

TRADUÇÃO

HISTÓRIA DO DIREITO, HISTÓRIA TOTAL*

Pierre Vilar**

*Tradução de Ilka Stern Cohen****

Proponho que nos reportemos por um instante a uns cento e trinta anos atrás, e tentemos reviver, juntos, um episódio da história do pensamento, sem dúvida importante, e decerto muito estreitamente ligado aos temas de reflexão de nosso encontro.

1842. Primeiros meses de 1843. Um jovem jurista-filósofo, filho da Alemanha renana, mas que acaba de se doutorar em Berlim, onde ouviu Savigny e se impregnou de Hegel, decide entrar na política ativa de seu país pela via do jornalismo e impõe-se progressivamente, primeiro como inspirador intelectual – *spiritus rector*, dizia um censor perspicaz – depois, de fato, como redator-chefe de um jornal de oposição.

Estava na ordem das coisas que ele tenha tido que lutar, em seus primeiros artigos, contra a censura governamental. Pode parecer mais surpreendente que ele tenha julgado politicamente útil lançar uma polêmica brilhante, mas difícil, contra a escola histórica do direito positivo, por ocasião do jubileu universitário de Gustav Hugo, então quase octogenário, fundador da Escola e mestre de Savigny. E isso em um periódico consagrado – dizia seu título – “à política, ao comércio e à indústria” (e que, anteriormente, pensara em Frédéric List como redator-chefe). Hugo é acusado de ter colocado Kant a serviço do irracionalismo e de ter guardado, do século XVIII, apenas seu ceticismo, ou seja, sua frivolidade.¹

É verdade que os leitores do jornal são burgueses liberais de Trier, Colônia e Bonn, dentre os quais muitos são juristas, e, naturalmente, mais abertos aos ecos do racionalismo francês do que às tentações do romantismo alemão. Para eles, é normal opor direito *definido pela racionalidade* a uma concepção *histórica* das instituições, a uma visão do direito *como produto da história*.

Mas estranho e problemático é que aquele que sublinhava essa oposição, que formulava essa crítica, chamava-se Karl Marx: todos o reconheceram no jovem redator do

Rheinische Zeitung. E só podemos nos perguntar como aquele que, um dia, fará do direito um simples elemento, entre outros, da *superestrutura* das sociedades, caução de relações profundas mais materiais, mas como elas *historicamente constituída* e derivando, portanto, [como estas], da *análise histórica*, pôde, mesmo no início da sua ação política, criticar a *Escola histórica do direito* – e isso menos em nome de Hegel, que ele conhecia bem, do que em nome de Kant e das exigências racionalistas do século XVIII.

Será que isso basta para distinguir, na biografia intelectual do jovem Marx, um episódio de simples racionalismo à moda liberal? Basta isso para desmentir os numerosos observadores que acreditaram poder ligar o historicismo de Marx aos gérmens semeados por Savigny, em aulas assiduamente assistidas, segundo testemunho do próprio estudante? Vale colocar a questão se desejarmos entender, nas origens de suas relações, dois modos de inserção do direito na história humana, duas atitudes possíveis do jurista e do filósofo diante da história e do historiador-sociólogo diante do direito: exatamente os temas propostos estes dias para nossa reflexão.

Sei que podemos resolver à maneira de Althusser: antes de 1857, Marx não está “maduro”; antes de 1847, ele não é Marx. Procurá-lo nas obras de sua juventude é querer expor (como propunha Jarry) “o crânio de Voltaire criança”.² Todo percurso intelectual é sucessão de *coerências* e *rupturas*: um tempo de racionalismo liberal, um tempo de racionalismo comunitário, outros, talvez, mas nada que anuncie o futuro, até o grande relâmpago de 1845, provocado pelo choque de dois pólos carregados de eletricidades opostas: Feuerbach seguido por muito tempo, Hegel reencontrado repentinamente, para uma destruição recíproca.

Essas análises tiveram muita utilidade contra as mistificações e as infantilidades espalhadas sobre a juventude de Marx para que eu esqueça de lhes prestar homenagem. Mas, como historiador que se pretendendo “total”, deve um dia se defrontar com a história das idéias, confesso-me menos seduzido, na análise histórica de um pensamento individual, pelas “coerências” e pelas “rupturas” do que pelas incoerências e pelas hesitações, sobretudo quando elas se corrigem sem cessar, como no jovem Marx, pela constância da curiosidade, pela sensibilidade crítica ante as ideologias – terrorismos oficiais ou terrorismos de grupos –, enfim, e, sobretudo, pelas descobertas da prática mescladas à vida quotidiana e à vida política, fontes mais vivas do sentido da história do que a filosofia ou a erudição.

Ora, o artigo contra Gustav Hugo diz justamente: “a Escola histórica do direito encontrou seu ‘abracadabra’, sua palavra mágica, na pesquisa das fontes”.³ Remontemos às suas fontes, e aí encontraremos uma escolha, a da irracionalidade. Mas desçamos o rio até o presente, e aí descobriremos a realização de uma vocação concreta, a “vocação

legisladora”,⁴ que Savigny prometera em seu tempo, mas que assume finalmente em sua pessoa: em 1842, ele acaba de se tornar ministro da reforma da legislação na Prússia. Adivinha-se, então, que no artigo contra Hugo é o discípulo que é visado através do mestre, é o *ministro* que é visado através de uma concepção do direito.⁵

Mas a “razão política” em nada diminui – muito pelo contrário – o vigor de uma crítica filosófica que não teria existido sem ela, e que a reanimou. A escola histórica é atacada nas suas conclusões, não no seu princípio. De Kant, ela reteve a impossibilidade de ter acesso à verdade, mas dele inferiu que toda existência funda uma autoridade, toda autoridade, um direito.⁶ O problema está colocado entre a necessidade da história e a liberdade do homem.

Que Marx, em 1842, tenha tomado partido da segunda, não significa, forçosamente, que nesse estágio de seu pensamento tenha negado a primeira. Ele recusa-se somente a fazer da *constatação* histórica uma *justificação*. “*Positiv, das heisst unkritisch*”, escreve ele brutalmente.⁷ E observa, em seguida, que a estirpe poderosa da erudição histórica positiva já se deixa envolver, no seio da escola, pelas brumas do misticismo e da especulação. Depois do “*unkritisch*” surge o “*unhistorisch*”.⁸ A defesa da razão transforma-se em defesa da história. Marx, que não é ainda historiador, fareja, entretanto, os possíveis perigos do historicismo, se este for apenas um olhar *passivo* sobre um passado *parcial*. Ele está à procura de uma *outra* história, que não seja *somente* “história do direito”.

Ora, passadas apenas algumas semanas da polêmica contra Gustav Hugo, ele tem a oportunidade de observar *na sua fonte* a gênese de uma legislação e como que o nascimento de um direito. A Dieta renana acabava de discutir as sanções a adotar contra os camponeses que catavam lenha nas florestas comunais e senhoriais, velho costume que os legisladores decidiram considerar delito de roubo. Matéria fraca, aparentemente. Longos debates, entretanto, e artigos muito longos de Marx.⁹ Na realidade, trata-se do fenômeno fundamental no surgimento das sociedades modernas: a transformação da *noção de propriedade* – lenta ascensão nos fatos, depois inscrição no direito daquilo que Marc Bloch denominou “individualismo agrário”, desarticulação progressiva de tudo o que Marx chamará mais tarde “modo de produção feudal”, com seu cortejo de direitos costumeiros.

O jovem jornalista de 1842, embora solidamente jurista e profundamente filósofo (ou melhor, *porque* jurista e filósofo ao mesmo tempo), ainda não podia captar o sentido de tudo isso, a não ser de modo hesitante e incoerente, e, por isso, aliás, mais cheio de lições para o nosso propósito.

Até então ele acreditara – e em grande medida em 1842 ainda acreditava – que as conquistas da Revolução Francesa eram uma etapa decisiva na *liberdade* do homem e da *racionalidade universal* do direito, racionalidade essa que o *Estado* encarnava.

Ora, através dos debates da Dieta renana e das decisões que os concluem, Marx percebe, de repente, que o “direito” que substitui tal velho “costume” não tem um valor “racional” muito maior, mas somente o valor cristalizador das novas relações sociais em torno de bens naturais, relações também marcadas pelo egoísmo de classe e, talvez, no final das contas, mais duros para os pobres.

Eu duvido que se possa ver nessa constatação uma adesão, por um instante que seja, a um populismo comunitário, a esse socialismo para feudais de traseiros blasonados que o *Manifesto* denunciará. Só que, num impulso de simpatia pela classe pobre, Marx não pôde deixar de notar aquilo que ela está perdendo, em nome de uma liberdade e de uma igualdade abstratas que, na verdade, não existem para a imensa maioria dos homens. Não é um retorno – apesar de algumas evocações da tradição renana e da riqueza humana do direito germânico¹⁰ – à Escola histórica do direito, tão recentemente atacada. Não. É o começo de uma *crítica histórica do direito racional*, cujos diversos argumentos, na série de artigos sobre os “roubos de lenha”, anunciam uma nova inserção da observação do direito na análise histórica das totalidades sociais.

