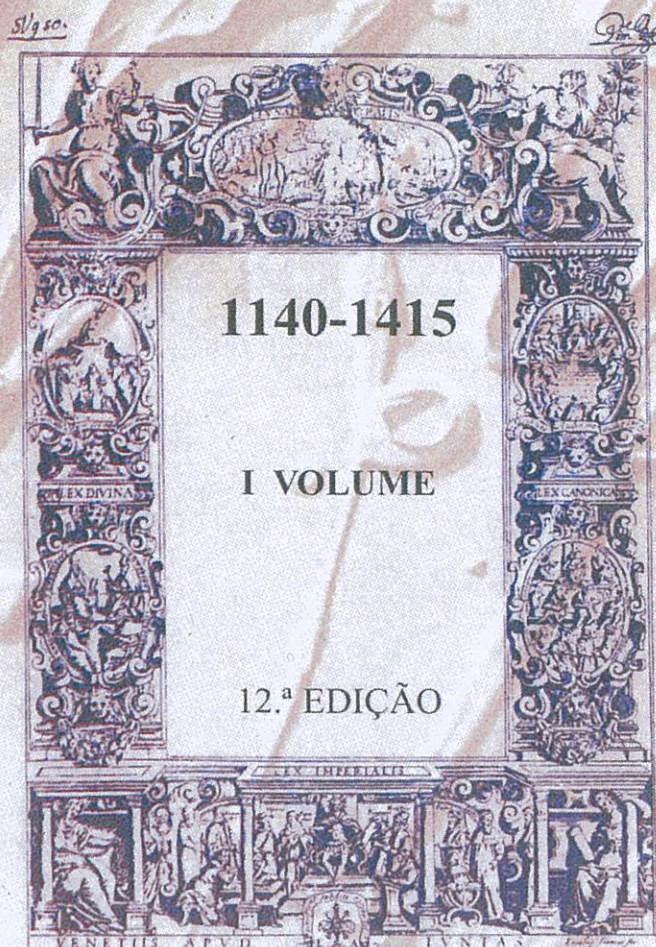


RUY DE ALBUQUERQUE
MARTIM DE ALBUQUERQUE

Professores Catedráticos da Faculdade de Direito de Lisboa

HISTÓRIA DO DIREITO PORTUGUÊS



PF

SINTRA 2005



RUY DE ALBUQUERQUE
MARTIM DE ALBUQUERQUE

Professores Catedráticos da Faculdade de Direito de Lisboa

HISTÓRIA DO DIREITO PORTUGUÊS

I VOLUME
(1140 - 1415)

12.ª EDIÇÃO

LISBOA
2005

O Direito encarna a história do desenvolvimento de uma nação ao longo dos séculos e não pode ser tratado como se fosse unicamente composto por axiomas e corolários, tal qual um livro de matemática. Para saber o que é o Direito, torna-se preciso saber o que ele foi e o que tende a ser. Há que consultar alternadamente a História e as teorias jurídicas existentes.

OLIVER WENDELL HOLMES
THE COMMON LAW

"Toda a ciência jurídica nada é senão história do direito"
(die ganze Rechtswissenschaft selbst nicht anders ist als Rechtsgeschichte).

SAVIGNY
ALLGEMEINE LITERATURZEITUNG, N.º 251-252.

"O Sentido de uma palavra (...) determina-se (...) pela etimologia (...) e pelo uso que dela se faz. A etimologia só fornece o significado primitivo e abstracto; o uso (...) feito nas diferentes épocas dá-nos o significado sucessivo, variável, vivo. É pelo emprego da palavra que se pode aperceber a ideia que lhe ligaram as diferentes gerações e distinguir os factos e as práticas referidas com esse termo. Deve assim concluir-se que a história de uma palavra pode revelar a história de uma instituição."

FUSTEL DE COULANGES
RECHERCHES SUR QUELQUES PROBLEMES D'HISTOIRE - PARIS, 1894.

"Depois trataremos da tradição dos doutores, porque o direito não se pode manter sem jurisperitos que possam cotidianamente aperfeiçá-lo" ("post hoc dein de auctore successione dicemus, quod constare non potest ius, nisi sit aliquis iuris peritus per quem possit cotidie in melius produci").

POMPÓNIO
D. 1.2.2.14

Autores: Profs. Ruy de Albuquerque e Martin de Albuquerque
Reservados todos os direitos desta edição para Pedro Ferreira
— Profs. Ruy de Albuquerque e Martin de Albuquerque

Composição e Impressão:
Pedro Ferreira - Artes Gráficas, Lda
Rua Jorge Castilho, 14
Tel. 916 17 08 - Fax: 917 63 57
2635-378 Rio de Mouro

Edição:
Pedro Ferreira - Artes Gráficas, Lda
Rua Jorge Castilho, 14
Tel. 916 17 08 - Fax: 917 63 57
2635-378 Rio de Mouro

Depósito Legal n.º 230785/05
Tiragem: 2.000 exemplares
SINTRA 2005

É proibida, nos termos da lei em vigor, a reprodução parcial ou integral desta obra por qualquer meio (fotocópia, fotografia, offset, etc.)

IMPORTANTE

- Realismo formal - Martins do Albuquerque
- Realismo realismo - Prof. Zschel.

Periodificação

- pluralismo - 1140 - 174757
(Várias fontes)

- Realismo vai de 1475 até hoje

- Formal (absolutismo) 1415 - 1820
- Realismo (constitucionalismo) 17820 - até hoje

(A Real. tem de conviver com outras fontes mas é ele quem prevalece)

do
pensamento
português

INTRODUÇÃO

DIRECTRIZES E PERIODIFICAÇÃO

DA HISTÓRIA DO DIREITO PORTUGUÊS;

PROBLEMAS METODOLÓGICOS

1. Termo «a quo» — Cumprir, em primeiro lugar, destacar o facto de não se abranger nestas *Lições* o tratamento sistemático e sequencial dos períodos anteriores à fundação de Portugal. Isso não deriva da falta de interesse para o estudo do nosso direito e das nossas instituições do direito e das instituições da Espanha pré-romana e romana, assim como da monarquia visigótica, do domínio muçulmano, de todo o processo da reconquista e da formação dos reinos cristãos — dos quais saíra o nosso País. Pode mesmo dizer-se que seria de grande importância o conhecimento respectivo. Não se torna, porém, viável aqui. Este livro tem origem no ensino universitário e visa-o em primeiro lugar. Ora, a cadeira de História do Direito compreende apenas duas escassas aulas semanais de exposição, por um lado. Por outro, começando praticamente pelos fins de Outubro e havendo ainda eventuais interrupções causadas por serviço de exames, muito pouco tempo fica para a leccionação da matéria. Haveria, assim,

que optar entre a exposição dos antecedentes — que, frisa-se, são condicionantes — e o próprio objecto do curso, estabelecido de forma a conseguir-se o desenvolvimento minimamente susceptível de oferecer uma panorâmica com alguma globalidade. Na escolha pesou, aliás, o facto, de, mesmo em diferentes circunstâncias de tempo, se verificar tradicionalmente a impossibilidade de tratar de forma harmónica a matéria que se deveria compreender no âmbito da cadeia. Quem percorrer as lições de História do Direito português verificará que normalmente nelas se estuda o período medieval com alguma profundidade — e depois, sempre mais apressadamente, apenas os sistemas de fontes. A tanto obriga a inclusão dos antecedentes da nossa História.

Ora, se isto se verificava quando o programa se cingia ao estudo das fontes do direito — muito mais haverá de fazer sentir-se se intentarmos um estudo, ainda que sintético, do direito material.

Para encerrar esta chamada de atenção importa referir: que o marco inicial representa, em muitos aspectos, um patente grau de artificialismo. A independência de Portugal, facto essencialmente político, não teve de imediato reflexo em muitos sectores da ordem jurídica. Sirva para exemplificar o caso do direito que hoje denominaríamos privado e mesmo o de muitas instituições de carácter público, que permaneceram inalteradas. Só progressiva e lentamente, e muitas vezes por via indirecta, ele veio a fazer-se sentir. A sua escolha representa, portanto, uma opção de natureza meramente historiográfica — com todas as condições das periodificações em matéria histórica.

2. Problemas genéricos e específicos da periodificação da História do Direito e da História do Direito português —
Chegados a este ponto, é altura de anunciarmos a segunda prevenção respeitante ao plano do livro. Diz ela respeito à periodificação estabelecida.

É um lugar-comum da historiografia a observação do carácter meramente instrumental e didáctico de qualquer periodificação — e com isso do seu valor relativo. Periodificar significa aceitar datas-barreiras, separando, em função de certos eventos delimitadores de épocas, os factos históricos. É como que o estabelecimento de uma compartimentação — embora a realidade histórica nunca se detenha no seu desenvolvimento cronológico. A vida processa-se de forma contínua, sem cesuras. Por isso, já se disse que a periodificação sofre de uma congénita tara de artificiosidade — não obstante apresentar virtudes sistemáticas imprescindíveis à exposição e até potencialidades reconstitutivas, que permitem formulação de hipóteses em caso de lacunas do nosso conhecimento pela indução realizada a partir dos diferentes fenómenos históricos pertencentes àquele mesmo período no qual se integra o facto a apurar. O homem vive por unidades de estilo, ensinou Nietzsche, ao afirmar a sua crença a respeito de uma comunidade de caracteres nas mais diversas manifestações culturais de cada época.

Necessária, mas artificiosa, pois, a periodificação contém igualmente patente grau de subjectivismo. Qual ou quais os factos que se devem tomar como elementos de separação de épocas? Dependerá, obviamente, do fim visado com a periodificação. Uma história dos factos económicos poderá considerar factores diversos dos de uma história jurídica — e assim por diante. Quando mesmo se não varie de objecto, interferirão factores relativos ao historiador, à sua forma mentis. Certo evento poderá apresentar grande interesse para um historiador, que o tomará como elemento determinante ou simbólico de uma mutação de épocas, e não oferecer as mesmas virtualidades aos olhos de um outro exegeta. Tal facto, frequente em função das próprias circunstâncias de tempo em que se colocam os diferentes observadores — o historiador hodierno, tomado como tipo, tem uma visão diversa do historiador de há cem anos —, não deixa de se verificar mesmo entre historiadores coevos.

Este subjectivismo resulta da impossibilidade de o historiador ponderar — ou até conhecer — todos os eventos que se produziram num certo momento histórico, impondo-se-lhe um trabalho de abstracção. Da globalidade dos acontecimentos seleccionará aqueles que forem mais relevantes.

Para realizar essa tarefa deve o historiador tomar em consideração factos tão significativos quanto possível — isto é, factos que co-encolvam o maior número de causas que for viável aperceber e factos que impliquem o mais amplo somatório de consequências. Fazendo assim, o historiador limitará a realidade do valor de periodificação e o apontado subjectivismo. Isso na exacta medida em que diminua a discricionariedade pessoal da escolha, para não dizer mesmo a arbitrariedade dela.

A historiografia jurídica nacional tem tomado a este respeito vários caminhos. Um primeiro critério divide a história do nosso direito de acordo com factores políticos, consubstanciados nas formas do Estado — antepondo a essa classificação outra resultante de caracteres étnico-políticos. Sufragada, de forma mais ou menos integral, com maiores ou menores desvios, por Caetano do Amaral (1747-1819), Melo Freire (1738-1798), Coelho da Rocha (1793-1850), Herculano (1810-1877) e completada ou adicionada por Gama Barros (1833-1925), tal orientação considera, na formulação mais completa, os seguintes períodos: a) Período pré-romano; b) Período romano; c) Período visigótico ou germânico; d) Período da Reconquista; e) Período da monarquia limitada ou feudal; f) Período da monarquia absoluta; g) Período da monarquia liberal-constitucional; h) Período republicano.

