

António Manuel Hespanha

CULTURA JURÍDICA EUROPEIA
Síntese de um milénio

FUNDAÇÃO
BOITEUX

Look for Camera To PDF in the App Store to turn your phone into a scanner.

1. A HISTÓRIA DO DIREITO NA FORMAÇÃO DOS JURISTAS

Muitos têm escrito sobre a importância da história do direito na formação dos juristas. Que ela serve para a interpretação do direito actual; que permite a identificação de valores jurídicos que duram no tempo (ou, talvez mesmo, valores jurídicos de sempre, nacionais); que desenvolve a sensibilidade jurídica; que alarga os horizontes culturais dos juristas. Para além disso, a vida de todos os dias ensina-nos que os exemplos históricos dão um certo brilho à argumentação dos juristas e, nesse sentido, podem aumentar o seu poder de persuasão, nomeadamente perante uma audiência forense....

Frequentemente, toda esta discussão acerca do interesse pedagógico da história jurídica limita-se à simples afirmação de que ela é, para os futuros juristas, uma disciplina formativa. Mas raramente se diz exactamente porque.

A opinião adoptada neste curso é a de que a história do direito é, de facto, um saber formativo; mas de uma maneira que é diferente daquela em que o são a maioria das disciplinas dogmáticas que constituem os cursos jurídicos.

Enquanto que as últimas visam *criar certezas* acerca do direito vigente, a missão da história do direito é *ajudar a de problematizar o pressuposto implícito e acrítico das disciplinas dogmáticas*, ou seja, o de que o direito dos nossos dias é *o racional e necessário, o definitivo*. A história do direito realiza esta missão sublinhando que o direito existe sempre "em sociedade" (significado, localizado) e que, seja qual for o modelo usado para descrever as suas relações com os contextos sociais (simbólicos, políticos, económicos, etc.), as soluções jurídicas são sempre *contingentes* em relação a um dado envolvimento (ou ambiente). São, neste sentido, sempre *locatis*.

Esta *função crítica* pode ser seguramente assumida por outras disciplinas, no âmbito da formação dos juristas. A sociolo-

gia ou a antropologia jurídica ou certa teoria do direito (mesmo a semiótica ou a informática jurídicas) podem, seguramente, desempenhá-la. No entanto, o conservadorismo da maior parte das Faculdades de Direito oferece uma resistência muito sensível - que também pode ser explicada sociologicamente (cf. Bourdieu, 1986) - à inclusão destas disciplinas, uma vez que elas poderiam em risco essa natureza implicitamente apologetica que os estudos jurídicos ainda têm. Além de que - no dizer dos juristas mais convencionais - dissolveriam o *estudo das normas*, de que o jurista se deveria exclusivamente ocupar, no *estudo de factos sociais*, que constitui o tecido dos saberes sociais empíricos, como a sociologia e a antropologia. Uma vez que a *ideia de rigorosa separação* (*Trennungsdenken*) entre os factos (*Sein*) e as normas (*Sollen*), provinda da teoria jurídica do século passado (cf. 8.3.3.1), continua a formar o núcleo da ideologia espontânea dos juristas (Bourdieu, 1986), esta intromissão de conhecimento social empírico no mundo dos valores jurídicos é ainda largamente inaceitável.

Por tudo isto é que, de um ponto de vista tático, a história do direito, que constitui uma disciplina tradicional nos currículos jurídicos, pode preencher - talvez com algumas vantagens adicionais - o papel que aquelas disciplinas indesejadas iriam desempenhar.

Naturalmente que, para desempenhar este papel, a história do direito não pode ser feita de qualquer maneira. Pois, sem que se afine adequadamente a sua metodologia, a história jurídica pode sustentar - e tem sustentado - diferentes discursos sobre o direito.

1.1. A história do direito como discurso legitimador

Realmente, a história do direito pode desempenhar um papel oposto àquele que se descreveu, ou seja, pode contribuir para legitimar o direito estabelecido.

O direito, em si mesmo, é já um sistema de legitimação, *it'*, um sistema que fomenta a obediência daqueles cuja liberdade

vai ser limitada pelas normas. Na verdade, o direito faz parte de um vasto leque de mecanismos votados a construir o consenso acerca da disciplina social.

Porém, o próprio direito necessita de *ser legitimado*, ou seja, de uma legitimação de que se construa um consenso social sobre o fundamento da sua obrigatoriedade, sobre a necessidade de se lhe obedecer. Como se sabe desde Max Weber (1864-1920), a legitimação do poder político - ou seja, a resposta à pergunta "porque é que o poder é legítimo?" - pode ser obtida a partir de vários contextos de crenças ("estruturas de legitimação"), organizadas em torno de valores como a tradição, o carisma, a racionalização (Weber, 1956) - ou seja, "porque está estabelecido há muito", "porque é inspirado por Deus", "porque é racional ou eficiente". No âmbito do mundo jurídico, alguns destes processos de legitimação, nomeadamente, a legitimação "tradicional" - dependem muito de argumentos de carácter histórico¹.

A história do direito desempenhou este papel legitimador durante um longo período da história jurídica europeia, como se poderá ver neste livro. No Antigo Regime, prevalecia uma matriz cultural tradicionalista, segundo a qual "o que era antigo era bom". Neste contexto, o direito justo era identificado com o direito estabelecido e longamente praticado - como o eram os costumes estabelecidos ("prescritos"), a opinião comumente aceite pelos especialistas (*opinio communis doctorum*, opinião comum dos doutores), as práticas judiciais rotinadas (*styli curiae*, "estilos do tribunal"), o direito recebido (*usus scriptum, usu firmatum*), os direitos adquiridos (*iura radicata*, "enraizados"), o conteúdo habitual dos contratos (*natura contractus*). Então, a história do direito (o "argumento histórico") desempenhava um papel decisivo de legitimação das soluções jurídicas, pois era por meio da história que essa durabilidade das normas podia ser

