

A questão da discriminação racial nos manuais de História do Direito

Recebido: 12/12/2019
Aprovado: 10/10/2020

Jurandir Antonio Sá Barreto Junior

Mestre em Direito Público (UFPE), Mestre em História e Filosofia das Ciências (UFBA), Doutor em Estudos Étnicos e Africanos (UFBA), Professor da Universidade do Estado da Bahia (UNEB)

RESUMO

Este trabalho tem por objetivo realizar uma breve reflexão sobre o papel pedagógico da disciplina História do Direito, sobretudo no que diz respeito à questão racial, a partir dos manuais recentemente publicados e utilizados no espaço acadêmico jurídico. Afirma-se que, de maneira geral, no que tange à referida questão a maioria dos manuais padecem de deficiências que não colaboram epistemologicamente para o enfrentamento da discriminação racial e o aumento da consciência crítica do problema. O trabalho divide-se em quatro partes. A primeira parte trata do conceito da disciplina história do Direito. A segunda parte descreve a história da disciplina no contexto brasileiro. A terceira parte reflete sobre o papel do ensino jurídico e especificamente do ensino da disciplina História do Direito e a quarta e última parte investiga a questão da abordagem da questão racial nos manuais de História do Direito.

PALAVRAS-CHAVE:

História do Direito; Conflitos Interétnicos; Escravidão

Introdução

A Portaria n. 1886 de 30 de dezembro de 1994 e a Lei n. 10.639 de 9 de janeiro de 2003 constituem-se em dois importantes diplomas legais para a intelectualidade brasileira. O primeiro deles assegurou a presença de disciplinas fundamentais no currículo pleno do curso de Direito, desencadeando o retorno da disciplina História do Direito, e o segundo diploma legal, lei federal, assegurou o ensino de História e Cultura Afro-brasileira tornando-o obrigatório nos ensinos fundamental e médio.

Nesse estudo, pretende-se relacionar a História do Direito no Brasil e a História Afro-brasileira, fazendo uma provocação no sentido de questionar a quase ausência de referência à cultura afro-brasileira nos manuais de História do Direito, e a mitigação da sua importância.

Sabe-se que a obrigatoriedade do ensino da Cultura Afro-brasileira restringe-se ao ensino fundamental, não incidindo, infelizmente, no nível superior; contudo, a proposta de afirmação das disciplinas fundamentais no curso de Direito, consistiu em fornecer um papel crítico, tornando possível, ao mesmo tempo, o estudo da dogmática, relacionando-a ao contexto político-cultural na qual está inserida. Nesse sentido, espera-se que a disciplina História do Direito realize uma análise profunda dos problemas estruturais da história brasileira, conectando o ordenamento jurídico aos novos contextos históricos da vida nacional.

A escravidão constituiu-se numa estrutura fundamental sobre a qual foi implantada a construção do Brasil, fato constatado pelas Ciências Sociais, tornando-se numa linguagem, gramática que moldou o comportamento cultural da nação, sendo em boa medida responsável pelos atuais fenômenos da “cultura do estupro”, da violência social, do desprezo pela educação popular e do apego às hierarquias de mando.

Não se escapava da escravidão. Aliás, no caso brasileiro, de tão disseminada ela deixou de ser privilégio de senhores de engenho. Padres, militares, funcionários públicos, artesãos, taverneiros, comerciantes, pequenos lavradores, grandes proprietários, a população mais pobre e até libertos possuíam cativos. E, sendo assim, a escravidão foi bem mais que um sistema econômico: ela moldou condutas, definiu desigualdades sociais, fez de raça e cor marcadores de diferença fundamentais, ordenou etiquetas de mando e obediência, e criou uma sociedade condicionada pelo paternalismo e por uma hierarquia muito estrita.¹

Sem querermos fazer afirmações lineares pode-se dizer que, por sua durabilidade de 350 anos da história nacional e também por suas consequências funestas que se espraiam até os dias atuais, a escravidão pode ser apontada como causa da exclusão social da população afro-brasileira, sendo

1 Lília Moritz Schwarcz, *Sobre o Autoritarismo Brasileiro*. São Paulo: Companhia das Letras, 2019 p.27-28

também responsável pelos impactos da violência que esta ainda sofre.

Existem dois países dentro do Brasil, um para negros e outro para não negros. Segundo dados do Atlas da Violência de 2019, o país registrou 65.602 casos de homicídio em 2017, o maior da história. Em 2016, foram 62.517 homicídios.

A violência, contudo, não é distribuída de maneira igual entre todos. Números segmentados pelo quesito raça/cor mostram que pretos e pardos, categorias que compõem o grupo negro, são as principais vítimas de homicídio.

De acordo com o estudo, para cada indivíduo não negro assassinado, outros 2,7 negros tinham a vida tirada. Ainda segundo o documento, 43,1 negros foram mortos para cada grupo de 100 mil habitantes, enquanto 16 não negros foram executados para cada grupo de 100 mil habitantes. A estatística representa um avanço na letalidade de negros, que foi de 40,2 para cada grupo de 100 mil habitantes em 2016. Não houve variação significativa entre não negros.²

Em que pese tal fato, os manuais de História do Direito examinados nesse trabalho, com raras exceções, abordam a escravidão e seus efeitos de maneira superficial, reduzindo-a a poucos parágrafos. Tal constatação é fruto do exame de vários manuais de História do Direito que orientam o ensino da disciplina nas faculdades de Direito do Brasil.

Acreditamos que tal abordagem abreviada da história e cultura afro-brasileira tem por fundamento a crença segundo a qual vivemos numa democracia racial e portanto, os conflitos interétnicos tendem à dissolver-se naturalmente e além disso no racismo estrutural, sistema de opressão conduzido por um grupo étnico possuidor de privilégios simbólicos e reais, que estabelece relações de poder nas quais outros grupos são marginalizados, inclusive no que diz respeito à interpretação histórica.