1º. A importância do direito, na interpretação histórica de uma sociedade, é que ele nomeia, qualifica e hierarquiza todo divórcio entre a ação do indivíduo e o princípio fundamental dessa sociedade. Antes das decisões da Dieta renana, *catava-se* lenha. E depois delas, *rouba-se*. Um artigo de lei transforma o “cidadão” em “ladrão”.¹¹ O direito discrimina, com suas ações, os próprios *homens*. Quando a infração se torna delito, quando o delito se torna crime, quando o que o civil abrangia se torna criminoso, a *propriedade* muda de figura. Se se rouba tanta madeira, diz um deputado, é porque a mentalidade comum não considera que se trate de um roubo: decretemos, pois, que é um roubo. Então, diz Marx, se se dá tanta bofetada pelo mundo porque não se considera que a bofetada é um assassinato, vamos decretar que é um assassinato? A lei pode mentir? Marx crê ainda que ela não o *devesse*:

A lei não está desligada da obrigação geral de dizer a verdade. Ao contrário, ela tem até essa obrigação dobrada: é ela quem pronuncia, em juízo autêntico e universal, sobre a natureza jurídica das coisas. A natureza jurídica das coisas não poderia pois se modelar sobre a lei; é a lei que deve se adaptar à natureza jurídica das coisas.¹²

O jovem jornalista de 1842 ainda acredita em um *direito em si*, que *deveria* obrigar moralmente o legislador. Ora, ele descobre *que não é assim*. Que a Dieta renana, pronunciando-se, a propósito da lenha, contra a razão, contra a mentalidade comum, define uma *nova visão do direito de propriedade*. E isso abre para ele uma *nova problemática*.

2º. Se os limites da noção de propriedade encontram-se especificados à custa de uma concepção antiga e costumeira mais fraca, não seria porque a *definição jurídica de pro-*

priedade está confiada aos proprietários? Na Dieta, diz-se, “o proprietário das florestas impôs silêncio ao legislador”.¹³ Compreendamos ao legislador ideal, ao legislador tal como ele deveria ser.

Resta saber se não foi sempre assim, através dos tempos, em todos os sistemas sociais. Pascal escreveu na mais poderosa fórmula que opôs os dois sentidos da palavra “justo” – o sentido jurídico e o sentido moral: “Não podendo fazer com que o que é justo fosse forte, fez-se com que o que é forte fosse justo” (entendamos, considerado como tal). Quantos séculos terão sido necessários para descobrir o sentido *histórico* desse “pensamento”? Marx, em 1842, reencontra-o de maneira ainda hesitante e desajeitada: “Não podendo a propriedade privada elevar-se ao ponto de vista do Estado, é o Estado que desce aos meios da propriedade privada, contrários ao direito e à razão”.¹⁴

Já aqui se esboça a grande inversão dos anos seguintes: é a sociedade civil que faz o Estado e não o Estado que faz a sociedade civil.

Alguns mecanismos estão até desenhados. A Dieta recusou-se a distinguir entre cata e roubo. Como sanção, preferiu a multa ao reembolso do valor da madeira retirada, embora o “valor” seja um critério fundamental do sistema econômico;¹⁵ porque uma estimativa em valor deixaria claro até que ponto é ínfimo o dano causado pelo “roubo” da lenha; a multa, desproporcional em relação ao dano, aparece, além disso, como uma sanção. Os deputados ainda reiteraram que um cálculo do roubo em valor não seria nem “prático”. Assim nos diz o artigo de Marx: “Tal é o raciocínio do proprietário *prático*: essa disposição é boa na medida em que eu tiro proveito dela: *o bem é meu interesse*.”¹⁶

Outra observação característica: as disposições sobre a madeira são estendidas à cata das frutas silvestres, como os mirtilos, praticada “desde tempos imemoriais”. É que essas frutas tornaram-se *objeto de comércio*: eram enviadas para a Holanda, em tonéis, *por dinheiro*. O bem natural tornou-se *mercadoria*. Se se pode monopolizá-lo, é preciso justificar esse monopólio legalmente: “A natureza do objeto”, descobre Marx, “reclama o monopólio, porque o interesse da propriedade privada acaba de inventá-lo”.¹⁷

Mais tarde, ele teria dito: a transformação do valor de uso em valor de troca exige uma concepção absoluta da propriedade do objeto. O *princípio novo do modo de produção* exige uma nova *visão jurídica* das coisas.

Nesse momento, Marx começa somente a se perguntar se as “legislações esclarecidas”, cujo advento ele desejou, diferem tanto quanto ele havia imaginado das sociedades de privilégios.

3º. Ele então transporta sua reflexão para essas sociedades de privilégios, jurídicos ou costumeiros, que primeiramente achara que prolongavam somente as sociedades primitivas ainda “animais”, as “feudalidades ingênuas” de castas estanques e que acabavam

de dar lugar a uma racionalidade formulável em leis. De um lado, ele percebe que a sociedade feudal *tinha sua própria lógica*; de outro lado, que as legislações “esclarecidas” mantiveram muitos dos antigos privilégios, enquanto foram impiedosas na supressão dos direitos costumeiros dos pobres: “Essas classes [privilegiadas] encontraram na lei não somente o reconhecimento de seus direitos racionais, mas frequentemente até o reconhecimento de suas pretensões irracionais”.¹⁸

O direito moderno, ao contrário, considerando “acidentais” as concessões do costume às massas destituídas de qualquer bem, suprimiu essas concessões em nome de uma organização superior, mais “racional”:

Tomemos um exemplo: os conventos. Suprimiram-se os conventos, secularizaram-se seus bens, e houve razão em fazê-lo. Mas o socorro eventual que os pobres encontravam nos conventos foi totalmente negligenciado; descuidou-se de substituí-los por uma outra fonte positiva de renda. Transformando a propriedade monástica em propriedade privada, e concedendo talvez uma indenização aos conventos, não se indenizaram os pobres que viviam dos conventos. Muito pelo contrário, não somente restringiram ainda mais seus meios de vida, como também os despojaram de um *direito* antigo.¹⁹

Marx não renunciou – jamais o fará, aliás, em nome da crescente racionalidade da história – a considerar a propriedade moderna como mais “racional” que a propriedade medieval; mas insiste em sublinhar que todos os pontos *esquecidos* na ordenação da sociedade pelas legislações ditas “esclarecidas” são “esquecidos” unicamente à custa da classe pobre:

O caráter exclusivo dessas legislações era necessário. Com efeito, os direitos costumeiros dos pobres tinham por base essa idéia comum de que uma certa propriedade era de natureza imprecisa; não se sabia claramente se uma propriedade era privada ou pública; era uma mistura de direito público e direito privado, tal como encontramos em todas as instituições da Idade Média...

A razão suprimiu, portanto, as formas incertas e bastardas da propriedade, empregando as categorias do direito privado abstrato cujo esquema se encontrava no direito romano. E a razão legisladora acreditava-se tanto mais no direito de suprimir as obrigações que incumbiam a essa propriedade vacilante para com a classe pobre quanto suprimia também, dessa propriedade, os privilégios políticos. Mas ela esquecia um ponto: mesmo do ponto de vista do direito estritamente privado, havia um *duplo* direito privado, um direito privado do proprietário e um *direito privado do não-proprietário*, sem mesmo levar em conta o fato de que nenhuma legislação suprimiu os privilégios políticos da propriedade, mas somente os despojou de seu caráter aventureiro para lhes dar um caráter burguês.²⁰

E é aqui que o jovem Marx cede um instante, simultaneamente, à tentação do *utopismo* e do *passadismo*, no seu desejo de conciliar sua simpatia pela classe despossuída e sua esperança num direito que seria *universal*; ele queria *universalizar* o direito costumeiro dos pobres:

Nós reclamamos para os pobres o *direito costumeiro*, não um direito costumeiro local, mas um direito costumeiro universal, que seria o dos pobres de todos os países. Vamos ainda mais longe: sustentamos que, por sua natureza, o direito costumeiro *só* pode ser aquele da classe mais baixa, dessa classe elementar que não possui nada...²¹

Historicamente, poder-se-ia sustentar que, na sociedade antiga, era a classe pobre que “impunha a ordem”?

A pobreza encontra seu direito na sua própria *atividade*. Pela cata de lenha, a classe elementar da sociedade humana, diante dos produtos da natureza elementar, toma a atitude de alguém que põe ordem...²²

Há, nesses costumes da classe pobre, um senso instintivo do direito; sua raiz é ao mesmo tempo positiva e legítima...²³

“*Tenemos derecho los pobres*” gritavam os amotinados de abril de 1766, em Saragoza.²⁴ E sabemos que, até os anos 1830-1840, uma concepção jurídico-moral implícita animava os rebeldes alemães, ingleses.²⁵

Contudo, a adesão de Marx ao juridismo instintivo da classe pobre é acompanhada de uma *crítica política* e de uma *constatação empírica* quanto ao sentido profundo da instalação de uma nova sociedade, pois:

A forma do *direito costumeiro* é tanto *mais conforme à natureza quanto a existência da classe pobre* não foi até aqui senão um simples costume da sociedade civil, uma vez que esta ainda não encontrou o lugar que cabe à classe pobre na esfera da organização consciente do Estado. Os debates atuais nos mostram, entretanto, como se trata esses direitos costumeiros; eles nos dão um exemplo em que o método e o espírito do procedimento se acham levados até a sua lógica extrema.²⁶

4º. Esse jogo entre a *tentação utópica e filosófica* e a *análise concreta do sentido profundo das situações* caracteriza o conjunto dos artigos sobre os roubos de lenha.