¹ Outros sistemas de legitimação da ordem são: a religião (o que Deus [os deuses] quis), a tradição (os "bons velhos tempos"), a natureza (o que tem que ser), a rotina (o que sempre se faz), o contrato (a "palavra dada").

comprovada. Mas permitia ainda a identificação das normas tradicionais e, logo, legítimas, pois era a história que permitia determinar a sua antiguidade. O mesmo se diga em relação aos direitos que se deviam considerar como adquiridos, qualidade que só o tempo – e, logo, a história – podia certificar. Os primeiros estudos de história do direito – como os de Hermann Conring, *De origine iuris germanici* [sobre a origem do direito alemão], 1643 (v., adiante, 6.3.2.) (cf. Fasold, 1987) – tinham claramente como objectivo resolver questões dogmáticas, como a de determinar se certas normas jurídicas tinham tido aplicação anterior e, logo, se estavam vigentes no presente, a de interpretar o seu conteúdo, a de estabelecer hierarquias entre elas, a de determinar a existência de certos direitos particulares, etc..

Um uso da história deste tipo foi corrente até ao séc. XIX. Mesmo hoje, podemos encontrar propostas semelhantes sobre o interesse da história jurídica. Nomeadamente, quando se diz que ela pode ajudar a definir o conteúdo da constituição – como pretendeu uma boa parte do constitucionalismo dos inícios do séc. XIX² a identidade (ou o “espírito”) jurídica ou política de uma nação.

O núcleo da filosofia jurídica da Escola Histórica Alemã, no início do século XIX (cf. 8.3.2.), era precisamente constituído por esta ideia de que o direito surge do próprio espírito da Nação (*Volksgeist*), depositado nas suas tradições culturais e jurídicas. Por isso, a história jurídica devia desempenhar um papel dogmático fundamental, tanto ao revelar o direito tradicional, como ao proteger o direito contemporâneo contra as inovações (nomeadamente, legislativas) arbitrárias (“anti-naturais”, “anti-nacionais”). Nos anos ‘30 e ‘40 deste século, estes tópicos voltaram a ser recuperados pelo pensamento jurídico conservador, ao reagir contra os princípios liberais em nome de valores nacionais imorredouros ou de conceitos também nacionais de justiça e de bem estar (cf. *infra*, 8.6.1.).

² Por exemplo, em Portugal, os primeiros constitucionalistas buscaram na história os modelos para a constituição a fazer (ou a restaurar, a “regenerar”); cf. Hespanha, 1982a.

Nos nossos dias, com o impacto da ideia de “progresso”, a tradição deixou de ser a principal estrutura de legitimação e, por isso, a história do direito perdeu uma boa parte dos seus créditos, como oráculo do espírito nacional. Pelo menos no Ocidente, pois no Oriente – desde o Irão até Singapura ou à China – a busca de uma teoria do direito liberta de categorias ocidentais, culturalmente estranhas, tende a atribuir à história um importante papel na revelação daquilo que se considera especificamente nacional.

Encarar a história como uma via para a revelação do “espírito nacional” – se tal coisa de facto existisse³ – levantaria problemas metodológicos muito sérios. Na verdade, a consciência metodológica está hoje bem consciente de que a história, mais do que descrever, cria (cf. *infra*, 1.2.3.). Ou seja, aquilo que o historiador crê encontrar como “alma de um povo”, na verdade é ele – com as suas crenças e preconceitos – que o lá põe. A prova a partir da história, sobretudo, a prova histórica de entidades tão evanescentes como o espírito nacional ou a cultura jurídico-política nacional – constitui uma construção intelectual que, portanto, diz mais sobre os historiadores seus autores do que sobre as crenças e as culturas do passado que se supõe estarem a ser descritas.

De qualquer modo, o argumento histórico não abandonou totalmente os terrenos do raciocínio jurídico, já que ele pode ser inserido noutras estratégias discursivas dos juristas.

Por um lado, a história tem podido ser usada para provar que certa categoria do discurso jurídico – v.g. “Estado”, “direito público e privado”, “pessoa jurídica” – ou uma solução jurídica – v.g., a protecção legal do feto ou o princípio de que os contratos devem ser cumpridos ponto por ponto – pertencem à “natureza das coisas” ou decorrem de categorias eternas da justiça ou da razão jurídica. Aqui, a história pode servir para mostrar

³ Sobre a difícil sustentabilidade da ideia de “espírito nacional” perante o evidente pluralismo de valores das sociedades, nomeadamente das de hoje, *infra*, 8.6.4.4.

que, por exemplo, até já os juristas romanos ou os grandes doutores medievais teriam estado conscientes destas categorias e lhes teriam dado uma certa formulação.

Numa perspectiva já um tanto diferente – e com uma diferente genealogia ideológica – a história poderia demonstrar, pelo menos, que se foram firmando consensos sobre certos valores ou sobre certas normas, e que esses consensos deveriam ser respeitados no presente. Era a isto que os juristas romanos se referiam quando definiam o costume como “mores maiorum” (costumes dos antigos, continuamente ratificado por uma espécie de plebiscito tácito (*lactia civium conventio*)) (D.1, 3, 32-36) e lhe atribuíam, por isso, um valor de norma. A história seria, assim, o fórum de um contínuo plebiscito, em que os presentes participariam, embora numa posição enfraquecida pela soma de “votos” já acumulada pelos passados. De alguma forma, esta ideia de um contínuo plebiscito verificável pela história subjaz também à ideia, a que nos referiremos abaixo, de ela poder documentar o espírito de um povo.

Como se depreenderá de seguida, esta ideia de plebiscito pressuporia que, passados e presentes, estariam a abedecer ao que está estabelecido pelas mesmas razões; ou seja, que dariam o mesmo sentido aos seus “votos”. Se isto não puder ser provado, não se pode falar de “consenso”.

