que foi produzido anteriormente, ele seleciona fatos do passado para solucionar as questões por ele mesmo colocadas no presente. Essa escolha remete à subjetividade do autor, negada pelo positivismo, mas uma subjetividade anterior ao estudo dos fatos, não dita, não confessada pelo historiador, parte velada de seu trabalho, porém

importante e decisiva. É a opção pelo tema que define a paixão e o afinco com que o pesquisador vai se dedicar aos seus estudos, bem como os métodos a serem utilizados em seu trabalho. O discurso resultante dessa pesquisa nunca vai ser alheio, portanto, ao local do qual se parte, e o próprio texto escrito poderá deixar pistas disso: a utilização de argumentos de historiadores famosos e respeitados (que variam conforme as escolas ou temas de pesquisa) se tornam pontos de referência importante para melhor avaliação de um texto, permitindo perceber a escola a qual aquele que escreve está filiado. Citar Marc Bloch ou Michel de Certeau, sem necessidade de explicar quem são esse nomes, pode ser, por vezes, mais relevante do que o próprio conteúdo do texto em questão. No caso do Direito, como não citar Pontes de Miranda, quando se trata de Direito Civil? Como não mencionar Cesare Lombroso ou Luigi Ferrajoli, quando se escreve sobre Direito Penal?<sup>1</sup>

Os verdadeiros leitores dos textos históricos acabam sendo os pares daquele que escreve: mesmo sendo a sociedade em geral o destinatário final da obra, esta será julgada por aqueles que também produzem História, e somente sendo reconhecida por esses é que ela passa a ter valor. Da mesma forma o Direito: embora tenha como finalidade última a promoção da Justiça, desde a elaboração de um processo (da petição inicial à execução da sentença) até as obras doutrinárias, o leitor é aquele também conhecedor da linguagem e das práticas jurídicas. Curiosamente, Certeau fala das “leis do meio”, ao tratar dessa questão no campo historiográfico. É o grupo de historiadores que considera ou não um trabalho como de História, inserindo-o como parte de um discurso, de um conjunto de práticas maior: “Cada resultado individual se inscreve numa rede cujos elementos dependem estritamente uns dos outros, e cuja combinação dinâmica forma a história num momento dado”. (CERTEAU, 2002:72) A obra só se torna válida, se puder ser agregada ao conjunto pré-existente, por isso é produto de um lugar.

---

<sup>1</sup> Pontes de Miranda é considerado o maior jurista do século XX no Brasil, suas obras sobre Direito Civil e processual são marcos na doutrina jurídica. A partir de 1934, foi consultor na elaborações de todas as constituições. Cesare Lombroso é considerado o fundador da Antropologia Criminal, estudando o criminoso de forma antropológica, tentando encontrar uma explicação causal do comportamento anti-social. O criminoso de Lombroso seria reconhecido por uma série de estigmas físicos, tais como assimetria do rosto, dentição anormal, orelhas grandes, etc. Embora tenha sido uma teoria radical, uma de suas contribuições foi levar às ciências criminais a observação do delinqüente através do método indutivo-experimental. (BITENCOURT, 2004) Luigi Ferrajoli, por sua vez, estruturou a teoria do garantismo penal ou da justiça garantista: o processo penal deve ser, antes de tudo, garantidor dos direitos fundamentais do homem, e é o reconhecimento dessa legitimidade que assegura a legitimidade da jurisdição e a independência do Poder Judiciário. (LOPES JÚNIOR, 2001)  
CONTRAPONTO – Revista Eletrônica de História, Teresina, n. 1, v. 1, jun. 2011.