Com o patente defeito de obedecer a dois critérios — o étnico-político e o estritamente político —, tal classificação apresenta ainda como sério inconveniente a redução da história jurídica à história dos factos políticos consubstanciados estes na história do Estado. O mesmo vício se encontra nas posições que dividem a História do Direito fundamentalmente de acordo com dinastias ou reinados, conforme se encontra subjacente ou expreso em

alguns dos autores antes citados e chegou a ser admitido por Marcello Caetano (1906-1980). Também aqui o que se encontra latente é o predomínio do direito público sobre o privado, a ideia do Estado como o grande factor de produção do direito, a crença de que o Estado se identifica essencialmente com a administração pública, tudo aliado à convicção de uma homogeneidade das formas políticas desde a fundação da nacionalidade até aos tempos contemporâneos. Quanto se teria sempre verificado era a substituição do titular do órgão máximo do Estado — a Coroa — que de si importava, por necessárias mudanças de política estabelecidas em função da personalidade dos monarcas, o estabelecimento de períodos correspondentes aos reinados.

Uma outra orientação preconiza a periodificação de acordo com o predomínio do elemento jurídico-externo (*fontes*) sobre o jurídico-interno (*instituições*). Haveria a estabelecer os seguintes períodos: a) Período de formação jurídica consuetudinária (*Cos-tume*), desde o século XI a D. Afonso III; b) Período de grande predomínio da legislação geral e escrita, primeiro dispersa, mais tarde reunida em códigos (Ordenações); c) Período moderno, caracterizado pelo «predomínio despótico e exclusivo da lei como fonte do direito» e pelo sistema das grandes «codificações científicas».

Esta orientação, a nosso ver mais perfeita do que qualquer das modalidades da anterior, procura fazer coincidir as diferentes divisões com critérios políticos de organização do Estado, renunciando a coordená-los com os demais fenómenos sociais. É, por isso, completamente unilateral — o que nos impede o seu acatamento, tal como vem formulada. O presente livro está subordinado a uma perspectiva integradora de aspectos institucionais. O critério agora referido intenta, sobretudo, uma história externa, não de instituições.

Deve-se a Cabral de Moncada (1888-1974)¹ uma construção que, com variantes mais ou menos acentuadas, tem sido generi-

1. V. também *infra*, n.º 16.

casual
Tencado

camente acolhida entre nós — para o que não será estranho o facto de os respectivos propugnadores apenas estudarem os sistemas de fontes, num puro trabalho de história externa. De acordo com aquele autor, haveria a considerar critérios exclusivamente jurídicos. Não faria sentido procurar critérios étnicos ou políticos para periodificação da matéria jurídica. O que o historiador teria a fazer era apurar a existência de sistemas jurídicos perdurantes no tempo, a cada um fazendo corresponder um período. Cabral de Moncada estabelece assim as seguintes épocas: a) Sistema primitivo ou ibérico, indo dos mais remotos tempos até à Constituição de Caracala, de 211 da nossa era¹ (Constituição que concedeu a cidadania romana a todos os habitantes livres do Império); b) Sistema do direito romano vulgar, de 211 à *Lex Visigothorum Recesvinda*²; c) Sistema romano-gótico, desde aquela lei até ao século XI; d) Sistema germânico, ou germânico-ibérico, desde o século XI até aos meados do século XII (reinado de D. Afonso III — 1245-1279); e) Sistema do romanismo justinianeu, de D. Afonso III à reforma dos estudos e às primeiras tentativas de codificação a partir dos meados do século XVIII; f) Sistema de direito natural e de individualismo crítico, até às modernas tendências do «direito social» dos nossos dias.³

Trata-se de concepção ligada às premissas metodológicas da escola kelseniana. A sua linha mestra é a convicção de que a ordem jurídica consiste num sistema lógico de normas, entre si concatenadas harmonicamente, estanque aos dados sociais e estabelecido com independência formal perante eles. Deixando de lado a impossibilidade de considerar aplicável aos tempos mais recuados a ideia de sistema jurídico, que corresponde a uma concepção moderna, construída a partir da Pandectística³ e divulgada nomeadamente na historiografia peninsular dos anos vinte, por influência da ciência e dos historiadores alemães, está hoje posta em causa a ideia da ordem jurídica como um sistema

1. Cfr. *infra*, n.º 67. 2. V. *infra*, n.º 54. 3. Cfr. *infra*, vol. correspondente às Fontes do Direito (2.º Período).

harmónico de regras, decorrendo todas de uma norma fundamental e sendo cada uma complementar em relação às demais delas.

A ordem jurídica é um aglomerado de normas, instituições, doutrinas e decisões por vezes entre si contraditórias, de diversa origem cronológica e, portanto, inspiradas em filosofias e ideologias diversas¹, que se transformam de maneira irregular — e não raro permanecendo no tempo para além destas. Por outro lado, a pretendida «pureza» da norma jurídica, que o intérprete deveria considerar com abstracção dos dados sociais, está hoje também em causa.

Ao historiador do direito cumpre encarar as normas não só no seu conteúdo, mas integradas no quadro das fontes respectivas e no respectivo contexto social e institucional. Cumpre-lhe também atentar na vida do ordenamento jurídico enquanto *globalidade*, ou seja, na medida em que é composto por elementos de diversa origem temporal, objecto de vicissitudes diversas e entre si reagentes. O ordenamento jurídico de uma época não nasce de um acto instantâneo. É constituído por normas herdadas das épocas anteriores e por outras que se vão acrescentando paulatinamente. Por isso, a ideia de sistema, com a sua pretensão de fazer correr entre as diferentes épocas uma parede separadora, dogmaticamente errada, torna-se historicamente inaceitável². A periodificação não pode ser tomada senão dentro da ideia de que se não quebra a continuidade histórica. Há factos jurídicos e sociais que transitam de uma época para a outra, e as inovações frequentemente só aceleram ou desenvolvem tendências já latentes ou que se fazem sentir muito depois da sua produção e à maneira que vão ocorrendo vários eventos cuja conjugação com elas se produz sob a forma de concausas de novos fenómenos.

3. Periodificação adoptada — Em nosso entender, existem dois períodos na História do Direito português — não conside-

1 e 2. Cfr. *infra*, n.º 16.

rando as divisões susceptíveis de estabelecimento com anterioridade à fundação do reino e correspondentes a critérios étnicos. O primeiro corresponde a uma ordem jurídica essencialmente pluralista. O segundo a uma ordem jurídica essencialmente monista. A transformação de uma na outra opera-se com a concentração nas mãos do Estado das fontes de produção jurídica — de forma exclusiva ou quase.

4. Especificidade do fenómeno jurídico no primeiro período — No primeiro período coexiste uma série de factos normativos de proveniência diversa — romana, germânica, canónica, islâmica, judaica... — formalmente correspondendo a uma heterogeneidade de fontes: costume, direito prudencial¹, direito que chamaríamos supra-estatal, direito estatal-legal e direitos locais... — sem esquecer o pluralismo étnico-religioso correspondente à inserção de comunidades judaicas e mouros no contexto do reino, dotadas de direito próprio, como veremos². Não há então um domínio do direito emanado do poder central, embora encontremos já alguns gérmens dessa vocação, mas sim o direito de uma pluralidade de instituições, personalizadas ou não. Estamos ainda longe da figura do *Estado*, mas apenas perante as figuras do *regnum*, da *respublica*, do *status rei publicae*, do *dominium*, e que se encontram limitadas pelo pluralismo jurídico. Este constitui então a forma prática e efectiva de assegurar a *libertas*. O jurista, como arquétipo, é essencialmente um *conditor iuris*, cultor de um direito sem fronteiras, nem sempre politicamente promulgado nas comunidades que o utilizam, embora aí vinculante. Na segunda época, tomada agora na sua tónica dominante, surge o conceito moderno de Estado com a sua pretensão de deter o direito. Começando por disciplinar o valor

1. V. *infra*, n.ºs 75 e s.

2. Cf. *infra*, n.ºs 103-113, 165, 198-199, e o volume seguinte na parte relativa aos *Grupos Sociais* (1.º Período).

do costume, do direito prudencial e do direito supra-estatal, o Estado acabará por proclamar a redução do direito aos factos jurídicos por ele promulgados, o que encontra o signo externo mais totalitário no identificar do direito com a lei — e por impor a unidade religiosa, com a expulsão dos mouros e judeus, a sua conversão forçada, a perseguição dos desvios de fé, com o consequente estabelecimento de uma unidade jurídica acentuada pela delimitação do direito canónico, cuja aplicação se circunscreve¹. Vejamos alguns aspectos mais em particular.

O jurista deixa de ser um *prudens*². Convertido progressivamente de jurista autoritário em jurista burocrático, é posto ao serviço dos fins políticos do Estado e depois dos seus fins administrativos.

Estamos perante evolução semelhante à que se verificou em Roma com a passagem do *prudens* a jurista burocrático. Dentro em pouco, não passará de um legista. De *conditor iuris* converter-se-á no serventário da aplicação da lei, quando muito crítica. O seu direito passa a ter unicamente o valor que o Estado lhe assina. Sob a aparência de se delimitarem formalmente as funções do jurista (para o qual se reservam actividades essencialmente interpretativas), vai-se estabelecendo um critério que implicará, na substância, a ideia de promulgação política efectiva como elemento necessário, ao menos de maneira implícita, à própria noção de direito. É então que se começa a assistir nos diplomas legais à declaração constante, quase translática, de que valerão não embargante as opiniões doutrinárias, que se têm por revogadas, e se chegará a proibir a interpretação das leis! A vontade do Estado apresenta-se tão intocável e afirma-se de tal maneira determinante que repudia a simples exegese dos doutores, não vá ela acarretar qualquer desvirtuação do legislado. Era

1. V. *infra*, os volumes relativos aos *Grupos Sociais* (1.º Período) e às *Fontes do Direito* (2.º Período).

2. Cf. *infra*, n.ºs 75 e 76 e o volume relativo às *Fontes do Direito* (2.º Período).

o temor (habitual) do poder político ante a possibilidade de um direito baseado na interpretação criadora dos juristas e, por isso, a ele alheio.

O mesmo acontece com o direito *supra regna*. Ele valerá quando e na medida em que o Estado o queira. O beneplácito¹ é a este respeito sintomático. Tarde ou cedo, aparecerão as doutrinas denegadoras do valor jurídico do chamado Direito Internacional ou, mais mitigadamente, do seu recebimento automático na esfera jurídica interna. É a este respeito significativo o facto de se haver sustentado, quando da elaboração do primeiro Código Civil Português, importar o recurso à legislação estrangeira, como forma de apurar o «testemunho» da equidade para com ela suprir as lacunas do ordenamento nacional, a «abdicção da soberania, da razão pública e da autonomia nacional». O próprio direito natural² quando não é negado como elemento limitativo da soberania do Estado e que por este deve ser acatado (assim o fizeram Grócio — m. 1645 —, Hobbes — m. 1679 —, Rousseau — m. 1778) deixa de ser entendido como conjunto de valores atemporais, vinculantes do Estado e, portanto, dele limitadores, para passar pela feitura estatal com a sua recondução à prática dos Estados que compartilham a mesma concepção de mundo que o Estado-censor. É este quem define autoritariamente o que é o direito natural. Quanto ao costume, como haveria ele de resistir? Facto normativo interno, por excelência, as suas forças enfermarão de uma maior debilidade do que os demais factos normativos a reduzir ou reduzidos pelo Estado. Vigorará só e quando este quiser: será o direito dele a declará-lo. Fál-o com a pretensão de estabelecer uma disciplina, não já apenas jurídica, mas também sociológica. Ao banir o costume *contra legem*, o Estado não enuncia apenas um princípio jurídico, mas também um juízo de facto. Nem no mero plano deste a lei poderá ser revogada. Ela surge como um valor absoluto: a lei — eis pois o direito. O

1. Cf. *infra*, n.ºs 49 e 115. 2. V. *infra*, n.ºs 123 e s.

próprio direito local vigorará quando e se a lei o aceitar. Isto no aspecto axiológico, jurídico, político e de facto. Estamos perante o predomínio incontestado e, na lógica do Estado, incontestável da legislação geral. A este ritmo não fugirá o próprio Estado liberal que traduzirá mesmo o começo do fechar da cúpula. Por isso, ~~dirá que este é o Estado absoluto quanto ao próprio Estado~~ absoluto. Por indiferente se terá que a lei seja promulgada autocrática ou democraticamente. Ela incorpora a vontade do Estado — contra a qual nada poderá prevalecer, teorizada aquela, como é, na doutrina da soberania. O Estado liberal tentará apenas suprimir essa contradição ínsita com uma *divisão* do seu próprio poder em poder executivo, judicial e legislativo. Ao fazê-lo, hipostisa, porém, neste último a sua pretensão ao monopólio do direito. Ele não representa senão uma função sua. A garantia dos direitos individuais, os limites do Estado são meramente internos, e não, como na primeira época, externos ao Estado, conforme o postulado por uma visão pluralista da ordem jurídica. As tentativas do nosso tempo para repensar a dialéctica estatal constituem, do prisma histórico, uma das mais aliciantes experiências dadas viver ao homem contemporâneo.

