

A historiografia jurídico-institucional e a «morte do Estado»

ANTÓNIO M. HESPANHA

Lisboa

1. *A historiografia pós-moderna.*

Vive-se hoje uma conjuntura nova de produção historiográfica. Mas surge, também, um paradigma intelectual em ruptura com o de há uma década.

O público mais especializado descobriu, há alguns anos, a nova «nova história». Não já a história «social» e «quantitativa» que hegemonizou as nossas vanguardas historiográficas nos anos cinquenta e sessenta. Nem mesmo a história «teoricamente musculada» dos anos setenta, construída sob o pontificado de Althusser, de Poulantzas ou de Samir Amin. Mas 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 da realidade se eleva a constatação da irremediável «pobreza da teoria» (Edward Palmer Thompson).

O público mais vasto, esse, anda —mais ou menos conscientemente— mergulhado nos temas «pós-modernos», que uma retórica multidimensional vai inculcando na discussão cultural, na discussão política, na discussão económica.

A temática do pós-modernismo mantém uma grande homologia com a da nova «nova história»; ou não fossem elas produto uma da outra ou ambas produto de uma mesma vaga de repúdio do racionalismo, do funcionalismo e do utilitarismo economicista do pós-guerra. Ao geral, opõe-se o particular; ao gigantismo do «grande», opõe-se a beleza do «pequeno»; à eficácia da perspectiva macro, opõe-se a subtileza da perspectiva micro; ao sistema, opõe-se o vector; à análise sistémica, opõe-se a análise estratégica; à necessidade, opõe-se o acaso; ao funcional, opõe-se o arbitrário; à função opõe-se a forma; ao consciente, opõe-se o inconsciente; ao

objectivo, opõe-se o subjectivo; à «verdade», opõe-se a política ou a «economia libidinal».

No leitor de história isto provoca uma certa «pré-compreensão» da sociedade e dos indivíduos ou um certo «sentido (inconsciente) da prática». Ou seja, o leitor (tal como o autor) está predisposto para aceitar certas formas de explicar a acção individual e social; espera que a narrativa se adequue à sua «sociologia impensada» e a comprove. Isto é particularmente nítido em relação às ideias de poder, de Estado e de direito, núcleos temáticos da história jurídica e político-institucional, tal como tem sido entendida desde há quase 200 anos.

Neste plano da ciência política, os *leit-motive* pós-modernistas são os do «informalismo», «poli-centrismo» e «dispersão» dos mecanismos do poder, da relação vicariante entre a «violência», a «persuasão» e a «rotina», da função política de todos os mecanismos da socialização, da substituição da análise macro pela análise micro, da ideia de «intenção» pela de «resultado».

Colhida neste torvelinho teórico-ideológico, a história político-institucional tradicional, centrada no Estado e nos mecanismos oficiais do poder, entrou em crise metodológica, para a qual busca 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.

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

No actual recorte dos domínios historiográficos é costume aparecer uma área chamada «história jurídica» ou «história das instituições. O seu enquadramento Institucional tradicional é o das Faculdades de direito, onde se professa desde os finais do sec. XVIII, como disciplina propedéutica —embora com diversa vocação e de diferente sentido— dos estudos jurídicos (1). Recentemente, entrou também nos planos de estudos de alguns cursos de história, na sequência da revalorização da história política pela última geração da Escola dos Annales (2).

Nas Faculdades de Direito, a definição do objecto da história

(1) V., adiante, n. 2, bem como a meu artigo «Historiografia jurídica e política do direito (Portugal, 1900-50)», *Análise social*, 18 (1982-3), 795-812.

(2) «Manifesto» desta «nova história política», J. JULLIARD, «La politique», J. Le GOFF & P. NORA (eds.), *Faire l'histoire*, II, Paris, 1974; outras informações bibliográficas, H. COUTAU-BEGARIE, *Le phénomène «Nouvelle histoire»*, *Stratégie et idéologie des nouveaux historiens*, Paris, 1983, 171 ss.; para Portugal, v. ARMANDO CARVALHO HOMEM, *O Desembargo régio (1320-1433)*, Porto, 1985, ed. polic., 1 ss. («Introdução»).

jurídica foi, durante muito tempo, marcada pela oposição, feita por Leibniz (*Nova methodus discendae docendaeque iurisprudentia, ...*), entre a história «interna» e a história «externa», a primeira ocupando-se da substância da jurisprudência e a segunda dos factos sociais (económicos, culturais, políticos). Esta ideia leibniziana apontava já para uma orientação metodológica que, depois, veio a prevalecer — a separação entre os «momentos jurídicos» e os «momentos não jurídicos» da história. Mas, durante o século XIX, esta «ideia da separação» entre «o direito» e «os factos» veio a ser ainda reforçada pela influência combinada do legalismo (ou positivismo legalista) e da dogmática conceitualista (*Begriffsjurisprudenz*, conduzindo a uma *Dogmengeschichte*, história dos «dogmas jurídicos»).

Para o legalismo, o direito confundia-se e esgotava-se no conjunto de normas editadas ou reconhecidas pelo Estado (*maxime*, pelas leis), pelo que a história jurídica não seria senão a história desta ordem jurídica oficial (nomeadamente, a história dos seus modos de revelação - as «fontes do direito»). Para o conceitualismo, em contrapartida, o direito era o 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.

Uma e outra orientação historiográfica reflectiam as condições de produção do discurso histórico-jurídico. Em ambos os casos, do que se tratava era da repercussão, na maneira de fazer história, dos hábitos intelectuais e cognitivos dos juristas.

A um *nível mais superficial*, os historiadores-juristas transportavam para a *démarche* histórica os conceitos e os dogmas da Ciência do direito positivo.

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». Assim, embora o conceito de «personalidade colectiva» fosse desconhecido no direito romano, este já tratava, para certos efeitos, uma pluralidade de pessoas como se fossem uma entidade jurídica única, pelo que seria legítimo começar por aí a história do conceito. O mesmo processo é utilizado por aqueles que, ao fazer a história jurídica da «propriedade», se ocupam de todas as formas jurídicas passadas de deter as coisas, classificando-as na perspectiva do moderno conceito de propriedade (i.e., classificando-as, por exemplo, como

«propriedade comum», «propriedade imperfeita», «propriedade limitada») (3). Ou, 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 (v. g., o conceito de «coroa»), pelo que se poderia descrever a história de ideia de «Estado» sob a forma de uma «construção progressiva» (4).

A um nível mais profundo, 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.

Neste plano, a falsificação actualista da história é ainda mais subtil e perigosa, traduzindo-se na projecção sobre a história de formas de classificar, de modos de se exprimir, de modelos de organizar o discurso e de entender a relação entre os factos. Muitas destas disposições intelectuais —deste *habitus*, deste sentido prático (5)— não são sequer intencionais, ou mesmo conscientes. Outras vezes são consequência das condições objectivas da prática historiográfica dos jus-historiadores.

A manifestação clássica do que acaba de ser dito é a da utilização historiográfica dessas grandes categorias do pensamento jurídico contemporâneo como são, por exemplo, a distinção entre «direito público» e «direito privado», entre «constituição» e «administração» ou entre «governo», «administração» e «jurisdição», sistematização germânica do direito privado (obrigações, direitos reais, família, sucessões), a distinção entre «direito material» e «direito processual» (ou a hierarquização implícita na

(3) Ou seja, o decisivo seria «a coisa», não «a construção». Com isto, o que se perde de vista é que o direito (como conjunto de normas ou como conjunto de construções intelectuais) é uma realidade *construída* e não uma simples manifestação de uma realidade pre-discursiva. A entidade jurídica nasce quando emerge no plano do discurso (como nome ou como conceito); as próprias coisas não aparecem senão quando surge o conceito ou o nome que permite distingui-las.

(4) Ou seja, os conceitos jurídicos formar-se-iam do nada, num espaço conceitualmente vazio, por um processo de «agregação». Ora o que acontece é que no, no direito como em qualquer outro discurso, o surgir do um conceito é antes o produto de uma recomposição de todo o campo conceitual; um conceito forma-se à custa da morte ou recomposição de outros. Por outro lado, um conceito é, por definição, uma entidade lógico-intelectual indivisível em «elementos» que, ou existe e tem todos os seus elementos, ou, não os tendo, não existe. A «coroa» exprime, certamente, uma determinada ideia acerca da não-identidade entre a pessoa individual do governante e o seu cargo —ideia também expressa, por exemplo, pela alegoria dos «dois corpos do rei», pela ideia de reino» como «corpo místico»; mas embora este elemento exista também no conceito de Estado, este engloba-o num complexo totalmente novo de elementos. Os acordos lógico-conceituais, normativos, políticos, institucionais, simbólicos, emocionais, do conceito de Estado nada têm, portanto, a ver com os de «coroa» ou de «reino».

identificação do primeiro como direito «substantivo» e do segundo como direito «adjectivo»). Apesar da sua interiorização na consciência jurídica (e não apenas nela) contemporânea, todos estes esquemas classificativos são muito recentes, mesmo na história do direito ocidental, e são desconhecidos em muitas outras culturas jurídicas. A tentativa de compreender o passado (ou mesmo, apenas, de organizar «externamente» a exposição) com o seu auxílio produz um inevitável falseamento da narrativa histórica, para além de um efeito legitimador, que consiste na «naturalização» das nossas categorias mentais (etnocentrismo, cronocentrismo) (6). Isto vale, desde logo, para a definição do que seja o direito ou as «instituições». Aqui, a historiografia jurídica tem uma inevitável tendência para sucumbir perante o «estadualismo» e o «legalismo» contemporâneos e para considerar como estando fora do seu objecto tudo aquilo que não tenha a marca de «oficial» (7).

Mas existem outras manifestações deste poder estruturante do *habitus* dos juristas sobre o discurso dos jus-historiadores. Para além do vocabulário e da linguagem especializada (em cujo bojo se contrabandeiam modelos mentais), por exemplo, o modelo da prova. Como refere M. Foucault (8), o modelo jurídico da prova (prova documental, objectivável, nomeadamente por escrito, por documento) constituiu o paradigma para a prova científica desde os sécs. XIII/XIV; ainde mais claramente no domínio da história,

(5) Utilizo uma série de expressões que remetem para o vocabulário científico de Pierre BOURDIEU (v., sobretudo, *Esquisse d'une théorie de la pratique*, Genève, 1972, e *Le sens pratique*, Paris, 1980, onde o autor expõe mais sistematicamente a sua teoria do «habitus» e do «sentido prático»). Aplicações à teoria da história, nomeadamente à história do direito, em J.-M. SCHOLZ, *Éléments pour une histoire du droit moderne*, em Joaquín CERDÁ y RUIZ-FUNES & P. SALVADOR-CODERCH, *I Seminario de historia del derecho y derecho privado. Nuevas técnicas de investigación*, Barcelona, 1985, 423 ss.

(6) A questão que se põe, então, é a de como substituir estas entidades na sua função ordenadora. Há quem proponha a utilização de categorias importadas das ciências sociais que já tenham levado a cabo a crítica das nossas grelhas intelectuais espontâneas. Nomeadamente, da antropologia, que justamente se constrói sobre a consciencialização metódica da ruptura entre as categorias mentais do observador e as do mundo observado; mas que, por outro lado, também se distancia das próprias uto-representações deste último (categorias «indígenas»). Mas há quem vá mais longe e exija que a história, embora inspirando-se na postura do antropólogo (nomeadamente, na sua atitude de «dupla distanciação», em relação ao seu mundo e ao mundo observado), recuse a importação passiva do instrumentalário conceitual do antropólogo, como algo de acabado e de universal, e proponha que o historiador construa, a partir da realidade histórica, a sua própria utensilagem teórica. V., neste sentido —que, insista-se, não corresponde a uma atitude pietista perante as categorias do passado—, Bartolomé CLAVERO, «Historia y antropología. Por una epistemología del derecho moderno», em Joaquín CERDÁ y RUIZ-FUNES & P. SALVADOR-CODERCH, *I Seminario de historia del derecho...*, cit., 17 ss.; sobre paralela problemática, para a história geral, H. MEDICK, «Missionários num barco a remos», *Ler história* 6 (1985)...

(7) V., *infra*.

(8) V. Michel FOUCAULT, *La verdad y las formas jurídicas*, Barcelona, 1980.

onde o modelo positivista da prova e da crítica histórica decorre directamente dos modelos probatórios do direito comum —primazia do documento, processos de interpretação e de crítica, modelos de explicação dos eventos (por exemplo, valoração dos elementos subjectivos— intenção, vontade, etc.). O mesmo he passa com a ideia de «supeito» e de «dogma da vontade», construídos pelos juristas a partir de séc. XVIII, e que modelaram a «filosofia expon-tânea» da história positivista, enquanto esta explicava o devir histórico pela acção consciente e livre das sujeitos. A própria organização formal do discurso dos jus-historiadores reflecte o impacto do «estilo literário» dos juristas: pendor para a citação de «autoridades», pendor comparatista, clareza da organização conceitual e sistemática.