Para além desse lugar de onde se fala, é preciso levar em consideração, também, a História como prática que interpreta os vestígios do passado (objetos, documentos, memória), transformando-os em material inteligível através da escrita. Mais uma vez, sustenta-se que nesse processo a subjetividade daquele que escreve está presente, mas não invalida a obra. A tradução que o historiador faz da realidade tem como característica a produção de novos elementos (nova visão de fatos históricos, uma abordagem diferenciada de antigos temas, ou a própria descoberta de processos antes desconhecidos), atuando ele como um agente transformador da sociedade. (CERTEAU, 2002) Um aspecto que pode ser comparado a atividade do jurista, cuja atuação também visa transformar o mundo em que atua, tendo como fim último a perfeita aplicação da Justiça. Muito embora a Justiça plena, perfeita, infalível não exista no mundo real, pois é fruto da atuação de homens, seres humanos e imperfeitos por natureza, a concepção do Direito é ser o ideal do justo, permitindo o funcionamento do devido processo legal em todas as instâncias jurídicas, permitindo a ambas as partes envolvidas nas demandas o suficiente e satisfatório acesso à Justiça. Aspecto facilmente comparado a questão da verdade histórica: como afirmar que todos os fatos realmente ocorreram como descritos? Como garantir, efetivamente, a existência de determinados personagens e processos históricos? Assim como a Justiça plena, a verdade histórica, embora impossível, é um ideal válido a ser perseguido.

O produto da pesquisa e interpretação do historiador se corporifica, dessa maneira, através de sua escrita; mas quem são seus leitores? Alguns, como o sociólogo Pierre Bourdieu, afirmam que esses são os demais historiadores, preocupados com as diversas manifestações e teorias históricas. Entretanto, o filósofo Paul Ricoeur atenta para um importante pacto entre o autor da escrita da História e o leitor cidadão. A forte relação que a História possui com a memória (a qual Ricoeur afirma ser a matriz de toda História) leva o leitor, assim como o autor, a considerar a questão da busca da verdade. Até que ponto o historiador poderia reconstituir essa verdade? Isso seria possível? (RICOEUR, 2000)

Trazendo uma interessante comparação entre o historiador e uma das mais importantes funções jurídicas, o juiz, Ricoeur busca discutir, em sua obra *A memória, a história, o esquecimento*, até que ponto existe uma imparcialidade no trabalho de ambos, assim como os limites de sua atuação. O filósofo não nega a semelhança na

forma de trabalho de ambos profissionais: tanto juiz como o historiador elaboram suas interpretações a partir de fatos ocorridos na sociedade e tem como fonte primordial o testemunho. Ao estudar os documentos existentes num arquivo, aquele que escreve História baseia-se na leitura do que foi escrito por nossos antepassados. Ao ler todos os autos de um processo para proferir sua sentença, o juiz baseia-se naquilo que os advogados lhe contam a partir do depoimento de seus representados. Tanto um como o outro têm como fonte primeira o testemunho. Justamente por se tratar desse tipo de fonte é que ambos se tornam peritos na exibição de falsificações e mestres no manejo da suspeita, pois sua preocupação é com a prova e a credibilidade do testemunho. É preciso buscar a verdade e, portanto, saber distinguir o falso do verdadeiro.

Todavia, as semelhanças não levam a uma identidade de funções, pois as responsabilidades de cada um são diversas. Enquanto a função do juiz é analisar todos os fatos que constam no processo, e tão somente esses (é uma máxima do Direito: “se não está nos autos, não existe.”), o historiador deve ter uma visão muito mais ampla. O julgamento de uma pessoa nos tribunais recai sobre um fato isolado de sua vida, uma única atitude condenada pelo ordenamento do Estado. Um assassino, por mais que seja uma boa pessoa, ótimo pai de família, amigo ou trabalhador, será julgado pelo crime cometido, não pela pessoa que é. O juiz deve julgar, decidir e concluir o caso: “ele deve reinstaurar uma justa distância entre o culpado e a vítima, segundo uma topologia imperiosamente binária.”(RICOEUR, 2007: 335) O historiador possui outras atribuições: além de compreender todos os aspectos da vida do indivíduo, alinhando os fatos incriminadores aos demais da vida, sua interpretação (por menos imparcial que possa vir a ser) não pode levar a julgamentos decisivos. A função social exercida pelo historiador na sociedade não é julgar fatos e indivíduos, mas estar sempre em busca daquela verdade histórica (que, assim como a Justiça plena, é impossível), entregando seus resultados para a sociedade, em resposta a seus anseios e necessidades. O cidadão, segundo Ricoeur, aparece como um terceiro nessa dupla juiz/historiador: “apenas a convicção do cidadão justifica, em última instância, a equidade do procedimento penal no recinto do tribunal e a honestidade intelectual do historiador nos arquivos.” (RICOEUR, 2007: 347)