5. Continuação — No primeiro período — que chamaríamos pluralista — o direito corresponde a uma concepção de mundo bem marcada.

O homem tem um fim metafísico. Não existem acções incoherentes: tudo possui uma dimensão espiritual.

Consequentemente, a comunidade política encontra-se delimitada em função dos próprios fins e da estrutura mais vasta da república cristã². É apenas uma instituição entre as demais — não podendo sequer reivindicar primazia hierárquica, nem suprimir os direitos e prerrogativas daquelas que com ela coexistem.

1. Cf. *infra*, *passim*, v.g. n.ºs 115, 128, 130, 131, 177, 191.

2. Cf. *infra*, n.ºs 127 e s.

A república cristã constitui a unidade na qual o homem encontra a máxima realização, razão de tudo o que está para além desta ter de ser convertido. Nas doutrinas máximas não existe mesmo verdadeiro poder fora da república cristã. Não há *dominium* além dela — e a própria personalidade jurídica corresponde à integração do homem na ordem simultaneamente religiosa, moral e jurídica daquilo a que se poderia chamar a efectiva *comunidade internacional*¹. A esta ideia de mundo corresponde um Estado de facto: a Europa encontra-se rodeada de inimigos estimulados por um proselitismo expansionista, expansionismo verdadeiramente totalitário no caso do Islão². Não conhece outros povos além deles. O *pagão* e o *herege* são inimigos naturais, que mais a levam a cerrar-se intransigentemente sobre si. A guerra é, em simultâneo, um processo político, económico, militar e religioso. Tem, por isso, um valor ético traduzido na *guerra justa*, como aperceberá quem atentar no facto de a nossa antiga ordem jurídica reduzir o inimigo vencido não cristão à escravidão, diferentemente do ocorrido com os membros da cristandade. A sujeição representa a forma prática de realizar o *compelle eos intrare* da doutrina político-jurídica medieval.

A Europa constitui então um todo conceptualmente hierarquizado. Deixará de o ser como as Descobertas. As Descobertas, ao incorporarem no convívio europeu uma série de povos até aí desconhecidos, com os quais nenhuma relações anteriores serviam de título ao direito de guerra, e que diferentemente dos vizinhos islâmicos não tinham relativamente aos europeus condições de facto ou fundamentos religiosos para formularem pretensões de conquista, puseram um problema teórico de laicização do direito internacional suficiente para retirar a justificação ao velho edifício anterior. A comunidade cristã deixava de constituir um mundo fora do qual as relações eram de hostilidade e dentro do qual mais do que de sociedade eram de

1. Cfr. n.º 127 e s.

2. Cfr. *infra*, n.º 108.

comunidade. Os poderes que a tinham regido encontravam-se colocados perante uma problemática que dificilmente consentia adaptação e, portanto, a manutenção da respectiva base intelectual. Por isso, se tem visto nos teóricos do direito das gentes (*ius gentium*) e da expansão, nos homens da segunda escolástica internacionalista, verdadeiros fautores de uma laicização da comunidade e do direito internacional — e com eles o fim das concepções sobre a *auctoritas superlativa* dos pontífices e a *iurisdicção imperii*¹. Bem o compreenderá quem atentar nas raízes doutrinais dos autores subsequentes que teorizaram no plano internacional — como Grócio (1583-1645) — a independência dos estados face à Santa Sé e puseram o *epítáfio científico* nas pretensões do Império enquanto autoridade *supra-estatal*. Decerto, o fortalecimento dos estados europeus e as suas rivalidades tornava só por si muito frágeis as possibilidades de uma Europa hierarquizada. O grande fundamento teórico da sua rejeição nasceu, porém, com a problemática desencadeada pelos Descobrimentos. A Reforma também a isso conduziria, mas o verdadeiro papel aqui por ela representado foi apenas o de causa acelerante de um processo já em marcha.

As consequências das Descobertas não se fizeram sentir unicamente no plano do direito internacional. Tiveram a maior importância no campo do nosso direito interno. Levaram à criação de um aparelho político-administrativo próprio, baseado em conceitos de descentralização totalmente opostos ao critério centralizador seguido pela Coroa relativamente à administração no país e correspondentes à criação de um novo Estado — o da Índia — e a um reino — o Brasil; conduziram ao estabelecimento de órgãos legislativos próprios, com competência formal mesmo para a publicação de diplomas solenes e para, em certos casos, afastar a aplicação dos diplomas do Governo central nos territórios da sua jurisdição; provocaram o estabelecimento de um

1. Cfr. *infra*, n.ºs 128 e s., v.g. 131 e 138 e s.

aparelho judiciário específico, ao qual foram confiadas tanto funções cíveis como criminais, ditaram a expansão da organização eclesiástica¹; e levaram a um largo recurso ao direito romano, chamado a suprir o direito nacional, inadequado para regular situações de facto nele não previstas e em relação às quais o nosso legislador carecia de experiência, só obtível com dilatado tempo — apesar do que praticamente se lhes não faz referência nas obras relativas à História do Direito português. Representam a este respeito excepção a página dedicada à «Legislação do Brasil» por Paulo Merêa, nas suas *Lições*, proferidas em 1923, e as escassas páginas consagradas pelo Prof. Marcello Caetano aos «direitos de Portugal às terras e mares descobertos» e à «utilização do regime senhorial na colonização das terras descobertas», páginas de si muito sintéticas e lacunares, aliás. Reportam-se, além do mais, a situações ou aspectos circunscritos e parciais, inseridos no curso como temas autónomos, sem nenhum reflexo ou ligação intrínseca com a estrutura e o ritmo daquele.

Existe no processo em causa um outro factor a tomar em consideração — e a esse não há um único historiador do Direito que se lhe refira, apesar de vulgarmente consignado pelos cultores da História dos Descobrimentos.

Os Descobrimentos foram em Portugal um dos motivos da centralização e do desenvolvimento do Estado, ao qual trouxeram novos meios de acção e novas preocupações. A empresa nacional exigia uma direcção concertada, um poder susceptível de mobilizar os recursos totais do país, uma vontade política suficiente para vencer as hesitações e até as oposições — que se foi fortalecendo com os êxitos conseguidos na exploração dos mares. Por seu turno, à maneira que estes se sucediam, a Coroa teve réditos e lugares passíveis de atraírem a fidalguia para a sua órbita, transformando-a em nobreza de corte, dependente das graças do soberano, despida de veleidades de oposição. Pois não

1. V. *infra*, n.º 192.

fora, juntamente com o *proselitismo* religioso, o *chômage* — e, portanto, a irrequietude — das classes guerreiras uma das causas das Descobertas, mais concretamente da conquista de Ceuta, com que elas se inauguraram? Mediante os recursos das Descobertas, a Coroa fortaleceu-se-á também perante o clero, em relação ao qual deixou de depender substancialmente da boa vontade tributária e do seu *know how* cultural, como hoje diríamos, ao dispor progressivamente de uma máquina burocrática própria. Nascia uma mentalidade administrativa formadora do Estado¹ — na medida em que viria a juntar-se ao demais elemento gerador — até então com funções essencialmente políticas.

No campo interno, o *princeps* afirmar-se-á perante os demais estratos da organização social, ao dispor de meios funcionais de governação e de meios materiais até aí desconhecidos. As liberdades, teorizadas como inerentes ao poder régio pelos *repúblicos*, puderam deixar de ser praticadas à custa daquilo a que chamáramos o tesouro e o património de raiz para o serem com doações de cargos novos e a outorga de mercês feitas com a nova riqueza.

Fortalecido, incontestado no plano interno, o rei vai apresentar-se com outra dimensão no campo internacional. Não é a figura do *princeps* que nele vemos mover-se. É, mesmo *ante litteram*, o soberano, como cabeça do Estado, a actuar aí, quer face à Santa Sé, em relação à qual a dependência² se tornara menor com a menor dependência interna em relação ao clero, quer no tocante aos demais estados europeus, cuja maioria não conseguia ainda o equilíbrio político resultante da integralidade territorial e da hierarquização das forças interiores, nem manejava meios que os nossos príncipes concentravam nas suas mãos e livremente utilizavam.

1. Cfr. *supra*, n.º 4 e *infra*, n.º 141.

2. Cfr. *infra*, n.º 46, 134-136 e 156.

6. Segundo período. Termo inicial — Como separar os períodos um do outro? Tomaremos a data da conquista de Ceuta (1415) — por termo final do primeiro e inicial do segundo. Foi a conquista de Ceuta que inaugurou a chamada Idade Ocêânica na história universal, que constituiu o marco inicial das Descobertas e estas representaram, como vimos, o facto de maior importância na vida nacional e de maiores consequências, directas e indirectas, no nosso direito.

Ao escolhermos a tomada de Ceuta, elegemos um evento individualizado para separar os dois períodos nos quais dividimos a História do Direito português. Não queremos, naturalmente, com isso entendê-lo enquanto causa de todos os efeitos que nos levam a configurar os tempos posteriores como uma época bem individualizada. Intentámos apenas tomar um facto, pelo seu valor simbólico, em expressão de um processo lento e progressivo.

A esta prevenção haverá a acrescentar outra ressalva. Não concebemos os termos utilizados para a delimitação dos períodos como portas que, fechando-se, deixam para trás, completamente isolados, os factos a eles anteriores. Há sempre uma continuidade histórica, conforme dissemos já. Olhámo-los apenas enquanto expressão real, impregnada de valor simbólico, de forma concentrada (recorde-se a famosa lei da «concentração histórica») de processos determinantes de uma mudança de tônica, por vezes já anunciada ou antevizível a partir de factos ainda ténues existentes no período anterior e depois desenvolvidos e condicionados por eventos e processos cuja relevância e amplitude dependeram de circunstâncias então ainda nem pensáveis (como foi o caso das Descobertas).

Reputamos ainda, por necessário acrescentar uma nota referente à tomada de um facto não jurídico para estabelecer a periodificação do nosso direito — que tanto scandalizaria Cabral de Moncada e, decerto, tanto scandalizará os seus discípulos. Fizemo-lo conscientemente e incorporando todas as

premissas enunciadas nas páginas anteriores. Ceuta é o símbolo das navegações, expressas de forma sintética. Estas, por seu turno, constituíram o evento essencial que alterará e condicionará de maneira decisiva a sociedade nacional. Foram elas que representaram, numa palavra, o problema presente ao país — e, com isso, à ordem jurídica.

