

191

#### 1. A historiografia pós-moderna

... um paradigma intelectual em ruptura com o de há uma década .

O público mais especializado descobriu, há alguns anos, a nova «nova história». ... a história de coisas inefáveis como as mentalidades, o desejo, o medo, feita com uma utensilagem ela mesma inefável, em que as tradicionais referências à «objectividade» e à «verdade» são substituídas por discursos sobre a contaminação do discurso historiográfico pelos jogos do poder e do desejo (M.Foucault) e em que contra uma compreensão sistemática e global das realidades se eleva a constatação da irremediável «pobreza da teoria» (Edward Palmer Thompson).

... Ao geral, opõe-se o particular; ao gigantismo do «grande», opõe-se a beleza do pequeno; à eficácia da perspectiva macro, opõe-se a subtilidade da perspectiva micro; ... à análise sistémica, opõe-se a análise estratégica; ... ao consciente, opõe-se o inconsciente ...

192

crise metodológica da história político-institucional tradicional, centrada no Estado e nos mecanismos oficiais do poder , com conseqüente busca de recurso numa ideia de inter-disciplinaridade, de fáceis consensos, mas de problemático rigor teórico. Parece-me, pelo contrário, que a salvação só pode vir de um incremento da «disciplinaridade», ou seja, de um esforço para construir em bases teoricamente rigorosas a identidade dos mecanismos político-institucionais e da sua história.

objectivo :... sondar as virtualidades teóricas e metodológicas, no domínio da história, de algumas correntes mais ou menos recentes, que arrancaram a reflexão sobre o poder do letargo estadualista-positivista instaurado pela teoria política da segunda metade do século passado.

193

Perspectiva Legalista : direito como conjunto de normas editadas e reconhecidas pelo Estado, pelo que a história jurídica não seria senão a história desta ordem jurídica oficial

Perspectiva Conceitualista : direito como conjunto das construções intelectuais dos juristas, das categorias com as quais estes classificavam a realidade em vista de certas

necessidades valorativas; pelo que a história do direito se deveria ocupar da evolução destas «formas», construções ou sistemas.

Noção de impossibilidade de aplicar conceitos que descrevem e se adaptam a realidades actuais a épocas passadas, em que, necessariamente, essas mesmas realidades não existem:

... Assim, muitos jus-historiadores não problematizavam a legitimidade de aplicar conceitos da actual teoria do direito a épocas passadas. Por exemplo, o conceito de «Estado» , de «propriedade», de «pessoa jurídica».

Quando tais conceitos visivelmente aí não existiam, os jus-historiadores davam-lhes um conteúdo historicamente artificial: tomavam as realidades jurídicas de então que hoje são explicáveis através de uma certa construção ou conceito e descreviam-nas como suas «manifestações implícitas».

194

Exemplo desta concepção: ... embora o conceito contemporâneo de Estado seja oitocentista, certos dos seus elementos já se encontravam na doutrina jurídica medieval e moderna, embora manifestados sob outros conceitos ... , pelo que se poderia descrever a história da ideia de «Estado» sob a forma de uma «construção progressiva».

... a contaminação da história pela dogmática levava a que os historiadores aceitassem irreflectidamente como válidas para a descrição do passado as categorias e os esquemas mentais gerados pela prática jurídica do presente.

... falsificação actulista da história

... a historiografia jurídica tem uma inevitável tendência para sucumbir perante o «estadualismo» e o «legalismo» contemporâneos e para considerar como estando de fora do seu objecto tudo aquilo que não tenha a marca de «oficial».

196

A história do direito -- tal como a teoria do direito -- marcava uma ruptura nítida entre o «direito» e os «factos». A génese social das normas jurídicas, as peripécias da sua aplicação (ou não aplicação), as contra-medidas implementadas autonomamente pela sociedade para anular ou iludir os efeitos legais, os mecanismos de regulação social não oficiais, tudo isto seriam objectos legítimos de uma história social, mas essencialmente estranhos a uma história do direito.

197

objectivos da história jurídica , tal como eles eram entendidos nas Faculdades de Direito. Para muitos historiadores eles eram ... os de tornar rentável para o presente a experiência jurídica do passado, de pôr à disposição dos juristas de hoje, o thesaurus das soluções ensaiadas ontem. ... a história do jurídica cumpria uma importante função de legitimação do direito em vigor

198

... Mas tudo isto se faz na base de aproximações superficiais, que ignoram os contextos dos institutos ou conceitos históricos, falsificando-os, portanto. Qualquer que seja a utilidade destas démarches para o jurista, do ponto de vista histórico elas contribuem para promover uma visão errada do passado

200

#### 2. A história jurídica e institucional fora das Faculdades de Direito

Em Portugal, o contexto político-ideológico foi determinante, por exemplo, na projecção para o primeiro plano historiográfico de temas como as cortes, o município ou as corporações.