Ao se transitar entre os campos da História e do Direito, cabe levar em consideração, também, os estudos do sociólogo Pierre Bourdieu acerca da estrutura de

relações entre agentes que integram uma determinada esfera de atuação. Seu conceito de *campo* é fundamental para a compreensão do funcionamento tanto do meio da História, quanto do jurídico: pode-se considerar o campo acadêmico como a esfera de atuação dos historiadores e o campo do Direito como espaço onde se desenvolvem as relações jurídicas. Entende-se por noção de campo o conjunto de estruturas autônomas capazes de constituir regras próprias de ingresso e de funcionamento, dentro das quais há grande atuação dos agentes, que reproduzem as práticas mais usuais de seu grupo. Mesmo sem ter domínio consciente, esses agentes são produtores e reprodutores de um sentido objetivo: suas ações acabam sendo o produto de um *modus operandi* aceito e legitimado por aqueles que compartilham esse meio. Tais práticas conformam um conhecimento adquirido e incorporado de posturas “depositada em cada agente pela educação primeira”, (BOURDIEU, 1983:71) aquilo que Bourdieu chama de *habitus*. Segundo isso, para integrar, e permanecer, num determinado campo acaba-se por adotar práticas já “consagradas”, aceitas por grande parte dos agentes envolvidos, e até mesmo por aqueles que estão de fora. Sendo essas práticas produto de uma conjuntura, pode-se considerar que o *habitus* produz, também, História, por isso o estudo histórico de um campo torna-se uma forma legítima de análise. (BOURDIEU, 2007)

Dentro dessa lógica de pensamento, a História pode ser considerada como um campo científico; um campo como outro qualquer daqueles estudados por Bourdieu, e cuja estrutura e funcionamento tem como objetivo tornar válidas afirmações no jogo pelo monopólio da autoridade científica. Compreendendo esses campos como espaço de forças e lutas (simbólicas) que visam à manutenção do *status quo* ou a transformação desse campo, as leis que regem a esfera científica podem ser aplicadas para compreensão do campo da História, onde cada profissional é designado pela posição que ocupa, assim como a escolha de seus problemas, métodos e estratégias, tendo como objetivo último o reconhecimento de seus pares. Existe uma relação de forças exercida por aqueles que o compõe, opondo os dominantes (exemplo disso seriam os historiadores renomados devido a uma vida inteira voltada para os estudos de determinadas questões, o que acaba os tornando referência ou os professores mais reconhecidos dentro das universidades) e os dominados (alunos recém ingressantes nos cursos superiores e, por que não considerar, os leitores das obras históricas produzidas?). Nesse embate, torna-se vitorioso aquele que consegue impor o

reconhecimento de sua pesquisa como válida para si e, também, para a própria comunidade científica, contribuindo para todo um capital previamente já acumulado por seus antecessores. Nenhuma obra deixa de levar em consideração a historiografia pré-existente sobre determinado tema. Pode-se se tomar como exemplo, o estudo da formação do Estado e da política brasileira durante o período imperial: não se pode excluir a análise de autores como Max Weber, Raymundo Faoro e José Murilo de Carvalho, considerados “clássicos” para a questão.

Max Weber conceitua o Estado como detentor do monopólio da força legítima, sendo de grande auxílio para compreender o novo estado brasileiro que começa a ser organizado após a independência, mas, para além da questão estatal, também trata da questão da dominação, sobretudo a dominação legal, caracterizada pela existência do aparelho burocrático nos Estados. Afirma que a administração burocrática, formada por um quadro de profissionais habilitados para exercer as funções, seria a forma mais racional de dominação, pois através dela se alcançaria tecnicamente o máximo de rendimento em virtude de precisão, continuidade, disciplina, rigor e confiabilidade (WEBER, 2004).

Raymundo Faoro trabalha com a ideia de que, ao longo da História do Brasil, houve uma estrutura que permaneceu inalterada, uma estrutura de dominação transplantada de Portugal desde os primórdios da colonização: o estamento. Tal estrutura seria a organização político-administrativa, juridicamente pensada e escrita, racionalizada e sistematizada pelos juristas, compondo uma camada social preparada para o domínio, com membros qualificados para exercer o poder. Esse grupo dominante, essa minoria estudada e pronta para governar, apropria-se do aparelho burocrático, comandando as esferas cível, militar, econômica, política e financeira (FAORO, 2001).

