

OBJECTO E MÉTODO NA HISTÓRIA DO DIREITO

*OBJECT AND METHOD IN
THE HISTORY OF LAW*

José Duarte Nogueira

Catedrático da Universidade de
Lisboa

Resumo

O presente artigo aborda os diversos aspectos da metodologia e do objeto da história do Direito, tais como sua vinculação com a ordem social, a especulação sobre o justo e sua historicidade. Trata ainda dos fundamentos, fontes e conteúdo do Direito, bem como sua aplicação e sua gnosiologia.

Palavras-chave

Metodologia. História do Direito. Gnosiologia.

Abstract

This article discusses the various aspects of the methodology and the object of the history of law, such as its relationship with the social order, speculation about the fair and its historicity. Also deals with the basis, sources and content of the law and its application and its gnosiology.

Keywords

Methodology. History of Law. Gno-
siology

1. Considerações gerais. Depois de um tempo em que parecia ser o parente pobre da Ciência do Direito – com exceção da romanística – alguns indícios sugerem que a *jurishistoriografia* é hoje já olhada na comunidade académica brasileira como área de investigação mais atractiva. Algumas escolas superiores dedicam tempo e esforço a organizar Colóquios e Conferências nas quais a matéria tem lugar e diversos alunos elaboram dissertações de Mestrado e Doutoramento especificamente em tal domínio, no Brasil e no estrangeiro¹. Dissertações em áreas do conhecimento jurídico dedicam-lhe páginas relevantes evidenciando os autores notável domínio desse saber².

¹ Entre os muitos alunos brasileiros de Mestrado e Doutoramento que comigo trabalharam nos últimos tempos na Faculdade de Direito de Lisboa, cinco encontram-se actualmente a desenvolver dissertações da área de Ciências Histórico-Jurídicas (dois em doutoramento e três em mestrado).

² Vg. Domingos Thadeu Ribeiro da Fonseca, *A garantia da liberdade individual e o direito brasileiro. Habeas corpus, enquadramento histórico e*

Talvez associada a este *élan*, bem recentemente foi lançada em Portugal a *História do Direito Brasileiro* da autoria dos Profs. Rui Marcos, Carlos Mathias e Ibsen Noronha³, disponibilizando deste lado do oceano um precioso instrumento para o conhecimento da evolução histórico-jurídica brasileira.

Nem podia ser de outro modo. A comunidade académica brasileira produz de há muito investigação de ponta em múltiplas áreas jurídicas. Estranho seria não se estender uma parcela desse interesse científico ao estudo histórico do direito tal como existiu e chegou à actualidade.

Circunstâncias diversas podem ter contribuído para essa menor atenção e certamente determinante foi o

facto de a formação jurídica universitária brasileira não a ter valorizado correntemente, em termos curriculares, ao nível de outras matérias preparatórias.

Sobre as causas pode apenas especular-se. Atrevo-nos a equacionar hipoteticamente algumas: o facto de a história do Brasil adquirir base escrita a partir do século XVI, enquanto factor conducente a considerar escasso um tal decurso temporal quanto ao interesse em o pesquisar do ponto de vista histórico-jurídico; o facto de a independência brasileira ter ocorrido na terceira década do século XIX – portanto em momento relativamente próximo da actualidade –, enquanto factor remissivo do que ocorreu antes para uma fase não nacional e do que ocorreu depois para uma quase contemporaneidade; o facto de se terem mantido em vigor depois da independência, durante muito tempo, normativos anteriores de génese externa *maxime* na área civil e de aquela ocorrer num momento em que os parâmetros políticos já se

realidade hodierna, *Lumen Juris*, Rio de Janeiro 2013; Guilherme Guimarães Feliciano, *Tutela Processual de Direitos humanos fundamentais: inflexões no “due process of law”*, (Doutoramento realizado na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa em 2013), ainda não publicado.

³ *História do Direito Brasileiro*, Forense Universitária, Rio de Janeiro 2014.

orientavam para valências jurídico-políticas (vg. a codificação), enquanto factor conducente à diluição do conhecimento histórico-jurídico especificamente brasileiro no saber especulativo feito sobre o direito contemporâneo; a própria natureza continental da Nação brasileira, com distintos focos de poder em diferentes momentos com repercussão na área jurídica, enquanto factor que dificultou uma visão jus-historiográfica uni-tária.

Se estes ou outros motivos acaso tiveram peso, não o mereceriam provavelmente do ponto de vista científico.

Não deve desde logo esquecer-se que o direito flui no tempo sem hiatos, assumindo conforme o momento o papel de causa ou efeito da evolução social. Significa isso que as raízes do direito brasileiro entram no tempo anterior ao século XVI, não sendo este marco, do ponto de vista histórico-jurídico, muito mais que um evento comparável a muitos outros presentes na história jurídica

directa ou indirecta de todas as nações.

História jurídica que para o ser apenas necessita de incidir sobre factos do passado com relevância jurídica, para a qual tão-pouco a independência – enquanto elemento de natureza essencialmente política – carrega restrições decisivas. De facto, embora o poder político interfira na realidade social através do direito, não é menos certo que, não raro, é o poder político que acompanha a realidade jurídica por sua vez enquadrante da realidade social. Trata-se de linhas de força que não fluem sempre do mesmo modo, sendo impossível determinar uma regra que, por dominante, possa ser tendencialmente considerada ponto de partida. É por isso que a autonomia política surge frequentemente divorciada da autonomia jurídica no quadro das independências emergentes. Salvo em matérias muito restritas ligadas ao círculo jurídico-constitucional e em casos de violência excepcional com motivações culturais, religiosas ou políticas, a

tendência dominante é quase sempre a da manutenção no pós-independência, de quadros jurídicos anteriores, durante o tempo em que os mesmos se mostrarem úteis, sem daí se retirarem implicações de natureza desvalorizadora da própria independência.

É o que a experiência moderna ainda mostra ⁴ e,

⁴ Referindo antigas colónias portuguesas, caso de Angola, Moçambique, Guiné, etc. hoje Estados soberanos, a preservação de Códigos anteriores foi quase total após a independência, apenas lentamente estando agora a ser introduzidas alterações. No caso da antiga Índia Portuguesa – hoje Goa – partes muito substanciais do Código Civil de Seabra (família, direitos reais, sucessões, etc.) subsistem até hoje, constituindo mesmo um elemento jurídico identificativo da diversidade estadual, nada levando a crer que seja modificado nos próximos tempos. (Cf. F. E. Noronha, *Understanding the common civil code. An introduction to civil law, Nagpur (Índia)*, 2008. Existiu aliás, no Congresso federal, em certo momento, uma corrente não goesa que propunha dia a sua ampliação a toda a Índia nas referidas matérias, como forma de superar dificuldades sociais de índole religiosa que a

naturalmente, é o que a experiência antiga já mostrava⁵. A qual é corolário do facto de o direito ter em geral, como propósito, a resolução de problemas sociais. Não se alterando estes profundamente, razão não há para alterar apenas por motivações não jurídicas, regras que de algum modo provaram funcionar. A seu tempo a especificidade nacional irá potenciando idiossincrasias conducentes a novos problemas e com estes abrindo espaço a soluções normativas diversas, mas usualmente sem a pressão que a transferência do poder político no momento da ruptura exhibe a outros níveis. Não é nesta medida exagerado dizer que o direito português anterior ao século XVI é igualmente brasileiro, porque se insere na

common law não consegue ultrapassar. No caso de Timor, o direito civil indonésio, enquanto potência que substituiu a Portugal antes da independência, foi igualmente preservado.

⁵ Em termos antigos os exemplos seriam inúmeros. Referimos apenas o caso português em 1140, adiante referido.

linha evolutiva do vigente no território até à independência, ou mesmo depois em algumas matérias. As Ordenações Filipinas, por exemplo, são de certo modo mais brasileiras do que portuguesas, por que vigoraram bem mais tempo do lado americano do oceano que do europeu. Mas a legislação de Afonso II de Portugal e a contida nas Afonsinas são-no igualmente, porque sem elas o conteúdo das Manuelinas que acompanharam quase desde o primeiro momento os navios que rumavam a Salvador e ao Rio se torna imperfeito ou incompreensível e desse modo as próprias Filipinas. Tal como no caso português teria pouco sentido querer ver na legislação de Afonso V e VI de Leão e Castela – hoje região autónoma integrante de Espanha - ou nos forais anteriores à independência portuguesa ocorrida 1140, factos estranhos ao universo jurídico português, na medida em que sem eles se não compreenderia muito do direito posterior vigente. Aliás, sem receio de errar, pode mesmo afirmar-se que durante o primeiro século de vida de

Portugal não se aplicou no país direito substancialmente português, por terem continuado a vigorar preceitos contidos nos códigos visigóticos e na legislação curial peninsular, as quais depois, de algum modo, influenciariam as Ordenações que entraram no Brasil.