Epistemologicamente, pode-se afirmar que a referida indiferença à importância da escravidão e dos conflitos raciais no contexto dos manuais, é influenciada pela força que tem a corrente metodológica da história tradicional, herdeira da doutrina positivista. Tal doutrina, visando o conhecimento, entendia o dever-ser como um desencadeamento causal dos acontecimentos factuais, sendo necessário descrevê-los de maneira imparcial. Tinha por objetos preferenciais temas grandiloquentes como o estado, a política, os grandes homens da história, a evolução, os sistemas jurídicos etc., não cabendo espaço para fatos não tão grandiosos como a escravidão, fato histórico carregado de significados valorativos e visto como um retrocesso. Sobre os pressupostos positivistas na historiografia pode-se afirmar que:

Incumbe ao historiador não julgar o passado nem instruir seus contemporâneos, mas simplesmente dar conta do que realmente se passou. Ressalta aqui a opção metodológica (mais do que isso, a necessidade) de se estabelecer, no confronto

2 Alma Preta, *Atlas da violência 2019: “É como se os negros e não negros vivessem em dois países diferentes”*, <https://br.noticias.yahoo.com/atlas-violencia-aumento-violencia-negros-150121266.html>, acesso em 22/10/2019

do historiador com o passado histórico, a radical separação entre valores e fatos, a aplicação estrita do princípio da neutralidade axiológica, sob pena de inquinar a pesquisa histórica com a mácula da subjetividade e, dessa forma, torna-la um saber não “científico”. O historiador deve ater-se tão somente aos fatos, deixando de lado seus valores. E atendo-se somente aos fatos, o historiador, para o positivismo, terá aberto as vias para descrever aquilo que “realmente se passou”. Percebe-se, portanto, que a verdade histórica (“aquilo que realmente se passou”) é a meta do conhecimento histórico positivista, é um objetivo que pode ser atingido (ao menos idealmente) se a pesquisa, do ponto de vista metódico, não “ceder”, sobretudo às tentações subjetivistas.³

Os manuais de história do direito, de maneira geral, parecem desconhecer outras correntes históricas como o materialismo histórico, a Escola dos Annales, a arqueologia e genealogia foucaultianas etc., sequer fazem menção, quando tratam da escravidão, da nova tendência na historiografia brasileira contemporânea de relacionar as leis e os conflitos judiciais envolvendo escravizados ao contexto cultural, ao imaginário, às micro histórias envolvendo os atores sociais etc., presentes em livros como “Visões da Liberdade” de Sidney Chalhoub, “Caetana diz não” de Sandra Lauderdale, “Liberata. A lei da ambiguidade” de Keila Grinberg, “O Direito dos Escravos” de Elciene Azevedo entre outros.

A indiferença epistemológica no trato da discriminação racial e da escravidão no contexto dos manuais de história do direito contribui para que esse tema continue sendo mitigado nas academias, e o problema da discriminação racial; não seja visualizado da maneira que deveria ser nos cursos jurídicos, ou seja, como um importante problema da realidade nacional, marcada por conflitos inter-raciais ideologicamente ignorados por causa do persistente mito da democracia racial.

1. CONCEITO DE HISTÓRIA DO DIREITO

A História do Direito é uma disciplina histórico-jurídica que tem por finalidade investigar a manifestação do fenômeno jurídico consubstanciado na cultura de uma época. Mais particularmente, investiga, no contexto do devir histórico, a evolução dos institutos jurídicos, com a preocupação de compreender a forma pela qual os mesmos se realizam no presente.

Deve-se entender a História do Direito sob duas perspectivas: a historicidade e a cultura. Sob a perspectiva da historicidade, compreende-se que todo ente ou significante existencial adquire significado em uma determinada conjuntura temporal, ou seja, só podemos entender qualquer fenômeno existencial no seu contexto histórico. Com isso, queremos dizer que tudo que existe, existe historicamente. Da mesma forma, refletir e analisar um ente cultural qualquer, fora do contexto histórico, constitui-se numa abstração.

Sob a perspectiva cultural, vislumbra-se que o Direito, como tudo aquilo que é criado pelo ser humano, portanto, ente não natural, fenomeniza-se como uma manifestação do espírito na

³ Ricardo Marcelo Fonseca. *Introdução Teórica à História do Direito*. Curitiba: Juruá Editora, 2009, p.53

temporalidade. Tal fenomenização indica o estágio de desenvolvimento e a percepção da contingência existencial humana diante das necessidades que lhe são impostas pelas circunstâncias.

Conclui-se que cultura e historicidade são categorias intercambiáveis e complementares, razão pela qual podemos dizer que o fenômeno jurídico no devir histórico, matéria de reflexão da História do Direito, manifesta-se também como produto cultural ou do espírito de uma determinada época:

Sendo o Direito uma produção humana, ele também é cultura e é produto do tempo histórico no qual a sociedade que o produziu ou produz está inserida. Plagiando o ditado árabe, poderíamos afirmar que o direito se parece com a necessidade histórica da sociedade que o produziu, é, portanto, uma produção cultural e um reflexo das exigências desta sociedade.⁴

A História do Direito tem sido vista como uma simples ciência auxiliar da Ciência Dogmática do Direito, como saber utilizado apenas para compor o quadro das disciplinas do ciclo básico. Tal postura revela ignorância no que diz respeito ao conhecimento da realidade jurídica, haja vista não ser possível conhecer, estrutural e ontologicamente, o Direito e todos os seus ramos, sem conhecer os fundamentos históricos que lhe deram origem e o moldaram para como se encontra agora.

A referida atitude, em boa medida, é fruto de uma postura positivista normativista, que, ao pretender fundamentar o Direito exclusivamente no dever-ser, afastou-lhe as implicações sociológicas e fáticas do mundo do ser, diminuindo a sua importância. Essa forma de pensamento exerceu, e continua exercendo, grande influência na epistemologia e no ensino jurídico.