Para nós, carece de sentido qualquer periodificação do desenvolvimento histórico do direito que não atente nas mutações da concepção de mundo — sejam elas lentas e progressivas — e nas modificações estruturais da sociedade, muitas vezes apercebíveis apenas com a observação de dilatados arcos de tempo.

Com esses factores se hão-de correlacionar as modificações da ordem jurídica considerada globalmente — comprovando assim as respectivas conexões pré-jurídicas — e à luz desse todo olhar as diferentes soluções prudenciais¹, consuetudinárias, judiciais, legislativas, administrativas e políticas achadas para cada problema. Não esqueçamos, a tal respeito, o aforismo antigo de que «conhecer é saber as causas» — constituindo muitas vezes os factos exteriores a um ente, seja ele cultural ou físico, os condicionantes da configuração respectiva e da respectiva vida ou morte.

Temos, por isso, como falsa a proposição de só se encontrarem no interior de cada fenómeno elementos de periodificação elegíveis e de ser, portanto, arbitrário periodificar com recurso a factos que não se apresentem como *jurídicos*, ou seja, extraídos da estrutura íntima dos *sistemas*, «daquela visão do mundo e dos conceitos jurídicos que só ela», ordem jurídica, tem, e não existe em mais nenhum fenómeno cultural contemporâneo — como pretende Cabral de Moncada². Mesmo deixando de lado a rejeição do direito como uma entidade autónoma face à cultura da época, parece-nos contraditada pela lógica a ideia de que no desenvolvimento dos fenómenos culturais as causas relevantes

1. Cfr. *infra*, n.º 75-88. 2. Cfr. e *supra*, n.º 2 e 6.

lhes não-de ser sempre ínitas e conaturais. Se isso pode suceder em alguns casos ou épocas, nem sempre assim ocorre. Historicamente, são muitos os exemplos da prevalência de um elemento diverso do objecto cultural relativamente às potencialidades estáticas ou dinâmicas dele próprio. Por vezes, os factores exógenos são mais relevantes que os endógenos. Tanto a lógica, como a física, como a biologia, consentem à sociologia moderna, nomeadamente pela pena de Karl Popper, enfatizar a importância do «*complexo situacional*» dos fenómenos como elemento causal. Percebê-lo é virtude imprescindível à periodificação.

7. Subdivisão do segundo período — Separados os dois períodos, importa debruçarmo-nos sobre o segundo, pois, apelas nos referimos até agora ao termo inicial e às suas características gerais.

Haverá homogeneidade durante os dilatados séculos que o compõem? Elemento de continuidade é nele expresso pela dialéctica da concentração do direito nas mãos do Estado, de que foi participante o Estado liberal, conforme salientámos já¹. Existem, porém, factores de diversidade a atentar, que consubstanciados sobretudo nos elementos pré e pós-revolução de 1820, nos levam a estabelecer dentro deste segundo período duas subépocas, separadas por aquela data.

Até ao liberalismo pode afirmar-se a manutenção de uma linha de desenvolvimento progressivo e simultâneo aos diferentes elementos da experiência jurídica: da construção do Estado — considerada em si própria — à configuração do direito público; desta à do direito privado; do direito privado ao processo histórico de actualização da doutrina.

A partir, porém, da Revolução Liberal de 1820 deixa-se de verificar uma sincronia perfeita. Se a manutenção da conquista das fontes do direito não quebra a continuidade com os tempos

1. Cfr. *supra*, n.ºs 3 e 4.

anteriores, se o direito privado se mantém inalterado até 1867, se a doutrina prossegue trilhando as sendas anteriores, a verdade é que, a partir de 1820, se deu uma mutação dramática no direito público, ficando a ordem jurídica com dois sectores diferenciados, cada um dos quais dotado de dinâmica própria. No processo dialéctico, então aberto, o papel preponderante coube ao direito público e às ideologias correspondentes, cujo impacte ditou a consagração de um novo direito privado, construído em conformidade sistemática com o outro hemisfério da ordem jurídica. Formalmente, ele nasceu em 1867, conforme dissemos já, com o aparecimento do primeiro Código Civil¹. Nessa altura deu-se como que uma unificação do direito nacional, sob a égide das ideias liberais. É, assim, possível, e não obstante a falta de coincidência de desenvolvimento entre o direito público e o direito privado existente desde 1820 a 1867, considerar-se o liberalismo como um período susceptível de ser tomado diferenciadamente em relação aos tempos anteriores. Quer isto dizer que embora o vintismo haja sido em si próprio um movimento que directamente teve apenas relevância política, indirectamente ele modificou o direito público, tomado este sobretudo na sua feição constitucional e administrativa, e, numa conexão mais remota, o próprio direito privado. Ressalvadas as prevenções antes referidas sobre a natureza e os limites dos eventos periodificantes, torna-se assim fácil distinguir no período agora em estudo duas épocas, terminando a primeira em 1820 e aí começando a segunda. Vejamos com algum pormenor os aspectos antes enunciados.

8. Os elementos comuns às duas épocas do segundo período

— Convém frisar haver constituído elemento característico de todo o segundo período a conquista das fontes do direito

1. Cfr. *infra*, o volume relativo às *Fontes do Direito* (2.º Período), *Codificação Civil*.

por parte do Estado, paulatinamente convertido no grande personagem da cena jurídica. Ele alcançou-se a tal lugar por via, nomeadamente e em primeiro lugar, da implantação progressiva de reformas administrativas uniformizantes, merecendo a pena, a tal respeito, chamar a atenção para dois momentos significativos: o reinado de D. Sebastião, a que chamáramos, por antonomasia, reinado de direito administrativo, e as reformas liberais inspiradas por Mouzinho da Silveira (1780-1849). Em segundo lugar, com a implantação de uma tónica centralizante, expressão paradigmática da administração filipina, que impôs à própria administração do Ultramar critérios de centralização, uma fiscalização constante e uma burocratização minuciosa, ao contrário do espírito de descentralização até aí nela dominante, apesar de em contraste com quanto se passava em Portugal. Depois, virado o início da nova dinastia nacional, obrigada pelas circunstâncias a contemporizar, embora tenuemente, com as construções jurídicas ditas tradicionais e atenuantes do processo em desenvolvimento — lembre-se o livro de Valasco de Gouveia (1589 ou 90-1659) —, depois, dizíamos, com o absolutismo josefino-pombalino, de expressão teórica, antecedido e preparado por um absolutismo de facto, personificado por D. João V e possível a este pelo afluxo das riquezas brasileiras, fruto tardio da política de descoberta e expansão. Finalmente, pelo centralismo parlamentar resultante da revolução liberal e por ela transmitido à República, cuja aplicação caberia tanto no território europeu como nas terras de além-mar.

Paralelamente a estes fenómenos, a ordem jurídica incorpora uma série de elementos tópicos¹, cuja permanência se verifica durante a época em causa, variando apenas nos diferentes momentos o grau de intensidade de cada um deles, a forma de mútua reacção e o carácter expansivo que advém da respectiva conjugação sistemática. Demonstrou-o, de forma parcial ao

1. Cfr. *infra*, n.º 87, b).

menos e com o seu habitual brilho, o Prof. Moncada, ao traçar a génese das «ideias novas» que encontraram expressão política na revolução de 1820 e geraram o *estado moderno* em Portugal. A ideia de *direitos naturais do homem*, a de *igualdade perante a lei*, a da *soberania popular*, a do *governo representativo*, a da *separação de poderes*, a da *monarquia limitada*, a de uma *Constituição*, apresentam raízes antigas, por vezes com consagrações práticas — embora, não raro, parcelares ou episódicas —, relacionando-se as querelas a elas respeitantes, sobretudo com o domínio da aplicação concreta, a propugnação da maneira de as efectivar, o casuismo a estabelecer para as fazer corresponder às diferentes situações concretas, e não ao respectivo entendimento abstracto, à sua formulação intelectual ou mesmo à ponderação das justificações teóricas. De notar, a tal propósito, que não tem faltado quem denegue a consideração — habitual — dos períodos da ilustração — ou do iluminismo — e do constitucionalismo como épocas autónomas e diferenciadas, quer impugnando a especificidade do primeiro, quer acentuando a comunidade de elementos entre ambos. O Prof. Marcello Caetano escreveu, ao negar a autonomia do período iluminista, que este, «segundo um movimento de larga projecção europeia, cobre a segunda metade do século XVIII e se pode ainda considerar dominante, embora sem conseguir realizar-se com o mesmo vigor, nos primeiros anos conturbadíssimos do século XIX. É dele que sai o período seguinte, o da revolução liberal, ao qual corresponde uma profunda modificação de instituições e de leis. Em boa verdade, o período de ilustração é meramente transitório, e tanto pode considerar-se de desagregação da ordem de coisas que vigorou desde o século XVI ao século XIX, como de preparação do que começa neste último século». O Prof. Gomes da Silva tem como duvidoso face à ideia, comum às épocas iluminista e liberal, de direitos naturais do indivíduo, que elas constituam dois períodos verdadeiramente autónomos. Na Itália, Cattaneo colocou em destaque a comunidade entre essas duas épocas, falando de *absolutismo iluminista* e de *iluminismo liberal*.

Foi a assinalada comunidade de elementos que consentiu durante as lutas liberais a ambos os partidos reivindicarem a identificação com o direito público e a constituição secular da nação portuguesa — conforme o sistematicamente ensinado pelo saudoso Dr. Augusto Reis Machado. Salvas as diferenças ideológicas postuladas por limitados grupos radicais das duas facções, os interesses pessoais em conflito e uma confusa e degenerada identificação das ideologias com as personalidades envolvidas na tormenta, o que sobretudo esteve em causa foi a maneira de concretizar os diferentes princípios jurídico-políticos, não a concepção última destes e os respectivos fundamentos históricos.

Para além, todavia, da permanência de uma temática que, com todas as suas variações parcelares resultantes do diferente desenvolvimento no tempo, se pode ter como existente não só já nos primeiros séculos do período como nos tempos da ilustração e do liberalismo, existe a salientar um elemento de unidade entre estas duas épocas. Referimo-nos à maneira de conceber o direito. Tanto numa como noutra, ele foi encarado numa perspectiva voluntarista, ou seja, como um produto da vontade do Estado. A ela não fugiu o próprio direito natural — mais ou menos identificado com a *recta razão* e o direito das gentes —, como perceberá quem atentar simultaneamente na identificação que a legislação pombalina¹ faz deste último com a prática das nações civilizadas e o entendimento relativista que lhe foi dado pelos juristas liberais, preocupados com a exaltação da própria época, das suas conquistas intelectuais, do Estado como simples garante da esfera da liberdade dos indivíduos, com o mito do progresso. Por isso, tais concepções consentiram uma passagem insensível para as doutrinas positivistas dos tempos imediatos, constituindo uma espécie de elo entre elas e as antigas teses ockamistas, que tão ardorosa e polemicamente viram a essência do direito na

1. Cfr. *infra*, a exposição relativa às *Fontes do Direito* no 2.º Período.

vontade¹. Para comprová-lo basta fazer o confronto com o direito natural dos séculos XVIII e XIX e o correspondente aos ensinamentos tomistas, em cujo quadro ele é essencialmente reconduzido à razão². Ilustrá-lo-á, também, a comparação entre o racionalismo da escolástica medieval e a segunda escolástica ou escolástica peninsular do século XVI, reconduzível sobretudo à escola do direito internacional. Sob a recepção de um fundo racionalista e uma fronteira ortodoxa relativamente à maneira de conceber o direito como razão, existem já nesta reais concessões ao voluntarismo jurídico, que consentiram o posterior aproveitamento das respectivas obras pelos apogetas protestantes do poder real.

Pode, assim, afirmar-se a existência entre nós de uma linha de filosofia político-jurídica que se manifesta durante todo o período em causa e encontra no voluntarismo racionalista, de feição pombalina e de feição liberal, momentos de expressão saliente. Importa destacá-la, pois ela diz respeito à própria maneira de entender o direito — e comporta, portanto, virtualidades periodificadoras insusceptíveis de serem ignoradas pelo historiador.