Tão pouco, no caso brasileiro, a eventual dificuldade em tratar unitariamente a história jurídica de um país continental como é o caso, pode ser obstáculo a um esforço de sistematização do jurista, do qual resulte através do mecanismo das distinções e subdistinções que a escolástica legou à posteridade, um posicionamento lógico ainda que sempre discutível, do que pode ser aproximado e do que deve ser afastado. Aliás, outro não foi o propósito dos autores acima referidos quando sistematizaram o percurso histórico jurídico brasileiro na recente obra a que aludimos.

Em suma, o presente texto insere-se no campo do reconhecimento do esforço que estes e muitos outros investigadores actualmente realizam no quadro da

jurishistoriografia brasileira, nada mais representando que um pequeno contributo.

2. O direito como ordem social. Toda a sociedade humana assenta em princípios e conjuntos de normas que disciplinam a vida comunitária. A ideia de *ordem* é um dado imprescindível à existência da vida social, fazendo parte da sua essência e determinando os traços mais significativos da sua caracterização.

Não é concebível a vida em sociedade sem normas que orientem o comportamento dos homens tendo em vista a cooperação enquanto razão principal da sua agregação, ou que impeçam e dificultem as condutas violadoras dos valores essenciais à preservação e coesão do grupo ⁶

⁶ Dentro do conceito amplo de sociedade, a Ciência Política distingue ‘*associação*’ e ‘*comunidade*’. Deve-se ao sociólogo Tonnies a distinção, expressa pela primeira vez em 1877 na obra *Gemeinschaft und Gesellschaft*, mantendo-se com actualidade. Considerou este autor *associação*,

Não se pode, pois, falar de sociedade sem se considerar a ordem em que a mesma se baseia. Daí o conhecido brocardo *ubi societas ibi jus*, que significa não apenas que onde existe sociedade existe direito, mas sobretudo que a certa sociedade corresponde uma forma própria de realização da ideia e da necessidade de ordem indispensável à vida da mesma.

como uma realidade social intencionalmente criada pelos que a integram, obedecendo a um propósito comum e a *comunidade* uma realidade gregária natural espontaneamente criada pelos seus membros. Daí dizer-se que os homens nascem em comunidade e vivem em associação, ou de outra forma, que se encontram naturalmente em comunidades e entram voluntariamente em associações. Em 1921 Max Weber na obra *Wirtschaft und Gesellschaft*, a propósito da mesma distinção, preferiu entender a *comunidade* como resultado de um sentimento subjectivo orientado para o gregário e a *associação* como resultado de um sentimento racional orientado para a colaboração.

É de realçar a complexidade e diversidade de princípios e regras que em sociedade procuram conformar a conduta dos homens. Esses princípios e regras correspondem a diversas esferas normativas que sendo facilmente distinguíveis nos casos que constituem as situações mais típicas do seu núcleo, põem insolúveis problemas de caracterização em casos limite situados em zonas de fronteira, onde o esforço de rigor conceptual sempre se traduzirá em parcial subversão da realidade. O direito não constitui o único ordenamento social existente, não abarcando o jurídico a totalidade do conceito de ordem social.

É fácil distinguir na sociedade actual a existência de normas morais, religiosas, éticas, princípios ou usos de convivência social. É intuitiva a percepção da existência de um denominador comum àqueles ditos grupos normativos, tornando-se, contudo, mais difícil precisar em que consistem as diferenças entre eles e em especial definir

os critérios diferenciadores do jurídico.

3. A especulação sobre o justo. A autonomia do Direito relativamente à moral só se consegue mediante uma reflexão atenta e apurada acerca da natureza do jurídico, tendo apenas surgido em sociedades cujo grau de desenvolvimento permitiu a formação de um grupo social que se dedicou à reflexão sobre o direito.

Constitui sua característica relevante o facto de a um momento especulativo em que a finalidade do pensamento e da reflexão se dirige ao conhecimento, se seguir um momento prático em que o pensamento é dirigido essencialmente à acção.

Este segundo aspecto da ordem jurídica pode considerar-se predominante sob um ponto de vista lógico e antecedente relativamente ao momento especulativo sob um ponto de vista histórico. De facto, em larga medida o direito dirige-se à resolução justa e equilibrada dos diferendos sociais.

Concretiza-se no dia-a-dia da vida comunitária e as exigências da operacionalidade prática influenciam constantemente a sua realização.

Por outro lado a existência de ordem social e a necessidade da resolução prática dos conflitos de interesses é anterior à reflexão sistemática ou à especulação clarificadora. Os ordenamentos jurídicos primitivos de natureza predominantemente consuetudinária, ainda que correspondam com proximidade às concepções e exigências das sociedades que os estabeleceram, até pelo carácter espontâneo e natural da sua formação, são ordenamentos não formulados. As normas que os constituem apresentam carácter difuso e pouco rigoroso, são o produto de crenças e tendências instintivas, sentimentos comuns de mistura com padrões sociais de comportamentos, hábitos e usos integrantes de uma moral política.

O direito constitui, pois, uma das formas pela

qual a ideia de ordem se manifesta na sociedade. Não se trata, contudo, de uma ordem arbitrária, pura manifestação externa de um poder que constitua por si e em si um valor absoluto.

A ordem jurídica é um meio de realização prática da ideia de justiça, sendo por isso compreensível que o processo especulativo sobre o direito e o ideal de justiça seja a crença e busca de princípios imutáveis em que esta se reveja, valores intemporais válidos para todos os homens e em todas as circunstâncias, manifestação transcendente de uma ordem primária da vida ou manifestação da razão governadora do mundo que reside na mente de Deus, ideia esta especificamente desenvolvida pelo pensamento jurídico de cunho religioso. Enunciaram magistralmente este entendimento sob uma e outra perspectiva, Cícero ⁷ e S.

⁷ *“Existe uma lei verdadeira, a recta razão, conforme à natureza, difusa em todos, constante e eterna, que com os seus comandos induz ao dever e com as suas proibições desvia do engano; que nem ordena ou proíbe em vão aos bons, nem*

Tomás de Aquino ⁸,

demove, obrigando ou proibindo, aos maus. Esta lei não pode ser anulada, nem derogada em parte, nem abrogada em sua totalidade; nem pelo Senado nem pelo Povo nos podemos libertar desta Lei; não requer qualquer expositor nem intérprete. Não existirá uma lei em Roma, outra em Atenas, uma agora, outra no futuro; todas as nações e a todo o tempo estão sujeitas a uma lei eterna e imutável e haverá outro Deus comum mestre e senhor de todos, autor, sancionador e promulgador desta lei. Aquele que não a guarda, foge de si mesmo e ultraja a natureza do homem e por essa razão sofre as penas máximas ainda que queira escapar aos suplícios (De Republica 3)". "Parece-me que a opinião dos mais sábios é esta: a lei não se forma pela inteligência dos homens nem por qualquer decisão dos povos; é algo de mais eterno que rege o mundo inteiro ordenando e proibindo com sabedoria. Assim diziam que a primeira e última lei é o espírito de Deus que com a razão tudo ordena ou proíbe. Daí procede aquela lei que os deuses deram ao gênero humano e que rectamente é louvada; pois é a razão e inteligência do sábio, idónea para ordenar o bem e afastar o mal (De Legibus).

⁸ "A lei enquanto é regra e medida, pode existir de duas maneiras: numa, como o que regula e mede; noutra, como o regulado e medido; pois enquanto algo participa da regra e medida, de igual forma é regulado e medido. Por isso, como tudo o que se submete à providência divina é regulado e medido pela lei eterna, é evidente que tudo participa igualmente da lei eterna, ao

respectivamente no quadro do pensamento romano clássico e cristão, em palavras indelévels que os cultores do direito tem frequentemente retomado ao longo do tempo.

A convicção ilustrada pela pena destes autores, da existência de princípios imutáveis e transcendentais de justiça, de uma lei eterna segundo a terminologia tomista, é acompanhada de cepticismo quanto à sua plena cognoscibilidade pelo homem.