Finalmente, o discurso histórico dos jus-historiadores reflecte as próprias condições materiais da sua prática: o universo das suas referências bibliográficas é muito condicionado pela literatura mais comum nas Faculdades de Direito; o maieio das fontes, por sua vez, está muitas vezes limitado por deficiências de formação no domínio da paleografia, da diplomática e da arquivística; etc.

Como se disse, a vinculação do passado ao presente era visível, antes de mais, na definição do objecto da história do direito ou das instituições, pois aí jogavam a fundo o «estadualismo» e o positivismo que dominaram o pensamento e o *habitus* dos juristas nos últimos dois séculos. Direito e instituições eram, para os jus-historiadores, apenas aquilo que tivesse a chancela do poder oficial, que se identificasse com o Estado ou que proviesse de entidades a quem o Estado tivesse delegado os seus poderes. Tudo o que se encontrasse, ou *antes*, ou *depois*, estando fora do âmbito do direito, estava também excluído do objecto da sua história. 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. O mundo do direito era reduzido ao mundo do direito «oficial» e este, progressivamente, ao mundo «estatal». Fora do mundo «oficial-estatal», como objecto da história jurídica, apenas a doutrina do direito —a dogmática, a ciência do direito, o pensamento jurídico—, pois esta, na prática jurídica contemporânea, constitui irremediavelmente o complemento natural do direito legislativo (mesmo nas épocas mais «positivistas»).

Mas a dependência da história jurídica, tal como se praticava nas Faculdades de direito, em relação à dogmática e aos objectivos jurídicos práticos era ainda visível na metodologia proposta e nos objectivos últimos da disciplina.

Quanto à metodologia, entendia-se que a história jurídica devia tratar «juridicamente» o seu objecto (9). Trabalhar juridicamente a história do direito seria orientar a atenção para o «momento jurídico», para o momento da regulamentação, da ordenação, da valoração; e não para a realidade social a regular ou para as razões sociais, políticas, económicas ou culturais porque se adoptou uma certa regulamentação. Subjacente a esta proposta metodológica está a ideia de que a «razão jurídica» (o «espírito jurídico») é uma arte (um saber-fazer), apreensível através de um contacto contínuo com experiências de aplicação do direito. A história do direito seria, então, uma forma de alargar esse contacto; desde que esta fosse feita «em função do Direito», ou seja, desde que esta colocasse no seu centro de interesse a resposta do direito (desde as normas à construção jurídica) às mutáveis situações da vida (10). E não, por exemplo, as respostas da vida às soluções do direito (i. e., as formas *praeter* ou *contra legem* [= direito oficial] de ordenação da vida social), as exigências da vida em relação ao direito ou ainda a arqueologia (social, cultural, simbólica) das soluções jurídicas. Daí que a história que não fosse susceptível de um aproveitamento dogmático (i. e., que não servisse para ensinar o direito) estivesse morta, como diz García-Gallo.

Esta última observação permite esclarecer a questão dos objectivos da história jurídica, tal como eles eram entendidos nas Faculdades de direito. Para muitos jus-historiadores eles eram, intencionalmente, 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. Mas ainda quando os jus-historiadores se abandonavam a modelos historiográficos menos empenhadamente dogmáticos (= didácticos), a história jurídica cumpria uma importante função de legitimação do direito em vigor: (i) mostrando como o direito actual constituía a consumação de um longo processo de «racionalização» e «humanização» das relações sociais; (ii) documentando —pelos já referidos processos de retro-projecção— a provecta antiguidade das soluções, dos conceitos e dos dogmas dos juristas; (iii) insinuando o carácter a-histórico, «natural» —ou porque derivado da razão humana

(9) A «história do direito ocupa-se de questões jurídicas, e estas devem ser tratadas juridicamente; para a história do direito é matéria morta a que não pode ser tratada dogmaticamente», escrevia A. GARCÍA-GALLO («Historia, derecho y historia del derecho», *A.H.D.E.*, 23 (1953) 19. No mesmo sentido, em Portugal, por último, MARTÍN DE ALBURQUERQUE, «O ensino da história nas Faculdades de Direito. A história das instituições», *R.F.D.U.L.*, 25 (1934), 109 ss. (max. 137 ss.).

(10) Este projecto historiográfico é dificilmente destacável de uma filosofia hermenéutica da história, em que esta é entendida como um diálogo entre o historiador e o homem objecto da história, baseado e tornado possível por uma continuidade transtemporal do humano. V. sobre isto, o meu artigo «O direito e a história», *R.D.E.S.*, (...)... Tais pontos de vista estão hoje muito abalados pela ideia de «ruptura histórica».

(jusracionalismo), ou porque ligado à natureza do homem e da sociedade (jusnaturalismo) ou porque ínsito numa espécie de «lógica material» das relações humanas (*natura rerum, Natur der Sache*)—, dos dogmas e dos institutos do direito oficial e letrado.

Um exemplo muito impressivo deste entendimento é dado pela posição de um dos decanos da história jurídica alemã, Hans Thieme, num artigo publicado há alguns anos («L'histoire du droit et la science juridique», em *História do direito e ciência jurídica. Homenagem póstuma a Guilherme Braga da Cruz*, Porto 1977, 57 ss.). Através de exemplos, o autor ilustra aí o tipo de utilidade que a história do direito pode ter para os juristas. Assim: (i) o estudo da concorrência dos direitos comunitários, régios e comunais com os direitos particulares sobre a terra, no direito medieval, poderia inspirar o jurista actual na regulamentação do imposto sobre mais-valia fundiária (*Plannungswertausgleich*); (ii) o estudo do significado histórico de expressão «potestas paterna» (poder paternal) mostraria os equívocos daqueles que querem substituir a expressão, no direito positivo, por uma menos «autoritária» (como, v. g., «Sorge» ou «droit de garde»); (iii) a divulgação da tradição jurídica europeia permitia estabelecer na consciência colectiva a ideia da existência de um dever de obedecer ou de resistir a ordens imorais. Qualquer que seja o interesse heurístico do recurso à história do direito (como fonte de «sugestões» para a regulamentação positiva) é claro que o que ressalta nestes três exemplos é a função legitimadora da história em relação a soluções, boas ou más, que os juristas do presente pretendem implementar —ou impedir, como em (ii). 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, fazendo supor, por exemplo, que os direitos comunitários medievais sobre a terra têm o mesmo sentido (social, económico, político e cultural) que as actuais limitações ao direito de propriedade. Nada, de facto, mais anacrónico do que a seguinte afirmação sintetizadora de H. Thieme —«A história do direito teve, assim, a ocasião de fornecer soluções, que pareciam há muito ultrapassadas, mas que antes se tinham revelado eficazes. Estas soluções correspondiam à imagem de uma ordem social moderna. O historiador do direito conhecia-as graças a estatutos e documentos; apenas tinha que as comunicar aos seus colegas do direito em vigor» (ibid., 68) (11).

(11) Note-se que estas restrições quanto à legitimidades da utilização dogmática da história do direito não prejudicam o interesse da sua inclu-

Tudo o que fica dito, explica as linhas fundamentais de evolução da história jurídica e institucional no seio das Faculdades de direito, nomeadamente: (i) a sua dependência em relação aos modelos conceptuais da dogmática jurídica; (ii) a sua quase exclusiva atenção ao direito oficial e letrado; (iii) a sua atracção pelas questões jurídicas que estão no centro da problemática do direito actual; (iv) o seu formalismo, ou seja, a permanente dissociação entre o direito e o seu contexto social («ideia da separação», *Trennungsdenken*); (v) a sua dependência dos modelos «documentalistas», «anedóticos» e «centrados sobre o sujeito» da história positivista.

Uma exposição mais detalhada, de que aqui se tem que prescindir (12), mostraria que, mesmo as manifestações mais vivazes —nos finais do século passado e nos inícios do presente— de orientações sociológicas ou institucionais se relacionam, ainda, com problemas surgidos ao nível da prática do direito ou da prática teórica da sua ciência. Assim, é difícil deixar de relacionar as propostas no sentido de se estudar (também do ponto de vista histórico) o «direito vivido» (*lebendes Recht*, E. Ehrlich) com a crise do direito liberal e das orientações doutrinárias nele baseadas (exegética e pandectística). Crise provocada pelo advento da «questão social» e das doutrinas socialistas, umas e outras mostrando as insuficiências do direito e da doutrina oficiais como instâncias reguladoras (13). Do mesmo modo, a «volta à história» (e à filosofia do direito) no último pós-guerra, sobretudo na Alemanha, foi imediatamente provocado pela crise de uma ordem jurídica positiva acusada de não ter resistido eficazmente ao totalitarismo. Essa referência ao brilho da tradição jurídica europeia, como longo trabalho de imposição da justiça ao poder, é o sentido explícito dos livros epocais de P. Koschaker —um romanista— e de F. Wieacker —um germanista (14).

ção na formação dos juristas. Pelo contrário. Como se dirá mais adiante, a história jurídica desempenha, com a sociologia do direito e com a antropologia jurídica, um papel fundamental numa compreensão crítica do direito, indispensável aos juristas.

(12) V., para Portugal, o meu artigo «Historiografia jurídica e política do direito...», cit.

Para a Europa, em geral, v. [Hist. inst. n. 7, p. 18: o art.º de Scholz já foi publicado, *RPH*, 3 (1931), 217-252; acrescentar, J. POUMARADE, «Pavane pour une histoire du droit defunte (sur un ventanaire oublié», *Procés. Cahiers d'analyse politique et juridique*, 6 (1980), 91-102; «Rechtshistorie in Frankreich. Ein Literatur- und Forschungsbericht», *Zeits. f. neuere Rechtsgeschichte*, 1981, 50-63].

(13) V., para a génese da Escola do Direito Livre, H. ROTHLEUTHNER, «Drei Rechtssoziologen: Weber, Ehrlich, Sinzheimer. Zu der Ursachen ihrer Gleichzeitigkeit und unterschiedlichen Ausrichtung», comunicação ao *Internationales Kolloquium zur historischen Soziologie der Rechtswissenschaft*, em *Ius commune. Sonderheft n.º*

(14) P. KOSCHAKER, *Europa und das römisches Recht*, Berlin, 1947; F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit. Unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*, Göttingen, 1952.

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

Fora das Faculdades de Direito, a história do direito e das instituições teve uma evolução diferente, quer quanto ao seu objecto, quer quanto aos métodos e quanto ao sucesso.

Aquí a tradição historiográfica não esteve tanto ligada às preocupações actualistas quanto aos contextos políticos, ideológicos e teóricos em que a prática científica dos historiadores se desenrolava.

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. No tempo, as revoadas de interesse por estes temas correspondem: ou à discussão política em torno das alternativas tradicionalistas ao parlamentarismo (António Sardinha —na esteira do Visconde de Santarém—, Marcello Caetano), ou ao período áureo da ideologia municipalista e corporativista do «Estado Novo» (Torquato de Sousa Soares, Marcello Caetano, Franz-Paul de Almeida Langhans). A própria temática das instituições feudais não deixou de beneficiar do contexto historiográfico das comemorações do «Duplo Centenário» (1940), sobretudo em virtude das discussões em torno da natureza jurídica da concessão do condado portugalense. O mesmo aconteceu noutros países.

Aquí interessa-nos, no entanto realçar a influência dos contextos teóricos, entendendo por tal, as teorias dominantes acerca de sociedades 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.

No último século de história institucional e jurídica, o primeiro modelo de valoração dos fenómenos de poder foi a teoria política estadualista-liberal, tal como foi desenvolvida pelos politólogos e juristas da III República francesa ou do II Império alemão. O Estado era concebido como centro exclusivo do poder, de acordo com a ideia de separação entre «Estado» e «sociedade civil»; dentro do Estado, o poder estava sedeado nos órgãos políticos ou órgãos de soberania, daqui emanando, por delegação, para os órgãos inferiores, sendo a actividade administrativa considerada como meramente executiva e despida de dignidade política; o Estado visava a prossecução do interesse general, por isso lhe competindo exercer uma função de arbitragem e de racionalização das relações sociais (15). A historiografia que se inspirou neste modelo, dedicou-se, sobretudo, ao estudo dos momentos formais e estatais do poder, adoptando, normalmente, os quadros e as cate-

(15) Sobre a teoria estadualista-liberal do Estado e do poder v., por todos, J. CHEVALIER & I. LOSCHACK. *Science administrative. Théorie générale de l'institution administrative*, Paris, 1978, I, *maxime* 183-186, 246-258.

gorias da teoria política estatista-liberal: história da constituição, do poder real, das cortes, da «administração pública»; enquanto que, ao abordar os aspectos jurídicos da vida social, os historiadores caíam normalmente no erro de confundir o direito com a lei, ignorando quer as normas consuetudinárias e jurisprudenciais, quer o poder inovador e modificador da doutrina. O discurso histórico caracterizava-se, assim, por um acentuado formalismo, que se combinava com uma atenção exclusiva pela curta duração e com uma metodologia de cunho positivista.