Embora muitos conceitos ou princípios jurídicos sejam muito mais modernos do que geralmente se supõe, é verdade que há outros que parecem existir, com o seu *valor faciat* (i.e., referidos com as mesmas palavras ou como frases), desde há muito tempo. Realmente, conceitos como pessoa, liberdade, democracia, família, obrigação, contrato, propriedade, roubo, homicídio, são conhecidos como construções jurídicas desde os inícios da história do direito europeu. Contudo, se avançarmos um pouco na sua interpretação, logo veremos que, por baixo da superfície da sua continuidade *terminológica*, existem rupturas decisivas no seu significado *semântico*. O significado da mesma palavra, nas suas diferentes ocorrências históricas, está intimamente ligado aos diferentes contextos, sociais ou textuais, de cada

ocorrência. Ou seja, o sentido é eminentemente *relacional*⁴ ou *local*. Os conceitos interagem em campos semânticos diferentemente estruturados, recebem influências e conotações de outros níveis da linguagem (linguagem corrente, linguagem religiosa, etc.), são diferentemente apropriados em conjunturas sociais ou ideológicas. Por detrás da continuidade aparente na superfície das palavras está escondida uma descontinuidade profunda na profundidade do sentido. E esta descontinuidade mantém-se por completo essa pretensão de uma validade intemporal dos conceitos embebidos nas palavras, mesmo que estas permitam começar.

Alguns exemplos desta falsa continuidade. O conceito de *família*, embora se o mesmo suporte vocabular desde o direito romano (*familia*) a abrangia, não apenas parentelas muito mais vastas, mas também não parentes (como os criados ou os escravos [*famuli*]) e até os donos da “casa”⁵. O conceito de obrigação como “vínculo jurídico” aparece com o direito romano; mas era entendido num sentido materialístico, como uma vinculação do corpo do devedor à dívida que explicava que, em caso de não cumprimento, as consequências legais caíssem sobre o corpo do devedor ou sobre a sua liberdade (e não por dívidas). O conceito de “liberdade” começou, na Grécia clássica, designar a não escravidão, no âmbito da comunidade doméstica, distinguindo os filhos-família dos escravos; mais tarde, na Roma republicana, designa, a não dependência de outro privado, no âmbito da comunidade política (na *polis*, *respublica*); e, seguida, com o cristianismo, designa, a exclusiva dependência da fé em Deus, sendo compatível, então, com a dependência temporal, mesmo com a escravatura; só muito mais tarde, incorporando a ideia de direito de auto-determinação, de liberdade de agir politicamente; ou

⁴ I.e., relacionado com o de outros conceitos próximos que ocorrem numa certa época da história do discurso (v.g., “liberdade” com “escravatura” ou com “despotismo”, ou com “anarquia”, “democracia”, ou com “monarquia”, ou com “aristocracia”, ou com “ditadura”, ou com “anarquia”, ou com “libertarismo”).

⁵ Cf. Hespanha, 1984b.

mesmo, ainda mais tarde, de receber do Estado o apoio necessário (económico, cultural, sanitário) para exercer, de facto, essa virtual auto-determinação⁶. A palavra "Estado" (*status*) era utilizada em relação aos detentores do poder (*status rei romane, status regni*); mas não continha em si as características conceituais do Estado (exclusivismo, soberania plena, extensos privilégios "de império" relativamente aos particulares [jurisdição especial, irresponsabilidade civil, privilégio de execução prévia])⁷ tal como nós o entendemos. A propriedade já foi definida pelos romanos como uma faculdade de "usar e abusar das coisas", mas a própria ideia de "abuso" leva consigo esta outra de que existe um uso *normal* e *devido* das coisas, que se impõe ao proprietário, o que exclui a plena liberdade de disposição que caracterizou, mais tarde, a propriedade capitalista⁸.

Assim, essa alegada continuidade das categorias jurídicas actuais – que parecia poder ser demonstrada pela história – acaba por não se poder comprovar. E, caída esta continuidade, cai também o ponto que ela pretendia provar, o do carácter natural dessas categorias. Afinal, o que se estava a levar a cabo era a tão comum operação intelectual de considerar como *natural* aquilo que nos é *familiar* (naturalização da cultura).

Mas a história jurídica pode ser integrada numa estratégia de legitimação ligeiramente diferente. De facto, há quem julgue ser possível usar a história para provar a *linearidade do progresso* (neste caso, do progresso jurídico).

Partamos de um modelo histórico *evolucionista*. Ou seja, de um modelo que conceba a história como uma acumulação progressiva de conhecimento, de sabedoria, de sensibilidade. Nesta perspectiva, também o direito teria tido a sua fase juvenil de rudeza. Contudo, o progresso da sabedoria humana ou as descobertas de gerações sucessivas de grandes juristas teriam

feito progredir o direito, progressivamente, para o estado em que hoje se encontra; estado que, nessa perspectiva da história, representaria um apogeu. Nesta história *progressiva*, o elemento legitimador é o contraste entre o direito histórico, rude e imperfeito, e o direito dos nossos dias, produto de um imenso trabalho negativo de aperfeiçoamento, levado a cabo por uma casta de juristas memoráveis.

Esta teoria do progresso linear resulta frequentemente de se observar o passado desde a perspectiva daquilo que acaba por acontecer. Deste ponto de vista, é sempre possível encontrar premissas e antecipações para o que se veio a verificar (cf., *infra*, 1.2.3). Mas normalmente perde-se de vista tanto todas as outras vicissitudes de desenvolvimento, bem como as perdas originadas pela evolução que se veio a verificar. Por exemplo, a perspectiva de evolução tecnológica e de sentido individualista que marcou sociedades contemporâneas ocidentais tende a valorizar a história do progresso científico-técnico da cultura europeia, bem como as aquisições político-sociais no sentido da libertação do indivíduo. Deste ponto de vista, a evolução da cultura europeia de converter-se como uma epopeia de progresso e a sua história pode converter-se numa celebração disto mesmo. Mas o que se perde é a noção daquilo que, por causa deste progresso, se fechou como oportunidade de evolução ou que se perdeu. Como, por exemplo, o equilíbrio do ambiente, os sentimentos de solidariedade social.