9. Primeira época do segundo período. Elementos específicos. — Estabelecidos os factores comuns a todo o 2.º período, vejamos os caracteres específicos da respectiva primeira época. Eles podem enunciar-se referindo: a) a estabilidade do direito público e um desenvolvimento progressivo das doutrinas políticas; b) a permanência das linhas mestras do direito privado; c) o carácter translatício do trabalho dos juristas. Vejamos cada um por si.

1. Cfr. *infra*, volume respeitante aos *Grupos Sociais e Conteúdo do Direito* (1.º Período) na parte relativa às heresias.

2. Cfr. *infra*, n.ºs 32 e s. e o II volume na parte respeitante às heresias (1.º Período).

Até aos começos do liberalismo assistimos à manutenção do núcleo essencial do direito político, sendo as alterações graduais operadas de modo lento e por vezes quase insensivelmente — como sucedeu com o funcionamento e periodicidade das cortes.

Por seu lado, as doutrinas políticas apresentam uma marcada continuidade, podendo dizer-se que cada lance inovador constitui apenas o desenvolvimento lógico de premissas anteriores, realizado, não raro, pela adição de modelos e influências estrangeiras.

Quanto ao direito privado, é ainda mais visível a respectiva permanência. Ao observador desprevenido, atento apenas às grandes superfícies, ele dará mesmo a sensação de imobilidade da ordem jurídica. «Durante séculos, até à segunda metade do século XVIII, nenhum novo princípio, nenhuma nova técnica, nenhuma instituição produto de quaisquer novas condições morais, vieram quebrar a unidade e o predomínio entre nós deste sistema jurídico», escreveu o Prof. Cabral de Moncada (II, 1949, 198), referindo-se ao que chamou «sistema de romanismo justinianeu», e cujos limites correspondem em grande parte à primeira época por nós aberta no segundo período. Ora, se a continuidade se pode estabelecer até aí, parece-nos que ela se verifica igualmente nos tempos imediatos. Mantém-se parcialmente em vigor a coluna central do nosso direito — as *Ordenações* —, corpo no qual, de resto, se continha a disciplina de muitos sectores do direito público. As reformas legislativas pombalinas¹, apesar da violência do seu proselitismo, não representaram uma renovação criadora do nosso direito, os alicerces e o pórtico de uma nova época: as diferentes soluções materiais então decretadas ou se integraram nas tradições do direito nacional, muitas vezes mesmo proclamando-as, ou tiveram vida efêmera, como sucedeu com a quase totalidade das inovações impostas em matéria sucessória que, por contrárias às *idiosincrasias* consa-

1. Cfr. a parte relativa às *Fontes do Direito* (2.º Período).

gradas translativamente, soçobram com a queda de Pombal. Num caso falta-lhes toda a virtualidade para delimitarem um período independente; no outro, constituindo ditames de âmbito circunscrito e em contradição mais ou menos gritante com a globalidade da ordem jurídica, não consentem o estabelecimento de verdadeira periodificação, que necessariamente há-de corresponder às estruturas genéricas de todo o ordenamento.

A falta de relevância inovadora do consulado pombalino aperceber-se-á melhor se dissermos terem as respectivas reformas operado sobretudo no domínio das fontes, ou seja, pela determinação do direito subsidiário. O seu ponto de partida foi, portanto, o próprio direito anterior, actualizado apenas por via de critérios interpretativos, definidos por maneira oficial e operantes primordialmente no domínio das lacunas da lei. A chamada *Lei da Boa Razão*¹, de 18 de Agosto de 1769, é, a tal respeito, particularmente elucidativa, como veremos a seu tempo.

Podemos, assim, considerar a ordem jurídica nacional na sua estrutura normativa qualitativamente inalterada durante toda esta época. Formalmente monista, em virtude da gradual primazia reivindicada pela vontade do Estado, traduzida *verbi gratia* em lei — e do consequente e sucessivo arredamento dos outros fenómenos normativos para uma função adjuvante ou subsidiária — ela nunca conseguiu, por motivos de índole política e da própria escassez legislativa, estrutura que no plano material impedisse os demais factos normativos de se lhe ligarem e de aí pretenderem mesmo uma dinâmica própria. A *Lei da Boa Razão* é também demonstrativa de toda esta fenomenologia ao proibir que se fizesse uso, tanto em alegações como em decisões judiciais, de quaisquer textos ou se invocasse a autoridade de qualquer *prudente* quando houvesse determinação expressa das leis pátrias ou de usos do reino legitimamente aprovados. A diferença entre os marcos cronológicos de toda a época é

1. Cfr. *infra*, o volume respeitante às *Fontes do Direito* (2.º Período).

meramente quantitativa com o progressivo alargamento da actividade legislativa e a progressiva efectivação da reivindicação por ela feita de uma primazia entre as fontes. O chamado período do Iluminismo representa apenas a expressão mais desenvolvida e nacionalizada de toda a época em causa. É um cume, mas não tem existência autónoma nem poderá ser compreendido com abstracção das zonas prévias.

Passemos agora para o terceiro aspecto referido — a maneira de operar da doutrina. Do século XV aos finais desta época, o trabalho da doutrina apresenta-se uniforme, sendo as *nuances*, estabelecidas nas diferentes centúrias, de grau e de progressão. Ela parte de um direito nacional que, embora formalmente prioritário no quadro das fontes¹, foi em si mesmo lacunoso, bem como da admissão da plenitude, ao menos tendencial, do ordenamento jurídico romano, ao qual, por isso, tende a emprestar o carácter do sistema. Daqui haver sido no direito romano que se encontram simultaneamente os motivos inspiradores do trabalho de construção sistemática e o terreno de eleição para as respectivas experiências. Relativamente à ordem jurídica nacional, a doutrina — até Melo Freire (m. 1798) — contentou-se com trabalhos de comentário, a glosa e o *casuismo*, apenas se encontrando uma ou outra consideração sistemática a propósito da *exegese* de preceitos concretos ou como tónico aduzido em torno de hipóteses práticas e correspondentes a um espírito a assimilar, a um modelo a seguir, e, portanto, com acentuada natureza de argumento de lógica persuasiva.

As próprias obras de Pascoal² e seus discípulos são elucidações de quão pouco se caminhou a este respeito nos domínios do direito nacional. Embora externa e formalmente o tenham como objecto, não só o verdadeiro trabalho sistemático é

1. Cfr. o volume relativo às *Fontes do Direito* (2.º Período), no tocante ao direito das *Ordenações*.

2. Cfr. *infra*, o volume respeitante às *Fontes do Direito* (2.º Período) e ao *Direito Penal* (2.º Período).

empreendido sob inspiração romanística, como é com recurso aos materiais da ordem jurídica romana que ele se processou. O acentuado carácter lacunoso do direito português não consentiria outra coisa, por sintomático se havendo de julgar ter Melo Freire postulado o banimento do direito romano ao mesmo tempo que proclamava a sua imprescindibilidade para inteligências das *Ordenações*¹, cujos preceitos seriam largamente baseados nos romanos e deles subsidiários.

Paralelamente a quanto escrevemos, verificou-se a permanência da dogmática — nem outra coisa se podendo esperar se atentarmos na circunstância de ela ser constituída pelas representações perceptivas da ordem jurídica. Convém, porém, explicá-la para melhor inteligibilidade.

No seu trabalho de construção intelectual a doutrina estebece — atentos os valores civilizacionais e culturais incorporados pela história em cada ordem jurídica e mediante abstracções sucessivamente mais vastas das diferentes soluções parciais nesta formuladas — os chamados princípios primeiros (que tanto vale dizer princípios gerais de direito ou princípios fundamentais). Por serem sínteses da própria ordem jurídica considerada quer na sua expressão estática quer dinâmica, ou seja, tanto na configuração que num certo momento lhe é outorgada pelas fontes contemporâneas, como naquela que lhe advém do trânsito de valores antecedentes, cada um desses princípios é em si mesmo rector, funcionando como elemento susceptível de dedução ou indução normativa. Possui, assim, valor perceptivo. É, numa palavra, um dogma, termo que salienta particularmente a respectiva indiscutibilidade.

Como decorre de quanto fica dito, tal indiscutibilidade não representa, porém, o fruto de uma imperiosa lógica apriorística. Cada dogma justifica-se antes num quadro de valores consubstanciados na própria ordem jurídica em relação à qual, enquanto

1. Cfr. *infra*, o volume relativo às *Fontes do Direito* no 2.º Período.

«retrato» dela própria, é construído. Pressupõe ainda que será tido pela generalidade dos intérpretes como correcto — ou «fiel», se quisermos empregar linguagem compatível com o símile do «retrato» antes utilizado. E isso não pode deixar de envolver uma componente histórica, sob pena de se aceitar como direito todo o preceito despoticamente garantido pela coacção do poder-político. Se reportado aos próprios fundamentos, o dogma jurídico — como as noções a partir das quais é construído — só será válido quando não repudiado pelos valores civilizacionais historicamente consagrados, sem o que lhe falta toda a transcendência relativamente ao próprio poder. Será dele apenas um instrumento — e como tal inservível para actuar a ideia de direito.

O dogma jurídico é, assim, essencialmente histórico. Histórico enquanto admissível, apenas, quando contrastado pelo teste da História. Histórico, por influir forçosamente como elemento transcendente e, portanto, dinâmico relativamente a um momento concreto e determinado da vida de cada ordenamento jurídico. Histórico, ainda, por exigir adesão translaticia dos juristas, tanto mais válida quanto mais duradoura. Só uma adesão generalizada da doutrina, passível de ser estabelecida unicamente com o trânsito do tempo, lhe permitirá funcionar como elemento rector. Histórico, por fim, por incorporar elementos cuja historicidade advém da respectiva consagração num período temporal determinado.

Por isso, se torna impossível aceitar como válida uma dogmática construída apenas em cima de um momento positivo da ordem jurídica, *verbi gratia* do presente. Estaremos, então, perante uma falácia. O presente não existe, senão como abstracção. O que representa ele — o segundo que passa, este ano, um período mais ou menos longo, convencionalmente identificado pela vigência de um regime político concomitante e simultâneo à ordem jurídica? Para se traçar uma dogmática válida não se poderá também partir da consideração positivística de que toda a norma vigente é elemento apto para a respectiva

construção e que só ela possui tal idoneidade, pois isso equivalia a aceitar uma dogmática em si mesma tão mutável que seria indeterminada; a rejeitar qualquer ideia de justiça em função das determinações do poder; e a fazer do estatuído o critério do dever ser. Este só se poderá determinar em correlação com uma concepção de mundo transcendente a qualquer momento isolado e tida como valor civilizacional.

Referidos tais pontos, compreender-se-á agora a assinalada uniformidade da dogmática durante o período em consideração. Derivou da manutenção durante os séculos nele compreendidos de uma concepção do mundo generalizadamente compartilhada pelos juristas, em consonância, aliás com o meio ambiente. Os juristas partem de uma tónica¹ axiológica que no decurso dos séculos respectivos variou apenas de intensidade — como veremos pondo em confronto as ideias das primeiras centúrias com as das últimas. Os processos formais de raciocínio — argumentos *a contrario*, *a fortiori*, por analogia, pela bondade ou inconveniência da consequência²... — constituíam assim simples instrumentos dos tópicos da época, consubstanciados nomeadamente em opiniões comuns³, percorrendo a doutrina, também neste aspecto, uma linha de continuidade perfeitamente demarcada. Daqui a similitude de processos patente nas obras e trabalhos de direito deste período, apresentando apenas alguma particularidade, mais de grau, aliás, do que de essência, as produções da escola humanística e filológica⁴.

canismo 7475 at' box

10. Segunda época do segundo período. Características específicas — Na segunda época, as ideias sobre o Estado e o Indivíduo adquirem nova força, por virtude da construção sistemática que delas se faz. Erigidas em sistema e entre si conju-

1 e 2. Cfr. *infra*, n.º 87.