O modelo liberal da análise do poder foi objecto de crítica por parte de várias correntes que, sendo diferentes no seu desenvolvimento, tinham em comum o facto de criticarem, justamente, o seu carácter «idealista» ou «metafísico».

a) O marxismo.

Neste sentido é, desde logo, a crítica marxista, ao conceber o Estado não como uma entidades 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.

Ao contrário do que deixam supor muitos dos seus expositores (marxistas ou não), a teoria marxista do direito e do Estado está muito longe de ser unânime ou monolítica. Nomeadamente, a relação entre base económica e superestrutura política é concebida de diversas formas. Uns autores (v. g., P. I. Stutchka, 1865-1932) realçam o aspecto «derivado» do Estado e do direito, que reflectiriam objectivamente, nas suas instituições e nas suas normas, o poder de repressão e exploração das classes dominantes, nas condições em que estas o exercem (o Estado como «resumo oficial das contradições de classe»). Nesta perspectiva, as ideias fundamentais são as de «reflexo» e de «função objectiva», pelo que o papel constitutivo do Estado e das instituições, bem como os momentos intencionais do político, são pouco valorizado. Outros autores (v. g., A. J., Vichinsky, 1883-1954) destacam sobretudo o papel «constitutivo» do Estado como instrumento da classe dominante (mais do que como um «resumo da contradição das classes»). Aqui, o *leit-motiv* é dado pela ideia de «instrumento», enquanto que a explicação histórica recorre muito mais a ingredientes subjectivos e intencionais. Qualquer destas duas orientações reduz a autonomia do nível jurídico e institucional, transformando-o num «reflexo» ou num dúctil «instrumento» de perfis de evolução situados a outro nível (a economia ou a luta política); daí a tendência de algum marxismo (baseado numa enigmática frase de K. Marx na ideologia alemã —«o direito não tem história»)

para duvidar da autonomia de uma história institucional e jurídica (16).

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. Seguindo ideias-força que vêm da linguística e da análise estilística (17), mas que foram postas em destaque pelo estruturalismo dos anos 60 e 70, estas novas orientações dirigem a sua análise do Estado e do direito para os seus momentos formais (v. g., no Estado e direito capitalistas, a generalidade e abstracção; no direito feudal, o «privilégio» e o particularismo) e procuram relações de homologia (18)— ou mesmo de «funcionalidade» (19) entre estas formas jurídicas e políticas e a forma das relações económicas. Esta perspectiva permite, não apenas evitar a dissolução da história institucional e jurídica na história económica ou política, mas ainda valorizar níveis latentes de significação e dar conta, com isso, da complexidade das relações sociais do direito e das instituições. Na verdade, às instituições são socialmente significativas não ape-

(16) Sobre a análise jurídica e política do marxismo v., como síntese, com outras referências bibliográficas, o meu artigo «O materialismo histórico na história do direito (Notas sobre bibliografia recente», em António M. HESPANHA, *A história do direito na história social*, Lisboa, 1978, 9-69 e, ainda, U. CERRONI, *O pensamento jurídico soviético*, trad. port., Lisboa, 1976.

(17) Mas também da teoria do direito de um clássico do pensamento jurídico marxista, o soviético E. B. Pachukanis (1831-1937), sobre o qual U. CERRONI, *O pensamento jurídico soviético*, trad. port. Lisboa, 1976, 63 ss.

(18) Por exemplo, a generalidade e abstracção da lei como forma homológica da generalidades e abstracção da mercadoria nas relações económicas capitalistas. A homologia explicar-se-ia pela vigência de uma espécie de *episteme* prática gerada pelo mercado (v., v. g., U. CERRONI, *Marx e il diritto moderno*, Roma, 1972). Um modelo explicativo idêntico é o do estruturalismo genético nos estudos literários (teorizado por L. Goldmann) —v. g., o estilo literário frívolo (i.e., sem pretensões de verdade ou de seriedade) que dominava os salões franceses ao fim de século, frequentados por uma sociedade de nobres e *rentiers*, reflectiria uma matriz mental dominada tanto pelo mercado capitalista de mercadorias desprovidas de um valor essencial (valor de uso) e apenas medidas pelo valor externo de troca, como pela prática económica parasitária de rentistas e financeiros, vivendo num mundo de títulos de riqueza imateriais e abstractos (as acções e os títulos de crédito)—, cfr. P. ZYMA, *L'ambivalence romanesque. Proust, Kafka, Musil*, Paris, 1980; resumido pelo mesmo autor em *Textsoziologie*, Stuttgart, 1980, 100 ss.

(19) Por exemplo, as funções da «forma» do direito e das instituições estatais no processo de reprodução do capitalismo —a generalidades e abstracção das relações jurídicas e políticas como condições da generalização da economia de mercado, da livre venda da força de trabalho e da ocultação das relações de exploração (são os tópicos da análise do Estado capitalista da nova geração marxista alemã—. J. Hirsch, E. Altvater, C. Offe; bem como, em França, das de G. Deleuze e F. Guattari e J.-M. Vincent). Note-se que, aqui, a identificação das funções das instituições é precedida por uma sua análise formal ou estrutural, destinada a tornar manifesto o nível mais profundo a que elas desempenham a sua função sócio-política.

nas enquanto prescrevem comportamentos —i. e., no plano das suas normas manifestas—, mas também enquanto corporizam esquemas implícitos —i. e., não explícitos em normas, mas «inculcados» pela própria estrutura das instituições— de classificar, de ordenar, de apreender e de agir, esquemas esses que, radicando na prática, a conformam também. Muito daquilo que os historiadores economicistas apressadamente classificam como «subtilezas jurídicas» —construções doutrinárias, formulários e formalidades, ritos, maneiras de dizer e distinções especiosas— constitui, pelo contrário, preciosas manifestações das tais formas latentes de impôr atitudes ou comportamentos. Estamos perante um fenómeno comum a outras produções simbólicas: também a linguagem não se esgota nos sentidos manifestos (denotação), antes contém níveis sucessivamente mais profundos de sentido (conotação: elementos estilísticos, elementos rítmicos, etc.) (20).

O que acabe de ser dito aponta para a utilidade de aplicar à história das jurídico-institucional muitos dos conceitos e métodos desenvolvidos pela linguística e pela semiótica.

Não apenas —embora isto também seja muito importante— no sentido de 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» (de «coisas») que está para além deles (20a). Os juristas estão, de resto, familiarizados com esta ideia de que os textos são portadores de um sentido próprio, decorrente da sua inserção num contexto textual mais vasto e que se não reduz às intenções dos autores. Não é outra a ideia subjacente à chamada «interpretação objectiva» ou «sistemática». Mas, frequentemente, os historiadores do direito esquecem isto, subordinando a interpretação histórica às categorias «subjectivas» de intenção», da «influência», etc. (206).

(20) Já E. B. Pachucanis escrevera: «Se nos exirmos à análise dos conceitos jurídicos fundamentais, obtemos apenas uma teoria que nos explica a origem da regulamentação jurídica com as exigências materiais da sociedades e, portanto, a correspondência das normas jurídicas com os interesses materiais desta ou daquela classe social; mas a regulamentação jurídica em si, não obstante a riqueza de conteúdo histórico que englobamos neste conceito, fica por explicar como forma» (cit. por U. CERRONI, *O pensamento...*, cit., 67).

(20a) Esta ideia da «espessura» dos textos é patrimonio comum da linguística e da teoria literária. O mesmo se diga da ideia de que o sentido de um texto é dado pelo seu contexto textual (pelos outros textos com os quais ele entra em relação, em função de um certo sistema de referências-«intertextualidades»). Para citar dois autores que me parecem muito impressivos, M. FOUCAULT, *L'archéologie du savoir*, Paris, 1969; P. V. ZYMA, *Textsoziologie*, Stuttgart, 1980 (onde são citados os «fundadores»: M. Bachtin, P. M. Medvedev, A. J. Greimas, J. Kristeva, cujos textos principais fo-

Mas sobretudo no sentido de que o direito como ordem significativa, que valora (i. e., dá um significado) a relações da vida —pode ser, em si mesmo, tratado como um —ou mais (20c)— sistema simbólico e sujeito a uma análise semiótica. Em que as suas valorações fossem: (i) ou relacionadas umas com as outras (análise sintáctica); (ii) ou relacionadas com os «objectos» valorados, as relações sociais (análise semântica); (iii) ou relacionadas como as condições da prática simbólica (= condições da prática jurídica: estatuto institucional, social, etc., dos agentes, condições da produção jurídica, relações entre locutores e auditório) (análise pragmática) (20d).

A mesma reacção contra a redução economicista do direito e das instituições foi defendida pelo marxismo althusseriano, através das teorias da «dominação em última instância» e da «sobre-determinação». A primeira insiste em que os diversos elementos super-estruturais têm uma espessura própria, obedecendo a lógicas autónomas de evolução. Com isto, não apenas resistem à determinação da infra-estrutura (efeito «de resistência» ou «de refração»), como actuam sobre a base (efeito «de retorno» ou «de *feedback*»). Então, a causalidade social que liga os vários níveis da prática social é, não de tipo mecânico e unilateral, mas de tipo estrutural e recíproco. A dominância dos factores económicos não se verifica senão ao nível de equilíbrio do sistema global, «em última instância». A teoria da sobre-determinação é um afinamento da ideia anterior. Basicamente, ela insiste na ideia de que, numa sociedade, existem vários níveis da prática humana, cada qual consistindo num processo social de produção de efeitos autónomos (efeitos económicos, políticos, jurídicos, ideológicos). Como todos os processos sociais de produção, cada nível da prática não só condiciona, pela sua estrutura, os efeitos produzidos, como gera as suas próprias contradições. Embora, ao nível da sociedade global, todas estas práticas se encontrem sujeitas a um certo inter-relacionamento, às determinações de uma lógica estrutural de todo e às tensões das «contradições principais» da sociedade, a autonomia do processo produtivo em desenvolvimento em cada nível faz com

ram reunidos pelo mesmo P. V. ZYMA, ed., *Textsemiotik als Ideologiekritik*, Frankfurt/Main, 1976).

(20 b) Um exemplo de uma história não subjectiva de um conceito é pelo livro de P. COSTA, *Iurisdictio. Semantica del potere politico medioevale (1100-1433)*, Milano, 1969.

(20 c) O direito «objectivo» constituindo um sistema (uma linguagem); o direito «doutrinal» constituindo outro (uma como que meta-linguagem).

(20 d) V., com indicações bibliográficas ulteriores, a especificação por mim feita em «O materialismo histórico na história do direito», em *A história do direito na história social*, Lisboa, 1978, *máxime* 28 ss.

que este seja «sobre-determinado» (i. e., determinado por sobre as determinações globais) pelas condições da sua prática (21).

Uma manifestação muito interessante, no domínio que nos interessa, desta ideia de autonomia das práticas foi uma nova valorização pelo marxismo dos aspectos materiais de exercício do poder, dos meios de produção do poder, e das determinações e condições que se desenvolvem no seu seio. De uma visão predominantemente instrumental, o marxismo tem evoluído para posições teóricas que sublinham a autonomia dos mecanismos do poder, quer dos que se situam no interior do Estado e actuam sobretudo pela coerção (burocracia, exército, polícia, tribunais), quer dos que se situam «fora» deste, actuando pela persuasão ideológica (escola, igreja, sindicatos, família, etc.). A importância que isto teve no alargamento do objecto da história jurídica e institucional para além do âmbito clássico do Estado não pode deixar de ser realçado (22).

O impacto do marxismo sobre a história institucional e jurídica foi menor do que noutros domínios historiográficos. Isto em virtude do facto de, até ao fim dos anos sessenta, terem predominado correntes marcadamente economicistas e, logo, tendencialmente redutoras da especificidade e autonomia do poder e do direito. 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. Por detrás das normas e das categorias jurídicas eram apenas procuradas as suas determinantes ou as suas funções sociais e económicas.

Um exemplo típico foi o tratamento que se deu à questão «do feudalismo». Contra a historiografia tradicional, que o encarava como uma forma jurídica de organização das relações de poder, a historiografia de inspiração marxista definiu-o como um sistema de relações sociais de produção e de exploração económicas, afirmando a sua existência sempre que tal matriz de relações existisse, independentemente dos modelos jurídicos com que fosse construída (23). Outro exemplo é o da definição do «Estado absolutista», em que à questão da sua natureza «feudal» ou «burguesa» foi frequentemente colocada em termos tais que se substituiu a análise da própria «forma» do sistema político por questões

(21) V., por todos, o meu citado artigo «O materialismo histórico...», 17 ss.; para os aspectos político-institucionais, no mesmo sentido, J. CHEVALIER & I. LOSCHAK, *Science administrative...*, cit., 258; num e noutro lado, indicação de fontes e bibliografia.