Tal postura colaborou para a alienação dos juristas no que diz respeito à sua implicação com as questões sociais, sendo, por outro lado, muito bem recepcionada pelo ensino jurídico dos países mergulhados em regimes ditatoriais. Percebendo essa atitude deficiente, num tom de pesar, afirma o conceituado historiador do Direito H. de Page citado por Gilissen:

A História do Direito é muitas vezes tratada com condescendente desdém, por aqueles que entendem ocupar-se apenas do direito positivo. Os juristas que se interessam por ela, quase sempre à custa de investigações muito longas e muito laboriosas, são frequentemente acusados de pedantismo. Uma apreciação deste gênero não beneficia aqueles que a formulam. Quanto mais avançamos no Direito Civil, mais constatamos que a História, muito mais do que a Lógica ou a Teoria, é a única capaz de explicar o que as nossas instituições são as que e porque é que são as que existem.⁵

Portanto, contrários à postura positivista-normativista, reitera-se que a História do Direito não se reduz a uma oca atividade erudita de inventário e catalogação de fatos e institutos jurídicos

4 Flávia Lages de Castro. *História do Direito Geral e do Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006, p.4

5 John Gilissen. *Introdução Histórica ao Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995 p.13

revisitados, numa espécie de história serial, tão ao gosto da maneira de fazer história positivista que existiu até bem pouco tempo, caracterizada pela apreciação dos atos dos grandes homens, dos fatos, da história política dos estados, da diplomacia e das guerras, desprezando-se a coletividade humana e a sua cultura material.

No entender de Luiz Carlos de Azevedo, o esforço do historiador do direito não é nada simples, sendo também extremamente útil para o jurista prático, técnico, dogmático, haja vista não ser possível desvincular o Direito atual das causas responsáveis pela sua forma de ser e existir, senão, vejamos o que diz o ilustre professor:

Não é um trabalho fácil: para bem entender o significado e o alcance de um determinado ordenamento de natureza jurídica, o pesquisador desdobra o seu estudo por etapas, dirigindo-se primeiramente ao conteúdo das normas e instituições; partirá, depois, para as condições sociais que levaram ao estabelecimento daquelas e destas; competirá perscrutar o problema da efetividade do ordenamento no meio em que lhe corresponde, certificando-se de que forma e em que medida tais e quais institutos ainda se encontram válidos, por que desapareceram, ou, ainda, por que não dispõem nem exercem mais a influência que antes gozavam.⁶

Diante disso, não se justifica, na atual conjuntura, sustentar o preconceito positivista empobrecedor e limitante, tornando o jurista despreparado para a compreensão da sua realidade jurídico-social, de tal forma que até o exercício de sua profissão restará prejudicado. Neste sentido, manifesta-se o supracitado autor afirmando que:

Se alguém aspira empenhar-se com afinco ao estudo do Direito, empregando-o e utilizando-o para o exercício de sua atividade profissional, não pode reduzir-se à leitura sistemática dos textos legais vigentes, aplicando-os mecanicamente na medida em que se possa ajustar aos casos concretos; a tarefa é sobremaneira ingente: compreensão e explicação; sugestões e ideias; experiência e interpretação, são qualidades que se integram a este trabalho; e no qual se insere, por sua vez, a História do Direito, pois ela ensina que o Direito não surgiu espontaneamente *ex nihilo*, mas sempre esteve condicionado a incontáveis ordens da realidade, nunca estáticas, mas dinâmicas, e que se alternam conforme igualmente se modificam outros inumeráveis fatores que a vida continuamente proporciona.⁷

2. HISTÓRIA DO ENSINO DA HISTÓRIA DO DIREITO NO BRASIL

Os cursos jurídicos no Brasil foram criados em 1827 (lei de 11 de agosto de 1827), sendo provisoriamente regidos pelos estatutos criados por Luiz José de Carvalho e Mello, Visconde de Cachoeira, haja vista, não haver a congregação de professores elaborado seu regulamento. Nos referidos

⁶ Luiz Carlos Azevedo. *História do Direito – Ciência e Disciplina*. Osasco: EDIFEIO, 2005 p.12

⁷ Azevedo, *História do Direito...*, p.13

estatutos, há menção detalhada à História do Direito, percebendo-se desde já que sempre gozou de importância entre nós. Manda o diploma criado pelo Visconde, que o professor se remeta às origens históricas da monarquia portuguesa, bem como, do seu direito: “Tudo mais que fosse necessário para que os estudantes conhecessem, a fundo, a marcha que tem seguido a ciência do Direito Pátrio até o presente”.⁸

Vinte e seis anos depois, pelo decreto de número 1.134, de 30 de março de 1853, referendado pelo decreto número 1.386, de 28 de abril do mesmo ano, foi inserida a cadeira do Direito Civil Pátrio, no terceiro ano do curso de Direito, intimamente relacionada ao Direito Romano, com o qual mantinha apreciação analítica e comparativa, o que revela a importância dos fundamentos históricos para a compreensão do Direito Civil.

Ainda no contexto do Império, são relevantes os pareceres sobre a reforma do ensino secundário e superior emitidos por Ruy Barbosa, que, no que diz respeito ao ensino jurídico, realçará a importância dos estudos históricos para o conhecimento do Direito pátrio: “História do Direito Nacional, matéria de primeira ordem, que contém por assim dizer, a história das origens, dos monumentos e da evolução das instituições do país. É curso que encontramos estabelecido em quase todas as Faculdades de Direito Organizadas”.⁹

Proclamada a República, por iniciativa de Benjamin Constant, foi promulgado o decreto número 11232-H, de 2 de janeiro de 1891, que dividiu os cursos de Direito em ciências jurídicas, ciências sociais e notariado, aparecendo a cadeira de História do Direito e a História do Direito Nacional. No segundo ano, repete-se a história do Direito.

No ano de 1895, pela mediação do decreto número 314, são reorganizados os currículos nas Faculdades de Direito, sendo a disciplina História do Direito fixada no quinto ano do curso. Nova reforma no ensino do Direito sobrevém no ano de 1901, pela mediação do decreto número 3903, de 12 de janeiro, que suprimiu a cadeira de História do Direito do ensino público na graduação.

Seis décadas depois, em 1967, por ocasião do Primeiro Seminário de Ensino Jurídico patrocinado pelo Instituto dos Advogados Brasileiros, houve uma ampliação do currículo mínimo do Curso de Direito estabelecido em 1962 pelo Conselho Federal de Educação, no parecer número 215, com vista a incluir, entre outras disciplinas, a História do Direito.