... Aqui interessa-nos ... realçar a influência dos contextos teóricos, entendo por tal, as teorias dominantes acerca de dociedades e do poder. Ainda quando não sistemática e rigorosamente apreendidas, elas geram uma certa «pré-compreensão» da realidade histórica que orienta tanto a escolha dos temas como a adopção de grelhas de apreensão e de modelos explicativos.

201

#### a) o marxismo

a crítica marxista concebe o Estado , não como uma entidade ordenadora da sociedade civil, mas antes como uma ordem segregada pelas relações sociais, nomeadamente pelas relações sociais de produção; não como o prossecutor neutral de um interesse comum, mas como o garante da preservação e reprodução dos interesses das classes dominantes.

202

As últimas correntes no seio do marxismo justamente as que hoje aparecem como mais aceites e produtivas -- têm procurado corrigir este reducionismo das anteriores análises («economicistas», «instrumentalistas») do Estado e do direito.

A nova perspectiva permite evitar a dissolução da história institucional e jurídica na história económica ou política

203

... utilidade de aplicar à história jurídico-institucional muitos dos conceitos e métodos desenvolvidos pela linguística e pela semiótica.

... no sentido em que, estando frequentemente o direito contido em textos, estes devam ser sujeitos a um tratamento metodológico que respeite a sua «opacidade», ou seja, que não os reduza a meros depositários de um «pensamento» que os precede ou a meros reflexos de uma «realidade» ... que está para além deles.

205

A historiografia marxista dirigia-se, sobretudo, para a crítica do formalismo e do idealismo da história jurídica e institucional tradicional, realçando a íntima ligação entre o direito, o poder e a sociedade, nomeadamente, as relações sociais de produção.

206

#### b) O institucionalismo

Sob a etiqueta de «institucionalismo», agruparemos todo um leque de correntes sociológicas que destacam o carácter expontâneo, «não-oficial», pré-estadual, da ordem jurídica. Esta ideia surgiu, ainda no séc. XIX, com a crítica de A. Comte (1798-1857) e de E. Durkheim (1858-1917) ao formalismo («metafisismo») da teoria jurídica e política liberal.

207

... Um impacto durável entre os não juristas teve, neste mesmo sentido de destacar os aspectos «não oficiais» do direito, a sociologia de G. Gurvitch (1894-1945), figura de proa da sociologia francesa contemporânea. ... Gurvitch opõe o direito escrito, proveniente do estado, ao «direito vivo» ( lebendes Recht ), este último ordenando autonomamente os múltiplos círculos de vida social, portador das suas tradições, necessidades e aspirações.

208

... O calcanhar de Aquiles desta orientação tem sido, todavia, o ecletismo e a conseqüente falta de rigor metodológico. Na verdade, o apelo a uma «história social» do direito reúne

acordos fáceis; o difícil tem sido, no entanto, ultrapassar esta visão impressionista e banal das relações entre o direito e a sociedade e pôr de pé modelos que descrevem de forma rigorosa as inter-determinações entre o jurídico e o social.

209

Importância de H. U. Kantorowicz, autor de *The King's Two Bodies*, 1922

Na vertente socio-antropológica, a influência do «pluralismo» de E.Ehrlich, combinada com o contributo da literatura antropológica sobre as sociedades não europeias, provocou uma atenção generalizada para as formas jurídicas e institucionais «não estatais», não só nas sociedades ditas primitivas, mas também nas sociedades históricas europeias e, mesmo, na sociedade actual.

210

Historiografia Inglesa: produziu uma série de importantes monografias em que as estruturas institucionais e jurídicas são relacionadas com o contexto político-social, em domínios tão variados como a história político-constitucional, história da propriedade territorial ou história da família.

Historiografia Alemã: embora dominada por uma literatura histórico-jurídica de pendor dogmático ... , conheceu correntes que procuraram superar este formalismo , tanto no sentido de uma compreensão «culturalista» do direito, como no de uma orientação «sociológica»

Historiografia Francesa: o estudo «social» do direito e das Instituições produziu ... uma série de trabalhos no domínio da história social dos juristas ou oficiais públicos ... e das estruturas administrativas ... . O destaque pertence, seguramente, a R. Mousnier e ao seu grupo de investigação

211

Historiografia Italiana: desenvolveu-se, a partir da guerra, uma orientação idêntica à da França , concorrendo com uma vivaz história jurídica de pendor dogmático ou idealista. O alcance temático foi, porventura, mais vasto do que em França

Historiografia Espanhola: Até à guerra civil, manifesta-se a influência «institucionalista» da historiografia oitocentista alemã. Com a guerra civil ... a revista adquire um tom pronunciadamente formalista e dogmático ... . A retomada de uma história social do direito é já dos anos setenta, provindo de uma geração com outros horizontes metodológicos (dela fazem parte Bartolomé Clavero e outros)

Historiografia Portuguesa: o institucionalismo influenciou ... os jus-historiadores da primeira metade do séc. XX. Não obstante ... não se pode dizer que predomine uma história das instituições e do direito particularmente atenta aos contextos sociais.

c) a «Escola dos Annales»

212

ideias mestras : superação da historiografia positivista (importância concedida às estruturas mais profundas); inter-disciplinaridade; história rigorosa e científica, cultivando o sentido de ruptura entre o observador e o objecto observado , com recurso a uma utensilagem intelectual encontrada / inspirada nas ciências humanas; história como ciência do presente.