(22) V., sobre esta noção de aparelhos de Estado, L. ALTHUSSER, *Idéologie et appareils idéologiques de l'Etat*, Paris, 1970; N. POULANTZAS, *Pouvoir politique et classes sociales de l'Etat capitaliste*, Paris, 1968. Em ambos, é decisiva a influência de A. Gramsci e de M. Weber.

como a proveniência social dos detentores do poder (visão instrumentalista) ou a função económica da regulamentação emanada do Estado (visão economicista) (24). Um exemplo final é o da interpretação sociológica da recepção do direito romano, que então normalmente se centrou na questão da funcionalidade ou disfuncionalidade do direito romano em relação ao desenvolvimento das relações capitalistas (25).

A partir dos anos sessenta, o alargamento do fôlego da análise jurídico-institucional marxista —a partir dos contributos de A. Gramsci, de L. Althusser, de N. Poulantzas, do marxismo inglês (R. Hilton, Ed. Palmer Thompson), alemão (J. Habermas, W. Abendroth, H. Rottleuthner, Th. Blanke), italiano (U. Cerroni, P. Barcelona, S. Rodotà, D. Zolo)— permitiram uma influência renovadora do marxismo na história institucional e jurídica, embora muitas vezes não se possa contabilizar (nem isso é muito importante) aquilo que provém do marxismo ou de outras orientações metodológicas convergentes.

b) *O institucionalismo.*

Sob a etiqueta de «institucionalismo» agruparemos todo um leque de correntes sociológicas que destacam o carácter expon-tâneo, «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. O segundo, com grande influência em França (nomeadamente nos meios universitários de juristas e historiadores) considerava a organização jurídica da sociedade como repousando, não no acordo de vontades individuais (como queria o contratualismo voluntarista) ou no constrangimento estadual (como queria o normativismo), mas nas solidariedades sociais profundas provenientes da especialização e da divisão das funções sociais. As normas jurídicas, corporizadas em instituições, seriam, assim, «coisas objectivas», indisponíveis e trans-individuais (26). Nesta esteira seguiu M. Hauriou (1856-

(23) Sobre o problema do feudalismo em Portugal, com justas críticas a uma certa interpretação marxista, v. J. MATTOSO, *Identificação de um país. Ensaio sobre as origens de Portugal (1096-1325)*, I, 47 ss.

(24) V., sobre este tema, o meu artigo «O Estado absoluto. Problemas de interpretação histórica», em *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Teixeira Ribeiro*, II, Coimbra, 1980, ou precioso a *Poder e instituições na Europa do Antigo Regime. Colectânea de textos*, Lisboa, 1984, maxime 42 ss.; com bibliografia suplementar.

(25) V., sobre o problema, a minha *História...*

(26) Sobre E. Durkheim, v., por todos, A.-J. ARNAUD, *Critique de la raison juridique. I. Où va la sociologie du droit*, Paris, 1981, 114 ss.; com informações sobre as escolas positivistas, institucionalistas ou realistas francesas dele decorrentes (L. DUGUIT, 1859-1928: *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, 1901; G. JÈZE, *Les principes généraux du droit administratif*, 1904; R. SALEILLES, *De la personnalité juridique (histoire et théorie)*, 1910; F. GENY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé*, 1899).

1929), a quem se deve uma desenvolvida teoria da instituição com grande intuição nos meios jurídicos (27). Hauriou definiu a instituição como «uma ideia de obra ou empreendimento que encontra realização e consistência jurídica duráveis num meio social» (27). Os traços principais do conceito institucionalista de ordem jurídica estão lançados — a ordem jurídica é anterior e mais vasta do que a ordem estadual, abrangendo todas as formas permanentes (trans-individuais) de organização que visem dar realização a um objectivo (a uma ideia); as instituições são objectivas e indisponíveis, não resultando nem sendo modificáveis por actos de vontade (dos indivíduos ou do Estado); as instituições são bifrontes: por um lado, consistem em normas jurídicas objectivadas (*institutions-choses*), por outro, em ideias directoras (*institutions-personnes*) que transcendem essas objectivações.

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 (28). Tal como, na sociologia de língua alemã, E. Ehrlich (1862-1922) (29), 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. Um dos muitos pontos de interesse da sociologia jurídica gurvitchiana é o em fase posto no carácter normativo e transcendente do direito. A realidade social seria algo mais do que as estruturas sociais estabelecidas; os fenómenos sociais conteriam virtualidades de su-

(27) «La théorie de l'institution et de la fondation», *Cahiers de la nouvel. journée*, 1925; *Précis de droit administratif*, 1907; *Précis de droit public*, 1910; sobre ele A.-J. ARNAUD, *Critique...*, 115 ss. Em Portugal, é notória a influência do institucionalismo de M. Hauriou — combinado com o realismo de L. Duguit, de F. Gény, de R. Saleilles e dos institucionalistas italianos (nomeadamente Santi Romano) — sobre os jus-publicistas, a partir dos anos vinte (Fezas Vital e Carlos Moreira; mas também sobre jus-historiadores como M. Paulo Merêa e G. Braga da Cruz); v., por último, o meu artigo «Historiografia jurídica...», cit., 795 ss. e António BRAZ TEIXEIRA, *Filosofia do direito e do Estado*, Lisboa, 1982, polic., 281 ss. Outros receberam antes a influência do institucionalismo alemão (ordinalismo concreto (*konkretes Ordnungsdenken*), protagonizado por C. Schmitt (*Die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*, 1934), que, num sentido «estadualizante», destacava a inseparabilidade entre as «ordens vitais» e a «garantia institucional ou constitucional» dada por um acto de vontade do Estado. Tal é o caso, sobretudo, de L. Cabral de Moncada, M. Caetano, A. Rodrigues Queiró.

(28) Sobre G. Gurvitch, A.-J. ARNAUD, *Critique...*, 120 ss. (com muitas outras indicações bibliográficas).

(29) *Soziologie des Rechts*, 1913. E. Ehrlich foi o representante mais conhecido da «Escola do direito livre» (*Freirechtsschule, Freirechtswegung*), com grande influência na sociologia jurídica europeia e norte-americana, (*realistic school* e *sociological jurisprudence*, orientadas para um estudo sociológico do direito aplicado pelos tribunais): Rescoe Pound, Oliver W. Holmes Llewellyn, Benjamin Cardozo (*real rule v. paper rules, law in action v. law in the books*). V., por todos, F. WIEACKER, *História...*, 670 s.; A.-J. ARNAUD, *Critique...*, 97 ss.

peração do existente, num contínuo movimento de estruturação e reestruturação (*Dialectique et sociologie*, 1952). A sociologia do direito (à história do direito) competiria justamente o estudo deste momento transcendental da realidade social —o «direito», concebido como um momento propulsor (estruturante), mas engendrado pela vida dos grupos e pelas aspirações de justiça que esta gera (*Expérience juridique et philosophie pluraliste du droit*, Paris 1935). Para além disto, com G. Gurvitch obtém-se um tratamento teórico mais acabado do pluralismo jurídico e político. Ao contrário de Durkheim, que ligava a génese do direito, não, de certo, ao Estado», mas, de qualquer modo, a um «ser social» (ou de «consciência colectiva») global, Gurvitch concebe o poder e o direito como poli-centrados, engendrados numa multiplicidade de centros sociais autónomos. Pelo que a sociologia jurídica se deve ocupar dos diferentes tipos de sociabilidade e das suas manifestações jurídicas e institucionais.

A influência destas correntes sociológicas sobre a história institucional foi muito grande, embora nem sempre se tenha baseado em leituras directas ou em aplicações expressas. Quanto a E. Durkheim e a G. Gurvitch, eles influenciaram a generalidade dos historiadores franceses das instituições. Desde uma primeira geração (até à II Guerra mundial), dominada pelos nomes de A. Esmein, P. F. Girard, H. Lévy-Bruhl, do jus-canonista G. Le Bras, de M. Bloch, G. Simiand e M. Mauss, até uma segunda geração —que impôs a substituição da «histoire du droit» pela «histoire des institutions et des faits sociaux» nas Faculdades de direito— de que fazem parte, ainda, G. Le Bras, toda a pléiade de discípulos seus nas Faculdades de Direito, e, fora destas, um nome muito influente na historiografia não especializada —R. Mousnier.

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 faceis; o difícil tem sido, no entanto, ultrapassar uma visão impressionista e banal das relações entre o direito e a sociedade e por de pé modelos que descrevam de forma rigorosa as inter-determinações entre o jurídico e o social. Frequentemente, esta «história social do direito» esgotou-se em banalidades sobre as raízes sociais das instituições, em explicações em que o direito foi grosseiramente reduzido a uma função ou a um reflexo da sociedade, ou numa descaracterização temática e metodológica em que os momentos específicos do direito e das instituições —tão realçados por G. Gurvitch— foram trocados pelos aspectos sociais externos das instituições ou da vida do direito.

Exemplos destes equívocos: estudar as origens sociais dos juristas numa certa época; ou as ligações político-económicas dos membros de um conselho ou assembleia; ou as transformações de matriz fundiária numa certa região; ou a

evolução dos salários e os movimentos grevistas num certo ramo da indústria; ou o comportamento eleitoral em certo período; ou os grupos e arranjos parlamentares numa certa conjuntura; ou as representações da morte contidas nos testamentos; ou as consequências sociais dos morgadios ou da desamortização; nada disto parece tocar o núcleo duro da história do direito ou das instituições. Pois os momentos jurídicos e institucionais são, aqui, puramente ocasionais e laterais em relação ao objecto da análise. Por outro lado, a «introdução» sobre o «contexto social e económico», de preceito em qualquer estudo «social» do direito (ainda que depois, descarregada a consciência, se engrene numa descrição secamente dogmática) também não basta para que se faça «história social do direito», pois esta exige um entrosamento contínuo entre o nível do direito e das instituições e os outros níveis da prática social; tudo isto, está bem de ver, segundo um modelo metodológico rigoroso e verificável.

Seja como for, o balanço final dos resultados desta preocupação pelos aspectos «sociais» do direito e das instituições é positivo pois, apesar do sincretismo ou indecisão metodológicos, foram produzidos, em toda a Europa, contributos importantes para a superação da história formalista e dogmática e para um melhor conhecimento das vinculações entre o direito e a sociedade.

A influência historiográfica da Escola do direito livre, essa, foi talvez mais rigorosa e importante. Desde logo, a ponte foi feita por um notabilíssimo historiador do direito, H. U. Kantorowicz, autor de uma célebre obra sobre o simbolismo político medieval (*The king's two bodies*, 1922; outros escritos, *Rechtswissenschaft und Soziologie. Ausgewählte Schriften*, 1962). Por outro lado, ainda por intermédio, sobretudo, de Kantorowicz, esta Escola influenciou profundamente a teoria anglo-saxónica do direito, tanto na vertente socio-antropológica, como na vertente jurídica (29).

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 (v. *infra*).

Na vertente jurídica, a influência da *Freirechtsschule* levou a centrar a atenção dos juristas no «direito real»; que, em sistemas jurídicos como o inglês e o norte-americano (*common law*), é, sobretudo, um direito jurisprudencial (*case made law*). Daí a identificação entre «direito» e «decisões dos tribunais» e a proposta de uma ciência (e história) do

(29 bis) V. R. TREVES, «Two sociologies», *European yearbook in law and sociology*, 1977, 121-131.

direito voltada para a prática dos tribunais, estudada segundo uma metodologia empírica e behaviourista (*sociological jurisprudence*). Esta orientação não deixou de ter consequências no domínio da história do direito, onde produziu uma literatura dedicada ao estudo da justiça e do direito praticado pelos tribunais, interessada, tanto em explicar sociologicamente o comportamento judicial, como em avaliar o seu papel na conformação da sociedade (v. *infra*).

A historiografia inglesa — mais atenta ao ambiente social do direito, na tradição da «constitutional history» (29a)— 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 (30).

A historiografia alemã, embora dominada por uma literatura histórico-jurídica de pendor «dogmático» (*Dogmengeschichte*), conheceu correntes que procuraram superar este formalismo, seja no sentido de uma compreensão «culturalista» do direito (F. Wieacker), seja no sentido de uma orientação «sociológica», fundada ou na tradição do «sociologismo» da Escola histórica alemã (F. C. v. Savigny, 1779-1861) (31) ou no legado weberiano, a que adiante nos referiremos (32).

Em França, o estudo «social» do direito e das instituições produziu, ademais das obras e autores já citados, uma série de trabalhos no domínio da história social dos juristas ou oficiais públicos (G. Pagès, M. Antoine, F. Bluche, J. Ph. Genet, F.X. Emmanuelli) e das estruturas administrativas (M. Bordes, D. Richet, P. Goubert, B. Guenée, P. Legendre). O destaque pertence, seguramente, a R. Mousnier e ao seu grupo de investigação sobre os aspectos sociais do regime dos ofícios públicos (*La venalité des offices sous Henri IV et Louis XIII*, 1945; *Problèmes de stratification sociale. Actes du colloque international*, 1956) (33).