Enfim, a história progressista promove uma sacralização do presente, glorificado como meta, como o único horizonte possível da evolução humana e tem inspirado a chamada "teoria da modernização", a qual propõe uma política de direito baseada num padrão de evolução artificialmente considerado como universal. Neste padrão, o modelo de organização política e jurídica das sociedades do Ocidente (direito legislativo, certificação, justiça estadual, democracia representativa, etc.) é proposto como um objectivo universal de evolução sócio-política paralelo à abertura do mercado no plano das políticas económicas (Wehler, 1975; Baumann, 1993, 2001; cf., também, *infra*, 8.6.4).

⁶ Barberis, 1999.

⁷ Clavero, 1982.

⁸ Cf. Grossi, 1992.

Estas duas últimas estratégias – a “naturalizadora” e a “progressista” – de sacralização do direito actual por meio da utilização da história repousam numa certa forma de a contar. De facto, as matérias históricas relevantes são identificadas a partir do leque dos conceitos e problemas jurídicos contemporâneos. Isto leva a uma perspectiva deformada do campo histórico, em que os objectos e as questões são recortados a partir do modo de ver e conceber o direito nos dias de hoje. Assim, o presente é imposto ao passado; mas, para além disso, o passado é lido a partir (e tornado prisioneiro) das categorias, problemáticas e angústias do presente, perdendo a sua própria espessura e especificidade, a sua maneira de imaginar a sociedade, de arrumar os temas, de pôr as questões e de as resolver.

Esta ignorância da autonomia do passado leva, pelo menos, a perplexidades bem conhecidas da investigação histórica: como a grelha de interrogação das fontes é a dos nossos dias, é frequente que estas não possam responder às nossas (anacrónicas) questões. Por exemplo, para aqueles que não estejam conscientes de que uma boa parte da teoria constitucional do Antigo Regime tem que ser buscada na teoria da justiça e da jurisdição, as fontes jurídicas doutrinárias das épocas medieval e moderna podem parecer mudas sobre a problemática do poder político supremo. O mesmo se diga da teoria da administração, que não poderá ser encontrada nessas fontes doutrinárias, a não ser que se procure ou na teoria do *judicium* (i.e., na teoria da organização judicial) ou na teoria (moral) do governo doméstico (*oeconomia*) (cf., v.g., Cardim, 2000). É também na tratadística moral sobre as virtudes (como a *beneficentia*, a *gratitudo* ou a *misericordia*) que podem ser encontrados os fundamentos da teoria das obrigações, da usura ou, mesmo, do direito bancário (cf., v.g., Clavero, 1991).

Contudo, a vinculação do passado ao imaginário contemporâneo pode levar a consequência ainda mais sérias. Possivelmente, a uma total incompreensão do direito histórico, sempre que a sua própria lógica for subvertida pelo olhar do historiador. Por exemplo, isto acontece quando se lêem as cartas régias que, na Idade Média, protegiam a inviolabilidade do domicílio

(enquanto expressão territorial do poder doméstico) como antecipações das modernas garantias constitucionais de protecção da privacidade individual. Na verdade, o que então estava em jogo era a autonomia da esfera doméstica frente à esfera política da *respublica*, no âmbito de uma constituição política pluralista em que os poderes periféricos competiam com o poder central. Logo pelo contrário, nada estava mais fora de causa do que a ideia de proteger direitos individuais, os quais eram então completamente sacrificados no próprio seio da ordem doméstica. Outra ilustração do mesmo erro seria uma leitura “representativa” (no sentido de hoje) das antigas instituições parlamentares (as “cortes” ibéricas ou os parlamentos franceses de Antigo Regime); embora se tratasse de assembleias que “representavam” o reino, a ideia de representação que aqui domina é, não a actualmente corrente na linguagem política, mas antes a corrente hoje na linguagem do teatro – os actores *tornam visíveis* (*apresentam publicamente*) os personagens, mas não são seus delegados, seus mandatários, não exprimem a sua vontade; do mesmo modo, os parlamentos *visualizam* o corpo político (*mítico* e, por isso, de outro modo invisível) do reino. Também o vincar a sistematização contemporânea do direito civil (parte geral, obrigações, direitos reais, direito da família, direito das sucessões) na descrição do direito antigo impõe a este relações sistemáticas que não eram então perceptíveis: v.g., as matérias de família não se liam como separadas das matérias sucessórias. Num plano ainda mais fundamental, o direito hoje dito “civil” não se distinguia fundamentalmente do direito hoje dito “público”, porque – nos sistemas jurídicos de Antigo Regime – o príncipe não tinha, em geral, as prerrogativas jurídicas especiais que depois foram atribuídas ao Estado (nomeadamente, a podia ser chamado por um particular perante a jurisdição ordinária, não podia, em geral, impor unilateralmente o sacrifício de um direito patrimonial; em suma, era, para a generalidade dos efeitos, um particular, cujas relações com os súbditos eram reguladas pelo direito comum (civil)). Num plano ainda superior, seria completamente absurdo projectar sobre o passado as

tuais fronteiras disciplinares entre direito, moral, teologia e filosofia, procurando, por exemplo, isolar o direito dos restantes complexos normativos.

Deve anotar-se que a questão da submissão da narrativa do historiador aos conceitos e representações do presente tem sido muito discutida desde o século passado. Há quem, com razão, (i) considere que esta situação é inevitável, já que o historiador nunca se consegue libertar das imagens, preconceitos (pré-compreensões) do presente. E há também quem – nomeadamente no domínio da história do direito – (ii) considere que esta leitura “actualizante” (*present mind approach*) da história é a condição para que os factos históricos nos digam algo, sejam inteligíveis, permitam tirar lições⁹. A primeira posição (i) aponta a impossibilidade radical de um conhecimento histórico objectivo, que subjaz também, de forma muito sensível, a esta nossa introdução metodológica. Só que, do nosso ponto de vista, isto é uma limitação e não uma vantagem do conhecimento histórico. A segunda questão (ii), porém, suscita todas as objecções referidas no texto. Que podem ser resumidas nesta: o alegado “diálogo histórico” que se obtém por uma perspectiva actualista é, de facto, um monólogo entre o historiador e uns sujeitos históricos desprovidos de autonomia, uns bonecos de ventríloquo em que ele transforma os actores do passado, dando-lhes voz, emprestando-lhe palavras e impondo-lhe pensamentos.