... O principal era a insistência posta na oposição entre «curta duração» e «longa duração», entre «evento» e «estrutura», entre o manifesto e o subjacente. O que, aplicado à história institucional, obrigaria a transcender o plano superficial dos factos isolados ... para procurar as formas profundas e duradouras da organização jurídica.

214

d) A influência da sociologia weberiana

A sociologia política e jurídica de M. Weber (1864-1920) ... constituiu outra reacção contra o formalismo da teoria liberal do Estado.

215

Weber constrói uma tipologia dos sistemas de poder:

Poder tradicional, fundado nos valores invioláveis e indisponíveis da tradição e da piedade familiar («patriarcalismo») e exercido através de um sistema político-administrativo de tipo «doméstico» ;

Poder carismático, fundado nos valores de racionalidade (tecnocracia), generalidade /(216) e abstracção é exercido através de um aparelho político organizado de forma correspondente (legalidade, burocracia, impessoalidade, interesse geral) .

217

... Weber destacou a importância dos mecanismos (ideológicos) de legitimação do poder.

218

À análise política podem ainda ser sujeitas outras estruturas simbólicas, enquanto elas inculcam ... comportamentos políticos: o espaço, a arquitectura e a iconologia, o vestuário e os modos de falar, os discursos científicos, o discurso religioso ou literário, a sexualidade ou a própria cozinha. O poder infiltra-se, assim, em todos os cantos da sociedade, perdendo um lugar institucional privilegiado.

219

d) A descoberta da «alteridade»: história antropológica e «teoria da modernização»

Nos anos 30, O. Brunner, inspirado em Weber e Chayanov, descobre a alteridade do sistema social e político do Antigo Regime, cujo modelo ideológico e organizacional era mais a sociedade «doméstica» do que a sociedade «política»; e que, portanto, não podia ser correctamente descrito com recurso a perspectivas de enfoque e categorias importadas da teoria política contemporânea.

Importância dos contributos da Antropologia para reconhecer a especificidade dos fenómenos jurídicos e institucionais do direito e das instituições das sociedades históricas

220

... a perspectiva antropológica permite-nos, não «apenas» ver um direito e umas instituições que o cronocentrismo obscurecia, mas ainda ganhar uma perspectiva distanciada sobre a nossa própria organização política e institucional, revelando, sob a aparência de um domínio omnipresente e exaustivo do modelo «estadual», a existência e a vivacidade de formas não estaduais e não oficiais de poder institucionalizado e de direito.

Crítica à concepção «progressista» da evolução social de Weber

221

O efeito desta interpretação da evolução histórica é uma nova falsificação do passado: não porque a sua especificidade não seja reconhecida, mas porque ela é inserida num esquema evolutivo em que o carácter aleatório da evolução histórica é negado e em que todo o passado aparece como uma antecipação do presente ou este como a consumação da história.

222

e) A «dispersão» do poder e a «pan-politização» da história

Teoria da «Pan-Política»: concepção de um poder disperso, ínsito nas mais banais e elementares das relações humanas ... podendo ser objecto de uma ci-encia justamente orientada para as unidades políticas mínimas

223

M. Foucault: mecanismos de poder entendidos como capacidade para determinar condutas alheias

... corolários da análise (e da história) política (enunciados por Foucault)

que o poder investe todo o corpo social, não existindo entre as malhas da sua rede ilhas de liberdade;

que as relações de poder estão imbrincadas noutros tipos de relações (de produção, de aliança, de família, de sexualidade);

que as relações de poder não obedecem apenas à forma da proibição, da repressão e do castigo, sendo antes multifórmes;

224

que o entrecruzamento entre estas relações moleculares de poder esboça estratégias gerais de dominação, mais ou menos coerentes e unitárias; mas estas não devem ser vistas como factos ... intencionais, mas antes como producto final de uma congregação de estratégias parciais.

227

... ao fundar a sua autonomia, não nim campo específico de objectos, mas numa forma específica de interrogar teoricamente a realidade histórica, a nova história político-institucional requer um firme suporte teórico, capaz de identificar os planos relevantes de observação e os modelos explicativos adequados.