Não obstante, certas correntes do pensamento jurídico de índole marcadamente filosófica ou metafísica, tem construído sistemas de direito concebidos de forma apriorística baseados na busca puramente

mesmo tempo que pela acção dela tem tendência para os próprios actas e fins. Mas entre todas as coisas, a criatura racional está submetida de um modo mais excelente à divina providência, enquanto ela se torna partícipe da divina providência para prover a si mesma e a outras; por isso esta participa da razão eterna no que tem de natural inclinação ao acto e fim devido. A tal participação da lei eterna na criatura racional chama-se lei natural (Summa Theologica).

lógica dos princípios e normas que, segundo a natureza das coisas caracterizam o ideal da justiça nas sociedades humanas. Essa atitude que alguém caracterizou como a "*esperança jusnaturalista de participar no justo transcendente*", reflecte uma postura a-histórica perante o direito. A ordem jurídica, pelo menos nos seus princípios básicos, nada teria de contingente, em nada dependeria das concretas circunstâncias materiais da sua existência, da forma como em cada momento e em cada sociedade se valorizavam as condutas dos seus membros e se concebiam os princípios e regras pelas quais cada um se deveria objectivamente pautar.

Estamos, pois, perante uma crença dupla: a existência de uma ideia absoluta de justiça e a possibilidade de os homens, mediante os processos lógicos da razão ou pela via da revelação transcendente, a ela acederem.

A criação de sistemas de Direito Natural foi, pois, sustentada ou em orientações

de base religiosa ou de base racional, como sintetizava Perez-Prendez ao escrever sobre as raízes especulativas da História do Direito, resumindo com concisão e clareza as principais tentativas de formulação dos princípios a que o Direito positivo se deve circunscrever para se adequar à ideia transcendente de justiça ⁹.

⁹ "*Apoiam-se em base religiosa os sistemas de Direito natural cristão, que se cindem em vários sectores: o medieval, iniciado pelos Padres da Igreja (Patrística), especialmente Santo Agostinho (354-430) e fundamentalmente elaborado por São Tomás de Aquino (1225-1274), motivo por que se dá a designação de tomista a esta orientação. O inspirado ou condicionado pelas reformas luterana e anglicana, cujos principais representantes são Hugo de Groot [Grotius, Grócio] (1583-1645), Tomás Hobbes (1588-1679), Baruch Spinoza (1632-1677), Samuel Puffendorf (1632-1694), Juan Burlamaqui (1694-1784) e Christian Wolff (1679-1754). O inspirado ou condicionado pelo espírito da Igreja Católica pós-tridentina, desenvolvido por Francisco de Vitória (1492-1546), Francisco Suarez (1548-1617), Domingos de Sotro (1495-1560), Fernando Vasquez de Menchaca (1512-1569), Luis de Molina (1536-1600), Bartolomeu de las Casas (1474-1566) e Juan Rosa*

Estas orientações de carácter marcadamente anti-histórico assente numa racionalidade abstracta, se por um lado conduziram à

crítica e à dissolução dos elementos tradicionais da ordem jurídica, em contrapartida apresentam-se como principais responsáveis de importantes factores de progresso na aproximação do direito à justiça, obtendo importantes resultados concretos na estruturação da ordem jurídica.

*d'Avila (1552-1630), todos eles integrados na chamada escolástica tardia ou segunda escolástica, por se ter desenvolvido cronologicamente nos séculos XVI e XVII, quer dizer, depois da etapa tomista que marcou o apogeu da primeira escolástica. Apoiam-se em base racional: os sistemas jusnaturalistas elaborados pela filosofia estóica greco-romana. (Zenão de Eleia, Panecio, Scaevola, Cícero, Gaio, Papiniano, Paulo, etc.). A filosofia jurídica de João Locke (1632-1704) e Carlos de Secondat, barão de Montesquieu (1649-1775) que, para além da sua concretização e em duas orientações muito importantes, a Escola Histórica do Direito e a filosofia jurídica de Hegel, teve especial repercussão nos Estados Unidos da América através de James Wilson (1749-1798), James Kent (1763-1847) e Joseph Story (1779-1845). Há que acrescentar o jusnaturalismo de Christian Thomasius (1665-1728), Guilherme Blackstone (1723-1780) e por fim a obra de Jean Jacques Rousseau (1712-1778), linhas que (descontada a sua influência nas ideias da Revolução Francesa) alcançaram o seu máximo desenvolvimento na teoria kantiana do Direito Natural (Kant, 1724-1804), bem como no pensamento jurídico de Fichte (1762-1814) "(J.M. Perez-Prendes, *Historia...*, I, p. 27 e s.).*

Destaquemos entre outros a redução do direito a uma unidade conceptual, a sua distinção da moral e secularização, o voluntarismo jurídico, a ideia da liberdade como fundamento da ordem jurídica, a preocupação com a certeza do direito, a igualdade jurídica, a tentativa de expor a normatividade vigente de forma sistemática.

Como resultados destas orientações destaquem-se igualmente a tendência para a unidade do sistema jurídico, a codificação em base científica de sectores da ordem jurídica, as constituições escritas, a teorização em novos moldes de um direito supra estatal, o direito Internacional, a humanitarização do Direito Penal e diversas

práticas das ideias de liberdade e igualdade.

4. A historicidade do direito. Em sentido divergente do que acabamos de expor, apontam aquelas orientações que consideram que no fenómeno jurídico, nas instituições, nem tudo se pode explicar pela lógica abstracta mas sim pela multiplicidade de circuns-tâncias concretas em que o direito se gerou.

De acordo com a formulação de Ruy de Albuquerque *uma coisa é a fundamentação última das ideias nele [no direito] presentes, outra a forma da respectiva realização. Esta é forçosamente histórica*¹⁰. Falar-se na historicidade do direito significa ter consciência que a ordem jurídica se realiza na história, que está concretamente relacionada com um determinado meio social, político, económico e cultural, nele nasce e se

desenvolve. É, pois, muito variável e epocal, daqui derivando que o particularismo da experiência jurídica só se revelará em todas as suas facetas, através da concreta apreensão histórica da sua realização.

Desta consideração decorrem no entanto problemas de ordem metodológica com que se debate não só a ciência do direito como a generalidade das ciências sociais. A multiplicidade e complexidade do objecto desta zona do conhecimento, a fluidez e relatividade das conclusões tiradas, a dificuldade em obter respostas definitivas firmes e claras acerca dos problemas levantados, colocam questões episte-mológicas importantes que têm merecido a reflexão de juristas e filósofos.

Riccardo Orestano¹¹ coloca nestes termos o problema da ciência do direito e da dificuldade com que a mesma depara na definição do seu próprio

¹⁰ Ruy de Albuquerque, *História do Direito Português – Relatório* (sep. da Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Ano XXVI).

¹¹ *Introduzione allo Studio Storico del Diritto Romano* (2ª ed.), Torino 1963.

objecto: "A este respeito é bem conhecida a irónica constatação de Kant, segundo a qual "os juristas ainda procuram uma definição do seu conceito de direito" e à distância de mais de um século e meio a afirmação continua a manter toda a sua validade. Pode-se mesmo afirmar que desde então o número e a variedade das definições multiplicaram-se, possivelmente com divergências ainda mais profundas e com uma mais aguda consciência da sua radical inconciliabilidade. Contudo essa constatação poderia conduzir a ilações perigosas, se não a acompanharmos de imediato de uma outra ainda que esta historicamente fundada e incontroversa e à qual - historicamente se deve atribuir uma importância ainda maior, porque do plano teórico reporta-se a o que se verificou e continua a verificar-se na realidade histórica: significa que a falta de uma definição por todos acolhida, com valor de verdade absoluta não impediu - quer antes quer depois da afirmação kantiana - que os homens no decurso dos séculos e dos milénios operassem em cada momenta com o conceito de direito disponível. Mais ainda: essa falta

não impediu que no decurso dos séculos e dos milénios, baseando-se nas mais variadas noções de direito, se tivesse desenvolvido uma incessante e imponente actividade de pensamento, de investigação, de reflexão, de elaboração, acerca da qual não interessa de momento precisar a natureza das características e a finalidade, e à qual, na linguagem de muitos que a desenvolvem, vem dada em geral a designação de 'ciência do direito', actividade que pela sua existência em concreto constitui um dado de facto oferecido pela história e que podemos reconhecer continuamente através da história".

As brilhantes e impressivas palavras de Orestano realçam o facto do direito se situar no domínio da cultura e dos valores espirituais. Insere-se no plano da realização da vida social orientada pelos valores e comportamentos que exprimem os desígnios profundos e as motivações essenciais do ser humano¹², mas que não exclui a

¹² Mário Bigotte Chorão, *Temas Fundamentais de Direito*, Coimbra, 1986, p. 48.

contingência das suas variadas manifestações, ditada pela multiplicidade dos factores que a condicionam.