Em 1991, a Comissão da Ordem dos Advogados, preocupada em diagnosticar e oferecer perspectivas e propostas para o ensino jurídico, traçou diretrizes a esse respeito, não se descuidando da importância da História do Direito.

Ao traçar diretrizes a esse respeito, dispôs que o currículo deve ter composição tridimensional integrada, interligando disciplinas de formação geral, disciplinas profissionalizantes e atividades práticas, sendo que as primeiras tem por finalidade desenvolver a formação fundamental do aluno, capacitando-o ao raciocínio jurídico, à interdisciplinaridade, à reflexão crítica, às transformações sociais e jurídicas, incluindo-

⁸ Azevedo, *História do Direito...*, p27

⁹ Luiz Carlos Azevedo, *História do Direito*, p.29

se aí, entre outras, a Sociologia, Filosofia, História do Direito, Hermenêutica, Ética, e as teorias gerais abrangentes dos vários ramos do Direito Privado e Público.

Em 1993 foi realizado em Brasília o Seminário Nacional dos Cursos Jurídicos, cuja conclusão põe em relevo, entre outras disciplinas, a História do Direito:

Era necessário proporcionar ao acadêmico embasamento humanístico, com ênfase nas disciplinas como Filosofia Geral, Filosofia Jurídica, Sociologia Jurídica, e outras matérias fundamentais e interdisciplinares a exemplo da Sociologia Geral, Teoria Geral do Direito, Hermenêutica, Economia, Metodologia Científica, História do Direito, Português e Linguagem Jurídica, Fundamentos da Ética Geral e Profissional.¹⁰

Por fim, como consequência de todo esse processo de reivindicação pela reforma do ensino jurídico, em que se percebe a necessidade de resgatar o ensino da História do Direito, surgiu a portaria do MEC número 1886, de 30 de dezembro de 1994, com a finalidade de fixar as diretrizes curriculares e o conteúdo mínimo do curso jurídico, dispondo no parágrafo único do artigo 6º, ainda que não a mencione expressamente, a presença da História do Direito no currículo pleno de cada curso.

3. A QUESTÃO DO ENSINO JURÍDICO NA ATUALIDADE E O PAPEL DO PROFESSOR DE HISTÓRIA DO DIREITO

Tem sido um lugar comum na comunidade jurídica brasileira as críticas feitas ao ensino jurídico, marcadamente, a influência pelo vetusto positivismo.

Tal ensino, caracterizado por um inócuo tecnicismo, tem se destinado a reproduzir a ordem estabelecida, tornando as faculdades de Direito meros centros de transmissão do conhecimento codificado e dos seus instrumentos compreensivos, indo de encontro ao novo contexto histórico no qual inseriu-se a sociedade brasileira após o término da ditadura militar com a proclamação da Constituição de 1988. Neste sentido, afirma André Luiz Lopes dos Santos:

A referida Constituição concretizou, em meio a um momento histórico singular para o país, que saía então, formalmente, de um período de mais de vinte anos de regime ditatorial militar, o estabelecimento de princípios e valores a serem realizados, revelando, segundo cremos, a construção possível, a composição que o momento permitia.

Assim, sob pena de verem-se completamente desvirtuados os propósitos democratizantes do Constituinte brasileiro de 1988, toma-se clara a necessidade de empenho dos agentes do Direito, em suas atividades cotidianas, no sentido da concretização daqueles princípios e valores. O estabelecimento de um Estado Democrático de Direito, em um contexto de saída de mais de duas décadas de ditadura, não poderia ser, com efeito, senão o estabelecimento de uma diretriz, o reconhecimento de um objetivo primordial a ser alcançado, não de forma

10 Luiz Carlos Azevedo, *História do Direito*, p.37

etérea, mas por meio de um trabalho para o qual deveria contribuir direta e incisivamente o agente do Direito, fazendo com que sua atividade profissional estivesse inequivocamente voltada à consecução desse objetivo. Para tanto, haveria esse profissional, é certo, de estar preparado.

Contudo, paradoxalmente, devido ao persistente e tradicional modelo de ensino jurídico ainda vigente, os agentes do direito não realizaram as expectativas ensejadas pelo novo contexto jurídico-político. A abstenção ao enfrentamento de questões de natureza axiológica, típica da racionalidade cientificista, próprio do paradigma modernista, que caracteriza o discurso acadêmico ainda predominante, parece-nos, hoje, um reducionismo insustentável, sobretudo ao considerarmos ser uma das características fundamentais da atual Constituição Federal brasileira o seu elevado teor principiológico. Não se trabalha com um ordenamento tão amplamente calcado sobre princípios sem que se assumam sua carga valorativa como dimensão inafastável das práticas que, com base nele, irão se desenvolver.¹¹

Ainda conforme o mesmo autor, o ensino jurídico tem se caracterizado pela descontextualização, dogmatismo e unidisciplinaridade. A descontextualização refere-se ao fato de o ensino jurídico não criar condições para que os juristas aprendam a indagar a realidade, e, assim, “a dinâmica da vida social e política não cabe no quebra-cabeça desse sistema de aprendizagem do ensino jurídico”, aproximando sua percepção de um certo positivismo transcendente que privilegia questões relativas a uma concepção bastante abstrata de justiça, a uma noção altamente idealista de legitimidade, bem como, ao caráter normativista do positivismo de inspiração kelseniana, que traz o Estado como fonte central de todo o direito, e a lei, como sua única expressão. O problema da descontextualização revela-se, na medida em que se equiparam direito e lei, e perdem espaço e sentido quaisquer posturas questionadoras ou críticas, uma vez que, cabe ao agente jurídico, apenas, estudar e manipular um universo conceitual (dogmaticamente construído e transmitido), previamente delimitado e altamente restrito à lei posta.

O problema do dogmatismo no ensino jurídico revela-se enquanto tentativa de construir uma teoria sistemática do Direito positivo sem formular qualquer juízo de valor sobre o mesmo. Já a unidisciplinaridade consubstancia-se na fragmentariedade, segundo a qual o conhecimento é tomado como algo pronto, como algo que o professor possui e, nessa qualidade, deve transmitir aos seus alunos. O saber fragmentado é, dessa forma, classificado, hierarquizado e *encapsulado* sob a forma de *disciplinas* para que seja consumido com maior facilidade.