De um lado, a crítica de uma definição arbitrária dos crimes e delitos desemboca em uma evocação de Proudhon, cujo livro *Que é a propriedade?* data de três anos:

Negando a diferença entre espécies essencialmente diferentes do mesmo crime, vós negais o próprio crime em sua distinção do direito...

E mesmo essa opinião, que de atos diferentes retém apenas um ponto comum, e faz abstração de tudo o que os diferencia, não se destrói raciocinando dessa maneira? Se toda violação da propriedade sem distinção nem determinação mais precisa chama-se roubo, toda propriedade privada não seria roubo? Será que, por minha propriedade pessoal, eu não excluo um terceiro dessa propriedade?²⁷

Entretanto, dessa ilusão proudhoniana, Marx tira ainda lições de certa forma conservadoras, talvez destinadas a acalmar seus leitores. De um lado, excluir da comunidade do Estado um cidadão honesto qualificando-o criminoso, não é cortar, à custa do próprio Estado, fibras necessárias a sua vida?

De outro lado, é preciso considerar os perigos de uma situação em que “o povo vê a punição mas não vê o crime; e, pelo próprio fato de ver a punição mas não ver o crime, deixará de ver crime lá onde há punição”.²⁸

A falta de lógica cria a recusa das leis, e, talvez, um dia, as situações revolucionárias. A menos que...

A menos que as mentalidades coletivas sejam, de fato, mais complexas do que as relações e as sanções jurídicas parecem sugerir. Marx descobre também, no fio de sua reflexão precoce, duas noções que ultrapassam largamente o direito no sentido clássico do termo, noções que mais de um comentador recente certamente supervalorizou, mas que encontra sob mais de um aspecto a antropologia, como fundamento psicossocial dos direitos primitivos.

Trata-se, primeiramente, da *reificação*. A Dieta discute longamente sobre a distinção entre madeira verde e madeira morta, mas não hesita em suprimir *o homem*, tal qual a madeira morta, da madeira verde da moralidade coletiva. Uma vez que desconhece as necessidades vitais da família camponesa, ela parece temer, acima de tudo, ver os camponeses atacarem as árvores, na esperança de aumentar as provisões futuras de lenha. Daí a proibição de utilizá-la: “Impossível, escreve Marx, subordinar de forma mais simples e equânime o direito dos homens e o direito das árvores novas”.²⁹

E é assim que o bem *valorizado*, que o objeto tornado mercadoria adquire valor de *fetichismo*. O artigo termina lembrando que os indígenas de Cuba, diante das atitudes dos espanhóis ante seu ouro, acreditaram que se tratava para eles de um *fetichismo*. Admitidos no debate da Dieta, eles teriam acreditado que os renanos tinham a lenha como *fetichismo*.³⁰ Assim, por trás das verdades econômicas profundas, por trás das atitudes jurídicas que os consagram, podem ter lugar fatos coletivos mais inconscientes, que as classes dirigentes têm, aliás, interesse em perpetuar. Assim como o historiador em geral, o historiador do direito tem o dever de não ignorar isso.

Penso, entretanto, que essa abordagem ainda hesitante das noções de *fetichismo* e *reificação* foi mais frequentemente observada, nos poucos comentários concernentes aos artigos sobre a lenha, por causa de seu brilho literário e sua aparência filosófica.

Mais importantes parecem-me (e, por vezes, tão brilhantemente expressas) as análises mais concretas, mais realistas, do fenômeno observado: para fazer aplicar a lei sobre o roubo de lenha, todo poder é dado ao guarda da floresta, público ou *privado*; é ele que *qualifica o delito*, é ele que *fixa a multa*; assim,

A lógica que transforma o empregado do proprietário em autoridade do Estado transforma as autoridades do Estado em empregados do proprietário... Todos os órgãos do Estado tornam-se olhos, ouvidos, braços, pernas, com que o interesse do proprietário ouve, espiona, avalia, protege, pega e corre...³¹

Propôs-se mesmo que as penas fossem executadas sob a forma de corvéia, deduzidas das corvéias comunais devidas pelos proprietários; isso rebaixa, de um lado, os prefeitos e as próprias comunidades ao grau de policiais; de outro lado, “Graças às leis sobre o roubo, a mais-valia florestal, essa miragem econômica, torna-se uma realidade... O delito, para a propriedade, transformou-se em renda”³²

Assim, o circuito é fechado pelo retorno ao *dinheiro*, caráter essencial do capitalismo. A *totalidade* das relações entre o homem despojado de bens, o proprietário, e, por fim, o Estado foi examinada a propósito de um direito recente, de uma legislação em via de elaboração. Quase tudo foi dito, senão tudo, sobre um *processo de transição*, e o foi a *propósito do direito*. Trata-se da transição *de um modo de produção para outro modo de produção*, da morte da sociedade feudal, e a cristalização no direito dos princípios fundamentais do capitalismo.³³

Talvez eu pudesse interromper por aqui minha exposição, já que acabamos de ver, na origem de um pensamento fundamental para uma teoria da história, o lugar ocupado pela reflexão sobre a história do direito.

Contudo, nos instantes que me restam, gostaria de examinar o espaço que poderia ter a história do direito em uma história dos historiadores, aquela que eu sonho em praticar e fazer praticar, e da qual há pouco tempo eu dizia que desejaria ao mesmo tempo *coerente*, *dinâmica* e *total*. A fim de simplificar, pensei, para tanto, em retomar um esquema do qual me utilizei outrora para examinar as relações entre a economia e a história. Trata-se de considerar, diante de cada fenômeno oferecido à análise histórica, primeiro, o fenômeno como *signo* – é a análise da *estrutura*, a análise *na sincronia* –, depois, o fenômeno como consequência, como *produto* das próprias modificações da sociedade estudada, enfim, o fenômeno como *fator*, como *causa*, pois não há fenômeno histórico que, por sua vez, não se torne causa. Tentaremos, pois, examinar o direito como *signo* de uma sociedade, o direito como *produto* da história, enfim, o direito como *causa*, seja porque tende a organizar, a estruturar inovações, seja porque tende a congelar, a cristalizar relações sociais existentes e, por vezes, permanências.

Na sincronia: o direito como signo

O historiador que observa o *funcionamento* de uma sociedade em um momento relativamente estável de sua evolução, vê no direito o *revelador* das regras desse funcionamento.

É, portanto, necessário ele conhecer solidamente, dirigindo-se aos juristas: 1º. os *princípios* do direito escrito e de todo direito *institucional*; 2º. os costumes que têm alcance social *efetivamente vivos*; 3º. uma medida da aplicação *real* das regras assim destacadas, 4º. uma medida da *aceitação sociopsicológica*, única capaz de assegurar uma eficácia quotidiana dessas regras.

Observemos, de início, que toda formação econômico-social, sendo uma combinação de vários modos de produção teoricamente analisáveis, e embora um dentre eles tenha sempre um papel dominante e determinante, temos toda chance de encontrar, em todo tratamento concreto, aplicado, da análise histórica, uma *combinação de sistemas jurídicos* mais que sistemas jurídicos puros.

Sobrevivências de antigos hábitos, alterações no seio de um direito existente, recusas latentes ou marginais, ou ainda recusas ameaçadoras e invasoras: todos sinais “clínicos” da saúde de um sistema.

Pode-se dizer que a simples observação desses sintomas jurídicos, positivos ou negativos, bastaria para *descrever* e *explicar* uma sociedade submetida a estudo? A importância inegável do fato jurídico em um conjunto social induziu e freqüentemente ainda induz a essa ilusão. É o “*institucionalismo*”. Ora, o *princípio de funcionamento* de uma sociedade não é o direito, mas o fato – eu entendo por isso não o “fato” banalmente oposto ao “direito”, mas o *fato socioeconômico fundamental*, que o direito consagra e organiza. Que seja preciso, assim, procurar o princípio de um sistema *na economia*, no cerne da produção, e, portanto, fora do direito, é uma tese plausível. Entretanto, se o direito é a *cristalização* do princípio de funcionamento das relações materiais, e se ele é a *condição* desse mesmo funcionamento, como não teria algo a dizer (ou pouco a dizer) sobre as relações sociais de toda espécie, materiais e morais?

Ora, aqui, os economistas – quer sejam liberais tentados pelos mecanismos de economia “pura” ou marxistas incapazes de distinguir entre materialismo *econômico* e materialismo *histórico* – tendem a isolar o *modelo econômico* – produção e distribuição de todo produto social – das regras jurídicas que o sustentam e que tornam possível esse modelo.

Mas o modelo econômico é apenas o coração de uma *estrutura global*. Suprimam a propriedade privada dos meios de produção, e a liberdade de empresa e mercado, cuja combinação supõe toda uma adaptação do aparelho jurídico, e não terão mais sociedade capitalista. Esta não se define *somente* pela formação, em seu seio, de um *excedente*. Ela se define *também* (talvez *sobretudo*) *por sua apropriação*.

Natureza e limites da propriedade, natureza e limites da liberdade: tais são os grandes fatos jurídicos que definem uma estrutura global. Se a qualificamos como “modo de

produção” é somente para reconhecer que o homem não vive sem produzir e que não haveria história se as capacidades de produção do homem não mudassem. Mas a *maneira* de *produzir*, de *repartir* e de *consumir* supõe um aparelho jurídico (e um aparelho moral, ideológico) que, ao menos a muito longo prazo, possa assegurar *suas regras*. Alguns exemplos mostrarão o sentido histórico dessas constatações.