José de Murilo de Carvalho, por sua vez, aponta que, ainda durante o período anterior, os “construtores” do Estado Imperial foram capazes de realizar uma engenhosa combinação de modelos importados: a organização política inspirava-se no constitucionalismo inglês (ensaiou um governo de gabinete com partidos nacionais, eleições e imprensa livre) e a organização administrativa utilizou-se de elementos portugueses e franceses de centralização política. Importações que visavam, antes de tudo, garantir a sobrevivência da unidade política do país, mantendo a união das

províncias e a ordem social. (CARVALHO, 1998) Essa forma de argumentação é constante em qualquer trabalho histórico.

A lógica de funcionamento e as regularidades do campo do Direito obedecem a uma estrutura similar, segundo Bourdieu, o qual procurou perceber os aspectos simbólicos que tornavam a ciência jurídica uma esfera influente nas decisões tomadas pelos grupos dominantes. Afirmou que o Direito possui uma visão de mundo que, muitas vezes, consagra a ordem estabelecida pelo Estado, portanto, o discurso jurídico vincula-se às esferas dominantes de poder. O sociólogo trabalhou com aspectos desse campo para entender sua função simbólica de determinar a adaptação do Direito às transformações que ocorrem no mundo real, legitimando as relações sociais. Afirmou que o mundo jurídico seria um espaço de concorrência entre seus operadores e, da luta simbólica travada por esses, através de discursos normativos e principiológicos, resulta uma decisão que se torna válida e eficaz para os envolvidos, mas também para todos aqueles que optaram por se submeter às regras do campo (os denominados profanos que procuram os serviços dos profissionais, ou que, involuntariamente, são submetidos à eles). O campo judicial seria, portanto, um espaço social organizado no qual e pelo qual se opera a transmutação de um conflito entre as partes diretamente interessadas em um debate juridicamente regulado entre profissionais conhecedores das regras do jogo jurídico, que atuam no lugar dessas partes mediante procuração. (BOURDIEU, 2007)

Assim como no campo científico no qual se pode inserir o espaço de sociabilidade da História, no campo jurídico também existe concorrência: enquanto no primeiro o que se pretende é o reconhecimento para “dizer a História”, fazer valer as argumentações e discursos sobre questões acerca do passado humano, o segundo caracteriza-se por um espaço de concorrência pelo “monopólio do direito de dizer o Direito.” (BOURDIEU, 2007:212) Os operadores são atribuídos de competência social e técnica para interpretar o *corpus* de lei que consagram a visão justa do mundo social. Essa disputa contribui para legitimar o sistema de normas, tanto frente àqueles que as operam (juízes, advogados e legisladores), como quanto àqueles que a elas estão sujeitos: os cidadãos que recorrem ao auxílio técnico de um jurista para resolver suas demandas não solucionadas sem intervenção de um terceiro.

A mesma concorrência produz uma racionalização que afasta cada vez mais os profissionais dos leigos e profanos, tornando o campo cada vez mais distanciado e

autônomo frente à sociedade. A reivindicação da autonomia do pensamento e da ação jurídica vincula-se à crença de uma teoria pura do Direito, sem intervenção externa. O espaço judicial gera uma fronteira que divide aqueles que estão no “jogo” e os excluídos, constituindo uma realidade aceita e reconhecida por aqueles envolvidos no campo. A prática dos magistrados é o caráter de renovação e mudança que permite a sobrevivência do sistema, uma renovação que os teóricos integram ao sistema, tornando novos princípios e regras em um corpo sistemático com fins de aplicação universal. Os juristas praticam uma exegese necessária para o ordenamento do sistema, garantindo que o corpo jurídico seja coerente e controlado. Nessa prática não se exclui uma função de invenção, pois o Direito é constantemente criado e interpretado e o juiz não só aplica a norma como, muitas vezes, deve criar uma alternativa aplicável ao caso concreto. A existência de normas escritas, codificadas, diminui a arbitrariedade, e a conduta dos operadores deve sujeitar-se a isso, entretanto, ainda existe uma parcela de autonomia que permite a adaptação das fontes a circunstâncias novas que aparecem na sociedade. (BOURDIEU, 2007) Pode-se, dessa forma separar o Direito das transformações sociais que ocorrem? Logicamente, não, e cabe ao historiador compreender esses vínculos.