(29 a) W. STUBBS, *The constitutional history of England*, 1878; F. POLLOCK e F. MAITLAND, *The constitutional history of England before the time of Edward I*, 1923; *Constitutional history of England*, 1955.

(30) Sobre a historiografia inglesa, v., por último J. A. ESCUDERO LÓPEZ, «La historiografía general del derecho inglés», *A.H.D.E.* 35 (1965), 217-356; Aurelio MUSI (ed.), *Stato e pubblica amministrazione nell'Antico Régime*, Napoli, 1979, 79 s.

(31) Sobre esta escola, que via no direito uma emanção do «espírito do povo» (*Volksgeist*), v. F. WIEACKER, *História do direito privado moderno*, Lisboa, 1980, 397 ss.

(32) Sobre a história jurídica alemã, v., por último, A. MERCHAN-ALVAREZ, «La historia del derecho en Alemania: bibliografía general, centros de investigación y enseñanza de la disciplina en las Facultades de Derecho», *A.H.D.E.*, 45 (1975), 641-684.

(33) Sobre este grupo v., sobretudo, A. MUSI (ed.), *Stato e pubblica amministrazione...*, cit., 49 ss. Sobre a historiografia francesa do direito e das instituições v. a anterior nota 12.

Em Itália, uma idêntica orientação desenvolveu-se a partir da guerra, concorrendo com uma vivaz história jurídica de pendor dogmático ou idealista. O alcance temático foi, porventura, mais vasto do que em França: desde a história administrativa e do oficialato (F. Chabod, G. Galasso, G. Astuti, U. Petronio, V. I. Comparato, E. Rotelli e P. Schiera) até à história do discurso jurídico (A. Schiavone, A. Mazzacane, G. Tarello) e das funções sociais dos juristas (M. Sbriccoli, R. Ajello e o seu «grupo de Nápoles», M. Fioravanti), passando pela história da propriedade (P. Grossi) ou repressão penal (M. Sbriccoli, C. Pavarini). Como foi, em general, mais rigorosa a imposição teórica e metodológica (34).

Em Espanha, a influência «institucionalista» da historiografia alemã oitocentista exerceu-se sobre E. de Hinojosa (1852-1919) e seus discípulos (Cl. Sánchez Albornoz, 1893-1984, Galo Sánchez, 1892-1969). São estes que dão o tom, até à guerra civil, à mais importante revista espanhola de história do direito (*An. hist. der. esp.*), então largamente aberta a uma concepção social da história jurídica. Aí publicam historiadores que seguem idêntica orientação (L. G. Valdeavellano, R. Carande, Prieto Bances). Com a guerra civil e a morte ou exílio da maior parte destes, a revista adquire um tom pronunciadamente formalista e dogmático, a que corresponde o pontificado de A. García Gallo. A retomada de uma história social do direito é já dos anos setenta, provindo de uma geração com outros horizontes metodológicos (F. Tomás y Valiente, Mariano Peset, Bartolomé Clavero) (35).

Em Portugal, o institucionalismo influenciou, como já se disse, os jus-historiadores da primeira metade do séc. xx. Não obstante —salvo, porventura, quanto à primeira fase da obra de P. Merêa (anos vinte e trinta) e quanto a alguns momentos da obra de M. J. Almeida Costa—, não se pode dizer que predomine uma história das instituições e do direito particularmente atenta aos contextos sociais (36).

c) A «Escola dos Annales».

A partir do final da II Guerra Mundial, faz-se sentir no panorama historiográfico europeu a influência da «Escola dos Anna-

(34) Sobre a historiografia italiana v., além das obras citadas na n. 12, as informações bibliográficas (na verdade, ultrapassando o quadro italiano), de A. CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa. Le fonti e il pensiero giuridico*, Milano, 1982 e de A. MUSI (ed.), *Stato...*, cit., 121 ss.

(35) V., além da bibliografia citada na n. 12, F. TOMÁS Y VALIENTE, *Manual de história del derecho español*, Madrid, 1981; M. PESET, Prólogo a Antonio PÉREZ MARTÍN y J.-M. SCHOLZ, *Legislación y jurisprudencia en la España del antiguo régimen*, Valencia, 1978, VII ss.

(36) V. o meu artigo *Historiografia jurídica...*, cit.

les» (37), cujas ideias-mestras, muito abreviadamente descritas, são as seguintes:

a) superar a história positivista, voltada para a pura descrição de factos isolados (*évènements*), através de um esforço no sentido de surpreender —sobretudo por meio de métodos de investigação massiva e serial— as estruturas mais profundas e mais estaveis (estruturas demográficas, económicas, sociais, cultural-simbólicas, etc.) que explicam os eventos;

b) abater as barreiras que se levantam entre os diversos «teritórios» especializados da história (história cultural, demográfica, económica, jurídico-política), de modo a estabelecer uma história global;

c) substituir a uma história sentimental ou impressionista uma história rigorosa e científica, cultivando o sentido de ruptura entre o observador e o objecto observado e utilizando uma utensilagem conceitual e teórica do tipo da das ciências humanas (sociologia, linguística, teoria económica, semiologia, psicanálise, etc.);

d) encarar, portanto, a história, não só como uma ciência do passado —i. e., como actividade intelectual que se esgota na erudição ou na busca do exotismo histórico mas como ciência do presente, na medida em que, em ligação com as ciências humanas, investiga as leis de organização e transformação das sociedades humanas.

Se é certo alguns dos *leit-motive* da «nova história» já se encontravam presentes nas correntes institucionalistas antes citadas, o certo é que havia nela elementos novos ou, pelo menos, objecto de uma nova e mais enfática valorização.

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 (o documento, a lei, o acto político-administrativo), para procurar as formas profundas e duradouras da organização jurídica. Que havia realidades jurídicas de longa duração parecia evidente; era, desde logo, o caso dos costumes, das categorias do discurso jurídico, das práticas formulárias e judiciárias. As próprias escolas institucionalistas tinham definido as instituições como formas

(37) Sobre a «Escola dos Annales» (e suas «gerações»), J. LE GOFF & P. NORA (eds.), *Faire l'histoire*, 3 vols., Paris, 1974; E. LE ROY LADURIE, *Le territoire de l'historien*, Paris, 1973-1978; J. LE GOFF, *Faire l'histoire*, Paris, 1978; *Annales. French historical method: The Annales paradigm*, Ithaca London, 1976; H. COUTAU-BEGARIE, *Le phénomène Nouvelle histoire...*, cit. (polémico, mas bem informado). Sobre as suas implicações na história jurídica, J.-M. SCHOLZ, «Historische Rechtshistorie. Reflexionen anhand französischer Historik», *Ius commune*, núm. espec. *Vorstudien zur Rechtshistorik*, 1977, 1-175; *Atti dell'Incontro su storia sociale e dimensione giuridica. Strumenti d'indagine e ipotesi di lavoro*. Firenze, 1986.

duradouras de organização. Pode, até, dizer-se que, se alguma coisa caracteriza a história institucional —como história das formas permanentes de organização da sociedade (por oposição aos arranjos conjunturais não institucionalizados)— é ser uma história da «longa duração». A tendência dos «novos historiadores» foi, porém, a de apenas procurarem fenómenos de «longa duração» nos domínios do demográfico, do económico e do social (mais tarde, também do cultural e do simbólico), desconhecendo o carácter durável e estruturante dos fenómenos e comportamentos jurídicos (38).

A influência dos «Annales» fez, no entanto, com que, progressivamente, os historiadores do direito procurassem adaptar ao seu domínio os métodos da história massiva e serial: (i) com base nos registos judiciais, estudaram-se os ritmos temporais e as assimetrias regionais da litigiosidade; (ii) a partir da triagem dos processos, investiga-se o perfil evolutivo da criminalidade e da repressão penal; (iii) recolhendo sistematicamente dados biográficos ou registos curriculares averiguam-se os *trends* seculares da formação e da actividade dos juristas; (iv) o tratamento massivo dos actos notariais é utilizado para o levantamento de práticas jurídicas espontâneas; (v) o tratamento massivo de dados sobre as estruturas do oficialato serve de base ao estudo dos mecanismos político-administrativos efectivos (39).

(38) Cobre os novos historiadores e a história jurídica e institucional, v. A. M. HESPANHA, *Une «nouvelle histoire» du droit?*, en *Storia giuridica e dimensione social...*, cit.; e H. COUTAU-BEGARIE, *Le phénomène...*, cit., 171 ss.

(39) Alguns exemplos: (i) R. SCHNAPPER, «Pour une géographie des mentalités judiciaires: la litigiosité en France au XIXe. siècle», *Ann. éc. soc. civ.* 1979.2, 399-419; J. J. TOHARIA, *Cambio social y vida jurídica en España*, Madrid, 1974; R. KAGAN, *Lawsuits and litigants in Castille, 1500-1700*, Chapel Hill, 1981; P. C. TIBAL, «L'exploitation des archives du Parlement de Paris: une méthode et ses résultats», *Ius commune. Sonderheft 7*, 1977, 23-35; D. H. BAKER (ed.), *Legal records and the historian*, 1974; F. RANIERI, *Recht und Gesellschaft im Zeitalter der Rezeption. Eine rechts- und sozialgeschichtliche Analyse der Tätigkeit des Reichskammergericht im 16. Jahrhundert*, I/II, Köln, 1985; (ii) N. CASTAN, *Les criminels du Languedoc. Les exigences d'ordre et les voies du ressentiment dans une société pré-révolutionnaire 1750-1790*, Toulouse, 1980; *Justice et répression en Languedoc à l'époque des lumières*, Paris, 1980; M. DA PASSANO, *Delitto e delinquenza nella Sardegna sabauda, 1823-1844*, Milano, 1934; (iii) R. KAGAN, *Students and society in early modern Spain*, Baltimore 1974; J. PH. GENET, «Die kollektive Biographie von Micropopulationen. Faktoralyse als Untersuchungsmethode», *Hist.-sozialwiss. Forschungen. Quantitative sozialwissenschaftliche Analysen von historischen und prozess-produzierten Daten*, 8(1982), 112-144; N. HORN, «Soziale Stellung und Funktion der Berufsjuristen in der Frühzeit der europäischen Rechtswissenschaft», em *Sozialwissenschaft im Studium des Rechtes*, vol. IV, München, 1978, 125 ss.; W. PREST (ed.), *Lawyers in early modern Europe and America*, London, 1981; F. RANIERI, «Vom Stand zum Beruf. Die Professionalisierung des Juristenstandes als Forschungsaufgabe der europäischen Rechtsgeschichte der Neuzeit», *Ius commune*, XIII, 12 ss.; (iv) N. ARNAUD-DUC, *Droit, mentalités & changement social en Provence occidentale. Une étude sur les stratégies et la pratique notariale en matière de régime matrimonial, de 1785 à 1855*, Saint Etienne, 1985; (v) F. CHABD, «Stipendi nominali e busta paga effettiva rei funzionari nell'amministra-

Este tipo de investigações obriga, naturalmente, a usar novas técnicas de tratamento de dados, nomeadamente a informática, já muito utilizada na investigação histórica e, em particular, na história institucional e jurídica. A sua utilidade não se esgota no cálculo estatístico. O tratamento de ficheiros, a elaboração de repertórios e índices, a cartografia automática, a identificação de textos de autor duvidoso, a simulação histórica e a construção de sistemas periciais que realizem a emulação do trabalho intelectual do historiador são outros tantos campos de aplicação possível (40).

d) *A influência da sociologia weberiana.*

A sociologia política e jurídica de M. Weber (1864-1920: *Wirtschaft u. Gesellschaft. Grundriss der verstehender Soziologie*, 1922) constituiu outra reacção contra o formalismo da teoria liberal do Estado. Procurando um ponto de vista «realista» (e não «metafísico» ou «formalista»), Weber parte da ideia de que o poder político se baseia na coação, na possibilidades de impôr comportamentos a outrem (e não no «contrato», no «interesse geral», etc.). Só que uma coação generalizável e durável não pode provir da força bruta e «desorganizada» (*Macht*) (42), mas apenas de um domínio estável, quotidiano e duradouro (*veralltaglich*), generalizável e apoiado por normas, a que chama, justamente, po-

ziona milanese alle fine del cinquecento», *Miscelania in onore di R. Cesi*, Roma, 1958; A. HESPANHA, *As vésperas do Leviathan. Instituições e poder político em Portugal - séc. XVII*, Lisboa, 1986.