1. Tomemos o exemplo da escravidão: trata-se de uma propriedade não limitada sobre a pessoa do trabalhador e sobre sua descendência

Não é difícil formular, teoricamente, o *modelo econômico* de tais relações sociais de produção. O escravo fornece seu trabalho em troca de uma substância capaz de assegurar a manutenção de sua própria força de trabalho e sua reprodução de geração a geração (no nível global). O excedente do valor produzido vai, evidentemente, para o senhor. Observemos logo que, se o escravo começasse a produzir tarde e vivesse em média além do esgotamento de sua força de trabalho, o sistema se tornaria pouco vantajoso ao senhor, enquanto que, no regime assalariado, o trabalhador é pago apenas pelo tempo estrito em que produz. Daí a hipótese, freqüentemente formulada, hoje discutida, mas não, sem dúvida, infirmada em todos os casos históricos, de um desaparecimento da escravidão ligado ao decréscimo e, finalmente, à insuficiência da rentabilidade do sistema diante das vantagens do assalariado.

Mas, se os historiadores, em combinação com os economistas, lançam a análise de “casos” diversos, eles devem reconhecer, ao mesmo tempo, que o modelo econômico não é tudo, já que não é necessariamente único e que o princípio da propriedade (aqui, da propriedade sobre o homem) também não é tudo, já que, justamente, pode dar lugar a vários modelos econômicos. Tudo depende da combinação do sistema com outros conjuntos jurídico-políticos não fundados sobre as mesmas relações sociais de produção.

a) A New Economic History provou que, às vésperas da guerra de Secessão, a escravidão nos Estados Unidos era “rentável”. Mas o que significa a palavra e sobre quais bases a prova se fundamenta?³⁴

O cálculo econômico possível aqui se complica – e sob sua forma neoclássica, pode até ser questionado – pelo fato de que o homem (o escravo) é ao mesmo tempo *capital*, *força de trabalho* e *produto*. Ele é, como o boi e o cavalo, *cheptel*; essa palavra é, em francês, a versão popular da palavra erudita “capital”. Mas ele é também *produto*, pode ser *estoque* e, finalmente, torna-se *mercadoria*, já que, como os cordeiros e bezerras, vendem-se as crias de escravo. Essa complexidade torna discutíveis todos os conceitos implicados na análise pela New Economic History. Mesmo as cifras que ela utiliza suscitam ao menos dúvidas.³⁵ Mas pouco importa: cria-se um modelo que permite acreditar

que, graças aos dois aspectos produtivos da escravidão – força de trabalho e auto-reprodução –, a agricultura sulista podia, em certos setores, às vésperas da guerra de Secessão, continuar sendo um “bom negócio” e até uma garantia de crescimento para o produto econômico global. Constatação que, certamente, não explica todos os aspectos da guerra, nem mesmo suas origens, mas que pode *explicar*, num sentido, a secessão (atenção, aqui ainda, aos tênues limites entre “explicar” e “justificar”!).

b) Mas, em Cuba, no século XIX, nos grandes momentos da economia açucareira, o modelo da economia escravista é muito diferente.³⁶ A importação maciça de escravos, seu baixo preço relativo e o enorme excedente produzido pela comercialização do açúcar permitem uma amortização tão rápida das compras de escravos que o sistema só é rentável sob a condição de que a liquidação física do escravo – por morte natural – ocorra apenas após cinco ou seis anos de sua aquisição, condição medianamente realizada. Dessa forma, não há preocupação com a reprodução familiar. E, de fato, constata-se que a família escrava, nesse período, não existe em Cuba. Ainda que haja necessidade de determinar o modelo econômico e, ainda, que a existência das crises (e, portanto, de um subemprego periódico) convide a um exame mais conjuntural, permanece o fato de que o modelo cubano não é o mesmo que a New Economic History aplicou aos Estados Unidos.

c) Ora, encontraríamos, na Antiguidade, outros “modelos” econômicos de escravidão, desde os escravos de grande luxo ou de grande talento que realizavam certas tarefas do nosso “terciário” (inclusive a prostituição e a gestão de uma empresa) até os escravos simplesmente formados por seus senhores para uma qualificação técnica, profissional, e em seguida *alugados*, a altos preços, graças a essa formação: sistema celebrado por Plínio e que Antoine de Montchrestien, no seu *Traicté* de 1615 – primeira obra, não esqueçamos, com o título de *Economia política* –, retomou para qualificar o homem como “instrumento vivo”.³⁷

Assim, a *essência* do sistema continua sendo a extração do excedente econômico. Mas o *meio* e o *signo* são seu fato jurídico (sancionado pelos meios de coerção) da propriedade *sobre o homem e sobre seus filhos*, e não somente sobre sua força de trabalho.

Não esqueçamos o cortejo de fenômenos confusamente percebidos por Marx a propósito do roubo de lenha e que acompanham sempre as construções coerentes em torno de um sistema de relações: tendência à reificação do homem (na escravidão dos tempos modernos, o homem é vendido em *peças*, e a “*pieza de Indias*” é calculada em *comprimento*); esforço de justificação ideológica: ela percorre todas as épocas de escravidão, desde a justificativa *racional* pela necessidade, eficácia, pelas garantias que pode dar ao escravo seu próprio valor-dinheiro,³⁸ até a justificativa *sentimental* do paternalismo sulista dos Estados Unidos ou a justificativa mítica, no mundo ibérico católico, pela “pre-

destinação”, como mostram os textos recentemente comentados por Sylvia Vilar sobre os “*predestinados de Guinéa*”.³⁹

2. Vejamos um segundo exemplo: o direito colonial mineiro, observado em Potosi⁴⁰

O *modo de propriedade sobre o homem e sobre seu produto* não é mais a escravidão. É uma combinação de direitos parciais: 1. sobre o homem; 2. sobre o bem natural (o minério tal como se apresenta na montanha); 3. sobre o bem produzido (minério extraído).

Duplo pertencimento do bem natural: o rei, os concessionários. Duplo pertencimento do produto: o concessionário e, na sua origem, o índio trabalhador. Essa apropriação de uma parte do produto pelo trabalhador é um passo para o assalariado e, também, para o capitalismo, pois a parcela do produto assim concedida é *colocada no mercado*; vende-se, nas praças de Potosí, *plata por plata*, a preços concorrenciais.

Mas esse direito *misto, bastardo*, ameaçaria rapidamente o sistema colonial como monopólio. Com Francisco de Toledo combinam-se, então, o trabalho livre, o trabalho forçado inspirado no sistema comunitário inca e, marginalmente, a própria escravidão. E, de outro lado, há a recusa progressiva, por parte da classe dirigente colonial, de permitir o livre funcionamento do mercado da prata e de pagar o trabalhador sob a forma de uma parte do produto negociável, comercializável.

Imagina-se o trabalho do historiador *ainda por fazer* para calcular e datar cada uma das combinações sucessivamente realizadas em vários modelos econômicos, eles mesmos dependendo de *modificações jurídicas* impostas ou obtidas pelas partes presentes, seguindo suas relações de força a cada momento.

A questão fundamental permanece: Quem trabalha? Em proveito de quem? Onde estão os produtores de valores? Onde os acumuladores de excedente?

Mas o *direito* tem seu lugar evidente no mecanismo. Ele *condiciona* seu funcionamento. Ele é o *signo de seus princípios*, onde se misturam: 1º. *concessões* no sentido feudal; 2º. *obrigações comunitárias* no sentido incaico; 3º. *pressões econômicas* nas quais intervém o *mercado*; 4º. *decisões políticas* nas quais se manifesta o caráter *colonial* dessa sociedade. Tudo isso constitui características *internas* da *estrutura* do Peru colonial. Se, ocasionalmente, o direito é *ditado a partir do exterior* – pensemos nas “*leyes de Indias*” –, a vontade do Estado espanhol longínquo “*se obedece y no se cumple*”.

O *grau de eficácia* da estrutura confrontada a seus próprios fins – aqui a produção de prata para a Espanha, realizada pelo funcionamento de algumas relações sociais de produção na exploração do Potosi – depende, evidentemente, do *grau de coerência* entre o modelo econômico, o sistema de direito realmente aplicado e a consciência de si mesmas que apresentam as diversas classes: no caso de Potosi, conhecemos os argumentos

dos beneficiários do sistema que têm a consciência limpa e a quem não faltam teólogos para tranquilizá-la; mas sabemos também que críticas violentas, em nome da consciência cristã ou do escrúpulo jurídico de alguns europeus, tentaram contradizer ou limitar as condições de exploração do trabalho; não ignoramos, enfim, as resistências mais ou menos passivas, as fugas, as ameaças de revolta dos índios que o cronista Capoché acusa, entretanto, de não ter o sentido “político” da solidariedade...

Sente-se que somente uma *história total* pode cobrir as exigências de nossa curiosidade sociológica quanto ao sistema. Quem pode duvidar da necessidade de incluir o estudo do *aparelho jurídico* aí implicado e de suas modificações? Quem pode duvidar de que, em contrapartida, uma “história do direito” concernente somente a esse aparelho jurídico não compreenderia nem as causas nem as conseqüências de sua própria evolução? Pois é fora do direito que aparecem as forças que exigem as mudanças no direito. E não há estudo na “sincronia”, não há pesquisa de “estrutura” que possa se isolar de um passado e de um devir.