3. Cfr. *infra*, n.º 87, c) e 94.

4. Cfr. *infra*, o volume relativo às *Fontes do Direito* (2.º Período).

gadas, apoiando-se e completando-se mutuamente, apresentam dinamismo «revolucionário» capaz de pôr em causa a própria concepção de mundo enquanto reportada ao fenómeno político.

A ordem jurídica passa, ela própria, a ser também concebida como sistema. A uma constituição inerente à ideia de foros e privilégios da nação substitui-se a ideia de constituição escrita, diploma que, de forma completa, racionada, metódica, simultaneamente traduziria a estrutura política e jurídica da nação e a informaria¹. Daqui a convicção no poder reformador das normas constitucionais, a veneração para elas reclamada, a consequência de todos os factos normativos terem de se lhe conformar. Daqui, também, a exaltação da lei relativamente a todas as outras fontes de direito. Só a ela se atribuiu, por um lado, a possibilidade de cooperar com a constituição no seu papel reformador — revolucionário, em contraste com o assacado imobilismo ou o lento evolucionar do costume e do direito prudencial². Também só nela se via uma perfeita adequação à norma constitucional máxima, enquanto participante da mesma substância, a vontade do Estado, e, portanto, não só formal, mas também substancialmente dela decorrente. Nenhuma outra fonte normativa apresentava, aliás, a aptidão da lei para formar o pretendido conjunto sistemático postulado pela constituição e nenhuma outra consentia, de maneira semelhante a ela, a teorização do direito como função do Estado, que foi o grande ideal constitucional.

Não se tratava já, como na época antecedente, de proclamar a superioridade do comando legislativo sobre qualquer outro e, portanto, de estabelecer um monismo formal, deixando materialmente um campo mais ou menos vasto ou circunscrito às demais fontes do direito. Agora a essa construção, à ideia de que a lei pode arrear todas as normas não legisladas, e de que, portanto, a ordem jurídica se identifica potencialmente com ela, visto

1. V. *infra*, o volume relativo às *Fontes do Direito (O Constitucionalismo)*, 2.º Período.

2. Cfr. *infra*, n.ºs 68, 75 e s.

dela todas retirarem, ao menos de maneira tácita, a respectiva força vinculante, vem juntar-se a crença numa identificação de facto entre as duas. Postulava-se o carácter sistemático que insistentemente o ideário da constituição escrita emprestava à ordem jurídica. É que — sendo o «sistema um conjunto ou totalidade fechada, construída segundo nexos verídicos», onde a relação das partes com o todo e a das partes entre si estão perfeitamente determinadas por regras lógicas de dedução — forçosamente a lei deveria em si mesma conter a resolução de todos os casos. Dos comandos expressos se poderiam descobrir, mediante operações de lógica meramente formal, as soluções aplicáveis aos casos sem uma formulação específica. As lacunas seriam aparentes. Estava-se ainda sem uma denominação expressa, perante a ideia, depois designada pelo positivismo com a expressão «*plenitude de ordenamento jurídico*», em si tradutora de um monismo formal conjunto a um monismo material da ordem jurídica. Ela encontrou expressão técnica no movimento codificador, que tanta carreira fez na época, estendendo-se aos mais diferentes ramos de direito¹.

A ordem jurídica passa, desta forma, de uma estrutura legislativa lacunar — as *Ordenações*², mais do que um conjunto de preceitos, são um conjunto de lacunas, como se disse com ironia — para uma estrutura legislativa à qual o carácter sistemático dos diferentes códigos tendia a emprestar plenitude, assegurada subsidiária e paradoxalmente por uma multidão de legislação avulsas. É que a experiência demonstra a índole ilusoriamente auto-suficiente dos pretendidos sistemas legislativos. Todas as vezes que o legislador promulga um código, logo os factos fazem ditar leis extravagantes. Nessa necessidade radicou, aliás, a escola histórica³ parte das razões que a levaram a proclamar, pela pena de Savigny (m. 1861), a excelência do costume, cuja maleabilidade seria superior à da lei, nele melhor se reflectindo, consequentemente, as transformações sociais.

1, 2 e 3. Cfr. o volume correspondente às *Fontes do Direito (2.º Período)*.

O desiderato da construção de uma ordem jurídica unitariamente monista, iniciado com a publicação dos primeiros diplomas constitucionais, só alcançou o estágio de maioridade com a promulgação do Código Civil¹, tendo até então o direito privado mantido as antigas características: «(...) reformas de vulto, de amplitude comparáveis do direito público, não as houve em Portugal, no domínio do direito privado, antes do Código Civil de 1867», escreve Braga da Cruz. «O próprio Código Comercial de Ferreira Borges, promulgado em 1833, não representa nenhuma inovação profunda, pois, como observa judiciosamente Coelho da Rocha, o seu autor apenas 'compilou as mais providentes disposições dos Códigos das nações cultas da Europa, os quais já pela lei de 18 de Agosto de 1769, tinham sido declarados subsidiários, para suprir a falta de legislação pátria neste objecto'» (Braga da Cruz, 1981, 49).

Por isso, até à promulgação da obra de Seabra, a doutrina conservará os processos de trabalho da época anterior — tal como eles tinham, nomeadamente, sido formulados na última fase daquela. Ensinou-o, igualmente, Braga da Cruz, referindo-se aos métodos de exegese: «Os juristas tiveram de contentar-se, a este respeito, com as regras da hermenêutica que a época anterior tinha formulado (...)». «A Lei da Boa Razão, os estatutos pontualinos da Universidade, os assentos da Casa da Suplicação da época jusnaturalista continuavam a ditar em plena época liberal as normas relativas à interpretação das leis e à integração das suas lacunas». Para documentar a uniformidade do trabalho da doutrina é mais importante, porém, a circunstância de lhe continuar a ser cometida a tarefa de adaptar, harmonizando-os, comandos provenientes de diversos ordenamentos — o pátrio, o romano, o canónico, o das nações civilizadas... Neste ponto, pode mesmo dizer-se que o processo de adaptação de ordenamentos criado pela jurisprudência medieval, como técnica e fim do operar

1. *Idem*.

jurídico¹, se manteve inalterado, salvo diferenças de progressão. É que, enquanto no primeiro período ele se processa dentro dos quadros de um verdadeiro pluralismo jurídico, na primeira época do segundo período desenrola-se na moldura de um monismo formalmente afirmado. E assim se manteve no início da segunda época do segundo período — ou seja, até ao Código Civil. As alterações por ele produzidas na estrutura do ordenamento jurídico ao estabelecer como fontes exclusivas do direito a lei e o costume — embora este só indirectamente e apenas na medida em que por ela fosse recebido — traduziram-se no campo da ciência do direito em lhe suprimir a função normativamente criadora de adaptação de preceitos, que fora o seu mais nobre propósito desde os tempos medievais. Com isso o trabalho dos prudentes deixou de ser inovador, de constituir verdadeira fonte de uma modalidade normativa — o direito prudencial² — para ser meramente interpretativo ou exegético da vontade do Estado. Tal era a consequência lógica da instauração de um monismo jurídico substancial e formal, a devendo salientar-se a propósito que a chamada época liberal, ao pôr em prática o movimento de codificação já prognosticado no século anterior, tirava apenas as últimas ilações de um processo em marcha. Assim, e também por este lado, apresentando especificidades não constitui período autónomo.

Para completar estas observações sobre os reflexos da instauração de uma ordem normativa monista no trabalho científico dos juristas, deve dizer-se que ela se traduziu na instauração de um quase exclusivo labor exegético e casuístico, na análise minuciosa de textos singulares. A própria exposição ordenada e metódica de matérias, globalmente encarada, decaiu por comparação com a época anterior. Comprova-o o confronto das obras de Melo Freire e seus seguidores imediatos com a produção literária surgida após o Código Civil. Esta apresenta como característica dominante a índole do comentário e da exegese de

1. V. *infra*, n.ºs 88, v.g. 2. Cfr. *infra*, n.ºs 85 e s.

preceitos concretos, não fugindo a isso o próprio ensino universitário. O direito civil chegou então a ser ensinado fazendo-se a explicação sequencial de cada artigo do Código e havendo exemplos de cursos translaticamente professados que se que-
davam na exposição da matéria da caça (aquisição de direitos) — só se alcançando com Guilherme Moreira (1861-1922) de novo uma visão «científica» do direito civil.

A explicação da transformação assinalada reside na circuns-
tância de a doutrina anterior ao Código poder ordenar as suas produções segundo esquemas romanísticos, aproveitando elemen-
tos tradicionais de sistematização. Banido, porém, o direito comum e criado um ordenamento que a si próprio se queria for-
mal e substancialmente monista, tal possibilidade ficava pre-
cludida, tanto mais que o diploma no qual culminavam esses propósitos — o Código Civil¹ — aparecia com um plano inovador,
dispondo as matérias por forma inédita e cuja assimilação doutrinária se processou, no plano da exposição metódica-siste-
mática, com dilatadas delongas e mediante o auxílio da experiên-
cia sistemática-dogmática da doutrina estrangeira.

À transformação das finalidades do labor doutrinai imposta
pela nova estrutura da ordem jurídica, vinha, assim, juntar-se,
como consequência paralela — e plausivelmente não antevista —,
um abaixamento do nível da nossa literatura jurídica. Dobrando-
-se sobre si própria, acabava por renunciar, na sequência da
amputação da função criadora que se lhe impunha, a domínios
nos quais poderia ter continuado a agir. Fê-lo involuntariamente e
por falta de forças, pois a criação prudencial é um trabalho con-
tínuo, de incorporação quotidiana de contributos individuais, de
aperfeiçoamento incessante e que sempre tem de partir de uma
base analítica — e sempre fica em causa quando é substituído o
ordenamento ao qual se reporta. Como se revela elucidativa a
comparação entre esta fase do nosso direito e o ocorrido com o

1. Cfr. *infra*, o volume correspondente às *Fontes do Direito* (2.º Período).

trabalho de exegese de textos tomados individualmente, imposto
aos primeiros juristas medievais pela consideração de um novo
ordenamento — o do *Corpus Juris Civilis*¹ — e a subsequente
tarefa de elaboração sistemática-global! Também aqui a diferen-
ça é apenas de proporções, impondo-se ao observador verificar
como a história se repete...

11. *Notas sobre as características da exposição adoptada* —
Antes de fecharmos as observações sobre a periodificação do
nosso direito convém consignar uma observação mais: não
existe rigorosa correspondência de exposição das matérias relati-
vamente aos dois períodos considerados no curso. Assim, na
primeira parte adoptámos uma sistemática para a exposição das
fontes diferente da utilizada na segunda. Trata-se de processos
formais de traduzir realidades sociais diversas. No primeiro
caso, estamos ainda perante uma incipiente ideia de Estado; o
direito dele proeminente constitui apenas um extracto da ordem
jurídica. Na segunda época, o Estado alcançou a maioridade e o
seu direito é o direito dominante. Os demais só poderão ser
compreendidos em função dele. Por isso o expomos como facto
normativo essencial.

12. *Problemas e orientações metodológicas. Introdução* —

A realização das presentes lições implicou a ponderação de uma
série de problemas metodológicos e o estabelecimento de várias
opções a seu propósito. Ultrapassa as possibilidades do curso dar
conta integral de uns e outros ou mesmo referirmos a totalidade
dos aspectos suscitados pelas principais interrogações e as res-
postas que lhes foram dadas. Quanto aqui se consigna constitui
mera selecção de temas havidos como mais importantes para a
inteligibilidade das lições que se seguirão e uma síntese da argu-
mentação produzível em cada caso. A esta prevenção haverá a

1. Cfr. *infra*, n.º 78.

acrescentar a de a matéria agora a expor haver sido já objecto de uma divulgação realizada em v.g. entre 1972 e 1980, feita então com maior pormenorização e o componente suporte bibliográfico.