Uma última estratégia legitimadora nos usos da história do direito segue um caminho diferente. O que nesta está em jogo já não é a legitimação directa do direito, mas a da corporação dos juristas que o suportam, nomeadamente dos juristas académicos.

Na verdade, os juristas têm uma intervenção diária na adjudicação social de faculdades ou de bens. Isto confere-lhes uma papel central na política quotidiana, embora com o inerente preço de uma exposição permanentemente a crítica social. Uma estraté-

gia de defesa deste grupo é a de desdramatizar (“eufemizar”, Bourdieu, 1986) a natureza política de cada decisão jurídica e, por isso, o seu carácter “político” (“arbitrário”, no sentido de que depende de escolhas de quem decide e não de leis ou princípios imperativos). Ora, uma forma de “despolitizar” (“despotenciar”, “eufemizar”) a intervenção dos juristas é apresentar o veredicto jurídico como uma opção puramente técnica ou científica, distanciada dos conflitos sociais subjacentes.

Esta operação de neutralização política da decisão jurídica tornar-se-á mais subtil se se construir uma imagem dos juristas como académicos distantes e neutrais, cujas preocupações são meramente teóricas, abstractas e eruditas. Uma história jurídica formalista, erudita, alheia às questões sociais, políticas e ideológicas e apenas ocupada de eras remotas, promove seguramente uma imagem das Faculdades de Direito como templos da ciência, onde seriam formadas as escrituras incorpóreas. A onda de medievismo que dominou a historiografia jurídica continental até aos anos ‘60 – contemporânea do manifesto de Hans Kelsen no sentido de “purificar” a ciência jurídica de ingredientes políticos (cf. *infra*, 8.4.6.) – teve esse efeito de *legitimação pela ciência*, justamente numa época de fortíssimos conflitos político-ideológicos em que os juristas tiveram que desempenhar uma importante função “arbitral”¹⁰.

1.2. A história crítica do direito

Os objectivos gerais de uma história crítica do direito foram evocados antes. Tratar-se-á agora da questão das estratégias científicas e das vias metodológicas mais convenientes (Scholz, 1985; Hespanha, 1986a, 1986b).

A primeira estratégia deve ser a de *instigar uma fortíssima consciência metodológica* nos historiadores, problematizando a *corrupção* da linguagem jurídica a qual a narrativa histórica não é senão

⁹ Cf. Grossi, 1998, 274, referindo-se a uma obra clássica de Emilio Bettu, *Diritto romano e dogmatica odierna*, 1927, hoje publicada em Bettu, 1991.

¹⁰ V., sobre isto, para Portugal, Hespanha, 1981.

simples relato daquilo que "realmente aconteceu". É que, de facto, os acontecimentos históricos não *estão aí*, independentes do olhar do historiador, disponíveis para serem descritos. Pelo contrário, eles são *criados* pelo trabalho do historiador, o qual selecciona a perspectiva, constrói objectos que não têm uma existência empírica (como curvas de natalidade, tradições literárias, sensibilidades ou mentalidades) ou cria esquemas mentais para organizar os eventos, como quando usa os conceitos de "causalidade", de "genealogia", de "influência", de "efeito de retorno" (*feedback*). A única coisa que o historiador pode verificar são sequências meramente cronológicas entre acontecimentos; tudo o resto são inferência suas (v.g., transformar uma relação de precedente-consequente numa relação de causalidade [*post ergo propter*] ou de genealogia-influência [*prior ergo origo*]). Os historiadores devem estar conscientes (i) deste artificialismo da "realidade" historiográfica por eles criada, (ii) da forma como os seus processos mentais modelam a "realidade" histórica, ou seja, do carácter "poiético" (criador) da sua actividade intelectual e (iii) das raízes social e culturalmente embebidas deste processo de criação.

Esta estratégia leva naturalmente a uma crise de ideais como o de "verdade histórica", a ponto de alguns autores não hesitarem em classificar a história como um género literário, embora (tal como os outros géneros) dotado de uma organização discursiva específica, ou seja, de regras que permitem validar os seus resultados (White, 1978, 1987; Hespanha, 1990a). É por esta última razão que a classificação do saber histórico como um género literário não significa que o ele repouse na arbitrariedade; significa, antes, que o rigor histórico reside mais numa coerência interna do discurso – numa observância de "regras de arte" convencionais – do que numa adequação à "realidade" histórica. Afinal, esta proposta não representa mais do que a antecâmara à própria história jurídica do mesmo método – de desvelar as raízes sociais e culturais das práticas discursivas – que ela pretende aplicar ao discurso que forma o seu objecto – no nosso caso, o discurso jurídico.

A segunda estratégia é a de eleger como objecto da história jurídica o *direito em sociedade*.

Esta linha de evolução, que domina a historiografia contemporânea a partir da *École des Annales* (com a sua ideia de uma "história total") leva a uma história do direito intimamente ligada à história dos diversos contextos (cultura, tradições literárias, estruturas sociais, convicções religiosas) com os quais (e nos quais) o direito funciona.

Este ponto – que não pôde em causa, como alguns parecem temerem – a especificidade da história jurídica, como se verá – pode ser decomposto numa série de linhas de orientação.