### **3 Historiadores e juristas na escrita da História do Direito**

Produto não somente do trabalho intelectual do historiador, tampouco da experiência nos fóruns e tribunais, a História do Direito pode ser feita por ambos profissionais. Cada um pode contribuir com a sua visão acadêmica sobre o assunto e trocar experiências e informações, ampliando o campo e as possibilidades de estudo. Considerando afirmações do próprio Bourdieu, que estudou essas esferas de forma separada, é possível compreender a necessidade de diálogo: sendo o campo do Direito espaço de concorrência que produz afastamento entre juristas e sociedade, baseando-se na teoria de um Direito sem intervenção externa, a História aparece como forma de unir esses dois mundos. Através da História do Direito, é possível ver no Direito o reflexo das relações sociais, percebendo todos os aspectos que influem no campo. Como já afirmado anteriormente, a interação entre as esferas já existe e já foi tratada por estudiosos, tanto de um como outro campo.

E. P. Thompson, por exemplo, é um historiador que trabalha com questões vinculantes ao Direito e à História: seu estudo sobre a lei inglesa, criada para resolver questões de contestação da propriedade privada no século XVIII, levantou importantes observações acerca da lei como um instrumento de mediação das relações entre as diferentes esferas da sociedade. (THOMPSON, 1987) Thompson acentuou três aspectos que uma lei pode possuir: a lei como norma, como dispositivo; a lei como instituição (tribunais e magistrados que simbolizam o poder do direito, caso em que a lei se torna um instrumento de dominação da “classe” dominante); e a lei como ideologia, quando dominantes e dominados aceitam se submeter a determinadas normas, ou ordenamentos, acreditando que a mesma, no mínimo, pareça justa. O aspecto central da temática é a preocupação com a constituição e o desenvolvimento das noções de Justiça entre os dominados e o papel que ela exerce em suas vidas. A questão do Direito se fez presente na produção historiográfica e teórica de Thompson, inclusive em seus trabalhos sobre a formação da classe operária inglesa. (FORTES, 1995)

No campo de estudo da História Social tem crescido cada vez mais o número de trabalhos voltados para problematização do papel desempenhado pela lei e o Direito frente a questões políticas e de dominação e resistência. Thompson e aqueles que escrevem sobre sua obra são alguns desses estudiosos. Os novos estudos sobre escravidão são outro aspecto dessa preocupação, bem como as questões vinculadas às relações trabalhistas. No caso dos estudos sobre escravidão, as fontes cada vez mais utilizadas são os processos-crime, que possibilitam observar, em seu conteúdo, não somente as funções exercidas pelos magistrados, mas também a organização da Justiça, o cotidiano dos escravos e as formas com que reagiam aos mandos e desmandos de seus proprietários. Os fatos conflituosos envolvendo os cativos, uma vez tornados jurídicos, permitem recuperar as relações entre os habitantes de determinada localidade, pequenos atos do dia-a-dia, assim como as redes de sociabilidade e solidariedade. Além da legislação escravista, ações de liberdade e de escravidão também são fontes utilizadas para análise das práticas sociais e jurídicas acerca da manutenção da escravidão e a tentativa dos escravos de utilizarem os tribunais como forma de alcançar a liberdade. (LARA, 2006)

O mundo das leis do trabalho é, atualmente, outra área de interesse dos pesquisadores. A historiografia tem se voltado cada vez mais sobre o estudo dos

mecanismos jurídicos e as legislações que conformaram o universo dos trabalhadores, desde aquelas referentes à escravidão até os desdobramentos atuais que sofre a Consolidação das Leis do Trabalho. História que está sendo escrita, tanto por historiadores quanto por juristas.<sup>2</sup> Cada vez mais, as trocas são efetuadas e muito bem vindas, pois um campo não está alheio ao outro.