3. Algumas palavras sobre o “regime feudal”

Dentre os “modos de produção” – significando essa expressão uma totalidade histórica com estrutura determinada e determinante –, sem dúvida, eu poderia e até deveria ter escolhido exemplos clássicos e puros, em lugar de combinações complexas correspondendo a “casos” históricos particulares. E, sem dúvida, como modo de produção em que nem a propriedade, nem a liberdade do agente humano são absolutas, eu poderia e deveria analisar o “feudalismo”. Mas como ousar tratar do “feudalismo” clássico na presença de Witold Kula, seu teórico econômico mais eminente, e de tantos medievalistas, juristas ou historiadores, todos mais competentes que eu? Além disso, as reflexões sobre a transformação da cata de lenha em “roubo”, na Renânia dos anos 1840, já nos disseram muito sobre o caráter “bastardo” da propriedade feudal e sobre a necessidade de transformá-la em caráter absoluto para chegar ao modo de produção capitalista.

Mas não é inútil, para nosso objetivo, dizer aqui uma palavra sobre a famosa querela: é preciso reservar a qualificação “feudalismo” ao fato *politico-jurídico* da alta época à qual os historiadores (e, entre eles, justamente, aqueles que sofreram em demasia a influência da escola histórico-jurídica alemã) geralmente reservaram esse nome? Temos o direito de empregar a palavra como o fizeram, com evidentes objetivos de crítica ideológica, os homens das “Luzes”, o século XVIII francês? Ou podemos, enfim, à maneira marxista, considerar “feudal” o conjunto econômico-jurídico-político – o “modo de produção” – que esteve em vigor em grande número de países antes do capitalismo?

Certamente, para essas sociedades, como para qualquer sociedade, o *problema de fundo* é: como *se forma* e como *se apropria* a parte do produto social global que não vai para remuneração direta da força de trabalho? Em suma, como esse produto global se distribui entre as classes? E, portanto, como funciona na base a “empresa feudal”, quer seja expedição, cruzada, arroteamento monástico ou complexo domínio senhorial?

Mas como a veríamos funcionar realmente se não definíssemos, em cada fase da formação, do equilíbrio, depois da destruição do feudalismo, o *direito* – ou melhor, *os direitos*: 1º. do senhor; 2º. da Igreja; 3º. do rei (se ele existir); 4º. do camponês? E, por “camponês” é preciso compreender *até o servo*, ao menos em certos casos. Pois, como nos lembrava Marx, a propósito das “sociedades de privilégios”, nas sociedades capitalistas a classe mais baixa também tem direitos. Pensemos que, para o servo, o direito *de ficar na sua tenure* limita singularmente o direito sobre a terra do senhor.

Em todo esse conjunto, o *direito* – e pouco importa que seja “costumeiro” – parece-nos bem essencial, principalmente *como signo*. Pois ele estrutura certas relações sociais em que entra, certamente, um direito de propriedade – e de propriedade *ao mesmo tempo sobre a terra e sobre as pessoas* –, mas em que, diferentemente do capitalismo, quando se trata da terra, e da escravidão, quando se trata de pessoas, esse direito de propriedade *não é um direito absoluto*. É *entre os limites do direito de propriedade* e sobre a terra, e sobre as pessoas, que convém colocar todos os problemas dos tempos feudais.

Assim, os temas deste colóquio – lugar da história do direito numa história total das sociedades – entram em cheio nas discussões hoje em curso – quer sejam implícitas ou explícitas – entre marxistas que – como Witold Kula – são tentados pela formulação de modelos econômicos no quadro feudal⁴¹ e historiadores economistas marcados pela New Economic History, que, depois de se terem proposto a aplicar aos tempos feudais modelos emprestados aos mecanismos capitalistas, percebem hoje a necessidade de levar em conta fatos institucionais, estruturas que modificam o sentido das palavras “liberdade”, “propriedade”, “mercado”, “empresa”. Arcadius Kahane, em recente nota sobre a servidão, pergunta-se se a perda (progressiva ou brusca) dos direitos do homem sobre o homem não é o que inspira, nas classes dominantes, o desejo de tornar mais absolutos os direitos sobre a terra. É como encontrar, em 1973, a problemática que Marx descobria... em 1842!⁴² Portanto, não é proibido esperar que as fórmulas ditas “novas” – e todas *parciais* – da historiografia (economia, politologia, psicologia, etc.) em breve encontrem as formas antigas (como a velha “história do direito”) no seio de uma história total cujo conceito central seria o de *modo de produção*.⁴³

Entretanto, isso suporia um improvável abandono de muitos preconceitos ideológicos, não somente por causa das origens desse conceito, mas porque constituir a histó-

ria total é assumir integralmente a crítica de todas as ordens sociais, antigas, existentes, nascentes. É, para dizer a verdade, jogar a dúvida sistemática sobre a justificação pela existência, aquela que Marx reprovava em Gustav Hugo.

4. Direito e modos de produção capitalista e socialista

Não nos esqueçamos, de fato, que o isolamento sistemático do econômico, no método dos modelos, atinge geralmente, pela simples constatação de eficácia, uma apologetica.⁴⁴

Referindo-se implicitamente às suas origens liberais, o argumento econômico “puro” freqüentemente esquece os fundamentos jurídicos da sociedade civil capitalista – *propriedade absoluta e liberdade de empreender*. Ora, esses fundamentos só valem se garantidos pela autoridade do Estado. Sabemos hoje que o caráter jurídico dos adiantamentos senhoriais ou da exploração dos escravos não congelava de modo algum as proporções relativas na repartição do produto no seio das antigas sociedades. Inversamente, a repartição dos lucros, que parece, no regime capitalista, de origem essencialmente econômica e conjuntural, depende também das lutas de classe e das intervenções do Estado. Portanto, direito fiscal e direito social entrarão, necessariamente, em toda “análise de caso” no seio do capitalismo.

Entretanto, aqueles a quem interessa a história ideológica (e ela é interessante!), perceberão rapidamente as modificações sucessivas dos *aparelhos justificativos*: tal manual de economia política conservará o núcleo explicativo do liberalismo absoluto;⁴⁵ tal tratado institucional ou psicológico insistirá, ao contrário (supervalorizando-as), nas conquistas jurídicas e nas intervenções do Estado em favor das classes pobres, sem insistir nos mecanismos permanentes de exploração do trabalho.

Sem falar – e seria preciso falar disso – da ampla gama de *aparelhos repressivos* que cobrem politicamente formas diversas de um modo de produção único. Ora, um aparelho repressivo nunca é totalmente descolado das regras de direito que se costumam respeitar, seja porque escolhe transgredir sem proclamá-lo, seja porque decide suspender, como se diz, as “garantias constitucionais”. Direito público e direito privado, história jurídica e história política são constantemente mescladas: e a própria economia depende disso.

Ainda aqui, as últimas discussões entre economistas-historiadores da escola americana se juntam – mas sem entabular um verdadeiro diálogo – às preocupações nascidas entre os marxistas em torno do conceito de *propriedade*. A própria *legitimidade* do cálculo econômico (ou, ao menos, de um ou outro cálculo) depende, como muito bem demonstrou Charles Bettelheim, do grau de significação que assumiram os termos “propriedade”, “detenção”, “posse” dos meios de produção em diversos níveis nos sistemas socialistas em via de elaboração.⁴⁶ E, logicamente, de todo o conjunto institucional, jurídico, poli-

tico capaz de definir, na prática e na teoria, eficazmente ou não, o alcance social dessas palavras.

O direito, *signo* e *testemunho* no estudo de um sistema, *faz parte* do modelo que o historiador deveria construir.

Na diacronia: o direito como produto da história

Evocando há pouco a “suspensão das garantias constitucionais”, evocávamos o caso mais claro: aquele em que o direito público deriva de decisões políticas que formulam seus princípios e delimitam suas aplicações. Mas isso é verdade até nos países onde as constituições não são escritas. E verdadeiro (ainda que menos aparente) para numerosos domínios do direito privado. Todo direito nasce de um feixe de causas que emerge do trabalho do historiador, quer este possa fixar “o dia” desse “nascimento” ou deva observar sua elaboração em vários séculos.

Disso – e bem antes da “Escola histórica” – os homens sempre tiveram uma vaga consciência. Contudo, muitas vezes, aconteceu que os maiores espíritos tenham preferido a robinsonada ao sentido da história e o mito original à observação do cotidiano. Quando Rousseau escreveu “O primeiro que, tendo cercado um terreno, e se atreveu a dizer: isto é meu, este foi o fundador da sociedade civil”, ele não viu (a menos que tenha bancado o ingênuo) que o que descrevia era a realidade criadora de *seu século*, o triunfo dos cercamentos ingleses, o ataque generalizado contra os bens comunais, em suma, o surgimento do “individualismo agrário”, e, portanto, da sociedade civil capitalista, e não da sociedade civil pura e simples.⁴⁷ Acontece até de os historiadores – mesmo os maiores – se recusarem a *abrir os olhos* diante de certas realidades ou de mudanças na realidade, quando elas fazem parte do cotidiano. Marc Bloch registrou como Fustel de Coulanges, em carta a Maitland, negava a existência da *vaine-pâturage*⁴⁸ na França no momento mesmo em que o Parlamento discutia sua abolição!