No domínio da filosofia, a teoria do conhecimento tem vindo a precisar o carácter científico das ciências do espírito ou das ciências sociais. O modelo de conhecimento baseado nos rigorosos métodos de pensamento da geometria, da matemática ou da física, constituiu a certo passo, a rquétipo do conhecimento científico. Cedo contudo se compreendeu que a realidade não é susceptível de ser reduzida a um sistema de relações quantitativas, que verdade e erro não se excluem rigorosamente, que conhecer e explicar não se identifica com encontrar soluções irrefutáveis e certas, e a que a validade das conclusões das ciências ditas exactas circunscreve-se às premissas abstractas em que os problemas são situados, atitude que é sempre redutora da realidade e manifesta necessariamente renúncia pelo

conhecimento integral¹³.

O conceito positivista de ciência é, pois, posto em causa, não apenas pela relativização dos resultados obtidos pelas ciências ditas exactas, mas também pelo facto de tal conceito excluir do seu âmbito ramos do conhecimento de comprovada dignidade e elevação, e inveterada tradição e importância prática e social.

O direito e aqui recordamos as atrás citadas palavras de Orestano, situa-se claramente neste domínio, havendo que rever o conceito de ciência, por forma a que o mesmo abarque zonas importantes da tradição especulativa.

Nesse empreendimento há que destacar o pensamento de Heinrich Rickert que, em 1902, ao escrever obra a que deu o nome de *Os limites da construção científico-natural dos*

¹³ Sobre o pensamento filosófico português acerca deste tema ver Delfim Santos "*Da Filosofia*", Coleção Horizonte, nº 6.

*conceitos*¹⁴, vem reconstituir as bases teórico-cognitivas das ciências sociais, situando-as num nível de reflexão próprio que explica e fundamenta a diversidade metodológica destas ciências em confronto com as chamadas ciências da natureza. Seguindo na esteira de Windelband, Rickert vem a tornar-se o principal teórico de uma corrente neokantiana, o chamado neokantismo sudocidental alemão, que muito influenciou a Filosofia do Direito e donde se extraíram concretas e importantes consequências do domínio da metodologia do Direito Penal¹⁵.

Segundo este filósofo, entre o pensamento científico-natural e o domínio das ciências sociais não existe diferente grau de perfeição ou certeza de conhecimento, mas tão só diversidade de perspectivas e de intenção.

As ciências da natureza e as suas construções lógico-conceptuais baseiam-se na apreensão das conexões existentes nos fenómenos naturais procurando determinar regras ou leis que são válidas em circunstâncias determinadas. Quanto mais gerais essas leis se formulam, *"tanto mais têm de distanciar-se do particular e individual (ou único) que se oferece na intuição"*¹⁶.

Em contrapartida, as ciências do espírito que são pela sua própria natureza ciências históricas encaram os factos não para os reduzir a um denominador comum que através da abstracção explique a sua repetição, mas enquanto factos únicos, irrepetíveis, tendencialmente considerados na sua plenitude existencial. Ainda aqui não se pode prescindir de representações conceptuais da realidade, que lhe introduzirão algum

¹⁴ *Die Grenzen des Naturwissenschaftlichen Begriffbildung*, 6^a ed., Tubingen 1929.

¹⁵ Eduardo Correia, *Direito Criminal*, Coimbra 1971, p. 205

¹⁶ Karl Larenz, *Metodologia da Ciência do Direito* (tradução port. de José de Sousa Brito e Jose António Veloso), Lisboa 1978

artificialismo "já que o individual puro nunca se deixa, como tal, exprimir e transmitir"¹⁷.

No entanto, a intenção que subjaz à representação conceptual é aqui diversa, não redutora mas compreensiva do maior número possível de elementos, de forma que - e passamos a transcrever palavras de Rickert¹⁸ "o complexo resultante de elementos gerais tenha no seu conjunto um conteúdo que só se encontra num único e particular objecto e que portanto represente precisamente aquilo em que esse objecto se distingue de todos os demais. Uma construção de conceitos 'individualizante' é, por conseguinte, possível, e de facto é realizada sempre que uma determinada parcela da realidade deva compreender-se não científico-causalmente mas historicamente"¹⁹. Estabelecida a conjunção

conceptual e metodológica entre o saber histórico e a cultura sobre o qual se debruça, e atentos ao facto de que esta se manifesta através de juízos de valor, caímos em pleno no âmbito do direito e da sua inerente e irrefutável historicidade²⁰.

Definidos estes pressupostos, o valor e a finalidade da História do Direito deixa de se situar na limitada esfera da natural curiosidade que o homem tem do conhecimento do seu passado ou de constituir exercício de erudição a preparar o jurista para as tarefas presentes. O estudo histórico do direito confunde-se com a própria Ciência Jurídica e baseia-se na "historicidade da nossa própria existência"²¹.

Ruy de Albuquerque extraiu um conjunto de consequências concretas

¹⁷ Karl Larenz, *idem*, p. 114

¹⁸ H. Rickert, *ap* Karl Larenz, *idem, idem*.

¹⁹ Para além da obra citada, veja-se sobre estas orientações, J.M. Perez-Prendez, *Curso de História del Derecho Español*; António

Hernandez Gil, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Madrid, 1973

²⁰ Hernandez Gil, *idem*, vol. III, p. 369.

²¹ Franz Wieacker, *História do Direito Privado Moderno* (tradução port. de A. Hespanha), Lisboa 1980.

resultantes da historicidade da ordem jurídica²².

Antes de mais, no campo da interpretação e da aplicação do direito que passam pela determinação dos juízos de valor inerentes às normas, sejam elas de proveniência legislativa ou prudencial, pelo que "*pode ter-se como inelutável que a interpretação da norma passa por um momento histórico, seja qual for a postura assumida a respeito dos métodos e finalidade da actividade interpretativa: subjectivista, objectivista, teleológica, histórico-evolutiva*"²³. A correlação do direito com os factores sociais, económicos, morais e religiosos que o condicionam e explicam, só é possibilitada pela consideração histórica do mesmo, constituindo esta "*a única forma de experimentação teórica ao alcance do jurista*"²⁴. Os estudos de direito comparado e as tendências que se verificam no campo

da unificação das ordens jurídicas só se poderão basear no que existe de comum na experiência e história jurídica dos diversos povos em causa²⁵. P. Koschaker na sua famosa obra *A Europa e o Direito Romano*²⁶, vem chamar a atenção para a importância que o Direito Romano teve na tradição científica que se iniciou com as escolas medievais dos glosadores e comentadores, como base cultural da civilização europeia²⁷.

A mais recente doutrina jurídica portuguesa pela voz de seus destacados e inovadores representantes, tem chamado a atenção para a historicidade do direito, ao arpejo das orientações positivistas e conceptualistas que durante décadas prevaleceram no panorama juscultural nacional. Menezes

²² *Idem*, *idem*.

²⁶ P. Koschaker, *Europa y el Derecho Romano* (tradução castelhana de Jose Santa Cruz Tejero), Madrid, 1955

²⁷ Tratando '*ex professo*' este assunto, ver de Alvaro D'Ors "*Jus Europaeum*", in "Estudos em homenagem a P. Koschaker".

²² *História do Direito Português, Relatório*, cit.

²³ *Idem*.

²⁴ *Idem*, p. 116

Cordeiro no Relatório sobre a cadeira de Teoria Geral do Direito Civil, inicia de forma algo surpreendente a parte substancial do seu trabalho com a afirmação de que o "*Direito Civil português é Direito Romano actual*"²⁸. Reafirmando a natureza histórico-cultural do Direito Civil²⁹ e a importância desta consideração e de seus corolários na explicação de muitas das actuais soluções jurídico-civis, Menezes Cordeiro ao proceder à resenha histórica do direito civil na Europa e em Portugal constata o carácter histórico-cultural da classificação germânica do Direito Civil seguida pelo nosso Código Civil, que "*não é, na realidade, qualquer classificação*", ela exprime tão só "*um somatório que traduz, lado a lado, três massas jurídico-civis de diferentes origens histórico-culturais: uma massa românica — Direito das Obrigações e*

Direitos Reais — uma massa de Direito Comum medieval de contornos variáveis — Direito da Família e Direito das Sucessões — e uma massa jusracionalista — a Parte Geral"³⁰.

Para terminar a consideração deste tema refira-se que a consciência da historicidade do direito na sua plenitude é uma conquista do pensamento jurídico contemporâneo, sem deixar de ter tido ao longo da história diversos afloramentos e manifestações mais ou menos explícitos. Como adverte Orestano "*a concepção histórica do direito transcende muito o problema do estudo da história jurídica*"³¹.