Em outro eixo da História Social, influenciado pelas pesquisas dos historiadores ingleses como E. P. Thompson, e outros intelectuais como Michel Foucault e Norbert Elias, o crime foi deslocado para o centro da vida social, destacando a proximidade entre o cotidiano e o comportamento considerado criminoso. Impulsionado pela pesquisa nos arquivos criminais (tanto processuais, como arquivos da polícia), esse tema trouxe contribuições para História, ao mesmo tempo em que seu discurso produziu resultados para expectativas dos funcionários da Justiça. O estudo dessas fontes forneceu conhecimento relevante sobre o funcionamento do poder jurídico. Os trabalhos que envolvem criminalidade são feitos, sobretudo, na área das Ciências Sociais, como resultado da complexidade do tema e do interesse público. O aumento da criminalidade e a falta de controle por parte da segurança pública acabam gerando tal preocupação e tentativas de compreensão do fenômeno. O tema não é novo, pois já na década de 1970, sociólogos preocupavam-se com isso e, desde então, a quantidade de trabalhos só aumentou.<sup>3</sup>

A história da polícia é outro tema que interessa aos pesquisadores, que desde o final da década de 1960 mostram a atividade policial como trabalho que ia muito além do combate ao crime: em muitos casos, a decisão tomada pelo policial (autoridade que confrontava o delinquente de forma mais imediata) não estava prevista em regulamentos; sua ação, muitas vezes, extrapolava a lei. Algo que permite perceber não somente aspectos da justiça criminal (seus regulamentos, processos e práticas), mas também as formas com que essas autoridades, que lidavam diretamente com a violência, enfrentavam as mais diversas situações, um estudo das práticas do cotidiano policial e as pressões sociais. (MAUCH, 2007)

---

<sup>2</sup> Como exemplo disso, duas obras, de um historiador e uma juíza, respectivamente: (SOUZA, 2007; BIAVASCHI, 2007).

<sup>3</sup> Em artigo publicado há uma década atrás, Roberto Kant de Lima faz um levantamento bibliográfico relevante sobre o estudo da temática. Trabalho que, sem dúvida, deve ser atualizado mediante a existência de novas pesquisas. (KANT DE LIMA et al, 2000)  
CONTRAPONTO – Revista Eletrônica de História, Teresina, n. 1, v. 1, jun. 2011.

Todos esses exemplos mostram que a possibilidade de diálogo existe e o historiador possui legitimidade e qualificação para escrever, também, sobre História do Direito. Por vezes, poderão encontrar certa resistência por parte dos operadores do Direito, que se consideram os únicos conhecedores das leis e práticas de seu mundo, entretanto, o que esses mesmos juristas fazem para defender seus clientes? Na elaboração dos autos processuais e na própria declaração da sentença, buscam argumentos para justificar seus pontos de vista. Quando se trata de uma questão de família, os operadores buscam toda a doutrina pertinente ao caso para seu respaldo, investigam a fundo a vida dos “profanos” envolvidos na lide. Da mesma forma, quando se trata de um crime, procedem os advogados como verdadeiros investigadores, tal qual o historiador faz frente ao estudo de qualquer outro tema: investiga, esmiúça, procura detalhes e busca em obras pré-existentes a melhor compreensão daquilo que estuda. O historiador que se volta para a História do Direito procura conhecer as regras do campo jurídico, compreendê-las e utilizá-las em sua escrita.

O jurista Antonio Manuel Hespanha, cujas contribuições para a História são de grande valor, afirma que as instituições jurídicas estão atreladas ao mundo em que são praticadas, acompanhando o desenvolvimento da sociedade. (HESPANHA, 2002) Ocorre, então, que a História do Direito deve ser mais do que o estudo das instituições jurídicas, um simples resgate histórico e cronológico de leis, princípios e instituições (desde os preceitos, valores, ordenamentos, até a história de tribunais e sistemas jurídicos), tal como sempre foi caracterizada. A História do Direito ultrapassa o simples estudo das instituições e dos sistemas jurídicos, devendo ser, também, a interpretação da interação do Direito com a sociedade que o cerca, uma vez que esse último é o próprio ordenamento das relações sociais. Ele existe porque os homens interagem entre si e atribuem valores a tudo que os circundam.