É que o direito não está somente nos textos e não se cria de uma vez, por vontade ou por imaginação dos homens, mas pelos impulsos espontâneos da necessidade coletiva, sentida diferentemente conforme o estado das técnicas de toda espécie: materiais, econômicas, intelectuais. Uma mudança de modo de produção implica uma mudança no modo de pensar.

Evidentemente, a Revolução Francesa permanece um fenômeno histórico típico, em que a modificação jurídico-política, simbolizada, ao menos, tanto pelo código de Napoleão quanto pela noite do 4 de agosto ou pela Declaração dos direitos, às vezes antecipa – como fará por sua vez a Revolução Russa – o grau de evolução das forças econômicas e o grau de evolução das mentalidades. Em toda revolução, porque o jogo é dominado pela

elite de uma classe ascendente, mas ainda minoritária, existe uma parcela de voluntarismo que *por um tempo avança o direito adiante do fato*.

Não isolemos, entretanto, a Revolução Francesa. Ela é, evidentemente, atrasada, quanto às transformações sociais, em relação à Revolução inglesa, na qual, em contrapartida, por causa de sua precocidade *de base* (economia e sociedade), a forma política retarda; aliás, ainda retarda. Mas a Espanha dos anos 1760, apesar de seus atrasos profundos, que se prolongarão por muito tempo, está dez anos à frente da França na elaboração das leis liberais sobre a circulação de grãos; Campomanes precede Turgot; e o resgate da propriedade eclesiástica é anunciado, requisitado por ele, muito tempo antes da venda dos “bens nacionais” na França.⁴⁹ Que situações – e de qualquer forma problemas – de mesma natureza jurídica tenham sido assim criadas simultaneamente em países de estruturas desigualmente evoluídas, não se explica, portanto, por “imitações” ou “influências”, mas por tomadas de consciência diante de realidades similares, sobrevivendo em datas diversas, circunstanciais, e das quais a seqüência dos acontecimentos demonstra a eficácia.

Desculpo-me junto aos medievalistas por tomar aqui um outro exemplo pertencente à Idade Média, sobre questões que por muito tempo me pareceram obscuras, que eu tinha estudado sobretudo em Marc Bloch, que ainda estão em discussão e provavelmente não estão resolvidas. Quero falar da servidão.

Não tenho nenhuma competência sobre o problema da servidão em geral, mas, confrontando-me com um problema localizado e concreto, em que tive a sorte de ser esclarecido por dois grandes historiadores – Ramon d’Abadal e Jaume Vicens Vives –, compreendi como *uma* servidão, entendamos servidão de *um certo tipo*, pode não ter resultado, como acreditava Inojosa, de uma longa história jurídica remontando aos romanos, mas sair de uma história material e relativamente breve, a de uma luta entre senhores e camponeses em torno da terra e da mão-de-obra, no tempo em que o *front* catalão da Reconquista, progredindo, impelia a uma emigração incessante. Contra essa emigração, em todo o Leste catalão, os senhores tiveram que tentar agregar a força de trabalho à terra; e eles o fizeram pela violência, com o “direito” de “maltratar” com a utilização de “maus modos”, cujo nome diz bastante do caráter duvidoso, mas que tomaram, num certo território, cada vez mais aspectos de obrigação e de “direitos”. Os camponeses submetidos ao resgate em dinheiro, se quisessem deixar a terra – os “homens de *remensa*” – tornavam-se então a classe discriminada, quase de casta, pois em pleno século XIV a Igreja decidiu fechar-se diante deles. Assim, pode-se *criar* um tipo de relações sociais e uma espécie de “direito”, pela ação de homens que tentam fazer crer (e eles mesmos acabam por acreditar) na natureza eterna ou ao menos “imemorial” de sua própria criação.⁵⁰

Mas ocorrem *atos maciços*, dos quais, aliás, é difícil dizer se também não são de origem *social* tanto quanto “natural”: são as catástrofes demográficas do século XV. Elas modificam a *relação de forças* entre as classes sociais antagônicas, cujo conflito era até então latente; elas o transformam em conflito aberto. Despovoando uma parte das fazendas catalãs, as pestes colocam de repente os “*remensas*” em posição *econômica* favorável diante de seus senhores. Mas será necessário, para eliminar sua inferioridade *jurídica*, uma *guerra social* de mais de cem anos. O conflito é bastante poderoso para fazer dos “*remensas*” uma *classe organizada*, com a qual o Estado – o rei – deve contar e que ele utilizará. É preciso esperar, entretanto a virada do século XV – nova conjuntura, demografia estabilizada, poderes políticos modificados – para que se crie uma *situação jurídica nova*: a da Sentença de Guadalupe, aliás, confusa e complexa, pois *liberta* o camponês sem suprimir inteiramente os direitos senhoriais e as distinções jurídicas feudais. A história do direito dependeu da história em seu conjunto. Em uma primeira fase de estudos, nós a tínhamos isolado em demasia.

Outra lição a tirar do exemplo dos “*remensas*”: a história *faz* o direito; ela também o *desfaz*.

Se quiséssemos prová-lo com outro exemplo – o da dissolução progressiva das sociedades de escravidão –, quantos elementos seria preciso conjugar! 1º. A *crítica ideológica*, que geralmente vem do *exterior*, a dos “Amigos dos Negros”, a de Antillon; são as mais frequentemente invocadas – elas elogiam o homem; são, infelizmente, as menos eficazes; 2º. a “*crítica das armas*”, que também pode vir do exterior, por razões complexas, que a New Economic History, no exemplo estrondoso da “guerra de Secessão”, não tentou esclarecer até agora;⁵¹ 3º. a *crítica da violência*, senão das armas, vindo eventualmente do *interior*: fuga, recusa de trabalho, revoltas, enfim, mais ou menos organizadas, sobretudo depois do exemplo, finalmente seguido, da revolução haitiana; 4º. não esqueçamos o que German Carrera Damas, numa fórmula feliz, chamou de “dialética da liberdade”: querendo eles próprios se libertarem de uma tutela, a da Espanha, os proprietários de escravos, no mundo ibero-americano, colocaram-se na delicada situação de gente que apela às armas para a liberdade de gente que é escrava! Para isso, Bolívar, em 1810, e Céspedes, em 1868, libertam seus próprios escravos, e não se pode recusar a liberdade aos combatentes “*mambis*” dos exércitos de Maceo.⁵²

É lógico que nem todas as dissoluções progressivas de regras jurídicas derivam apenas dos processos que sublinhamos até agora (desgaste de funcionamento nos modos de produção, revoluções político-sociais). Alguns grandes fatos importantes, na evolução da civilização ou da ciência, tiveram igualmente suas repercussões – lentas ou rápidas – no domínio do direito. Mas, mesmo aí, as conjunturas materiais explicam frequente-

mente (ou *datam*) as inflexões mais sensíveis. Assim, a dura legislação francesa sobre o aborto é diretamente derivada, em 1920, de uma consciência coletiva brutalmente enlouquecida pela situação demográfica revelada em seguida à primeira guerra mundial. As tendências atuais de modificá-la respondem, seguramente, a uma situação demográfica singularmente diferente, que traz a consciência confusa de uma dificuldade em empregar as numerosas classes do “*baby-boom*”. Entretanto, as inovações científicas em matéria de contracepção, sua aceitação generalizada, a recomendação que dela se faz às populações chamadas “subdesenvolvidas”, não podem ser estranhas à brutal transformação mundial, nesse domínio, das legislações e dos costumes. Ainda um belo tema de “história total!”

O direito, *signo* dos modelos de funcionamento das sociedades, é signo também das *etapas de civilização*. Isso faz parte, portanto, da “evolução da humanidade” – termo ao qual não renuncio, de minha parte, na definição das preocupações do historiador. Pode-se acreditar no progresso do Direito se se acreditar no progresso da condição humana, na medida, precisamente, em que o Direito é o *produto da História*.

Na diacronia: o direito como causa

É necessário acrescentar que o direito, produto da História, é também um *fator* dela? Como todo elemento da totalidade histórica, o produto o transforma em causa. Ele é causa pela simples posição na estrutura do todo. Não há elemento passivo no complexo histórico.

O direito – retomemos aqui as lições dos primeiros artigos de Marx, inspirados pelos debates da Dieta Renana – *nomeia* as relações entre os homens diante dos bens e as *infrações* às regras dessas relações. Ele sanciona e assim põe em marcha o *aparelho repressivo* cujas modalidades ele também estabelece.

Mas, *por isso mesmo*, o direito *modela as mentalidades*. Se for verdade que, no início, é difícil a um novo direito fazer os homens formados nos velhos costumes acreditarem que o roubo de lenha é um crime ou mesmo um simples delito, acontece que, ao fim de certo tempo, todo ato sancionado como delito passará por tal. O *conformismo espontâneo* dos homens em sociedade é um fato sociológico considerável. Quantos homens não suportaram a humilhação de passar num tribunal ou uma estada na cadeia!

Forjando mentalidades, um direito reforça sua eficácia, e, com isso, as estruturas que ele consagra. As próprias *formas de aplicação* de um direito revelam em grande parte a *história das mentalidades*. Uma tese recente sobre a cidade de Caen no século XVIII descreveu, segundo textos da época, a última execução pública, por esquartejamento, por crime de direito comum, o próprio acusado acusando-se e cantando nos suplícios, diante de uma imensa multidão cantando com ele. Mas isso marca também o fim de uma visão religiosa do castigo e do crime, pois não se encontra um exemplo desses nos nossos dias.