Sendo possível a verificação daquela sem se levarem a cabo estudos ou investigações de natureza historiográfica. Como refere o autor acima citado, os glosadores tinham um alto grau de consciência de que nas instituições jurídicas nem tudo pode ser explicado pela lógica abstracta, pela *ratio*, mas também pela

²⁸ António Menezes Cordeiro, *Teoria Geral do Direito Civil-Relatório*, Lisboa 1987 (sep. da Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa), p. 211.

²⁹ *Idem*, p. 38.

³⁰ *Idem*, p. 76

³¹ Orestano, *ob. cit.*

multiplicidade das circunstâncias concretas em que o direito de gerou, isso não obstante o seu escasso interesse pela história jurídica e os defeitos de enquadramento histórico que lhes são, com razão apontados. Pelo contrário no século XVIII, período em que a investigação histórica-jurídica se afirma no panorama dos estudos de direito, as orientações predominantes do pensamento jurídico caracterizam-se por especulações abstractizantes e construções teóricas que buscam um fundamento ideal para a ordem jurídica, que nos surge desvinculada das concretas formas históricas de vivência da sociedade a que a mesma respeita.

5. O método de exposição. A História do Direito, enquanto disciplina vocacionada para o estudo da experiência jurídica do passado nos quadros da ciência jurídica, para além da definição do respectivo objecto exige ainda considerações previas sobre o

método de exposição adoptado e a periodização. Trata-se de vertentes instrumentais em relação ao objecto da disciplina, embora indispensáveis, porque permitem descrever e posicionar com o rigor que a ciência do direito exige, o fenómeno jurídico no contexto histórico em que ocorreu, contexto este que, como vimos, é conatural à compreensão dos seus limites.

De facto o alcance completo do fenómeno jurídico passa necessariamente pela sua consideração histórica, a qual por sua vez influencia o conceito de direito a utilizar, pois o mesmo deve ser suficientemente amplo por forma a abranger manifestações diversas do fenómeno jurídico correspondentes a diferentes épocas e circunstâncias históricas. O que daqui venha a decorrer, na prática, depende das finalidades concretas que se procurem prosseguir no domínio do estudo histórico e da ciência jurídica.

Rejeita-se, nomeadamente, que como ponto de partida se reconduza o objecto da investigação ao determinado pela adopção *a priori* de uma definição do conceito de direito.

No campo da ciência jurídica tem sido impossível estabelecer um assentimento razoavelmente amplo sobre aquele conceito³². A razão principal desta dificuldade não se prende, como é óbvio, com a falta de capacidade das pessoas que ao longo dos tempos têm reflectido sobre o direito e a vida jurídica, mas pela intrínseca limitação que o conceito, como forma abstracta, sintética e instrumental de explicar a realidade, apresenta, para nos transmitir plenamente, ou pelo menos com razoável aproximação, essa mesma realidade.

Se essa conatural limitação do conceito e a forma arbitrária como retalha a continuidade do real é

genericamente reconhecida, maior será a dificuldade se procurarmos fixar em fórmulas relativamente sintéticas e determinadas *a priori* uma noção tão geral como a de direito.

Sobretudo o problema é este. Ao estarmos a condicionar o objecto e o método da nossa disciplina pela aceitação de premissas cuja limitação intrínseca se reconhece, está-se a correr o risco de inverter os dados do problema e de se chegar a conclusões sem correspondência prática.

Decorre então que a actividade do historiador do direito não deve circunscrever-se ao estudo das situações que tenham correspondência conceptual ou dogmática nos quadros das concepções jurídicas hodiernas, dominadas por um particular ponto de vista no que respeita sobretudo ao papel do Estado e à sua intervenção no âmbito da chamada sociedade civil.

O interesse formativo dum ponto de vista desta natureza é óbvio, pois abre ao jurista novas horizontes. O

³² H. Hart, *O Conceito de Direito* (tradução portuguesa de A. Ribeiro Mendes), Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa 2001.

conhecimento histórico do direito e susceptível de fornecer soluções concretas que lhe permitam resolver problemas do futuro, buscando as soluções com outro nível e outra elevação.

Não significa isto, como diz Ruy de Albuquerque, que se possa prescindir dos conceitos e da dogmática como instrumentos fundamentais da nossa disciplina. Não podemos é permitir que o excesso de teorização subverta a realidade, conforme este autor afirmava, aproveitando palavras de Orestano. Se representa *"uma falaz ilusão admitir a intrínseca correspondência dos conceitos jurídicos a realidade (ilusão que tantas vezes levou a conceber a realidade histórica ordenada conceptualmente) e se é também uma falaz ilusão admitir que os conceitos jurídicos tem valor absoluto (ilusão que tão frequentemente conduziu a ciência do direito a dar valor substancial às próprias construções e a substituí-las à consideração da realidade), e uma ilusão igualmente falaz pensar que a ciência do direito se pode*

preocupar com a realidade histórica prescindindo do emprego de conceitos, admitir que lhe seja possível aproximar-se e captar os factos ou coisas sem a sua mediação. Na ciência do direito os factos ou coisas não estão jamais presentes em si mesmos, na sua realidade factual, mas sim através da sua 'redução' e transposição em palavras e conceitos" ³³.

Mas sem ter em conta essa delimitação prévia que lhe é dada pela aceitação de um particular entendimento sobre o conceito de direito, como há-de o jurista historiador, debruçar-se sobre a realidade histórica de forma eficiente, não por mero impulso cultural mas para cumprir *"uma imprescindível exigência do processo de conhecimento jurídico"*. Para Ricardo Orestano *"o primeiro passo para um adequamento do estudo histórico do direito às suas reais tarefas de ciência do direito será assumir, como ponto de partida, uma concepção que seja a mais ampla imaginável, por forma a abarcar a fenomenologia jurídica e que permita pensar o*

³³ Ruy de Albuquerque, *Relatório, cit.*, p. 131

*direito na multiplicidade dos seus conceitos e manifestações históricas sem exclusão"*³⁴.

A concretização deste entendimento oferece dificuldades particulares porque não é razoável aspirar ao esgotamento das vertentes possíveis. Não é razoável e não seria provavelmente vantajoso tentá-lo, pela floresta de alternativas a que as múltiplas perspectivas, concepções e entendimentos possíveis da realidade jurídica e histórica nos levariam. Tendo-o por certo, será todavia, essencial escolher um conjunto de vertentes que, naturalmente, sem necessariamente as esgotarem e tendo por certo que representam um seccionamento da realidade, permitam de modo tão amplo quanto possível compreender e expor o direito tal como existiu e foi sentido, desde o seu fundamento até as circunstâncias específicas da sua aplicação pelos agentes, passando pelos modos de

formação e revelação e pela forma como em concreto a sociedade por ele foi enquadrada e pelo esforço intelectual que a comunidade dos juristas colocou na sua compreensão e tratamento científico.

Sintetizando as ideias expendidas, a exposição histórico-jurídica poderá ser adequadamente realizada se forem tidas em conta, enquanto vertentes da compreensão do fenómeno jurídico intimamente relacionadas - embora por comodidade seccionáveis - aspectos como o fundamento do direito, as fontes do direito, o conteúdo do direito, a aplicação do direito e o conhecimento do direito.

6. O fundamento do direito. Nos quadros da experiência jurídica de uma determinada época, como primeiro momento haverá, pois que começar por tentar apurar qual o fundamento da ordem normativa tal como entendida no período observado.

É certo que em determinados momentos a

³⁴ Orestano, *ob. cit.*, p. 357

elaboração conceptual em torno do direito pode não ter ainda atingido desenvolvimento suficiente para tal fundamento se tornar claramente apreensível, quer por dele inexistir consciência precisa, quer por se apresentar nebuloso e de difícil percepção. Tais momentos não dependem sequer necessariamente do tempo cronológico em que se situam, pois seria excessivamente simplista pensar uma tal consciência como algo que se desenvolve e acompanha a par e passo a mera caminhada das sociedades no tempo.

É sabido que em determinadas culturas se detecta desde cedo um esforço de autonomização do direito em relação a outras ordens normativas, bem como, de levantamento de alguns dos problemas que coloca, designada mente quanto à razão do seu carácter vinculativo e que essas culturas coexistiram com outras que aparentemente passaram à margem dessa problemática.

Basta recordar a

civilização romana que desde muito cedo aceita a distinção entre *ius* e *fas*, distinguindo, ao que parece com apreciável nitidez, a esfera do humano da esfera do divino, integrando em cada um desses sectores um complexo de normas aparentemente com distinto fundamento, susceptíveis de interagirem entre si dando lugar a complexas situações de licitude e de ilicitude cruzadas face a distintos complexos normativos. Mas é também sabido que a própria evolução das sociedades não ocorreu de forma linear, a momentos de maior gabarito intelectual sucedendo outros em que a barbárie parece de tudo se apoderar, mesmo das conquistas intelectuais já conseguidas.