O que vivenciamos é um modelo defasado em relação à realidade contemporânea. Um modelo de ensino jurídico que pouco se alterou ao longo de sua história, iniciada em 1827, embora inúmeras carências de nossa sociedade tenham suscitado não apenas a elaboração de um novo direito positivado, mas, e principalmente, a formação de um conhecimento jurídico capaz de compreender as angústias da pós-modernidade e profissionais do Direito dotados de capacidade crítica, compreensiva e criadora, que convirjam para as

11 André Luiz Lopes dos Santos, *Ensino jurídico: uma abordagem político-educacional*. Campinas, EDCAMP, 2002 p.20

experiências jurídico-legislativa e jurídico-jurisdicional formadoras do Direito. Não há, verdadeiramente, crise do ensino jurídico, pois que nunca conhecemos outra realidade que não seja esta: a de cursos que, em vez de formarem profissionais dotados de raciocínio lógico-jurídico e de caráter reflexivo, num ambiente de formação de conhecimento e de investigação, produzem técnicos, burocratas do Direito ou, como já referiu Ferreira da Cunha, engenheiros ou gestores do Direito, que aprendem, quando muito, a enfadonha técnica de exegese mais elementar de normas positivas do Direito.¹²

Resta claro que o ensino do Direito (ciência dogmática do Direito), de maneira geral, e da História do Direito, em particular, não tem realizado sua finalidade de formar juristas com a consciência de agentes transformadores da realidade, correspondendo, assim, à expectativa teleológica do discurso jurídico.

Diante de tal situação, uma vez demonstrado que o ensino jurídico não se constitui instrumento pedagógico que tenha por finalidade a formação para a cidadania, por revelar-se descontextualizado ante às demandas existenciais da realidade brasileira, considera-se razoável encampar as propostas elencadas por André Luiz Lopes do Santos¹³, que servem de meios para a superação dos problemas atuais do ensino jurídico quais sejam:

Valorizar o ensino jurídico, especialmente na sua condição de instrumento essencial à democratização, principalmente, porque a Constituição Federal estabeleceu diversos programas no tocante ao propósito de democratização da sociedade brasileira e de suas relações com o Estado.

Demonstrar a necessidade de enfrentar as questões de natureza axiológica, que têm por fundamento a Constituição Federal, está caracterizada, entre outras coisas, por seu elevado teor principiológico, razão pela qual sua carga valorativa é uma dimensão inafastável das práticas que, com base no ordenamento constitucional, irão se desenvolver. Neste sentido, *a contrário sensu*, propõe-se uma severa crítica ao discurso acadêmico predominante típico da racionalidade cientificista moderna, que, com a sua postura reducionista insustentável, abstém-se de enfrentar as questões de natureza axiológica.

Realizar uma abordagem interdisciplinar dos problemas que desafiam o ensino jurídico. Por abordagem interdisciplinar, entende-se além da simples ampliação dos horizontes temáticos de estudo desses profissionais, a questão do desenvolvimento de uma percepção mais integrada, menos fragmentária, do contexto no qual se inserem o Direito, suas teorias e suas práticas.

Empreender a busca de elementos teóricos e práticos capazes de colaborar para que o ensino jurídico se desvie do padrão de apatia que tem sido a tônica dos cursos jurídicos, em direção a uma aprendizagem de técnicas, com o concomitante desenvolvimento de habilidades que permitam ver permanentes questionamentos aos fins aos quais se destinam e que implicam realmente numa formação e não numa simples conformação funcional.

Por último, refletir sobre o papel da educação, pressuposto necessário para discutir o ensino

12 Isaac Sabbá Guimarães. *Metodologia do ensino jurídico: aproximações ao método e formação do conhecimento jurídico*. Curitiba: Juruá, 2006, p.27

13 Santos, *Ensino jurídico*, p.23

jurídico, bem como, o processo de transição de paradigmas, haja vista ter o ensino do Direito se formado sobre a égide do paradigma moderno cientificista, hoje amplamente questionado.

As considerações a respeito da atual situação do ensino do Direito (incluindo a História do Direito) já seriam suficientes para “converter” o professor de História do Direito a uma política pedagógica voltado para a cidadania.

Em que pesem as referidas considerações, o professor de História do Direito, consciente da ligação indissolúvel e necessária entre o presente e o passado, sabe que não pode negar as responsabilidades sociais aclaradas pelo conhecimento do seu objeto, razão pela qual, ensinar História do Direito é também engajar-se nas lutas pela viabilização da sociedade justa e democrática e pela percepção do aluno quanto à necessidade desse tipo de sociedade.

Por outro lado, a compreensão segundo a qual a História do Direito, por sua natureza, pertencente ao enfoque teórico zetético, caracterizado pelo teor de questionamento bastante amplo, possibilita ao professor, cômico da sua responsabilidade, submeter se objeto de pesquisa à uma análise crítica radical.

Temos, portanto, duas possibilidades de proceder à investigação de um problema: ou acentuando o aspecto pergunta, ou acentuando o aspecto resposta. Se o aspecto pergunta é acentuado, os conceitos básicos, as premissas, os princípios ficam abertos à dúvida. Isto é, aqueles elementos que constituem a base para a organização de um sistema de enunciados que, como teoria, explica um fenômeno, conservam seu caráter hipotético e problemático, não perdem sua qualidade de tentativa, permanecendo abertos à crítica. Esses elementos servem, pois, de um lado, para delimitar o horizonte dos problemas a serem tematizados, mas, ao mesmo tempo, ampliam esse horizonte, ao trazerem esta problematicidade para dentro deles mesmos. No segundo aspecto, ao contrário, determinados elementos são, de antemão, subtraídos à dúvida, predominando o lado resposta. Isto é, postos fora de questionamento, mantidos como soluções não atacáveis, eles são, pelo menos temporariamente, assumidos como insubstituíveis, como postos de modo absoluto. Eles dominam, assim, as demais respostas, de tal modo que estas, mesmo quando postas em dúvida em relação aos problemas, não põem em perigo as premissas de que partem; ao contrário, devem ser ajeitadas a elas de maneira aceitável.¹⁴

Possuindo tal natureza necessariamente investigativa, não há razões que justifiquem o ensino da História do Direito dogmaticamente orientado, caracterizado por ocupar uma função meramente legitimadora e descomprometida com a realidade social, verdadeira destinatária do conhecimento científico e das normas jurídicas.