Quando se apaga o caráter espetacular da sanção, muda a própria noção de crime.⁵³ Quando as execuções se tornam clandestinas, coloca-se em dúvida sua legitimidade.

Eu não acredito, entretanto, que convenha confundir a história do direito e história das mentalidades ou se contentar em justapor essas duas histórias e outras histórias. É a interação entre ambas que se deve procurar captar.

Assim, a combinação entre interesse particular, interesse de classe, visão jurídica de um direito e pano de fundo das crenças religiosas é particularmente interessante na história do dízimo. Na França, em certas regiões, a recusa do dízimo ou a fraude sem complexo contra seu pagamento são regra no século XVIII, bem antes da revolução, que suprimirá sua obrigação jurídica. Mas, em outras regiões, o dízimo será pago conscientemente, apesar de qualquer legislação existente, até muito tarde no século XIX. Assim, a consciência de uma obrigação pode sobreviver a uma modificação jurídica, enquanto que sua negação pode, em outro lugar, antecipar sua supressão.⁵⁴

É porque a noção de *direito* não é apenas uma noção intelectual. A *crença no direito*, que os artigos sobre o roubo da lenha já iluminavam, simboliza-se, se se quiser, na resposta dada ao moleiro de Sans-Souci (e pouco importa sua autenticidade): Há juízes em Berlim! Mas eu achei essa crença particularmente viva nos textos que trabalhei recentemente, a propósito dos “*motines*” espanhóis de 1766. Parece que os organizadores da revolta urbana de Saragoza – não digo seus *instigadores*, pois a revolta é *espontânea* –, sem dúvida, são juristas ou eclesiásticos, que dão uma forma *jurídica* aos desafios que lançam aos administradores públicos, como o intendente, e aos mercadores, considerados açambarcadores, invocando todas as formas do Direito – direito civil, direito privado, direito público, direito canônico – e afirmando que se o “bem público” é contrariado ou simplesmente negligenciado há um *direito à insurreição*. Não à insurreição *política*, como o afirmará a efêmera constituição francesa de 1793, mas à insurreição *social*. Em nome de um “direito dos pobres”, de um “direito à vida”, sobre “*los bienes de los Pobres representados en Cristo*”. As fórmulas finais dos cartazes que empregam essas expressões são pastiches do estilo *legislativo*: “*Nos... mandamos... por su mandado*”, etc. Ora, o povo leva tudo isso a sério; ele grita “*tenemos derecho los pobres*”, “*no queremos la vida que es de Dios, sino lo que es nuestro*”. Esse “instinto jurídico” popular agrega-se aqui ao secular direito *contra a usura*, que sobrevive nas exigências psicológicas no próprio momento em que perde seu vigor na aplicação.⁵⁵ Outros exemplos de moral e de juridismo do mesmo tipo foram recentemente destacados na Alemanha e na Inglaterra.⁵⁶

Com o *aspecto complementar*: se *deixam de acreditar* na natureza criminosa de um ato, porque não o cometeriam? E é a outra face do díptico: o domínio da ilegalidade, do banditismo erigido em modos de vida e tacitamente aceito por certas camadas sociais

como protesto espontâneo contra a opressão social e sobretudo fiscal. Alguns abusos do direito criam um contradireito.

Nesse domínio, desvendado por Eric Hobsbawn, gostaríamos, aliás, de seguir duas pistas contraditórias e complementares. De um lado, as imagens do passado, as nostalgias dos antigos direitos destruídos pela história nas instituições, mas que permanecem vivos na alma dos que haviam deles aproveitado como classe.⁵⁷ Mas existe também uma aspiração espontânea do homem a um direito ideal, que, contrariamente às imagens precedentes, denuncia o passado e projeta no futuro uma esperança que sempre contradisse a história: Anselmo Lorenzo, no seu *Proletariado militante*, põe na boca de Serrano Oteiza esse “puro critério revolucionário”: a força coercitiva do Estado é “*desde sempre inimiga do verdadeiro direito*”.⁵⁸ Nós reencontramos a problemática de Marx em 1842: deve existir um direito em si, um direito racional, universal; mas quem dita o direito positivo? O Estado? Mas quem faz o Estado?

Do “É legal porque eu o quero”, pronunciado pelo rei da França no “trono real”, ao “Que quer o povo?”, das jornadas revolucionárias de Paris, do “interesse geral” invocado pela Declaração dos direitos do Homem, ao interesse supremo, mais limitado, mas dado como absoluto, “da Pátria”, segundo os nacionalismos do século XIX, o Direito ganhou justificativa mais frequentemente *no social* do que na moral pura. E é porque, antes de tudo, ele emerge da História.

Mas lembremos a controvérsia que evocamos contra Hugo e a Escola histórica do Direito. A história, certamente, deve ser estudada para compreender o direito, pois que o direito é parte integrante da história. Suas relações permitem discernir o peso histórico dos interesses, como o papel das ideologias. Mas *compreender* não é nem *condenar* nem *justificar*: compreender é *criticar*.

Notas

* VILAR, P. *Une histoire en construction*. Paris, Gallimard/Le Seuil, 1982, pp. 265-291.

** Pierre Vilar (Frontignan, 1906 – S. Palais, 2003) escreveu notáveis obras, dentre as quais *La Catalogne dans l'Espagne moderne* (3 v., Paris: SEVPEN, 1962); *Une histoire en construction* (Paris: Gallimard: Seuil, 1982); *Hidalgos, amotinados y guerrilleros* (Barcelona: Crítica, 1982); *A Guerra de Espanha* (Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1989); *Pensar Historicamente. Reflexiones y recuerdos* (Barcelona: Crítica, 1997); *História de Espanha* (2.^a Edição, Lisboa: Livros Horizonte, 1992). O Comitê de Iniciativa do “Atelier Pierre Vilar pour une histoire en construction” patrocinou várias comunicações em outubro de 2004, em Nanterre, resultando no livro a ser lançado no Brasil e organizado por Arón Cohen, Rosa Congost e Pablo F. Luna intitulado *Pierre Vilar – uma história total, uma história em construção* (Bauru/SP: Edusc, no prelo).

*** Doutora em História Social pela Universidade de São Paulo. E-mail: Ilka_Stern@uol.com.br

¹ Comunicação no Colóquio internacional de História do Direito, Universidade de Granada, 1973. Von einem Rheinländer. Die Verhandlungen des 6. Rheinischen Landtags. Erster Artikel. Debatten über Pressefreiheit und Publikation der landständischen Verhandlungen “*Rheinische Zeitung*, 125, 5 de maio de 1842. “Das philosophische Manifest der historischen Rechtsschule”, *ibid*, 221, 9 de agosto de 1842 (cf. Marx -Engels, *Werke*, Berlin, 1964, t. I, pp. 28-85). Sobre a *Rheinische Zeitung*, cf. A. Cornu, *Karl Marx e Friedrich Engels , leur vie et leur oeuvre*, Paris , 1958, t. II, pp. 1-15.

² ALTHUSSER, L. *Pour Marx*. Paris, 1965.

³ “Das philosophische Manifest.”, art. cit., p. 78.

⁴ *Ibid.*, p. 84: “Hugos Nachfolger den Beruf haben, die *Gesetzgeber unserer Zeit* zu sein” (palavras sublinhadas por Marx).

⁵ Cf. SAVIGNY , *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Heidelberg, 1814.

⁶ “Das philosophische Manifest” art. cit., p. 79: “*Jede Existenz* gilt ihm für eine *Autorität* , jede *Autorität* gilt ihm für einen Grund” (palavras sublinhadas por Marx).

⁷ *Ibid.*

⁸ *Ibid.*, p. 84: “unhistorische Einbildungen”.

⁹ *Rheinische Zeitung* , 298, 300, 305 e 307, de 25, 27, 30 de outubro e 3 de novembro de 1842, artigos sempre intitulados “Verhandlungen des 6. rheinischen Landtags” e assinados “Von einem Rheinländer”; aqui, “Drittel Artikel, Debatten über das Holzdiebstahlgesetz “[Debates sobre a lei do roubo de lenha] (cf. Marx-Engels, *Werke*, op. cit.,t. I, p. 109-147).

¹⁰ *Ibid.*, p. 117, para a riqueza das fontes germânicas do direito costumeiro dos pobres; p. 147, sobre o abandono do provincianismo renano.

¹¹ *Ibid.*, p. 110. E para isso basta uma simples modificação na *redação* de um artigo!

¹² *Ibid.*, p. 112.

¹³ *Ibid.*, p. 110.

¹⁴ *Ibid.*, p. 126.

¹⁵ *Ibid.*, p. 114: “Der Wert ist das bürgerliche Dasein des Eigentums...”

¹⁶ *Ibid.*: “Diese Gesetzbestimmung ist gut, soweit sie mir nutzt, denn mein Nutzen ist das Gute”.

¹⁷ *Ibid.*, p. 119-120: o parágrafo opõe de maneira chocante o velho vocabulário pejorativo (monopólio) ao vocabulário moderno apologético (propriedade) e os interesses modernos dos “geldfuchsenden HandelsKrämer” aos “urteotonischen Interesse von Grund und Boden”

¹⁸ *Ibid.*, p. 116.

¹⁹ *Ibid.*, p. 117 (grifo nosso).