1.2.1. A percepção dos poderes "periféricos"

Antes de mais, as normas jurídicas apenas podem ser entendidas se integradas nos complexos normativos que organizam a vida social. Neste sentido, o direito tem um sentido meramente relacional (ou contextual). O papel da regulação jurídica não depende das características intrínsecas das normas do direito, mas do papel que lhes é atribuído por outros sistemas normativos que formam o seu contexto. Estes sistemas são inúmeros – da moral à rotina, da disciplina doméstica à organização do trabalho, dos esquemas de classificação e de hierarquizar às artes de sedução. O modo como eles se combinam na construção da disciplina social também é infinitamente variável.

Algumas das mais importantes correntes da reflexão política contemporânea ocupam-se justamente de analisar estas formas mínimas, persuasivas, invisíveis, "doces", de disciplinar (Foucault, 1978, 1980, 1997; Bourdieu, 1979; Santos, 1980; 1989, 1995; Hespanha, 1983; Serrano González, 1987a, 1987b; Levi, 1989; Boltanski, 1991; Thévenot, 1992; Cardim, 2000). Muitas destas formas não pertencem aos cumes da política, vivendo antes ao mais baixo nível (*au ras du sol*, Jacques Revel) das relações quotidianas (família, círculos de amigos, rotinas do dia a dia, intimidade, usos linguísticos). Nesse sentido, estes mecanismos de normação podem ser vistos "direitos do quotidiano" (cf. *infra*).

8.6.4.1; Sarat, 1993), gerado por poderes "moleculares" (Felix Guattari), "microfísicos" (Michel Foucault), dispersos por todos os nichos das relações sociais. Contudo, estes poderes e estes direitos manifestam uma resistência que falta à generalidade das normas e instituições do direito oficial.

Esta imagem da sociedade como auto-organizada num esquema pluralístico de ordens jurídicas não é novo. Nasceu - se considerarmos apenas a época contemporânea - no século XIX, pois foi então que apareceu a ideia de que a sociabilidade humana estava organizada objectivamente em instituições imanes e necessárias perante as quais a ordem do Estado era quase impotente (cf. *infra*, 8.2.1.3 e 8.4.4.). Estes pontos de vista tinham sido antes preparados pelo pensamento reaccionário do século XIX, que continuava temáticas da teoria política do Antigo Regime (cf. *infra*, 4.2.). Já no nosso século, tanto as correntes anti-liberais e anti-democráticas (É. Lousse, O. Brunner, J. Evola), como as correntes liberais, deixaram também a sua marca neste pensamento político anti-estatalista.

Embora bebendo de outras fontes e inspirações, a teoria política mais recente volta a este imaginário pluralista da ordem política e à consequente tendência para descentrar o direito oficial no seio de uma constelação inorgânica de mecanismos de disciplina, sublinhando, em contrapartida, o papel conformador de humildes e discretos mecanismos normativos da vida quotidiana.

A "teoria crítica" da *Escola de Frankfurt* problematizou a ideologia da neutralidade política e insistiu em que qualquer actividade humana tem uma componente política e disciplinadora, nomeadamente, as do nível cultural e simbólico. Nesta mesma linha, M. Foucault referiu-se ao carácter molecular do poder, à sua omnipresença na sociedade ("pan-politização") e à necessidade de a teoria política se assumir, para captar o poder em toda a sua extensão, como uma "micro-física" do poder (Foucault, 1978). Da antropologia jurídica, chegou a ideia de "pluralismo", da coexistência de diferentes ordens jurídicas, legais ou costumeiras, no mesmo espaço social (Hooker, 1975;

Geertz, 1963, 1983; Chiba, 1986; cf. *infra*, 8.6.4.4). Finalmente, o pós-modernismo trouxe uma nova sensibilidade em relação às formas implícitas, informais e quotidianas de poder (Toffler, 1990; Hespanha, 1992a; Santos, 1994, 1995; Sarat, 1993; Bauman, 1993; cf. *infra*, 8.6.4.), tendo chamado também a atenção para a forma como o Estado - a grande criação da "modernidade" - procurou desarticular essas formas ou, pelo menos, tornar invisível e indimensão micro da política (Bauman, 2001: páginas de antologia, 26 ss.). É por isso que se pode dizer que a historiografia jurídica dos nossos dias se apoia tanto em temas providos da mais actual técnica reflexão teórica como numa pré-compreensão do mundo com raízes na mais recente cultura contemporânea.

Foi daqui que resultou a sensível tendência actual dos historiadores do direito para alargarem o seu campo de pesquisa para além do âmbito do direito oficial, integrando nele todos os fenómenos de normação social, independentemente das suas habituais etiquetas. Desde as normas religiosas, aos costumes, desde as regras de organização (*management*) às formas mais evanescentes e difusas da ordem. Embora esta vaga esteja a chegar aos estudos de história jurídica contemporânea - em que a ideia de pluralismo jurídico desafia cada vez mais ousadamente a antiga ideia de que o direito se reduzia à constituição, ao código e à lei do Estado -, a mais profícua massa de estudos continua a incidir sobre a sociedade e política do Antigo Regime: o direito informal, o direito das comunidades rústicas e camponesas, o amor e a amizade como sentimentos jurídicos (Clanchy, 1993; Hespanha, 1983, 1993b; Clavero, 1993; Gardim, 2000), a organização do saber (Avellini, 1990; Petit, 1992), a organização do discurso (Grossi, 1992; Costa, 1969, 1986; Beneduce, 1996; Petit, 2000), a disciplina doméstica (Frigo, 1985a), a caridade e a assistência (Serrano González, 1992) ¹¹.

¹¹ Sobre esta evolução, cf. De Benedictis, 1990; Schaub, 1995.

1.2.2. O direito como um produto social

Contudo, o direito em sociedade não consiste apenas em considerar o papel do direito no seio de processos sociais (como o da instauração da disciplina social), mas também em considerar que a própria produção do direito (dos valores jurídicos, dos textos jurídicos) é, ela mesma, um processo social. Ou seja, algo que não depende apenas da capacidade de cada jurista para pensar, imaginar e inventar, mas de um complexo que envolve, no limite, toda a sociedade, desde a organização da escola, aos sistemas de comunicação intelectual, à organização da justiça, à sensibilidade jurídica dominante e muito mais.