13. Problemas e orientações metodológicas (cont.) **Exposição sintética dos principais pontos em causa. O observador e o objecto.** — O primeiro ponto a referir diz respeito à posição do observador perante o seu objecto. Constitui um tema tradicional em aberto nos anais dos historiadores do direito, sobretudo depois do inquérito promovido junto dos romanistas pela *Labco*, que originou uma exaustiva, diversificada e eruditíssima troca de opiniões a tal propósito. O primeiro problema que julgamos inserir — escrevemos apenas inserir, pois não há necessidade de o tratar formalmente, podendo sobre ele tomar-se posição implícita — na estrutura de um curso de história do direito diz respeito à maneira pela qual se considerará o respectivo objecto, quer dizer, ao marco de referência tomado para o estudar. São aqui fundamentalmente possíveis duas grandes opções. A primeira, em função do carácter intemporal que atribui aos conceitos jurídicos, tem como corolário a recondução do estudo histórico do direito ao ordenamento moderno. Para o observador será impossível abstrair da própria *forma mental*, isto é, do seu intrínseco técnico. Disse-o epigramaticamente Brunner, ao afirmar que para o historiador do direito é matéria morta quanto não seja susceptível de representação dogmática (entenda-se hodierna). Daqui a ênfase posta na proclamação da preparação jurídica do historiador do direito. A quem não disponha de formação jurídica profissional, será vedado entrar no terreno da *História do Direito*.

A esta concepção opõe-se uma outra, para a qual o estudo histórico do direito impõe a tomada do objecto respectivo na sua própria configuração, sem que o facto de o observador estar a séculos de distância, ter uma mentalidade diferente e pensar

segundo esquemas dogmáticos específicos só por si implique uma distorção da respectiva visão. Importa ver o ordenamento jurídico histórico como ele na realidade se estruturou e desenrolou durante a sua vigência. Para isso, devemos olhar-lo nos seus condicionamentos, enquanto solução de um problema de ordenação correspondente à época própria.

A tal respeito escreve Coing: «(...) hermenêuticamente, a compreensão de um ordenamento jurídico está ligada indissolavelmente à compreensão dos seus condicionamentos; só a partir destes condicionamentos pode o historiador conhecer bem os problemas a que o ordenamento jurídico por ele investigado tenta dar respostas» (Coing, 1977, 51). Já sobre o tema nos pronunciamos. Tudo quanto dissermos aqui representa uma simples precisão do escrito antes.

Em nosso entender a verdade deve buscar-se em ambas as teses, mas partindo da primeira — com respeito por algumas ressalvas e precisões, como veremos. Traduziremos algumas palavras de Orestano para transmitir o nosso pensamento: «O estudo da experiência jurídica será, em outros termos, o estudo dos modos em que, numa dada época, cada complexo de experiência é concretamente vivido e especulativamente entendido como conjunto de fenómenos que genericamente se podem considerar jurídicos, mas cuja juridicidade é, muitas vezes, individualizada e determinada com base em elementos constitutivos daquela experiência particular que nos propomos estudar, fora de todo o apriorismo e de toda a indevida generalização» (Orestano, 1987, 362).

Parece-nos de negar, com Orestano, a correspondência entre os conceitos e a realidade. Aqueles não constituem senão uma representação dela. O objecto da história não é constituído por conceitos mas pelo mundo integral da acção, em todas as suas implicações e explicações (...), a ponto de nada do reconduzível à referida experiência se poder considerar como insignificante ou irrelevante, visto todos os elementos, factos e dados serem

partes integrantes dela, como factores constitutivos.» (Orestano, *Id.*, 361). Em apoio de tal doutrina, aduz Orestano um motivo de facto, retirado da maneira como a historiografia se tem moderadamente orientado: a multiplicação dos interesses a ponderar com a dupla exigência «de análise e de síntese, de individualização e de conceptualização», levou à constituição, frequentemente de maneira pragmática e «não consciente», de «uma espécie de estudo da experiência jurídica — *ante litteram*» e determinada mediante uma multiplicidade de métodos¹. Averiguações parciais «tomáveis por meramente eruditas ou arqueológicas» — escreve o professor italiano —, «investigações que pelo tema ou fim pareciam somente culturais ou históricas em sentido lato, estudos reputados estranhos ou meramente instrumentais relativamente aos estudos dogmáticos, explorações que se prestavam à acusação de fragmentarismo caótico e desordenado em confronto com as exigências sistemáticas — senão mesmo inúteis e ociosas —, novas conceptualizações de dados históricos encaráveis como supérfluos ou mesmo como danosos superamentos de esquema tradicionais, prepararam e dinamizaram a visão — senão mesmo concepção — integral e omnicompreensiva da experiência jurídica, em função da qual muito de tudo isso veio a adquirir valor e significado, da mesma forma que as pequenas pedras de um grande mosaico em via de execução só pouco a pouco revelam o desenho de conjunto e apenas integradas no todo, por elas antecipado, ganham uma função unitária, revelando-se simples elementos» (*Idem*, 361).

A função unificadora, cremos, nós, pertence aos esquemas jurídicos, sem ao observador se tornar possível desprender-se dos módulos do seu tempo. E neste ponto é preciso aderir à primeira posição enunciada. Os fenómenos não de-se observados por olhos resultantes de uma *forma-mentis* necessariamente

1. V. *infra*, n.º 18.

diversa da que pertence aos homens da época estudada — pelo que julgamos legítima a ordenação expositiva dos factos historicamente apurados de acordo com os instrumentos da dogmática moderna. Não cabe aqui desenvolver essas premissas, tão arduosamente debatidas na doutrina contemporânea, mas sempre se deseja consignar que elas parecem legítimas enquanto não conduzam a imputar aos documentos modernos para analisar Uma coisa é servirmo-nos dos conceitos modernos para analisar os factos históricos e, nomeadamente, sistematizá-los e expô-los, outra colori-los com tintas desconhecidas no seu tempo e ornamentar as doutrinas de hoje, não com a imputação de um desenvolvimento progressivo de factos só mais tarde teorizados, mas sim com dogmas já perfeitamente estabelecidos, como quem acrescenta antepassados a uma genealogia. A aplicação da dogmática moderna aos estudos históricos tem um papel evidente, que não superamento do atomismo factual, quase sempre resultante das fontes, quer no estudo do desenvolvimento dos institutos. Só com o seu aproveitamento se poderá surprender o próprio momento de formação dos nossos conceitos, separá-lo dos factos antecedentes, motivadores, e estabelecer o confronto com as instituições que os precederam.

O estudo da *experiência jurídica* — empregue a expressão no seu sentido técnico e lato — não pode prescindir da história dos próprios dogmas, e esta impõe a utilização dos resultados alcançados pela elaboração conceptual sistemática das normas jurídicas, levada a cabo com processos lógicos abstrairantes», para falar como Enrico Parese (*Enc. Dir.*, XV, 1964, 678). A este propósito, merece a pena dar de novo a palavra a Orestano. Se, na verdade, disse ele, representou «uma falaz ilusão admitir a intrínseca correspondência dos conceitos jurídicos à 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 têm 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), é 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 não estão jamais presentes em si mesmos, na sua realidade factual, mas sim através da sua redução e transposição em palavras e conceitos» (Orestano, 1967, 20).

Concluindo: devemos tomar por módulo referencial da história do direito não o direito moderno, ou uma representação conceitual de valor intemporal, mas sim um fenómeno de organização para os problemas coesos, concretamente individualizado, cuja juridicidade só se pode «determinar com base em elementos constitutivos daquela própria experiência particular que se pretende estudar», sem apriorismos conceptualistas nem abstrações generalizadas ou generalizantes (Orestano, 1987, 362) — ou modernização, escrevemos nós. Com efeito, neste ponto parecem-nos também inteiramente de rejeitar as concepções historiográficas nascidas do jusnaturalismo, do «racionalismo» formal, do «cripto-jusnaturalismo», do neo-racionalismo da Pandectística, bem como de certos normativismos ou formalismos, a que devemos acrescentar, para além daquele autor, os romantismos político-jurídicos, de forma a encontrarmos perante o histórico concreto (*Idem*, 360). Mas à rejeição do dogma básico não importa que algumas das teses não mereçam acolhida. Julgamos, com efeito, difícil aceitar a possibilidade de o observador se despir inteiramente do seu mundo, conseguindo prescindir de todo o ambiente no qual vive, numa palavra, ignorar a dogmática e os quadros do tempo no qual está inserido e segundo os quais pensa. Mas o reconhecimento dessa dificuldade não autoriza a erigi-los em módulos do estudo histórico. Pelo contrário, a sua presunção tornar-se-á um *test* da respectiva validade. O observador, embora com as limitações impostas pela natureza das

coisas, terá de tomar o momento histórico que estuda, em si mesmo, como forma de organização correspondente a uma problemática concreta cuja juridicidade só pode ser averiguada intrinsecamente.

A partir daqui julgamos, todavia, que existem observações válidas nos ensinamentos das escolas historiográficas ligadas à jurisprudência dos conceitos. Assim sucede com a vincada ideia de que o historiador do direito precisa de uma formação jurídica. Sem a intervenção de conceitos jurídicos não será factível o conhecimento histórico do direito. Eles são imprescindíveis, não obstante carecerem de intemporalidade. São formas de tradução — e, com isso, impõe-se que o traduzido não seja desvirtuado. Saber, porém, qual o grau da sua validade é já uma tarefa histórica.

14. *Idem* (Cont.) O objecto da história do direito —

Chegados a este ponto é altura de passarmos a outro domínio: o do objecto da *História do Direito*. Tivemos já ocasião de o assinalar, pela necessidade de referir a maneira como o historiador deve considerar o seu objecto. Dissemos então, com palavras em grande parte de Orestano, que ele consiste na experiência jurídica. Mas quais são os limites desta? Ao procurar responder, escreveu Coing: «De um lado estão as grandes questões da organização política, da organização económica, das relações entre as classes e os grupos, e de outro, os problemas técnicos, os problemas próprios da arte-jurídica, como a disciplina da responsabilidade do devedor no contrato. Ou os requisitos da mora. A história do direito, em nosso entender, deve expor ambos os grupos de problemas» (Coing, 1977, 51). Também assim o cremos — de afastar julgando a opinião que reduz a história do direito aos segundos, como queria Marc Bloch (fundado na ideia da falta de idoneidade do facto jurídico

para constituir uma verdadeira história, a não ser se a tomássemos como história dos juristas — grupo de homens especializados numa técnica, com um raciocínio peculiar inerente) e decorre de algumas posições de Gibert e D'Ors. Como para o historiador alemão, para nós a experiência jurídica centra-se à volta de três pólos: a) ordenação de direitos e delimitação de esferas de interesses (regras e decisões de direito internacional sobre os limites do Estado — diríamos: ou da *Respublica* —, bem como regras de solução de conflitos pela delimitação intersubjectiva de interesses); b) organização da cooperação ou colaboração (regras e decisões que vão desde a disciplina dos pactos à organização da personalidade colectiva e instituições inerentes, tal como ao reconhecimento ou negação da *humanitas*); c) superação de conflitos (regras, instituições processuais e decisões), representando a submissão do *seu* ao *dever* encarado na ordem jurídica — adaptação daquele a este, e a luta deste para tal. O direito é, assim, uma forma organizativa que definíamos, a partir da lição de Kantoróvich, no seu aspecto mais neutral perante as manifestações históricas e considerando não apenas o aspecto normativo, como o conjunto ou conjuntos, conforme nos parece de corrigir tendo em atenção as ordens jurídicas pluralistas — de regras, instituições, doutrina e decisões consideradas em certo momento por justiciáveis, seu enquadramento institucional³, e o respectivo pensar sobre elas, que se deverá vincar, no tocante ao quadro anterior, (e em conformidade com a reabilitação do direito prudencial)⁴, o que permite não só tomar a história de direito como ramo autónomo e especial da história mas também a consideração de uma especificidade deste dado social, enquanto fenómeno cultural⁵, impondo-se ao historiador averiguar as condições em que surgiu e se desenvolveu, o conteúdo que possuiu, o grau de eficiência que conseguiu e, portanto, como foi vivido e aplicado.