(40) Sobre as aplicações da informática em história, v., como síntesis (e prescindindo de textos mais antigos), L. FOSSIER, A. VAUCHEZ, C. VIOLANTE, *Informatique et histoire médiévale*, Rome, 1977; D. K. ROWNEY, «The historian and the micro-computer», *Byte* Julho 1982; R. JENSEN, «The microcomputer revolution for historians», *Journal of interdisciplinary history*, XIV.1, 1983, 91-111; A. M. HESPANHA, «A micro-informática no trabalho do historiador», *História e crítica*, 11 (1983-4), 17-27; M. THALER (ed.), *Die Praxis der Quantifizierung in der österreichischen Geschichtsforschung*, Göttingen-Salzburg, 1984; JOAQUIM RAMOS DE CARVALHO, «Informática e ciências humanas», *Vértice* 467 (1985), 25-36. Sobre problemas mais de ponta, nomeadamente, o uso de sistemas periciais pelo historiador, G. P. ZARRI, «From history to computer science: a formalization of the inferential processes of an historian», *Proceedings of the 6th. International conference on artificial intelligence*, II, Tokyo, 1979; «The use of artificial intelligence techniques in the conception and utilization of an historical data base», *Data bases in the humanities and social sciences*, Amsterdam, 1980; G. LEE et al., «Artificial intelligence, history and knowledge representation», *Computer and the humanities* 16 (1982), 25-34. Outras informações no artigo de J-Ph. Genet citado na nota anterior. Sobre a informática na história jurídica, v. G. DOLEZALEK, «Computer und Rechtsgeschichte. Einführung und Literaturübersicht», *Ius commune. Sonderheft 7*, 1977, 36-116, onde se abordam, em geral, os problemas postos pela aplicação dos métodos quantitativos à história jurídica.

(42) «A força (*Macht*) significa a possibilidade de, no seio de uma relação social, impôr a sua vontade mesmo contra resistência, qualquer que seja o fundamento dessa possibilidade» (*Gesellschaft und Wirtschaft: Grundriss der Verstehenden Soziologie*, Köln, 1964, I, 38).

der (*Herrschaft*) (43). O poder é, assim, apoiado em formas duráveis de organização social (instituições), que não só fornecem os meios materiais do seu exercício duradouro (*Zwangsmittel*: estruturas político-administrativas, *Verwaltungstab*), como instituem mecanismos ideológicos (cerimoniais, simbólicos) de obediência (*Gehorsam, Fügsamkeit*) que fazem com que os dominados aceitem o poder do dominador como vinculativo (*verbindlich*), ou seja, creiam na sua legitimidade (*Legitimität*) (44). Postas as coisas neste pé, já se vê que ganham uma importância central, na análise do poder, questões como as dos meios institucionais do seu exercício, tanto nos seus aspectos materiais-organizativos, como nos aspectos ideológico-simbólicos.

Weber, no entanto, não se limitou a formular secamente uma teoria sociológica do poder; fundando-se na sua prodigiosa erudição (que, na sociologia contemporânea, só tem paralelo em Marx), constrói uma famosa tipologia dos sistemas de poder, caracterizados a partir dos meios (materiais-organizativos e ideológicos) do seu exercício (45).

São os seguintes os tipos ideais do sistema político. Poder tradicional (*traditionale Herrschaft*, I, 167 ss.), fundado nos valores invioláveis e indisponíveis da tradição e da piedade familiar («patriarcalismo») e exercido através de um sistema político-administrativo de tipo «doméstico» (direito tradicional, apropriação patrimonial dos cargos, competências fixadas pela tradição ou por livre designação do pater). Poder carismático (*charismatische Herrschaft*, I, 179 ss.), fundado nos valores de racionalidade (tecnocracia), generalidade

(43) «O poder (*Herrschaft*) deve ser definido como a possibilidades de uma ordem com um conteúdo determinado de suscitar a obediência na pessoa a que se dirige» (*ibid.*).

(44) A literatura sobre M. Weber e muito vasta. Da mais moderna e acessível, J. FREUND, *Sociologie de Max Weber*, Paris, 1968 (sociologia política e jurídica: 214-233); V. M. BADER, H. GNASSMANN U. J.V.D. KNESEBECK, *Einführung in die Gesellschaftstheorie. II. Gesellschaft, Wirtschaft und Staat bei Marx und Weber*, Frankfurt/Main-New York, 1976 (*maxime* 421 ss.); D. KAESLER, *Einführung in das Studium Max Webers*, München, 1979. Para os aspectos aqui destacados, A. FEBRAJO, «Per una rilettura della sociologia del diritto weberiana», *Sociologia del diritto*, 1976.1, 1 ss.; S. ANDRINI, «Diritto e potere in Max Weber», *Storia e politica*, 13.3 (1974), 41-463; H. TYRELL, «Gewalt, Zwang und die Institutionalisierung von Herrschaft: Versuch einer Neuinterpretation von Max Webers Herrschaftsbegriff», em ROSEMARIE POHLMANN (ed.), *Person und Institution: Helmut Schelsky gewidmet*, Würzburg, 1980, 59-92.

(45) «De acordo com a experiência histórica, nenhuma dominação se pode basear apenas nas motivações de natureza material, afectiva ou axiológica. Pelo contrário, cada uma tenta suscitar e cultivar a crença na sua «legitimidade». De acordo com a natureza da legitimidades pretendida, assim serão diferentes o tipo de obediência, a estrutura administrativa organizada para a garantir e a forma de exercício de poder. E, por isso, os seus efeitos. Daí que se deva distinguir as formas de poder de acordo com os tipos de legitimidades» (*Wirtschaft u. Gesellschaft...* [ed. Tübingen, 1956], cit. I, 157).

e abstracção e exercido através de um aparelho político organizado de forma correspondente (legalidade, burocracia, impessoalidade, interessa geral).

Esta tipologia —bem como, em geral, o processo metodológico de construção de «tipos ideais», ou seja, modelos logicamente depurados (i. e., rigorosos, unívocos e isentos de contradição) que sirvam para classificar as experiências históricas concretas (46)—teve um grande sucesso na historiografia político-institucional.

Desde logo, ela suscitou —ou, pelo menos, deu-lhe um fundamento metodológico mais rigoroso— ensaios de construção de outras tipologias dos sistemas político-institucionais. As mais famosas, são, porventura, as de O. Hintze, autor de oposições tipológicas como: sistema «bicamaral» v. «tricurial» (na história dos «parlamentos» ou «estados»), «oficial» v. «comissário» (no domínio da história do funcionalismo), «feudalismo» v. «capitalismo» (na história dos sistemas do poder) (47).

Depois, chamou a atenção para os aspectos organizatórios do poder, que a teoria liberal tinha escamoteado ao concentrar toda a atenção no «centro» político —os órgãos de soberania— e ao supor que, daí para baixo, o poder se exercia sem distorções, de acordo com a teoria «da delegação» (aquele que tem um poder derivado não pode evercer outros poderes para além daqueles que lhe delegam). A obra de M. Weber veio justamente destacar dois factos fundamentais: por um lado, para o facto de a «organização político-administrativa» ser uma componente essencial do poder estável e, logo, dever integrar o objecto da sociologia ou da história do poder; por outro, para a «opacidade» (i. e., autonomia, indisponibilidade) dos meios da acção político-administrativa, nomeadamente nos sistemas políticos em que estes aparecem organizados de forma impessoal e abstracta, como acontece com a «burocracia» no tipo legal-racional de poder. Daí, a importância da sociologia weberiana no arranque dos estudos sociológicos ou históricos sobre a burocracia (48), não apenas no sentido de que a

(46) Os «tipos ideais» (*Idelotypen*) são construções intelectuais, com funções terminológicas, classificatórias e heurísticas que: (i) fornecem à descrição da realidade meios inequívocos de expressão; (ii) permitem a avaliação (por comparação com eles) das experiências empíricas; (iii) possibilitam, assim, a classificação, a explicação e, até, a extrapolação. Uma das virtualidades da démarche tipológica baseie-se no facto de os «tipos ideais» serem «relativos a um aspecto» (*aspektspezifischer Charakter*) da realidade, pelo que esta pode ser objecto de uma avaliação tipológica multi-dimensional

(47) «Typologie der ständischen Verfassungen des Abendlandes», em *Staat und Verfassung. Gesammelte Abhandlungen zur allgemeinen Verfassungsgeschichte*, Göttingen, 1970; *Wesen und Verbreitung des Feudalismus*, agora em *Feudalismus-Kapitalismus*, Göttingen, 1970; *Der Commissarius und seine Bedeutung in der allgemeinen Verwaltungsgeschichte*, em *Stat u. Verfassung...*, cit. (estes artigos tiveram uma trad. espanhola, *Historia de las formas políticas*, Madrid, 1968; também existe uma tradução italiana.

(48) Sobre a sociologia da burocracia, v., por todos, J. CHEVALIER & I. LOSCHAK, *Science administrative...*, cit., I, 534 ss. Sobre a sua história

constituiu em objecto autónomo da pesquisa histórica, mas sobretudo no sentido de que mostrou que a explicação sociológica do seu poder há-de partir da análise, não da origem sociológica dos indivíduos que a compõem, mas da função da burocracia como elemento de um sistema global de exercício e de legitimação do poder.

Este destaque dado ao modelo burocrático —com as suas características de racionalidade, abstracção e neutralidade— pela sociologia weberiana teve repercussões sobre o próprio marxismo, estimulando a análise marxista da burocracia (e, mais em geral, dos valores de generalidade e neutralidade que consituem o pivot das estruturas de legitimação do sistema político moderno). Um exemplo é fornecido pelos capítulos que à burocracia e ao aparelho de Estado dedica N. Poulantzas (*Pouvoir politique et classes sociales de l'Etat capitaliste*, Paris 1968, c. 179 ss.; trad. port., II, 179 ss.), estudando o modelo das suas relações com as classes dominantes e destacando, entre outras coisas, a sua capacidade de ocultação do domínio classista sobre o Estado, a autonomia do seu funcionamento político ou o seu papel determinante ou arbitral em certos momentos.

Finalmente, Weber destacou a importância dos mecanismos (ideológicos) de legitimação do poder. Neste sentido, a sociologia weberiana deu um importante contributo para o estudo dos aspectos ideológicos do poder —dos modos como o poder se faz aceitar, como suscita a obediência, como se legitima. Embora a crítica da ideologia fosse um temas clássicos da teoria marxista, o contributo weberiano —assimilado, desde logo, por A. Gramsci e, mais tarde, por L. Althusser e N. Poulantzas— passou a constituir um dos fundamentos de teoria contemporânea da ideologia e da moderna história (política) das ideologias. O carácter bifronte do poder institucionalizado —funcionando ou pela coacção ou pela ideologia— faz com que, como diremos adiante, se tenham esbatido os limites entre história jurídico-institucional e história político-ideológica, desde que a primeira não ignore o papel substitutivo que a «violencia leve» da ideologia tem em relação à «violencia pesada» da coacção e desde que a segunda não aceite o discurso ideológico pelo seu valor facial.

Os temas das doutrinas políticas (tais como «bem comum», «nação», «público e privado», «interesse geral», «defesa da legalidade», «consenso», «pluralismo», «moralização da administração») podem e devem ser objecto de uma análise política que pergunte pelos efeitos políticos que a sua

v., em síntese, o meu artigo «Para uma teoria da história institucional do Antigo Regime», *Poder e instituições na Europa do Antigo Regime*, Lisboa, 1984, 69 ss. (max. 76 s.).

invocação produz (não se trata tanto de saber quais são os efeitos políticos da «moralização administrativa», mas os efeitos políticos de se falar disso) (49). Mas à mesma análise podem ainda ser sujeitos outras estruturas simbólicas, enquanto elas «inculcam» (i. e., insinuem, promovem) comportamentos políticos: o espaço (50), a arquitectura e a iconologia (51), o vestuário e os modos de falar (52), os discursos científicos (53), o discurso religioso ou literário (54), a sexualidade (55) ou a própria cozinha (56). O poder infiltra-se, assim, em todos os cantos da sociedade, perdendo um lugar institucional privilegiado (v., *infra*, al. e.).

(49) Muitos exemplos de aplicação histórica poderiam ser invocados. Destacamos um, por justamente reagir contra a tendência para aceitar os discursos ideológicos pelo seu valor facial: num livro sobre o grupo dos letrados no sistema político napolitano dos sécs. XVI-XVII, P. L. Rovito mostra como a questão da «moralização da administração da justiça» visava a obtenção não de efeitos morais, mas de efeitos político-institucionais bem precisos: por um lado, a usura do prestígio social dos letrados; por outro lado, a sua sujeição ao foro inquisitorial e consequente quebra da impunidades que lhes advinha do facto de não estarem sujeitos a qualquer controle estranho (*Respubblica dei togati. Giuristi e società nella Napoli dei seicento*, Napoli, 1982); em Portugal, a mesma questão se põe, na mesma época (cf. M. R. THEMUDO BARATA CRUZ, *As regências na memoridade de D. Sebastião. Elementos para uma história estrutural*, Lisboa, 1983, I, 71, que todavia, parece aceitar que se tratava de uma «questão moral»).