4. A QUESTÃO DO CONTEÚDO PROGRAMÁTICO DOS MANUAIS DE HISTÓRIA DO DIREITO E A QUESTÃO DA CULTURA AFRO-BRASILEIRA.

14 Tercio Sampaio Ferraz Júnior, *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. São Paulo, Atlas, 2001, p.40-41

O conteúdo programático dos manuais de história do direito, em boa medida, relaciona-se à forma como a disciplina tem sido ministrada, ou seja, de maneira factual, descritiva, serial e linear.

A ausência de biografia adequada e a falta de tradução dos autores estrangeiros de ponta faz com que boa parte das abordagens permaneça, portanto, com termos historiográficos, marcadamente positivista (ou “historicista”).

A partir dos últimos anos do século passado este contexto começa a mudar. Alguns bons manuais brasileiros começam a aparecer (embora ainda convivam e concorram com o enorme sucesso de outros, acríticos, descritivos e pretensivos, elaborados apenas para satisfazer o mercado editorial).¹⁵

Talvez o referido contexto dos conteúdos dos manuais das obras de História do Direito explique as deficiências no tratamento da história da cultura afro-brasileira e da questão dos conflitos interétnicos. Três são as críticas que podem ser feitas aos manuais de História do Direito, que circulam no mercado literário utilizados pela academia. A primeira delas consiste na ausência de aprofundamento e valorização do problema da escravidão e suas consequências para a atual realidade brasileira, a segunda refere-se à presença da ideologia oficial que coloca a princesa Isabel como protagonista da abolição da escravidão e por último a total ausência de menção à escravidão, a abolição e aos conflitos raciais no Brasil.

Foram examinadas as principais obras conhecidas de História do Direito que estão circulando no mercado literário e utilizados nos cursos de Direito. Poucas tratam o tema de maneira crítica dimensionando sua importância e relacionando-o com a atualidade. Na primeira categoria, conforme a referida classificação, encontram-se os manuais “História do Direito no Brasil” de Antônio Carlos Wolkmer e “O Direito na História” de José Reinaldo Lima Lopes, obras substanciais de alto teor crítico no que diz respeito à abordagem da realidade brasileira. Wolkmer, avaliando a questão racial faz menção ao conservadorismo de fachada da Escola de São Paulo que defendia a teoria racial, não aprofundando a questão da cidadania, após o que comenta as leis da abolição da seguinte forma:

As leis da Abolição: tanto pela política externa imposta pelo imperialismo britânico quanto por pressão interna de vários segmentos de cunho humanitário, o movimento abolicionista tornou-se uma questão nacional, ensejando o aparecimento de diversas leis que tiveram na prática pouca eficácia ou com vigência quase sempre burlada. Obviamente que esta morosidade quanto à aplicação paliativa, quase sempre “letra morta”, interessava aos setores escravocratas, esvaziando a ação mais radical dos abolicionistas. É nesse contexto histórico que se situa, primeiramente, a Lei Eusébio de Queirós, de 4 de setembro de 1850, que tratava da repressão do crime de tráfico de africanos. Mais tarde, a Lei do Ventre Livre, de 28 de setembro de 1871, concedia liberdade para qualquer filho de mãe escrava gerado no Brasil. Por

15 Ricardo Marcelo Fonseca, *Introdução Teórica à História do Direito*, Curitiba: Juruá Editora, 2009, p.38.

outro lado, em que pese o triunfo relativo dos abolicionistas, a Lei dos Sexagenários (Lei Saraiva Cotegipe), de setembro de 1885, não deixava de ser um engodo, pois acabava beneficiando “os senhores de escravos, permitindo que se livrassem de velhos ‘imprestáveis’”. Por fim, a Lei Áurea (nº 3.353), de 13 de maio de 1888, que decretava a abolição da escravidão no país, de forma geral e irrestrita. Tratava-se, certamente, do reconhecimento oficial de uma condição já conquistada no interior da sociedade, mas que não extinguiu a triste e desprezível herança de mais de três séculos.¹⁶

Após fazer menção às referidas leis, no contexto do Império, não mais se refere à questão racial. A nosso ver, mesmo a pequena passagem não aprofunda o problema do racismo, questão estrutural para a realidade brasileira desencadeada sobretudo após a abolição, ainda que se refira à “triste e desprezível herança de mais de três séculos.”

José Reinaldo de Lima Lopes, outro grande historiador do Direito no Brasil trata da escravidão sob a perspectiva do debate jurídico, que girava em torno da abolição imediata ou gradual, com ou sem indenização. Faz uma análise erudita sobre o tema, descrevendo o referido debate e os grandes nomes nela envolvidos. Após referir-se ao debate jurídico, se volta para as principais leis nascidas no processo de abolição, como a Lei de 4 de setembro de 1850, denominada Lei Eusébio de Queirós, e a Lei do Ventre Livre de 28 de setembro de 1871, analisando-as criticamente a ponto de revelar-lhes as contradições, concluindo sua abordagem também de maneira lacônica com a lei de 1888 que pôs fim à escravidão.