Em qualquer circunstância, mesmo em culturas em que o direito não parece ser conscientemente fundado, é e quase um imperativo admitir-se que a ordem jurídica objectiva, na forma como se manifestou e chegou até nós, foi efectivamente sentida como

subordinada a algo que a transcendia, porque só isso pode tornar crível a respectiva aceitação generalizada. Mesmo sem vestígios coevos de quaisquer esforços de consideração do problema, falta que as mais das vezes pode até ser simples consequência da inexistência de testemunhos, não é crível que a sociedade aceite a presença estável de comandos sem reconhecer, ao menos implicitamente, que tais comandos tem na sua base uma autoridade fundada em poder humano ou supra humano, de natureza individual ou colectiva, aceite como inultrapassável porque se encontra em conformidade com um processo mental que a legitima, comum a todos, à generalidade ou à maioria. A pura força, isolada de uma qualquer concepção legitimante, não pode estabilizar um ordenamento, mas apenas fundar situações de facto tão transitórias que não ultrapassariam o nível de meros eventos.

Sendo certo que quanto mais se recua no

tempo, mais difícil se torna apurar em concreto a inteligência essencial na base do processo, também é certo que quanto mais se recua mais se estreita o leque de alternativas possíveis, até se reduzirem a um número ínfimo. Seja como for, o fundamento do direito não pode deixar de ser questionado em cada momento, ainda que a imagem delineável se coloque no plano da mera especulação. Mesmo assim, as alternativas que os escassos vestígios permitam abrir serão úteis à compreensão do fenómeno jurídico enquanto tal, pelo que não deverá deixar de ser objecto de considerações.

7. As fontes do direito.

Nos quadros da experiencia jurídica de uma determinada época, as formas típicas de formação e revelação do direito ou seja as fontes do direito para usar uma expressão consagrada que tem resistido às mais variadas tentativas de superação, constitui a vertente do conhecimento do fenómeno

jurídico que se impõe em seguida determinar.

Aqui depara-se fundamentalmente com processos espontâneos e processos voluntários de formação de normas. Típico do primeiro caso é o costume onde a norma sucede ao facto mediante a juridificação de certos comportamentos sociais cuja consciência da obrigatoriedade se vai gerando na sociedade. Pode dizer-se que constitui um processo de sempre na formação do direito ³⁵, com claro predomínio nas épocas mais recuadas em que este não constituía objecto fundamental de poder político, nem era matéria de reflexão de especialistas teóricos e práticos. Não obstante o período de predomínio do direito consuetudinário, em sociedades como a nossa, se encontrar

³⁵ J. Oliveira Ascensão, *O Direito. Introdução e Teoria Geral. Uma perspectiva luso-brasileira*, 13^a ed. Lisboa 2006, p. 264 "(...) o costume é a fonte privilegiada do direito, enquanto exprime directamente a ordem da sociedade, sem necessitar da mediação de nenhum oráculo".

desde há muito manifestamente superado, a consideração do costume como fonte de direito não deixa de ter razão de ser, mesmo nos quadros de um sistema jurídico como o português, que expressamente o exclui do elenco das fontes de direito ³⁶. Apesar de a lei não lhe atribuir valor autónomo a eficácia substancial do costume é um facto na medida em que constitui um dado conatural à regra consuetudinária. *"Ele revela directamente a ordem normativa da sociedade independentemente da atitude que perante ele tomam os governantes e até não obstante a atitude que os governantes tomem"* ³⁷.

Em sentido contrário, a lei, entendida como aquela que é estatuída pelo poder político, consubstancia um processo voluntário de criação de direito. A intervenção legislativa dos competentes

³⁶ *Idem*, p. 225; João de Castro Mendes, *Introdução ao Estudo do Direito*, Lisboa, 1984, p. 128

³⁷ J. Oliveira Ascensão, *ob. cit.*, p. 258.

órgãos em que o poder político numa sociedade se estrutura, pode assumir diferentes aspectos e apresentar-se com diversas denominações. Contudo, subjacente à mesma encontra-se sempre um processo intencional e autoritário de criar direito. A regra jurídica assim formulada é formalmente mais clara e mais rigorosamente delimitada do que o preceito consuetudinário. Constitui igualmente um meio eficiente e rápido de proceder a transformações na sociedade em consonância com os objectivos que se procurem prosseguir. O seu valor é no entanto de natureza formal, externo, nada podendo garantir a adequação técnica da norma legal ao objectivo prosseguido, a sua substancial justiça, nem a aceitação social e efectividade da mesma.

Entre estes dois processos opostos de criação de normas jurídicas, o costume e a lei, devemos situar o direito prudencial e o direito judicial como outras formas actuais de maior relevo, designadamente nos

sistemas de base romano-germânico-canónica, e outras que apenas emergem em distintos sistemas como seja, o precedente (*case law*), nos sistemas de base anglo-saxónica.

As normas prudenciais são criadas ou reveladas pelos juristas, isto é por aqueles que se dedicam ao estudo e à reflexão sobre o direito, quer numa perspectiva doutrinária quer prática. É incalculável a aportação da ciência jurídica para o progresso do direito, pondo a história claramente em relevo o papel que os juristas tiveram na superação de ordens jurídicas desfasadas de novas exigências sociais, culturais e económicas e na construção de um mundo de valores e de princípios referenciais em que possa assentar a ordem duma sociedade progressiva e justa. Apontemos a título exemplificativo dois momentos da história da civilização em que a tarefa criadora dos juristas e da ciência do direito foi determinante na superação duma ordem antiga e na construção de uma edificação normativo e

institucional inovador e mais adequado às exigências das novas circunstâncias.

Em Roma a jurisprudência clássica teve o mérito inquestionável de elaborar um ordenamento jurídico capaz de dar adequada resposta aos novos problemas que a cidade enfrentou quando ultrapassou as circunscritas fronteiras territoriais do seu termo inicial e se estendeu, primeiro a toda a Itália, depois a toda a bacia mediterrânica com incursões mais ou menos afastadas desse eixo polarizador do Império. Aos inúmeros problemas decorrentes duma sociedade urbana, de costumes sofisticados, multinacional, cosmopolita, dão os juristas romanos devida resposta na elaboração de um novo sistema que ultrapassa o formalismo e a simplicidade do velho direito quiritário e se constitui em modelo de soluções concretas que é legado à posteridade, constituindo porventura a mais importante aportação de Roma ao modelo de

civilização e de sociedade a que pertencemos.

O renascimento do Direito Romano na Europa, a partir do século XII, com a conseqüente criação dum direito comum europeu, foi fundamentalmente obra de juristas. Constituiu um momento único na história do direito em que se superou o rudimentar sistema jurídico alto medieval e se abriu caminho à moderna ciência jurídica³⁸. Na base desse labor jurisprudencial esteve o Direito Romano na sua versão justinianeia, onde os juristas vão buscar soluções para grande parte dos problemas que visavam resolver, adaptando o texto do *Corpus* as novas condições sociais. Os agentes desse trabalho são pois os juristas organizados nas

³⁸ Neste sentido, escrevem Ruy de Albuquerque e Martim de Albuquerque, *História do Direito Português, I: "O direito prudencial (...) conheceu na Idade Média um alto grau de desenvolvimento e florescimento. É lícito asseverar, atendendo à importância relativa das fontes de direito em cada período, que este foi, por excelência, o do reinado dos juristas"*

universidades que vão surgindo nos mais importantes centros culturais europeus, estabelecendo uma clara ligação entre o estudo do direito e a tradição universitária. Constituiu um movimento de carácter marcadamente supra nacional, verificando-se grande circulação de professores e alunos, não sendo o factor nacionalidade barreira ao intercâmbio dos conhecimentos, ou ao recebimento dos mesmos pelos diversos países europeus. Utilizando a mesma língua, o latim, tendo como agentes um escol manifestamente internacionalizado e buscando a solução de problemas comuns às várias nações, o direito romano medieval vai pois impor-se pela via prudencial como direito comum é factor de convergência cultural em toda a Europa ³⁹. Será mais

tarde superado no seu papel de fonte imediata, quando o Estado moderno chamou a si, de forma definitiva, o papel de *conditor juris* e o jurista se tornou em servidor do mesmo Estado, mas preservou ao menos a capacidade de influenciar a lei, pelo que indirectamente não esgotou o seu papel no universo do fenómeno revelador e criador do direito.

Quanto ao direito judicial representa também uma categoria histórica que, paradoxalmente, conseguiu manter quase até à actualidade alguma margem directa de intervenção na formulação de comandos gerais e abstractos.