(50) V. o meu artigo «L'espace politique dans l'ancien régime, *Estudos em homenagem aos Profs. Manuel Paulo Merêa e Guilherme Braga da Cruz*, Coimbra, 1983, e bíbl aí citada.

(51) V. v. g., Ana Maria ALVÉS, *Iconologia do poder real no período manuelino*, Lisboa, 1985; em geral, Erwin PANOFKY, *Meaning in the visual arts.*, Harmondsworth, 1970.

(52) V., v. g., alguns passos de J. A. MARAVALL, *Poder, honor y elites en el siglo XVII*, Madrid, 1979.

(53) V., sobre os momentos «políticos» do saber, de diversas perspectivas, P. K. FEYERABEND, *Against method. Outline of an anarchistic theory of knowledge*, 1975; Michel FOUCAULT, *Histoire de la sexualité. I. La volonté de savoir*, Paris, 1976; *Microfísica del poder*, trad. esp., Madrid, 1978, 175 ss.; P. LEGENDRE, *L'empire de la vérité. Introduction aux espaces dogmatiques industriels*, Paris, 1983. Aplicação à ciência letrada do direito no meu artigo *Savants et rustiques...* cit.

(54) V. alguns exemplos nos ensaios de J. MATTOSSO coligidos em *Portugal medieval. Novas interpretações*, Lisboa, 1984, nomeadamente, «Cluny, cruzios e cistercienses...», «A literatura genealógica...», «Monges e clérigos...». A própria utilização da escrita tem efeitos políticos: v. o meu citado artigo *Savants et rustiques...*, bem como L. KRUS, «Escrita e poder: as Inquirições de Afonso III», *Estudos medievais*, 1 (1981), 59-79; teorização: W. ONG, *Interfaces of the word*, Corneli Un. Press, 1977; J. GOODY, *The domestication of savage mind*, Cambridge, 1977; *Literacy in traditional societies*, Cambridge, 1968; R. LAFFONT (ed.), *Anthropologie de l'écriture* Paris, 1983.

(55) V. a referência a M. FOUCAULT na penúltima nota.

(56) V., v. g., J. GOODY, *Cuisine et classes*, trad. franc. Paris, 1984.

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

Mas a sociologia weberiana tornou também manifesto que o poder se podia estabelecer de acordo com vários sistemas típicos. Ou seja, que o modelo legal-racional do Estado contemporâneo não era senão uma das grandes formas de organização política. Este facto, aliado aos progressos feitos pela antropologia no sentido de revelar formas «outras» de sociedade e de poder, levaram a uma consciência mais profunda da alteridade dos sistemas históricos do poder, das instituições e do direito, contribuindo para introduzir na história institucional e jurídica um sentido da «ruptura» que a historiografia tradicional —dominada, ao contrário, pela ideia «da continuidade»— não permitia.

Logo nos anos trinta, O. Brunner —inspirado em Weber e no populista russo A. 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. Apesar do «estadualismo» dominante, a obra de Brunner influenciou a melhor historiografia, sobretudo, alemã e italiana (57).

Mas os contributos mais importantes para reconhecer a especificidade dos fenómenos jurídicos e institucionais do direito e das instituições das sociedades históricas vieram da antropologia, ao pôr perante nós sociedades em que vigoravam outras formas de manifestação do direito, outros relacionamentos entre a ordem jurídica e as restantes ordens de regulamentação da prática (religião, moral, economia, saber, retórica), outras formas de julgar os diferendos e de compor os conflitos, outras formas de organizar o poder (v. g., de organizar politicamente o espaço, de comprovar e registar os factos, de distribuir socialmente o poder, de remunerar os seus agentes), outras matrizes de cálculo político.

A importância dos estudos de antropologia política e jurídica para a compreensão dos mecanismos institucionais das sociedades históricas europeias têm sido, sobretudo, grande, no domínio da história da família, da propriedade e das sucessões (58) e no da organização institucional das comunida-

(57) Sobre O. Brunner cuja importância nunca é de mais realçar, v. o meu artigo «Para uma teoria da história institucional do Antigo Regime...», cit., 31 ss. Na sequência de O. Brunner, alguns importantes textos de P. Schiera, um deles publicado nessa mesma colectânea (143 ss.).

(58) Cf. a literatura cit. por Michael ANDERSON, *Elementos para a história da família ocidental, 1500-1914*, trad. port., Lisboa, 1984; J. Goody et al. (eds.), *Family and inheritance. Rural society in western Europe. 1200-1800*, Cambridge, 1976).

des rurais (59). Mas resultados igualmente fundamentais podem ser obtidos noutras domínios da história institucional, como, por exemplo, o dos modelos de resolução de conflitos, em que existe uma importante bibliografia antropológica e algumas aplicações históricas, que põem em causa muitas ideias assentes sobre a vigência histórica do modelo judiciário, letrado e oficial e, conseqüentemente, muito do que se tem dito sobre a centralização do poder na época moderna (60). Mas 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 (61). Com o que, não só a história política, mas também, a teoria política ganham um novo domínio de objectos, em ruptura com a ideologia estatista.

Uma outra linha da tradição weberiana, embora partindo da alteridade das grande formas de organização da sociedade e do poder, encarou-as segundo um esquema teleológico, segunda o qual as «menos perfeitas» estavam preordenadas à sua superação pelas «mais perfeitas». O resultado foi uma concepção «progressista» da evolução social, nos termos da qual, tomando à letra a ideologia do Estado contemporâneo, este e as formas de organização que lhe estão ligadas aparecem como o resultado de um movi-

(59) V., por todos, T. SHANIN (ed.), *Peasants and peasant societies*, Harmondsworth, 1971; recente aplicação, entre nós, J. CUTILEIRO, *A portuguesa rural society*, London, 1971; Brien J. O'NEIL, *Proprietários, lavradores e jornaleiras*, Lisboa, 1984; M. F. BRANDAO & R. ROWLAND, «Historia da propriedade e comunidade rural: questões de método», *Análise social* 61-62 (1980), 173-209; José MADUREIRA PINTO, *Estruturas simbólicas e práticas simbólico-ideológicas nos campos. Elementos de teoria e pesquisa empírica*, Porto, 1985.

(60) Esta literatura baseia-se na oposição entre um modelo «judiciário» (formal, baseado no direito oficial e letrado e no processo escrito e culminando numa estratégia «adjudicatória» de resolução) e um modelo «comunitário» (informal, baseado no direito tradicional e na oralidade, orientado por uma estratégia «compromissória»). Sobre o tema, v. Boaventura SOUSA SANTOS, «O discurso e o poder. Ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica», *Estudos em homenagem ao Prof. J. J. Teixeira Ribeiro*, Coimbra, 1979 (separata, Coimbra, 1980); V. GESSNER, *Rech u. Kinflikt. Eine soziologische Untersuchung privatrechtlicher Konflikte in Mexiko*, Tübingen, 1976; e o meu *As vésperas do Leviathan...*, cit., 609 ss. (com outras indicações bibliográficas e aplicações historiográficas, maxime n. 2 - G. Spittler, sobre a a Prússia setecentista; n. 3, N. Castán sobre Franca; A. Hespanha, sobre Portugal a doutrina do *ius commune*).

(61) São as conclusões, nomeadamente, dos estudos de B. S. SANTOS e de V. GESSNER, citados na última nota; em geral, v. os artigos (sobretudo o de M. Galanter) incluídos nas colectâneas, M. CAPPELLETTI (ed.), *L'accès à la justice et l'Etat providence*, Paris, 1984, e E. BLANKENBURG et al. (eds.), *Alternative Rechtsformen und alternativen zum Recht*, Opladen, 1979 (= *Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, 9).

mento inelutável e desejável de «modernização» social. Todas as mudanças históricas no sentido dos actuais paradigmas do poder são, portanto, consideradas como sinónimos de um natural progresso da vida comunitária (e não como modificações aleatórias no sentido de matrizes políticas hoje, também aleatoriamente, dominantes) (61b). 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.

Eis algumas manifestações da teoria da modernização no domínio da história das instituições. Apresentação como fenómenos (forçosos) de modernização social: a construção do «Estado moderno» e a conseqüente «racionalização» das relações de poder; uma alegada «revolução legal» da época moderna; a «juridificação» das relações sociais (antes reguladas «pela força») na mesma época (62); a transição de um direito costumeiro para um direito legal e codificado; a substituição da justiça comunitária pela justiça judiciária; a «profissionalização» da administração e da jurisdição, etc. (63). Que estas modificações sejam um sinal de «progresso» ou «modernização» sociais, eis o que tem sido problematizado sobretudo pela antropologia jurídica que, em contrapartida, tem destacado os graves problemas político-jurídicos postos por uma «modernização» artificial do poder e do direito (i. e., uma sua redução aos modelos europeus) nos países pós-coloniais (64). Mas, nesta polémica, não deixam de ter influência

61 b) Sobre a teoria da modernização —bastante difundida nos meios historiográficos dos U.S.A. e da R.F.A.— P. FLORA, *Modernisierungsforschung*, Opladen, 1974; D. LERNER & J. S. COLEMAN, «Modernization (social and political aspects)», *International encyclopaedia of the social sciences*; K. W. DEUTSCH & W. J. FOLTZ (eds.), *Nation building*, New York, 1969; crítica, H.-U. WEHLER, *Modernisierungstheorie und Geschichte*, Göttingen, 1975; aplicações históricas, v. g. Ch. TILLY (ed.) *The formation of national states in west rn Europe* 1975; R. BENDIX, *Köinge oder Volk. Machtausübung und Herrschaftmandat*, trad. al., Frankfurt/Main, 1980.

(62) O tema da «juridificação» das relações sociais está hoje na moda, por influência de sociologia de N. LUHMAN. C. N. LUHMAN, «Konflikt u. Recht», in ID., *Ausdifferenzierung des Rechtssystems*, Frankfurt/Main, 1981, 92 ss.; *Soziale System. Grundriß einer allgemeinen Theorie*, Frankfurt/Main, 1984, 488 ss.; R. WERLE, «Aspekte der Verrectlichung», *Zeits. f. Rechts soziologie* 3 (1982), 2-13.

(63) Cf. D. RÜSCHEMEYER, «Professionalisierung. Theoretische Probleme für vergleichende geschichtsforschung», *Geschichte u. Gesellschaft* 6 (1980), 311-325.

(64) O problema tem sido estudado por vários autores (R. Abel, F. Snyder, F. Ost, M. Alliot, etc.) e também por organizações internacionais (v. os materiais das *Réunions d'experts pour examiner les premiers résultats de recherches sur les conditions du transfert des connaissances*, U.N.E.S.C.O., Venise, 26-30-6-1978).

as contrastantes perspectivas do antropólogo ou do historiador, por um lado, e dos que estão empenhados em programas de cooperação e desenvolvimento: enquanto os primeiros condenam o desenraizamento provocado pela transferência de tecnologias político-jurídicas europeias (modelo estatal, sistema parlamentar, direito legal, organização judiciária), os segundos veem nisto uma evolução no sentido de formas sociais mais livres e mais justas, condenando os antropólogos como promotores das novas e subtis formas de «apartheid» (65). Não é fácil decidir, mas o estudo da própria evolução europeia e dos problemas que o conflito de culturas jurídicas e políticas nela outrora também colocou pode constituir um contributo importante.

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

Este alargamento do objecto da história jurídico-institucional a todos os fenómenos sociais que condicionam duravelmente os comportamentos tem sido levado às últimas consequências por modernas correntes sociológicas que destacam o facto de que, assim, o poder perdeu um «lugar» na sociedade («descentramento do poder», J. Chevallier), que se encontra disperso por todo o lado («pan-política»), insito nas mais banais e elementares das relações humanas («carácter molecular do poder», F. Guattari), devendo ser objecto de uma ciência justamente orientada para essas unidades políticas mínimas («micro-física do poder», M. Foucault), a que corresponderia, no plano da luta política, uma estratégia orientada para as «pequenas lutas» (na fábrica, na família, na escola, etc.).

Esta dispersão do poder já tinha sido constatada por algumas correntes do marxismo, na sequência da análise da função ideológica. L. Althusser já tinha alargado a análise política aos «aparelhos ideológicos» (escola, sindicato, igreja), mas salvaguardara a ligação umbilical entre o poder e o Estado, ao designá-los por «aparelhos ideológicos de Estado». Agora, o Estado, como centro de poder, explode e, em lugar dele, ficam instituições e relações políticas tão moleculares como o amor ou o desejo (M. Foucault, *L'histoire de la sexualité*, 1976; P. Legendre, *L'amour du censeur. Essai sur l'ordre dogmatique*, 1974, *Jouir du pouvoir. Traité de la bureaucratie patriote*, 1976).