Este tópico obriga a que se considere o *processo social de produção do próprio direito* na explicação do direito. Sublinhámos "próprio" para destacar que não estamos a aderir a modelos de explicação muito globais, desses que relacionam qualquer fenómeno social com um único centro de causalidade social (*v.g.*, a estrutura económica, como do determinismo economicista de um certo marxismo, ou o subconsciente individual, como do determinismo psicanalítico de Freud) (cf. Bourdieu, 1984).

Na verdade, parecem muito mais produtivos modelos de explicação sociológica de muito mais curto alcance, que relacionam os efeitos (culturais, discursivos) com a dinâmica específica do espaço (ou nível, instância) social particular em que eles são produzidos. No nosso presente caso, a ideia é a de relacionar o direito com os espaços sociais ("campos", para usar a terminologia de Bourdieu¹², "práticas discursivas" ou "dispositi-

¹²Resumindo grosseiramente, Pierre Bourdieu relaciona cada prática de produção de sentido ("práticas simbólicas") com os seus contextos sociais de produção (a que chama "campos") e com as lutas e conflitos entre os agentes de produção que se desenvolvem em cada campo (cf. aplicação ao direito, Bourdieu, 1986). "*Le pouvoir symbolique est un pouvoir qui est en mesure de se faire reconnaître, d'obtenir la reconnaissance; c'est-à-dire un pouvoir (économique, politique, culturel ou autre) qui a le pouvoir de se faire reconnaître dans sa vérité de pouvoir, de violence et d'arbitraire. L'efficacité propre de ce pouvoir s'exerce non dans l'ordre de la force physique, mais dans l'ordre*

vos", para utilizar a de M. Foucault)¹³, explicando a partir daí os efeitos (jurídicos) produzidos.

¹³de la connaissance. Par exemple, le noble, le latin le dit, est un *no-bilis*, l'homme "connu", "reconnu". Dévoiler les ressorts du pouvoir", in *Interventions - Science sociale et action politique*, Agone, 2002, pp.173-176); Dans le *champ*, les agents et les institutions luttent, suivant les règles constitutives de cet espace de jeu (et, dans certaines conjonctures, propo- de ces règles mêmes), avec des degrés divers de force et par là, de possibilités diverses de succès, pour s'approprier les profits spécifiques qui sont en jeu dans le jeu. Ceux qui dominent dans un champ donné sont en position de le faire fonctionner à leur avantage, mais ils doivent toujours compter avec la résistance, la contestation, les revendications, les prétentions "politiques" ou non, des dominés." (*Réponses*, Seuil, 1992, p.78); "Conte l'illusion de l'intellectuel sans attaches ni racines", qui est en quelque sorte l'idéologie professionnelle des intellectuels, le rappelle [...] que l'appartenance au *champ intellectuel* implique des intérêts spécifiques, non seulement à Paris comme à Moscou, des postes d'académicien ou des contrats de diffusion, des comptes-rendus ou des publications souvent insaisissables pour qui n'est pas membre de l'univers mais par lesquelles on donne prise à toutes sortes de contraintes et de censures." (*Questions de sociologie*, Minuit, 1984-1970). (Sobre Bourdieu, com dos bio-bibliográficos, textos e um glossário e para citar: <http://www.homemodern.org/societe/socio/bourdieu/> [2002-08-15]).

¹³Em termos muito genéricos, M. Foucault considera que cada discurso tem as suas regras de formação (a sua "ordem") e que esta não depende do autor mas do próprio processo de escrita, sendo que esta está relacionado com condições materiais e objectivas ("dispositivos") da escrita (da "criação"), aqui se compreendendo as tradições literárias em que o discurso se desenvolve, o modelo de divisão do trabalho intelectual dominante nesse momento, os objectos que surgem como material de observação, etc.. A este estudo do discurso como confluência de determinações externas ao autor chama Foucault "arqueologia" (modelo de estudo que ele opõe tanto ao modelo bioerético, centrado no autor, e ao estudo genealógico, centrado na "influência". O livro fundamental de Foucault, sobre este tema, é *L'archéologie du savoir*, 1969. Tradução portuguesa de alguns textos importantes de Foucault (nomeadamente, para os efeitos presentes, "A ordem do discurso" e "Omnes et singulatin - para um crítica da razão política em <http://www.foucault.hpg.ig.com.br/biblio.html> [2002-08-15]).

Por isso, a história do direito será a história do "campo jurídico", das "práticas discursivas dos juristas", dos "dispositivos do direito", pois todas estas expressões são algo equivalentes. A primeira, sublinhando as lutas entre os agentes para hegemonizar um campo particular; a segunda e terceira dando ênfase à força estruturante de entidades objectivas, como o próprio processo de escrita (o "texto") ou a organização das práticas. Seja como for, a ideia comum a qualquer delas é a da *autonomia do direito* em relação aos momentos não jurídicos das relações sociais. A que acrescentaríamos mesmo - para realçar o aspecto conformador que o discurso jurídico tem sobre outros discursos (mais numas épocas do que noutras) - a ideia ainda mais forte de que o imaginário jurídico - produzido pelas condições específicas dos discursos e rituais do direito - pode mesmo modelar imaginários sociais mais abrangentes, bem como as práticas sociais que deles decorram.

Esta última ideia é ainda mais decisiva se considerarmos que os valores jurídicos perduram no tempo. São produzidos uma vez, mas são continuamente (re)lidos (ou recebidos). De acordo com a "teoria da recepção" (Holub, 1989), receber um texto (tomada a palavra no seu sentido mais vasto) é (re)produzi-lo, dando-lhe um novo significado, de acordo com a nova maneira como ele é integrado no universo intelectual (e emocional) do leitor. Como os textos jurídicos participam desta abertura a novos contextos, a história do direito tem que evitar a reificação do significado dos valores, categorias ou conceitos, já que estes – por dependerem menos das intenções dos seus autores do que das expectativas dos seus leitores – sofrem permanentes modificações do seu sentido (contextual).