²⁰ *Ibid.*, p. 118 (grifos de Marx).

²¹ *Ibid.*, p. 115 (grifos de Marx).

²² *Ibid.*, p. 119.

²³ *Ibid.*, p. 119.

²⁴ *Relación individual y verídica del suceso acontecido en la ciudad de Zaragoza el día 6 de abril de 1766... por don Thomas Sebastián y Latre*, Saragossa, 1766, p. 56; cf. VILAR, P. “El motín de Esquilache y las crisis del antiguo régimen”, *Revista de Occidente*, fev. de 1972, p. 229.

²⁵ Cf. THOMPSON, E. P. “The Moral Economy of the English crowd in the Eighteenth Century”, *Past and Present*, fev. 1971, pp. 76-136, e Richard Tilly, *Journal of Social History*, 1970, pp. 1-17.

²⁶ *Rheinische Zeitung*, art. cit., p. 119 (seqüência do texto citado, cf. n. 23; mesma observação para as expressões sublinhadas).

²⁷ *Ibid.*, p. 113.

²⁸ *Ibid.*, p. 112.

²⁹ *Ibid.*, p. 111.

³⁰ *Ibid.*, p. 147.

³¹ *Ibid.*, p. 130 (passagem sublinhada por Marx).

³² *Ibid.*, p. 136.

³³ Cf. , *ibid.*, pp. 134-135, os jogos de palavra “schöne Handlung”, “Das Interesse denkt nicht, es rechnet”, “Mehrwert”, etc.

³⁴ O problema da escravidão, de seus efeitos econômicos e das conseqüências de sua extinção é um dos temas preferidos da *NEH*. Cf. *New Economic History*, seleção por P. Temin, Penguin Books, 1973, 6ª. Parte, pp. 33-428, e *Journal of Economic History*, 33, março de 1973 (32ª. Conferência da Economic History Association), pp. 43-65 , 66-85, 106-130. Contra as teses de PHILIPPS, U. B., *American Negro Slavery*, 1918, e de RANDSELL, C. W., “The Natural Limits of Slavery Expansion”, *Mississippi Valley Historic Review*, 1929, sobre a rentabilidade decrescente da escravidão, ao menos desde 1860, o artigo de CONRAD, A. H. e MEYER, J. R., “The Economics os Slavery in the Antebelum South”, *Journal of Political Economy*, 1958, pp. 95-130, foi uma das primeiras explicações do cálculo neoclássico para a história econômica. Explicada por Y. Yasuba e E. Saraidar (1964), discutida por GENOVESE, E. D., *The Political Economy of Slavery in the Economy and Society of the Slave South*, New York, 1965, esse exemplo foi utilizado e retomado em todas as exposições gerais da *NEH* (Fogel e Engerman, Andreano, Temin North, etc).

³⁵ Não dispendo das expectativas de vida dos escravos do sul, calcula-se sobre cifras concernentes aos negros do norte; numerosas cifras são adotadas como “prováveis” ou “verossímeis”; e a utilização das médias torna sonhador o menos escrupuloso dos discípulos de Simiand.

³⁶ Os trabalhos que Gérard Aubourg desenvolve, criticando as visões clássicas da escravidão cubana, mostram como os homens do século XIX, de Ramon de la Sagra a Lery-Beaulieu, e, sobretudo, os homens ligados à vida prática – exploradores de escravos, homens de negócio, cônsules franceses informando seu governo – tiveram uma forma de análise muito próxima daquela da *NEH* quanto aos cálculos de amortização e rentabilidade fundados sobre as probabilidades demográficas, mas aplicados a um caso muito diferente.

³⁷ MONTCHRESTIEN, A. De. *Traicté de l'oéconomie politique*, 1615.

³⁸ Lembramos da justificativa de Aristóteles, retomada por Montchrestien e diversos autores do século XVII (Cellorigo a propósito dos Mouros); Marx a denuncia em Gustav Hugo (*Werke*, op. cit., p. 82); e ela não está ausente das análises da *NEH* (noção de “necessidade”), cf. Conrad e Meyer in: *New Economic History*, 1973, p. 381.

³⁹ VILAR, S. “Los predestinados de Guinea”, in *Mélanges de la Casa Velásquez*, 1971, pp. 225-326.

⁴⁰ Analisei este exemplo segundo a crônica de Capoché em VILAR, P. *Or et Monnaie dans l'histoire*, Paris, 1974, cap. 14.

⁴¹ W. Kula , *Théorie économique du système féodal. Pour un modèle de l' économie polonaise, 16-18. siècle* , Paris, La Haye, 1970 (edição polonesa redigida em 1962), e sua bibliografia; de outro lado, *Journal of*

Economic History, março de 1973, sobretudo A. Alchian e H. Demsetz, “The Property Rights Paradigm”, p. 16-27; ENGERMANN, S. “Some Considerations Relating to Property Signs in Man”, pp.43-65; KAHANE, A., “Notes of Serfdom in Western and Eastern Europe”, pp. 86-99. Este último artigo faz alusão a uma discussão direta com W. Kula, mas refere-se também a três textos importantes sobre as mesmas questões; Hicks, *A Theory of Economic History*, Oxford, 1969, D. C. North e R. C. Thomas, “An Economic Theory of the Growth of the Western World”, *Economic History Review*, abril de 1970, e “The Rise and Fall of the Manorial System. A Theoretical Model”. *Journal of Economic History*, dez. de 1971.

⁴² KAHANE, art. citado, p. 98, n. 9: “*My own inclination in providing a rough summary of the development from a system of feudal tenure to a fundamentally different system of tenancy in Western Europe would be to say that the abolition of property in men took place at the price of acquisition of unfettered and unlimited property rights to the land retained, by the former serf-owning class*”.

⁴³ Cf. VILAR, P. “Histoire marxiste, histoire en construction. Essay de dialogue avec Althusser”. *Annales ESC*, jan-fev., 1973, pp. 165-198 (Tradução brasileira in NORA, P. e LE GOFF, J. *História: Novos problemas*. Rio de Janeiro, Livraria Francisco Alves, 1976, pp146-178, n. do t.).

⁴⁴ Noto que as conclusões apoloéticas da *Histoire économique des États-Unis*, de Clough, cuja análise poderia parecer velha, são mantidas, com o mesmo vocabulário (fenômeno sem equivalente, ultrapassagem dos sonhos mais otimistas) em NORTH, D. C. *Growth and Welfare in the American Past, New Economic History*, Englewood Cliffs (N.J.), 1966, *in fine*.

⁴⁵ O de Samuelson, tipicamente.

⁴⁶ BETTLEHEIM, Ch. *Calcul économique et Formes de propriété*. Paris, 1970, particularmente pp. 122-124.

⁴⁷ Chamo a atenção aqui para uma pesquisa de fôlego, que está sendo redigida, sobre os problemas teóricos do “bem comum”, a partir de um caso concreto: PELLETIER, A. *Communauté rurale et Bien commun. Recherches sur les structures et les aspirations communautaires en haute Picardie de la fin de l’Ancien Régime au d’but du nouveau (1775-1848)*.

⁴⁸ Costume feudal que consistia no direito de soltar o gado para pastagem não apenas nas terras comunais, mas ainda nas parcelas que cabiam aos camponeses [n. do t.]

⁴⁹ Cf. VILAR, P. “El motín de Esquilache...”, art. cit., especialmente pp. 206-209.

⁵⁰ Cf. VILAR, P. *La Catalogne dans l’Espagne moderne*. Paris, 1962, t. I, pp. 464-471, especialmente a discussão da “Constituição”: “Com a molts entenents...” de 1413, e a confrontação dos trabalhos de Inojosa, Piskorski, Vicens, Anguera de Sojo. Os trabalhos de R. d’Abadal demonstraram, por outro lado, o caráter *livre* do campesinato no século X.

⁵¹ Um dos “furos” mais espantosos da obra de North, sobre a história econômica dos Estados Unidos, é esta ausência de análise sobre as relações econômicas entre o Sul e o Norte às vésperas da guerra.

⁵² Na reunião da Comissão internacional dos movimentos sociais e das estruturas sociais em Viena, em 1965; cf. a publicação correspondente, Paris, 1971, t. II, pp.176-177, limites da noção.

⁵³ A grande tese de PERROT, J.-Cl. *Genèse d’une ville moderne, Caen au XVIIIème siècle*, Paris-La Haye, 1975. Sobre as relações entre direito penal e mentalidades, lembremos a considerável contribuição de TOMAS VALIENTE, J., *El derecho penal en la monarquía absoluta*, Madrid, 1969.

⁵⁴ Cf. as observações de FRÊCHE, G., na Primeira Conferência nacional dos historiadores economistas franceses, 1969, *Atas*, Paris, 1972. Sobre a sobrevivência do dízimo no século XIX; cf. os trabalhos de A. Soboul.

⁵⁵ VILAR, P. “El motín de Esquilache”. art. cit., pp. 227-231.

⁵⁶ Cf. supra, nota 25 (artigos de Thompson e Tilly).

⁵⁷ Cf. HOBBSAWN, sobre as nostalgias que seguem as transformações históricas, um recente artigo “The Social Function of the Past”, *Past and Present*, maio de 1972 , pp. 3-17.

⁵⁸ LORENZO, A. *El Proletariado militante*, Mexico, s.d., cap. I (evocação do “Fomento de las Artes”).