No processo de abolição, os dois marcos mais importantes talvez tenham sido a Lei de 4 de setembro de 1850 (Lei Eusébio de Queirós) e a Lei de 28 de setembro de 1871 (Lei do Ventre Livre). A lei de 1850 mostra como a eficácia social das leis era problemática no Brasil. Desde 1831, o tráfico havia sido considerado pirataria, mas não era de fato reprimido. Havia no Brasil “umas costas largas” nas quais podiam chegar navios negreiros mesmo fora dos portos mais importantes e urbanizados. Tratava-se, em suma, da lei “para inglês ver”, isto é, para dar uma satisfação formal à Inglaterra com quem se firmara o tratado de comércio e de abolição do tráfico em 1826. Um dos instrumentos importantes usados na Lei Eusébio de Queirós de 1850 foi distinguir dois delinquentes diferentes e para cada um deles aplicar um processo distinto: os compradores submetiam-se a um júri popular (conselho de jurados) que significava, nas palavras de Murilo de Carvalho (1996:274), “na prática, anistia-los e quase legalizar a propriedade dos escravos importados desde aquela data [1831]”. Já os traficantes submeter-se-iam à Auditoria da Marinha. Em uma sociedade escravocrata, entregar os fazendeiros ao julgamento de seus pares equivalia a não lhes aplicar a lei. Mas dado o interesse da Coroa no fim do tráfico, submeter traficantes a tribunal administrativo tinha outro efeito. Por outro lado, a própria economia do tráfico tornara-se insustentável: com o aumento do preço dos escravos, entre outras razões pelos perigos do apresamento dos navios, os fazendeiros estavam aos poucos, como se diziam na época, enriquecendo os traficantes, hipotecando suas terras caindo

16 Antonio Carlos Wolkmer, *História do Direito no Brasil*. 4ª edição. Rio de Janeiro, Editora Forense, 2007, p. 112-113.

na insolvência.

(...). No final do processo brasileiro, votando a lei de 1888, os deputados do Nordeste foram os que mais votaram a favor da abolição (39 a favor, 6 contra), enquanto os do Centro-Sul votaram majoritariamente contra (30 contra, 12 a favor). De fato, o Ceará já havia abolido unilateralmente a escravidão em 1884, enquanto o maior número de escravos concentrava-se em Minas Gerais e no Rio de Janeiro.¹⁷

Acreditamos não ter, o referido autor, aprofundado as consequências de quatro séculos de escravidão na cultura brasileira, e não ter tocado na questão da discriminação racial, problema tão crucial na nossa história.

A segunda categoria, caracteriza-se pela presença da ideologia oficial que credita a abolição da escravidão ao gesto altruísta da princesa Isabel. Tal perspectiva mitiga o protagonismo dos homens e mulheres negras no processo da luta abolicionista, grave equívoco, que não leva em consideração as resistências cotidianas, as fugas, os movimentos quilombolas e até mesmo o recurso da via judicial por parte dos escravizados, que tem sido objeto de estudo da historiografia da escravidão.

Há algum tempo, a historiografia sobre a escravidão e liberdade no Brasil do século XIX vem-se dedicando a analisar as possibilidades de consecução de alforria pela via judicial, principalmente por meio de ações de liberdade, isto é, processos impetrados por escravos com vistas a conseguir a liberdade. Sidney Challoub, Hebe Mattos, Eduardo Spiller Pena, Elciene Azevedo e Joseli Mendonça são alguns dos historiadores que analisaram o papel das ações de liberdade, vendo-as como fatores que levaram à perda de legitimidade da escravidão no Brasil no século XIX. Para os autores mencionados, esses processos, ao redimensionarem as relações entre senhores e escravos, foram um recurso usado por cativos e advogados para pressionar pela obtenção da alforria, de direitos e até mesmo da emancipação geral, pelo menos a partir da década de 1860.¹⁸

Na segunda categoria, conforme a classificação adotada nesse trabalho, vislumbram-se as obras “História do Direito Brasileiro” de Rui Figueiredo Marcos, Carlos Fernando Mathias e Ibsen Noronha e “Histórias do Direito” de Bruno Albergaria. A primeira delas consubstancia-se de obra erudita e volumosa. Trata da abolição da escravidão sob a perspectiva dos processos legislativo e doutrinário, ou seja, como os demais autores; investigam os debates parlamentares e as leis abolicionistas; contudo ao tratar da abolição, ainda que faça vaga menção à outras razões responsáveis pela mesma, faz-nos crer pela sua narrativa que a grande protagonista do referido evento histórico foi a princesa Isabel, bem ao gosto da ideologia oficial. Percebe-se a ausência de reflexão crítica dos referidos autores no que diz respeito à análise das referidas leis, chegam ao ponto de exaltar a princesa Isabel como autora da abolição sem fazer menção a todo um processo de lutas dos movimentos abolicionistas e da

17 José Reinaldo de Lima Lopes. *O Direito na História*. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2008 p.329-330

18 Keila Grimberg, ‘Reescravização, Direitos e Justiças no Brasil do Século XIX’. In: Joseli Maria Nunes, Sílvia Hunold Lara (Org.) *Direitos e Justiças no Brasil*. Campinas: Editora Unicamp, 2006 p.103

participação dos negros quilombolas e irmandades religiosas:

Faz-se necessário, hoje, salientar a ação da Princesa Isabel durante todo o processo que acabamos de apresentar. Foi a herdeira constitucional do trono que, enquanto Regente, portanto, Chefe de Estado, incentivou os defensores da Lei do Ventre Livre. Também preparou o ambiente para a Lei Sexagenária. E, finalmente, novamente exercendo os poderes constitucionais da Regência, assinou a Lei Áurea.

Na verdade, a Princesa apressou a vitória da libertação total dos escravos, embora sabendo de todos os riscos que tal atitude implicava. O Trono do Brasil não foi poupado. O catolicismo da Princesa em grande medida fortaleceu as suas convicções e a sua dedicação à causa da emancipação.

Ainda sob o entusiasmo da grande festa que proporcionou o fim do cativeiro no Brasil, a filha de Dom Pedro II se encontrou com o Barão de Cotegipe, que votou contra a abolição. Dona Isabel não resistiu e disse: - Então, Sr. Cotegipe! A abolição se fez com flores e festas. Ganhei ou não a partida? - É verdade. Vossa Alteza ganhou a partida, mas perdeu o trono. Membros da Família Imperial contam que a princesa, ao deixar a barra do Rio de Janeiro, olhando a capital do Império após o golpe republicano exclamou, pensando na premonição do barão: - *Mil tronos houvera, mil tronos perderia para dar a liberdade ao meu povo!*

São diversos os aspectos que envolvem o problema da escravidão no Brasil. Podemos observá-lo sob os prismas da sociologia, da teologia, da economia, da filosofia e tantos outros. A lente fornecida pela História do Direito nos dá uma visão privilegiada para a compreensão do processo.¹⁹