A atribuição de valores às necessidades da vida é que determina as ações a serem tomadas: trabalho, compra, venda, matrimônio, delito, etc. Liames que unem os homens e que podem assumir variadas facetas: isso é a relação jurídica que vai vincular os diferentes homens em torno de valores comuns. O Direito é, assim, feito pela sociedade e para a sociedade. Fazer História do Direito, então, pressupõe o estudo do mundo jurídico (com todo seu formalismo, leis, normas, princípios e teorias), mas sem deixar de observar o mundo social no qual ele está inserido. Tanto o jurista como o historiador

são profissionais legítimos para escrevê-la. Ao jurista cabe não esquecer os vínculos que o ordenamento e todas as suas expressões (leis, processos, doutrinas) possuem com a sociedade. Ao historiador é preciso atentar para a tendência em fazer sempre valer a voz dos oprimidos: nem só dos dominados há uma História. Pesquisar sobre a vida e obra dos responsáveis pela elaboração das leis e ideias jurídicas tornam-se formas diferentes de escrever a História. Fazer História do Direito é fazer uma análise histórica do Direito, o que é vinculado, tanto ao campo do Direito como ao da História.

## REFERÊNCIAS

BIAVASCHI, Magda Barros. *O direito do trabalho no Brasil – 1930-1942: a construção do sujeito de direitos trabalhistas*. São Paulo: LTR/Jutra-Associação Luso-brasileira de Juristas do Trabalho, 2007.

BITENCOURT, Cesar Roberto. *Tratado de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 2004.

BLOCH, Marc. *Apologia da História*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

BOURDIEU, Pierre. *Pierre Bourdieu: sociologia*. Organização Renato Ortiz. Tradução Paula Montero e Alícia Auzmendi. São Paulo: Ática, 1983.

BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2007.

CARVALHO, José Murilo. *Pontos e bordados: escritos de história e política*. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 1998.

CERTEAU, Michel de. *A escrita da História*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002.

FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. São Paulo: Globo, 2001.

FORTES, Alexandre. “O Direito na obra de E. P. Thompson”. *Historia Social*, Campinas, n. 2, p. 89-111, 1995.

GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1995.

GUERRA, François-Xavier. El renacer de la Historia Política: razones y propuestas. In: ANDRÉS-GALLEGO, José. *New History, Nouvelle Histoire: hacia una nueva Historia*. Madri: Actas, 1993.

CONTRAPONTO – Revista Eletrônica de História, Teresina, n. 1, v. 1, jun. 2011.

HESPANHA, Antonio Manuel. O Direito no início da era moderna e a imaginação antropológica da antiga cultura europeia. *Justiça e História*, Porto Alegre, v.2, n.4, 2002.

HESPANHA, Antonio Manuel. *Direito luso-brasileiro no Antigo Regime*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

HESPANHA, Antonio Manuel. *O caleidoscópio do direito: o direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje*. Coimbra: Almedina, 2009.

KANT DE LIMA et all Violência, criminalidade, segurança publica e Justiça Criminal no Brasil: uma bibliografia. *BIB*, Rio de Janeiro, n. 50, p. 45-123, 2º sem., 2000.

LARA, Silvia Hunold. Mais do que simples encontros. *Revista de História da Biblioteca Nacional*, Rio de Janeiro, ano 2, n.17, fev. 2007.

LARA, Silvia Hunold; MENDONÇA, Joseli Maria Nunes (Orgs.). *Direitos e justiças no Brasil*. Campinas: UNICAMP, 2006.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

MAUCH, Claudia. Considerações sobre a história da polícia. *MÉTIS: história & cultura*, Caxias do Sul, v. 6, n. 11, p. 107-119, jan/jun. 2007.

RICOUER, Paul. L'écriture de l'histoire et la representation du passe. *Annales HSS*, [s.l], année 55, n.4, p. 731-747, 2000.

RICOEUR, Paul. *A memória, a história, o esquecimento*. Campinas: UNICAMP, 2007.

SOUZA, Samuel. *Coagidos ou subornados: trabalhadores, sindicatos, Estado e as leis do trabalho nos anos 30*. 2007. Tese. Programa de Pós-graduação em História, Universidade de Campinas, Campinas, 2007.

THOMPSON, E. P. *Senhores e caçadores*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

VILLEY, Michel. *Direito romano*. Porto: Resjurídica, [s.d.].

WEBER, Max. *Economia e sociedade*. São Paulo: UNB, 2004.