Mas - neste processo de contínuas re-leituras - alguma coisa de permanente resiste a estas sucessivas re-apropriações; daí o peso da tradição jurídica, com a força das palavras e dos conceitos do passado sobre os seus usos no presente. Daí a importância que, em contrapartida, deve também ser atribuída ao *live*

*bitus*¹⁴ inculcado pela tradição literária em que o leitor se formou (e em que o próprio texto está integrado) (v., já a seguir, "Contra a teleologia.").

É por isso que há uma certa circularidade na hermenêutica histórica dos textos. Eles são apropriados por um leitor formado por uma tradição textual de que os mesmos textos fazem parte (contexto inter-textual). Porém, existe também um momento dinâmico neste círculo, pois a nova leitura também é confortada por outros factores contextuais que estão fora desta tradição textual (momentos extra-textuais), empurrando o leitor para outras mensagens intelectuais (outros discursos ou tradições literárias, outros imaginários culturais, outras expectativas sociais, outros interesses).

1.2.3. Contra a teleologia

A terceira estratégia de uma história crítica do direito é a de insistir no facto de que a história jurídica (como a história em geral) não constitui um desenvolvimento linear, necessário, progressivo, escatológico.

Isto significa, em primeiro lugar, que na história há des-

14 O conceito é, de novo, de P. Bourdieu: "Estrutura estruturante que organiza as práticas e a percepção das práticas ; o *habitus* é também uma estatura estruturada : o princípio de divisão em classes lógicas que organiza a percepção do mundo social é, ele próprio, o produto da incorporação da divisão em classes sociais" (*La Distinction*, Minuit, 1979, p. 191). Os condicionamentos associados a uma classe particular de condições de existência produzem hábitos, sistemas de disposições duráveis e transmissíveis, estruturas estruturadas predispostas a funcionar como estruturas estruturantes, ou seja, como princípios geradores e organizadores de práticas e de representações conscientes para esses fins e o domínio expresso das condições necessárias para os atingir, objectivamente "reguladas" e "regulares" sem serem, de forma alguma, o produto de obediência a regras e sendo tu o isto colocativamente orquestrado sem ser o produto de uma acção organizadora de um maestro", (*Le sens pratique*, Minuit, 1980, p. 88).

toriadores. Mas os juristas (e os historiadores do direito) tendem a crer que o direito constitui uma antiga tradição agregativa, em que as novas soluções se somam às mais antigas, aperfeiçoando-as ou actualizando-as.

Se se destacar a ideia de descontinuidade, o papel da tradição - que sempre foi tido como tão importante em direito - precisa de ser clarificado. Na verdade, na ideia de ruptura já estava implícito aquilo que acabámos de dizer acerca da natureza contextual do sentido. Se os sentidos (ou os valores) são relacionais, estando sempre ligados com os seus contextos, qualquer mudança no contexto do direito corta-o da tradição prévia. A história do direito será assim constituída por uma sucessão de sistemas jurídicos sincrónicos, fechados uns em relação aos outros. O sentido de cada instituto ou de cada princípio deve ser avaliado pela sua integração no contexto dos outros institutos e princípios que com ele convivem contemporaneamente; e não nos institutos ou princípios que o antecederam (na sua "genealogia" histórica). Ou seja, o direito recompõe-se continuamente e, ao recompor-se, recompõe a leitura da sua própria história, da sua própria tradição, actualizando-as.

Mas, por sua vez, a tradição é também um factor de construção do direito actual. Porque, se o direito actual recompõe (rele) a tradição, o certo é que é com os instrumentos (intelectuais, normativos, rituais, valorativos) que uma certa tradição intelectual lega ao presente, que o direito do presente é pensado. Neste sentido, a tradição parece estar muito presente no direito, e sob diversas formas - tradições literárias, casos decididos, leis que se mantêm no tempo, costumes que continuam vigentes, cerimónias e rituais herdados do passado. E o trabalho de produção de novos efeitos jurídicos (novas normas, novos valores, novos dogmas) é levado a cabo com ferramentas recebidas da tradição: ferramentas institucionais (instituições, papéis sociais), ferramentas discursivas (*linguagem técnica, tópicos, modelos de argumentação e de prova, conceitos e dogmas*), ferramentas comunicacionais (bibliotecas, redes académicas ou intelectuais). É desta forma que o passado modela o presente. Não pela im-

posição directa de valores e de normas, mas pela disponibilização de uma grande parte da utensilagem social e intelectual com que se produzem novos valores e novas normas (ou seja, *à la Foucault*, como fornecedor de componentes dos "dispositivos" da criação actual do saber jurídico).

Estabelecida esta ideia - com a crítica que ela traz implícita à ideia de progresso linear, de genealogia e de influência -, o problema de deixar de ser o apogeu do passado, o último estádio de uma evolução que podia ser de há muito prevista. Pelo contrário, o presente não é senão mais um arranjo aleatório, dos muitos que a *bricolage* dos elementos herdados podia ter produzido.

Contudo, a ideia de descontinuidade, se nos dá uma perspectiva sobre o presente, também influencia o nosso modo de observar o passado. Este deixa de ser um precursor do presente, um ensaiador de soluções que vieram a ter um completo desenvolvimento no presente. E, com isto, deixa de ter que ser lido na perspectiva do que veio depois. O passado é libertado do presente. A sua lógica e as suas categorias ganham espessura e autonomia. A sua diferença emerge majestosamente. Esta emergência da diferença, dessa diferença experiencial que nos vem do passado, reforça decisivamente o olhar distanciado e crítico sobre os nossos dias (ou, no nosso caso, sobre o direito positivo), treinado-nos, além disso, para ver coisas diferentes na aparente monotonia do nosso tempo.