Também Rodrigo Freitas Palma no seu livro “História do Direito” comenta as leis abolicionistas sob a perspectiva do protagonismo da princesa Isabel, sem fazer menção à luta dos próprios negros, e do movimento abolicionista e as irmandades religiosas:

Sabe-se que o comprometimento pessoal da célebre Princesa Regente para com a causa do abolicionismo parece ser na atualidade incontestado e que ela agiu dentro de possibilidades políticas para tanto. A preocupação de D. Isabel em instituir uma espécie de “fundo de emancipação”, cuja função precípua, como bem destaca Roderick J. Barman, um dos seus maiores biógrafos, era a de “financiar a abolição em larga escala e por fim rapidamente à escravidão”, é prova de suas convicções particulares.²⁰

E ainda:

A Lei de nº3.353, de 13 de maio de 1888, conferiu o derradeiro golpe imposto ao regime de escravidão existente no Brasil. Mais conhecida como “Lei Áurea”, esse

19 Rui de Figueiredo Marcos, Carlos Fernando Mathis e Ibsen Noronha. *História do Direito Brasileiro*, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2014 p. 380-381

20 Rodrigo Freitas Palma. *História do Direito*. 8ª Edição. São Paulo, Saraiva Jus, 2019 p. 430

notório diploma legal, resolutamente sancionado pela festejada Princesa Isabel (1846-1921), vem a completar o quadro geral daquele conjunto de regras imperiais de caráter abolicionistas que, até aqui, temos cuidados de trazer a lume.²¹

O referido autor, de maneira breve, menciona as vicissitudes dos recém libertos na história do país:

Iniciava-se assim um novo capítulo em nossa história. Contudo, os libertos, como se sabe, continuaram a padecer enormes vicissitudes sociais no país, não obstante a entrada em vigor da famosa lei assinada no Paço Imperial.²²

Embora reconheça o contundente problema da questão racial, o texto segue o mesmo sentido da ideologia oficial tendo Isabel como a grande protagonista da abolição:

Assim, a Princesa Regente do Brasil. Diante de uma multidão exultante, que não se cansava de aclamá-la euforicamente, assim se pronunciou naquela data histórica: “Seria o dia de hoje um dos mais belos de minha vida se não fosse saber estar meu pai enfermo. Deus permitirá que ele nos volte para tornar-se, como sempre, útil à nossa Pátria”.²³

Da mesma forma, a citada obra de Bruno Albergaria, de maneira menos ostensiva que a anterior, põe o protagonismo da abolição na princesa, sem sequer citar, ainda que vagamente, outras causas responsáveis pelo fim da escravidão:

O Brasil ainda vivia sobre o regime escravocrata. Indubitavelmente, não condizia com o pensamento iluminista considerar uma pessoa como objeto, passível de compra e venda, podendo separá-la da família e obrigá-la a trabalhar. Assim, o movimento mundial e também interno fez com que em 13 de maio de 1888 a escravidão fosse abolida.

Dessa forma, a Princesa Isabel, no dia 13 de maio de 1888, finalmente aboliu por completo a escravidão no Brasil, através da Lei Áurea. Com efeito, somente após a Lei Áurea é que se pode falar em relação justalboralista, tendo em vista que antes o trabalho não era contemplado por normas protetivas próprias.²⁴

Por último, a terceira categoria, consistente nos manuais que sequer tocam na questão racial, na escravidão e abolição da mesma; tem-se como exemplos os seguintes manuais “História do Direito” de José Fábio Rodrigues Maciel e Renan Aguiar bem como o livro “História do Direito Brasileiro. Leituras da ordem jurídica nacional” organizado por Eduardo Bittar composto por 28 capítulos com textos de diversos autores, e que a rigor não é um manual. No referido livro não há um artigo sequer à questão racial, seja no que diz respeito à escravidão, seja no tocante aos conflitos interétnicos.

21 Palma, *História do Direito*, p. 433

22 Palma, *História do Direito*, p. 435

23 Palma, *História do Direito*, p. 434

24 Bruno Albergaria, *Histórias do Direito*, São Paulo, Editora Atlas S.A, 2011 p.203

CONCLUSÃO

Esse trabalho constitui-se em uma reflexão sobre o silêncio epistemicida, que tem feito muito barulho, isto é incomodando, por tratar a candente questão da escravidão e suas funestas consequências de maneira aligeirada e artificial. Pretende também ser um incentivo para futuras pesquisas mais aprofundadas, que utilizem métodos mais arrojados como a análise de discurso, a etnometodologia e outros, para compreender as entrelinhas do discurso dos narradores/autores dos livros de História do Direito.

Constatou-se, de maneira geral, da análise dos referidos manuais alguns pontos: falta de aprofundamento no que diz respeito aos conflitos interétnicos, influência da ideologia oficial e a total ausência de menção à questão racial contemporânea.

Conclui-se que o tema da cultura afro-brasileira não tem tido a relevância que sua importância requer, a academia jurídica trata o mesmo com uma certa invisibilidade e isso se reflete nos manuais, que já são alvo de críticas devido à influência do positivismo, que reduziu o Direito ao estudo das leis.

Em que pesem as referidas e graves deficiências acima tratadas, há que se fazer menção à honrosas exceções como a obra “Direito em História” de Ronaldo Leite Pedrosa que entende ter a abolição se encerrado apenas formalmente em relação aos negros:

Com a abolição formal em 1888, todavia, não houve nenhum processo de integração do negro à vida cotidiana livre. Sem alfabetização, sem dinheiro, sem emprego, como incluir-se socialmente? A discriminação, o desdém e a falta de reconhecimento do valor do ser humano prosseguiram como marca indelével do regime que, apenas formalmente terminava. Como propus no título, o vergonhoso parêntesis não se fechou até hoje²⁵.

As deficiências no trato das questões raciais vistas nesse trabalho colaboram para a continuação do status quo, não trazendo à consciência acadêmica o debate que já está ocorrendo no ensino fundamental, ou seja, o debate em torno das nossas raízes socioculturais.

25 Ronaldo Leite Pedrosa, *Direito em História*, Rio de Janeiro, Editora Lumem Juris, 2008 p. 334-335