Sendo certo que de raiz, o tribunal não é instância criadora de direito, mas apenas declarativa ou reveladora e cingindo-se o valor da sua decisão apenas ao caso concreto, a verdade e que desde cedo também se observa, em certos momentos o papel criador do juiz na fixação de regras para futuro através da sua intervenção judicial. Foi o caso, mais uma

³⁹ Sobre este assunto a bibliografia é vastíssima. Veja-se nomeadamente Francesco Calasso, *Medio Evo del Diritto*, Milão, 1954 e a bibliografia citada por Ruy de Albuquerque e Martim de Albuquerque, *ob. cit.*

vez, de Roma, verdadeiro laboratório no qual ao longo de mais de um milénio se foi ensaiando na prática quotidiana e colocando em vigor, novas e sucessivas formas de criar direito que reflectiam e se ajustavam à evolução histórica da sociedade. Fê-lo o pretor através do seu tribunal, ao determinar comportamentos, primeiro com base no poder absoluto, mas legítimo, de que dispunha e depois através de um verdadeiro poder de constituir direito projectando-o para o futuro, assim construindo um núcleo de preceitos que embora formalmente dependentes da aceitação dos destinatários, na prática, através de expedientes vários, se comportavam como um verdadeiro ordenamento concorrente com o *ius civile*. Mais tarde integrado no ordenamento da cidade, muitos desses preceitos transitariam para ao direito comum medieval e daí para a massa do direito actual.

Mas a época moderna não recusaria de

tudo dar alguma continuidade ao poder do tribunal declarar direito de forma geral e abstracta, embora cingindo-o aos casos duvidosos no quadro de uma interpretação autêntica. Essa faculdade, que em Portugal seria institucionalizada no seculo XVI como herança régia, só nos finais do seculo XX lhe seria retirada.

Quanto ao precedente, estranho à tradição moderna europeia continental, mas não desconhecido na Idade Média, apenas subsistiria nos sistemas anglo-saxónicos⁴⁰.

8. O conteúdo do direito. A consideração do direito através do estudo das formas da sua manifestação, ainda que importante, não deixa de constituir uma abordagem parcial do mesmo, pois fica por revelar o próprio conteúdo da ordem jurídica, a específica forma

⁴⁰ Sobre o *case law* veja-se de J. Oliveira Ascensão, *As fontes do direito no sistema jurídico anglo-americano* (sep. Boletim de Ciência e Técnica Fiscal, nº 175/176), Lisboa, 1974.

como esta actua concretamente, quer ao estabelecer a forma de organização política da sociedade, a competência dos órgãos administrativos, a designação dos seus titulares, etc., quer ao estratificar-se em institutos que regulam situações ou objectos típicos da vida social. Dá-se o nome de instituição jurídica ao conjunto de regras que regulam situações ou objectos típicos da vida social ⁴¹, como o casamento, a filiação, a sociedade comercial, a herança, a responsabilidade civil, a locação e muitíssimas outras poder-se-iam apontar. Daqui resulta a específica denominação de *História das Instituições* a história que se dedica a conhecer e descrever as soluções materiais que determinada ordem jurídica estabeleceu e consagrou, como evoluíram essas soluções e quais as causas

porque evoluíram ⁴².

Dentro dessa perspectiva, como chama a atenção Ruy de Albuquerque, é necessário "*determinar os elementos translaticios, fixados pela tradição - isto é, apurar quanto numa dada ordem jurídica não corresponde ao criado contemporaneamente para responder aos problemas concretos, mas que foi herdado de épocas anteriores, e dentro desta última categoria fazer uma subdivisão entre as soluções que, embora criadas antes, continuam a ser tidas por válidas para problemas comuns ao período em causa como o foram para os seus antecedentes, e tudo aquilo já despido de uma efectiva vivencia coeva, vigente mas não o vivo, simples sobrevivências mantidas pela inércia, pelo gosto ritual, par incapacidade de renovação. A este propósito deve consignar-se a insistência da moderna metodologia em destacar os elementos de renovação jurídica dos elementos tradicionais como forma de apreensão do âmago das*

⁴¹ Sobre a ideia de instituição, vd. Martim de Albuquerque, *História das Instituições* (lições policopiadas), Lisboa 1979, p. 19 e s.

⁴² Sobre o sentido da expressão "*História das Instituições*" ver Ruy de Albuquerque, *Relatório, cit.*, p. 74 e s., e Martim de Albuquerque, *Lições ...*, cit., p. 30 e s.

ordens jurídicas e, enquanto tal, útil em termos de comparativismo"⁴³.

Trazendo à colação uma velha distinção da História do Direito cuja origem remonta a Leibnitz, é nesta dualidade de pontos de vista que assenta a contraposição entre a história externa e a história interna do direito. Aquela consideraria as fontes, a forma como o direito se constitui e a ordem jurídica se formaliza, esta evidenciaria o conteúdo da dita ordem jurídica, a sua substância⁴⁴.

⁴³ Ruy de Albuquerque, *Relatório*, cit., p. 149.

⁴⁴ Esta distinção entre história interna e externa do direito foi cara à historiografia jurídica do princípio do século XX, influenciada pelo positivismo sociológico. Para ela chamaram a atenção Marnoco e Souza, *História das Instituições do Direito Romano Peninsular e Português* (prelecções feitas no curso do 2º ano jurídico de 1904 a 1905), 3ª ed., Coimbra, 1910 e Joaquim Pedro Martins, *História das Instituições do Direito Romano, Peninsular e Português*, Coimbra, 1905. Na bibliografia actual, consultar sobre a referida distinção Martim de Albuquerque, *Lições...*, cit., p. 35 e

Ambos os pontos de vista, como é óbvio, interessam a consideração histórica do fenómeno jurídico e por isso se revestem da maior importância numa exposição de tal natureza.

9. A aplicação do direito. É contudo sabido que a formulação das normas jurídicas apresenta carácter abstracto e hipotético. O grau de abstracção pode variar muito consoante a finalidade, o tipo e a origem das regras, e a sua natureza hipotética está ínsita na sua estrutura lógica e no seu modo de actuação. O juízo de valor geral deve preceder o acto, o *dever ser* precede o *ser*. Mas a realização efectiva da ordem jurídica é feita na prática social. Antes de mais na adequação que os sujeitos fazem das suas condutas ao direito vigente a fim de não sofrerem os inconvenientes que normalmente resultam da violação da ordem

s. e Mário Júlio de Almeida Costa, *História do Direito Português*, Coimbra, 1989, p. 32

jurídica, ou para verem os seus direitos e interesses prosseguidos da forma mais eficiente. Mas sobretudo o direito realiza-se na resolução de casos singulares, ao solucionar justamente situações controversas ⁴⁵. Para tanto a sociedade tem que se organizar e atribuir a alguém essa competência e ao mesmo tempo essa autoridade. Trata-se de uma importante e complexa tarefa social. Exige saber e experiência, bom senso, diligência, integridade moral e honestidade. Implica independência e isenção relativamente às partes e aos interesses em jogo. A certeza e segurança que uma ordem jurídica visa atingir pode resultar não tanto das características e bondade do seu complexo normativo, mas sobretudo do efectivo bom funcionamento do inteiro organismo jurídico. São vários os factores que podem levar a distinções entre o direito formalmente vigente e o direito efectivamente

aplicado. Entre a justiça abstracta e a justiça concreta. Em maior ou menor grau eles encontram-se presentes em todas as ordens jurídicas, variando o seu tipo predominante consoante as concretas circunstâncias históricas da sociedade em questão. Concretizemos com alguns exemplos: as normas são desobedecidas por manifestamente chocarem os hábitos ou convicções da sociedade ou por se encontrarem manifestamente desactualizadas; os juízes são ignorantes, não tem preparação adequada, não julgam com isenção e independência designadamente por estarem sujeitos a pressões sociais, são influenciados nos seus julgamentos por preconceitos ideológicos, etc.; os processos são muito longos, onerosos, e a via judicial não se encontra, por igual geograficamente acessível; os órgãos executivos ou de polícia não tem força dando lugar às formas de autotutela ou de vingança privada, por natureza arbitrárias; existe estado de guerra ou calamidade que

⁴⁵ J. Oliveira Ascensão, *O Direito...*, cit., p. 479 e s.

impossibilitam o regular funcionamento das instituições.