São estes dois autores que levam mais longe a «desidentificação» do político tradicional, insistindo não apenas na separa-

(65) Cf. E. V. HEYEN, «Kulturanthropologische probleme internationaler Beziehungen», em E.-J. LAMPE (ed.), *Beiträge zur Rechtsanthropologie*, Stuttgart-1985 (= *Archiv f. Rechts u. Sozialphil.*, Ruderboot n.º 22); H. MEDICK, «Missionare im Ruderboot? Ethnologische Erkenntnisweisen als Herausforderung an die Sozialgeschichte», *Geschichte u. Gesellschaft*, 10 (1984), 259-319 (há trad. port., em *Ler história*, n.º 6, 1985).

ção entre poder e Estado, mas ainda na separação entre poder e proibição (ou seja, no carácter localizado e limitado da «lei» e da «repressão» como mecanismos do poder).

Segundo M. Foucault, o desvendamento de outros mecanismos do poder —i. e., da capacidade para determinar condutas alheias— pressupõe a crítica da identificação (etno-cêntrica) entre o poder e a proibição, típica da cultura política ocidental. Só através desta crítica se estaria em condições de integrar na análise política as formas «positivas» de condicionamento (como são o amor ou a verdade) (66). Um dos méritos da obra de P. Legendre é justamente o de revelar o papel da referência ao amor em certas ordens normativas (v. g., o direito canónico; ou, sob formas menos intuitivas, o direito do Estado contemporâneo).

Daqui decorreria uma série de corolários da análise (e da história) política, enunciados pelo próprio M. 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 imbricadas 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 multiformes;

(66) «Porquê o privilégio secular de uma análise semelhante [i.e., do poder como «lei», como «proibição»]? Porquê o poder decifrado regularmente em termos puramente negativos de lei, de proibição? Porquê o poder imediatamente pensado como sistema de direito? Dir-se-á sem dúvida, que nas sociedades ocidentais, o direito serviu sempre de máscara do poder. Parece-me que esta reflexão é insuficiente. O direito foi um instrumento efectivo de constituição dos poderes monárquicos na Europa e, durante séculos, o pensamento político girou em torno do problema da soberania e dos seus direitos. Por outro lado, o direito foi, sobretudo no século XVII, uma arma de luta contra esse mesmo poder monárquico que se havia servido dele para o afirmar. Enfim, foi o modo de representação principal do poder... Mas o direito não é, nem a verdade, nem a justificação do poder. É um instrumento, a um tempo, parcial e complexo. A forma da lei e os efeitos de proibição que nela estão implícitos devem ser situados entre muitos outros mecanismos não jurídicos (p. 169 s.)... Penso que esta é uma concepção negativa, estreita e esquelética do poder que tem tido um sucesso curioso. Se o poder não fosse mais que repressivo, se não fizesse algo mais do que dizer «não», pensais que seria, realmente, obedecido? O que faz com que o poder vingue, que se aceite, é o facto de ele não pesar apenas como uma força que diz «não», mas que, de facto, produz coisas, induz prazer, forma saber, produz discursos; é preciso considerá-lo como uma rede produtiva que atravessa todo o corpo social, mais do que como uma instância negativa que tem como função reprimir. Em *Surveiller et punir* quis mostrar como é que, nos sécs XVII e XVIII, se verificou um verdadeiro desbloqueamento tecnológico da produtividades do poder ... (p. 182)» (M. Foucault, *Microfísica del poder*, cit., 169 s.), estas entrevistas de M. Foucault, «Poderes e estratégias» e «Verdade e poder», são centrais; veja-se ainda texto «Deux essais sur le sujet et le pouvoir», publicado por H. DREYFUS & P. RABINOW, *Michel Foucault. Un parcours philosophique*, trad. fr., Paris, 1984).

— 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 primários (intencionais), mas antes como produto final de uma integração de estratégias parciais (67).

A última proposição —a composição de uma estratégia geral do poder a partir das estratégias particulares (que equivale à questão do carácter principal ou secundário das contradições sociais, ou do carácter uni- ou pluridimensional da análise de classes) é central. A ideia fundamental de Foucault é a de para evitar qualquer tentativa «centralista», descrever os mecanismos (múltiplos, pluriformes, omnipresentes) do poder aí onde eles se encontram: «Não se trata de analisar as formas reguladas e legitimadas do poder no seu centro. Trata-se, pelo contrário, do o surpreender nas suas extremidades, nos seus confins últimos, ali onde ele se torna capilar» (*Microfísica...*, cit., 142). E só depois averiguar as articulações: «Antes se deve fazer uma análise ascendente do poder, arrancar dos mecanismos infinitesimais, que têm a sua própria história, o seu próprio trajecto, a sua própria técnica e táctica, e ver depois como estes mecanismos de poder foram e continuam a ser investidos, colonizados, utilizados, dobrados, transeformados, descolocados, estendidos, etc., por mecanismos mais gerais e por formas de dominação global» (p. 144).

No texto (fundamental, a este respeito) que vimos citando («Curso de 14 de Janeiro de 1976», *ibid.*, 189-152), M. Foucault exemplifica o processo de análise com a história da loucura. Uma análise «centralista», «macrofísica», deduziria o tratamento social da loucura (ou da sexualidade infantil) na época moderna da lógica global da instauração das relações capitalistas de produção (p. 145). Os resultados seriam grosseiros e equívocos. Uma análise «microfísica», mostraria como a exclusão da loucura ou a repressão da sexualidade infantil respondia a necessidades das células sociais que constituíam o seu contorno imediato (a família) e como, num momento e conjuntura dados, mercê de uma série de adaptações, estes mecanismos —mais os mecanismos, em si, do que os seus resultados, mais o modo de vigiar e de excluir do que a exclusão— se tornaram económica e politicamente úteis (p. 146).

Semelhanças com o conceito foucaultiano de «dispositivo» tem o conceito de «habitus», utilizado por uma outra figura de proa do actual pensamento sociológico francês, P. Bourdieu. O *habitus* é por ele definido como um «sistema de disposições duráveis, predisposto a funcionar como es-

(67) V. M. FOUCAULT, *Microfísica...*, cit., 170.

trutura estruturante da acção» (68). Este sistema está associado ao conjunto das condições objectivas da prática de existência —máquinas, edifícios, monumentos, livros, teorias, costumes, direito, etc.— das quais ele próprio faz parte (69). O *habitus* condiciona os comportamentos, ao instituir esquemas de percepção, de pensamento e de acção («saber ver», «saber fazer», «saber julgar»). Mas este condicionamento é interno e inconsciente, podendo o *habitus* ser descrito como «a capacidade infinita de engendrar, em completa liberdade, uma gama limitada de produtos».

Encontramos aqui a mesma ideia de omni-presença e multi-dimensionalidade das relações de poder. A relação entre *habitus* e instituição é vista por P. Bourdieu nos seguintes termos. Nas instituições coexistiriam dois níveis —como conjunto de «normas explícitas», elas redobriariam a eficácia do *habitus*, sublinhando-o por obrigações e proibições exteriores; como «normas implícitas» elas identificavam-se com o próprio *habitus*, «fazendo a cabeça» dos agentes o desincentivando a desobediência ou a mudança (70).

Aplicados ao domínio da história jurídico-institucional, os corolários antes formulados vêm provocar uma profunda reorientação do seu objecto. Não é só que este transcenda o Estado e o «poder oficial» e invista as formas periféricas e não oficiais de poder, como já o propunham as correntes antes referidas. Também não é apenas que —como Weber já propuzera— que os momentos organizativos e ideológicos do poder devam ser considerados, para além dos momentos coactivos. E', mais do que isso, que toda esta relação entre força (repressão, proibição), aparelho (instituição, mecanismo organizatório) e ideologia sofrem um re-arranjo. O aparelho não é apenas uma condição (externa) da durabilidade (*Veralltäglichung*) do poder; a ideologia não é apenas um meio (externo) de o tornar consentido (*Legitimationsstruktur*); e o poder, por sua vez, não é qualquer coisa de exterior, servido por um aparelho, legitimado por uma ideologia. Poder, aparelho e ideologia (saberes) constituem um todo, a que M. Foucault chama «dispositivo» (ou P. Bourdieu, sensivelmente, «*habitus*») e que define como um conjunto estruturado de práticas («os discursos, as instituições, as disposições arquitecturais, os regulamentos, as leis, as medidas administrativas, os enunciados científicos, as proposições filosóficas, a moral, a filantropia»). No centro da análise estão, agora, os mecanismos práticos e efectivos de dominação, as «tecnologias disciplinares» —o hos-

(68) P. BOURDIEU, «Le mort saisi le vif», *Actes de la recherche en sciences sociales*, 32-3 (1980), 6. No entanto, o tratamento mais sistemático do conceito é feito em *Le sens pratique*, Paris, 1980, *maxime* 88 ss.

(69) *Ibid.*

(70) Aplicação à história jurídica em J.-M. SCHOLZ, «Elements pour une histoire...», cit., *maxime* 127 s.

pital, a fábrica, a prisão, a escola, a instituição de assistência, a família, o tribunal, as instituições académicas e científicas, o exército, os serviços públicos.

Todos eles disciplinam, ao instituir os mecanismos de repressão que eram objecto da análise jurídico-institucional clássica; mas instituem, para além destes, outros mecanismos que escapavam àquela —mecanismos de vigilância, técnicas de registo e de cadastro, processos de inquérito e de prova, sistemas de classificação (de diferenciação, de hierarquização, de exclusão) das pessoas e dos comportamentos— e que permitem, tanto quanto os anteriores, o condicionamento e a disciplina. Mecanismos que, num momento posterior, podem ser destacados do seu contexto originário e integrados em outras estratégias de dominação.

A história político-institucional (mas não já jurídica, se identificarmos o direito com as tecnologias disciplinares proibitivas, de acordo com a sugestão de M. Foucault antes citada) (71) experimenta, então, um enorme alargamento do seu objecto. Se, a mais do Estado e do direito oficial, este já integrava os poderes periféricos e o direito «não oficial», agora passa a compreender todos os mecanismos através dos quais, de forma implícita ou explícita, com recurso à tecnologia («negativa») da norma-proibição ou a tecnologias («positivas») de inculcação de atitudes, se condicionam os comportamentos alheios. A tradicional história do direito e do poder «coactivo» passam a constituir apenas um sector da história político-institucional. Por sua vez, nesta última passam a poder ser integrados todos os objectos das restantes histórias regionais, desde que encarados do ponto de vista do poder. Tal como tudo pode ser objecto de história económica, se analisado do ponto de vista de valor. A história institucional deixa, por isso de ser definida como um espaço de objectos, para passar a sê-lo como um vector (um referencial) que atravessa todos os espaços (72).

(71) Sobre esta distinção pode tentar reconstruir-se uma «autonomia» para a história jurídica, uma nova «ideia de separação», agora entre a história jurídica e a história institucional. Expediente irrisório, do ponto de vista teórico, dada a complementaridade dos dispositivos jurídicos («negativos») e não jurídicos («positivos») nas estratégias disciplinares.

(72) A obra de M. Foucault oferece, ela mesma, uma série de aplicações historiográficas desta ideia de que estudar o poder é estudar as formas da sua produção: o asilo psiquiátrico e os dispositivos de exclusão dos loucos (*Histoire de la folie à l'âge classique*, 1961); a prisão e a produção da disciplina do espírito (e não apenas do constrangimento dos corpos) (*Surveiller et punir. Naissance de la prison*, 1975); a família e o sistema de condicionamento da sexualidade (*Histoire de la sexualité*, 1976); o processo judiciário (*La verdad y las formas jurídicas*, 1980). Outros historiadores têm alargado esta análise a outras instituições, como a fábrica e a organização do trabalho (v. g., C. PAVARINI, *Carcere e fabbrica*, 1976), a assistência social. Por sua vez, P. Bourdieu —com a equipa de colaboradores que reúne em torno dos *Actes de la recherche en sciences sociales*, Paris, 1975—, inspira um largo sector da mais moderna investigação histórica, sobretudo no domínio da história da cultura, da ciência, da arte (v., para a temática geral, a referida revista).

Em contrapartida, parece que se deve entender que os mecanismos de poder de que a história político-institucional se ocupa são os mecanismos estruturados, institucionalizados, duráveis embora essa institucionalização possa ser multimoda, não se reduzindo aos clássicos mecanismos da lei-proibição. Na verdade, todos os conceitos que integram as correntes metodológicas a que nos vimos referindo (dispositivo, habitus) remetem, justamente, para esse carácter organizado e habitual do poder.

Em conclusão, o ocaso do «estadualismo» e advento do «pós-modernismo» não dissolveram a história institucional, como disciplina historiográfica autónoma. Mas provocaram, isso sim, uma revolução copérnica no seu objecto, tanto ao romperem com o exclusivismo «estadualista» e «jurisdicista», como ao identificarem como campos decisivos de análise territórios que a tradicional historiografia jurídico-polética rejeitava como alheios. Por outro lado, ao fundar a sua autonomia, não num 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.