A História do Direito ao debruçar-se sobre a experiência jurídica do passado deve pois averiguar como foi aplicada e quem aplicou o direito e qual o grau de eficiência que as normas jurídicas lograram obter. A questão do conhecimento do direito efectivo constitui um tópico de interesse na moderna historiografia nacional⁴⁶. António Hespanha chama a atenção para o facto da concretização e realização do direito se verificar a um nível inferior: *"ao nível das sentenças judiciais, da actividade dos advogados e dos notários, das decisões dos órgãos administrativos, das obras jurídicas de divulgação destinadas ao grande público dos juristas generalistas e mesmo dos*

*leigos. Quantas vezes um regulamento, uma corrente jurisprudencial, um costume administrativo, uma corrente de opinião pública, uma impossibilidade material ou política, não reduz o texto legal a uma mera formula vazia de impacto social?"*⁴⁷.

Na consideração do direito sob o ponto de vista da sua aplicação deve, por isso, procurar dar-se uma panorâmica da organização judiciária em cada período histórico considerado. Igualmente relevantes são o notariado e a advocacia, actividades por natureza ligadas à prática jurídica.

A primeira enquanto encarregada de redigir os actos jurídicos mais importantes confere-lhes um particular valor probatório, introduzindo na disciplina

⁴⁶ Ruy de Albuquerque, *Relatório...*, cit., p. 151, nota 1, onde assinala *"que o conhecimento do direito aplicado - e, portanto dos factores de resistência ou desvio ao direito legislado, ao direito oficial, ao direito instituído - tem-se imposto entre todos nós como verdadeira premissa metodológica do estudo histórico do Direito"*.

⁴⁷ António Manuel Hespanha, *História das Instituições*, Coimbra, 1982, p. 18. Ver igualmente as considerações que este autor tece sobre *"o mundo da justiça e administração não oficiais"* no seu trabalho *As Vésperas do Leviathan. Instituições e Poder Político em Portugal no séc. XVII*, Lisboa, 1986, pp. 609 e s.

jurídica um específico ponto de vista, influenciando por vezes, com a sua prática, aspectos importantes do regime substancial dos actos escriturados. Do ponto de vista histórico as escrituras dos actos públicos apresentam enorme interesse como fonte de conhecimento de direito, sendo apreensível através delas o fenómeno jurídico num estágio de concretização e efectividade.

A advocacia concretiza uma actividade imprescindível a realização prática do direito e da justiça. Os advogados assumindo o patrocínio e representação das partes constituem um elo de ligação entre a ordem jurídica e os seus destinatários finais, a sociedade civil. Quer ao aconselharem o seu constituinte a adoptar o comportamento jurídico mais adequado, quer representando-o perante instâncias judiciais ou administrativas, o advogado, não obstante a sua posição parcial, concorre decisivamente para a prossecução das finalidades

últimas da ordem jurídica. Apresenta-se frequentemente como um protagonista na realização do direito com papel de evidencia do debate jurídico, corporizando e dando vida a natureza dialéctica e retórica que lhe esta ínsita. O exercício da advocacia com referência, designadamente, à regulamentação legal da profissão deverá por isso constituir um tema de consideração na Historia do Direito.

No campo da aplicação do Direito justifica-se ainda a consideração do processo de registo de certos actos jurídicos. Com vista a torná-los mais certos, e desta forma conferindo maior segurança ao exercício dos direitos, pode a ordem jurídica tomar obrigatório ou vantajoso o registo de alguns actos jurídicos ou categorias de actos. Esse registo esta sujeito a uma disciplina própria que por vezes influencia na prática o regime substancial dos institutos com que se relacionam os actos a ele sujeitos. Para além desta

função certificadora (evidente no domínio do estado civil das pessoas ou do direito imobiliário) o registo apresenta por vezes a finalidade de conferir publicidade a certas situações jurídicas contribuindo para reforçar os interesses gerais de segurança e confiança no tráfico jurídico (finalidade que é evidente no domínio do direito comercial). Outras vezes é a própria personalização de entes sociais que depende do registo. Constitui, pois, matéria a ter em conta no plano histórico, no campo da aplicação do direito.

10. O conhecimento do direito. A experiência jurídica aparece, por fim, condicionada pela forma como o direito foi ensinado, entendido, conhecido e especulativamente considerado em cada época ou período.

Constituindo uma matéria complexa, o direito tem sido ao longo da história, objecto de estudo ao mais alto nível. A

orientação dada e recebida quando da formação vai influenciar a actividade futura de muitos dos que irão ter papel relevante no desenvolvimento da experiência jurídica: juízes, jurisconsultos, legisladores, advogados, notários, etc. Daí que a forma como o ensino foi organizado e prosseguido seja igualmente vertente importante a considerar no domínio de uma História do Direito.

No núcleo de questões subordinadas à ideia do conhecimento do direito tem igualmente lugar a análise e a descrição das características principais da cultura jurídica de cada época em estreita ligação com os seus mais significativos representantes. Tal como, sempre que possível, as formas através das quais o direito foi divulgado, aí se compreendendo o conhecimento das fontes *cognoscendi*, indissociável do conhecimento das mais importantes colectâneas de legislação e jurisprudência e

dos jornais ou revistas jurídicas com relevância social.

BIBLIOGRAFIA PRINCIPAL

Albuquerque, Ruy Corte-Real de
História do Direito Português – Relatório (sep. da Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Ano XXVI).

Albuquerque, Ruy Corte-Real de (e Martim Corte-Real de Albuquerque),
História do Direito Português, I vol., 12ª ed., PF Editores, Sintra 2006

Albuquerque, Martim Corte-Real de
História das Instituições (lições policopiadas), Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa 1979.

Ascensão, José de Oliveira
O Direito. Introdução e Teoria Geral. Uma perspectiva lusobrasileira, 13ª ed., Ed. Almedina, Coimbra 2006.

Aquino, S. Tomás de
Summa Teologica.

Calasso, Francesco
Medio Evo del Diritto, Milão 1954

Chorão, Mário Bigotte
Temas Fundamentais de Direito, Coimbra 1986.

Cícero, Marco Túlio
De Republica 3.

De Legibus

Cordeiro, António Barreto Menezes

Do Trust no Direito Civil, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa 2013.

Cordeiro, António de Menezes

Teoria Geral do Direito Civil-Relatório (sep. da Rev. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa), Lisboa 1987.

Correia, Eduardo

Direito Criminal, Coimbra 1971

Costa, Mário Júlio de Almeida

História do Direito Português, 5ª ed., Almedina Ed., Coimbra 2012.

D'Ors Alvaro

Jus Europaeum, in “Estudos em homenagem a P. Koschaker”.

Hart, Herbert

O conceito de Direito (trad. port. de A. Ribeiro Mendes), 3ª ed., Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa 2001.

Hernandez Gil, António

- Metodologia de la Ciencia del Derecho*, Madrid 1973
- Hespanha, António Manuel
História das Instituições, Almedina Ed., Coimbra, 1982.
- As Vésperas do Leviathan. Instituições e Poder Político em Portugal no séc. XVII*, Lisboa 1986.
- Cultura Jurídica Europeia*, Almedina Ed., Coimbra 2012
- Koschaker, P.
Europa y el Derecho Romano (trad. esp. de José Santa Cruz Teijero), Madrid, 1955
- Larenz, Karl
Metodologia da Ciência do Direito (trad. port. de José de Sousa Brito e José António Veloso), Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa 1978.
- Marcos, Rui Figueiredo (e Carlos Mathias e Ibsen Noronha)
História do Direito Brasileiro, Forense Universitária, Rio de Janeiro 2014
- Martins, Joaquim Pedro
História das Instituições do Direito Romano, Peninsular e Português, Coimbra 1905.
- Mendes, João de Castro
Introdução ao Estudo do Direito, Lisboa, 1984
- Noronha, F. Elgar
Understanding the common civil code. An introduction to civil law, Nagpur (India), 2008.
- Orestano, Riccardo
Introduzione allo Studio Storico del Diritto Romano, 2ª ed., Torino 1963.
- Perez-Prendez Muñoz de Arraco, José Manuel
Historia del Derecho Español, 2 vls, Facultad de Derecho - Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1999.
- Rickert, Heinrich
Die Grenzen des Naturwissenschaftlichen Begriffbildung, 6ª ed. Tubungen 1929
- Santos, Delfim
Da Filosofia (Coleção Horizonte, 6), Imprensa Portuguesa, Porto 1939
- Silva, Nuno Espinosa Gomes da
História do Direito Português, 5ª ed., Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa 2011
- Souza, José Marnoco e
História das Instituições do Direito Romano Peninsular e Português (prelecções feitas no curso de 1904 a 1905), 3ª ed., Coimbra 1910.
- Tonnies, Ferdinand
Gemeinschaft und Gesellschaft, 1877.
- Weber, Max

Wirtschaft und Gesellschaft, 1921.
Wieacker, Franz

História do Direito Privado Moderno (tradução port. de A. Hespanha), Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa 1980.