1, 2 e 3. Cfr. *infra*, 202. 4. V. *infra*, n.º 75 e s. 5. V. *infra*, n.º 16.

15. Idem. As circunstâncias pré-jurídicas ou condicionantes — A tal propósito interessa atentar num aspecto vizinho. Na vida, as diferentes manifestações culturais não se apresentam isoladas umas das outras. Cada um daqueles campos cuja projecção se traduz para o observador numa disciplina autónoma apresenta-se ligado aos demais e ao conjunto. Todo o fenómeno social constitui uma função em relação aos outros. Não se trata de *causalidade*, pelo que ao *ius-historiador* se impõe ter presente as chamadas circunstâncias condicionantes do ordenamento jurídico.

Em abstracto, como programação formal de posição, torna-se fácil enunciar-lo — e muitas vezes a visão intuitiva do *ius-historiador*, o carácter sintético e sincrético do espírito, permitem ter visões globais dos fenómenos e processos históricos como que imediatas, dispensantes de perspectivas analíticas e, portanto, de forma superadora de um trabalho de sistematização das relações entre o facto *direito* e o ambiente onde ele se insere. Formalmente, porém e na maioria dos casos, assim não sucede, preciso se tornando ao *ius-historiador* distinguir. Compreender-se-á a importância do problema enunciado — Coing chama-lhe *problema fundamental* — se atentarmos que ele implica, e traz, em derradeira análise, a conexão da *história do direito* com a *história* em sentido geral. Ao *ius-historiador* torna-se forçoso enunciar uma metodologia sobre a maneira como devem ser investigadas e expostas as relações existentes entre as circunstâncias extra-jurídicas e a ordem jurídica tomada em consideração.

Uma primeira via poderá consistir no desenho de um quadro geral da época, ou pelo menos dos elementos considerados influentes na ordem jurídica, que se faria anteceder ou seguir da exposição concernente a esta. Tal quadro consistiria, afinal, num pórtico ou numa cúpula relativamente à exposição do ordenamento jurídico considerado. Foi mais ou menos o intentado entre

nós por Coelho da Rocha. São, porém, consabidos os inconvenientes de tal orientação. Ela importa seguramente um risco de se colocar a exposição geral e a exposição especial numa, ao lado da outra, sem conexões entre si». Assim sucedeu, nomeadamente, com aquele historiador e esse foi o preço pago por alguns dos mais eminentes cultores da chamada *Escola dos Anais*, não obstante a sua preocupação de uma história global. A isto acresce a circunstância de tal método, mesmo realizado na perfeição dos seus pressupostos, trazer em si um método de tomar a história geral por um todo e, portanto, a consideração dos diferentes eventos com alheamento de qualquer discriminação selectiva, como se todos tivessem igual importância para o *ius-historiador*. Esta posição que, em abstracto, corresponde a uma visão correcta da fenomenologia histórica — cada facto é função do conjunto dos demais, conforme escrevemos antes — na prática torna-se inservível para a visão historiográfica. Acabar por afogar o *ius-historiador* numa multidão de factos e quadros irrelevantes para a visão historiográfica — com a agravante de nunca ter uma realização total, pois sempre será irreconstituível qualquer época histórica, se por isso entendermos a enunciação integral dos factos nela ocorridos.

O enlace entre a história do direito e a história considerada em geral há de fazer-se pela selecção de factos que aquela tem por objecto — ou seja discriminando os factos condicionantes ou influentes da ordem jurídica.

Assim sendo, correr-se-á, porém, o risco de delimitar de acordo com as concepções do mundo e de apriorismos próprios de cada historiador os factos a tomar em consideração. Para um historiador idealista, «crente no poder das ideias e para quem a história do direito consistirá na marcha do direito através da história» — a síntese é de Coing (*Idem*, 58) — «eles serão seleccionados em função de critérios totalmente diferentes dos adoptados por um adepto do materialismo histórico debruçado, sobretudo, sobre os factos económicos».

Para diminuir o subjectivismo — frisa-o ainda Coing — pôs Tonybee uma fórmula «aberta». A investigação dever-se-ia processar tendo em consideração as necessidades a que corresponde cada solução cultural. Trata-se da fórmula do «challenge and response», ou seja de «estímulo e resposta», de «problema e solução», como fundamento da estrutura social e que, como método histórico, corresponde à projecção de uma via já seguida pelos prudentes romanos, que encararam o direito como o resultado de um problema formulado casuisticamente, contro-versisticamente, problematicamente.

A equação enunciativa implica na sua projecção prática uma tomada subsequente de posição, conforme viu Coing, que aderiu francamente ao método. As soluções representadas pelo ordenamento jurídico — pergunta-se este jurista — devem «enlascar-se globalmente com os outros elementos essenciais da correspondente cultura, ou deve-se procurar estudar as normas e instituições jurídicas separadamente, quer dizer numa relação especial, não global, com determinados fenómenos extra-jurídicos»? (*Idem*, 59). Ao primeiro método (ou seja à *globale Verknüpfung*) imputa-se o envolvimento com soluções conceptualizantes, baseadas aprioristicamente nas categorias mentais do próprio historiador. Demonstra-o, nomeadamente, o verificado com a Escola Histórica, ao posicionar o direito no espírito do povo e é o comprometimento que implicam as chamadas posições idealistas, ao investigarem a realidade à luz de prismas conceptuais: espírito da nação, estilo da época, pré-capitalismo, burguesia, nobreza ou fidalguia¹, ou quaisquer outros tomáveis por semelhantes... — e que forçosamente se há-de ter por cons-truções mentais do historiador (*Idem*). Aplicar, pois, esta via seria contraditar o princípio inicial da fórmula *challenge and response*.

Ao defeito enunciado pretende fugir o método oposto da *spezielle Verknüpfung*, intentando exclusivamente a conexão de

1. Cfr. *infra*, a exposição relativa aos Grupos Sociais (1.º Período).

uma norma especial com um elemento determinado da cultura geral, de forma a obter-se uma prova directa do liame. Na prática «quando o historiador do direito se situa ante a tarefa de estabelecer a relação entre a solução jurídica e os factores extra-jurídicos de uma época, o ponto de partida deve ser constituído pelo tratamento hermenéutico dos textos que versam sobre a questão. Contra isso levantou-se a crítica de que esta interpretação, ou seja, a hermenéutica, nos conduz somente aos propósitos ou intenções do autor das leis, ou como mais communmente se disse: conduz ao autor das normas em questão e não ao leque de conexões económicas e sociais existentes. A nós, todavia, afigura-se-nos de todo em todo o contrário, pois mediante as questões hermenéuticas sobre as intenções do autor das normas podemos encontrar o caminho das forças ideais e sociais que determinaram estas normas em particular. Por isso, é também tão essencial, especialmente na história do direito da Idade Moderna, o averiguar o particular sobre as pessoas que tomaram parte em uma determinada lei nos parlamentos ou em postos burocráticos.» (*Idem*, 64-65).

Esta orientação, que temos fundamentalmente por certa se a alargarmos de forma a incluir na sua ponderação não só as normas mas também os fenómenos institucionais e as decisões¹ e reflexões jurídicas², não nos parece, todavia, completa. Ela apresenta um acentuado carácter microscópico. Permite, na generalidade dos casos, uma observação rigorosa, evitando desvios que a *globale Verknüpfung* provocará quando aplicada a hipóteses concretas, por demasiado geral e abstracta. Mas não abarca os fenómenos sociais de grande amplitude. Falta-lhe o poder das lentes macroscópicas. Por isso, se afigura, nomeadamente, inserível para a periodificação. Há casos que por corresponderem a uma concepção de mundo bem demarcada podem ser tratados pelo método da conexão global. É quanto sucede na Idade

1. Cfr. *infra*, n.º 202.

2. V. *infra*, n.ºs 75 e s., max. 86 e 87.

Média relativamente ao influxo cristão. Pode tomar-se, segundo julgamos sem risco, o tom religioso da cultura medieval como um elemento passível de permitir o enlace dos elementos jurídicos aos elementos objecto da história geral.

Não se declare aberta com esta porta a entrada para o conceptualismo idealista. Não há nestes domínios posições absolutas. Temos para nós que o chamado conceptualismo dogmático é ilegítimo quando subjectivo, quando estabelecido a partir de análises mais ou menos circunscritas e feitas de acordo com a *forma mentis* do historiador, não se representar a realidade observada. Dir-se-á que, mesmo a ser como pretendemos, sempre ficará a dúvida sobre quem outorgará a carta de legitimidade à conexão global e quando se verificará o rigor da representação conceptual. Não se estará, bem vistas as coisas, a cair no vício de onde se tinha querido sair?

Não o cremos. A conexão global só em casos bem demarcados insistentemente se deve aplicar. A sua legitimidade implica a existência de uma concepção de mundo de carácter colectivo na época considerada (por isso, há pouco tomámos como ponto de referência a Idade Média) — o que em grande parte exclui o subjectivismo do intérprete. Estaremos então em face de parâmetros generalizados e susceptíveis de documentação, aliás, pela universalização de resultados parciais — e multiplicáveis — do próprio método das conexões especiais.

Poder-se-á argumentar, naturalmente, com uma incerteza, ao menos relativa, quanto ao próprio agente apurante não de uma concepção individualmente estabelecida pelo hermeneuta, mas de uma real concepção de vida existente no período em causa.

Não haverá, evidentemente, a possibilidade de deferir o corte do nó górdio a uma entidade supra-histórica, a um árbitro infalível. Pensamos, porém, que a *communis opinio*¹ constitui em casos limite (e estamos perante um deles) processo válido de conhecimento — isto por um lado; por outro, que não será possível em

1. Cfr. *infra*, n.º 87, b).

qualquer análise intelectual um objectivismo susceptível de inteiramente suprimir um certo grau de relatividade gnoseológica, se nos podemos exprimir por esta forma. Só se alcança o dado objectivo por caminhos subjectivos. A história, como objecto, apenas é inteligível historiograficamente. O observador há-de contar sempre e a prova, por muito desenvolvida e completa que se apresente, tem sempre um cerne indiciário. Não fora assim e ter-se-ia encontrado uma resposta para a inquietante pergunta: O que é a verdade?

Devemos, pois, concluir que o método da conexão especial, não apresenta, igualmente, um valor absoluto — e isto não apenas em casos de deficiente aplicação, mas em si mesmo. Também ele encerra algo de subjectivo-especial. Como tantas vezes sucede no mundo do espírito, os extremos tocam-se. Neste caso, levados ao derradeiro limite dos seus desenvolvimentos, os métodos do *spezielle Verknüpfung* e da *Globale Verknüpfung* compartilham uma zona comum. A diferença entre ambos, é assim, mais quantitativa do que qualitativa ou de essência. Por isso, nos foi possível, em vez de adopção exclusiva de um deles, uma posição mitigada, sem estarmos a criar um híbrido.

Sempre se poderá interrogar, é certo, qual o motivo de preferirmos então, o método especial ao global e quando admitimos ou não a mitigação daquele com este — razão de avançarmos já as respostas. Seudo a diferença quantitativa, não de essência, na maioria dos casos será mais rigoroso o emprego da conexão especial, isto quanto à primeira pergunta; quanto à segunda, diremos que, em abstracto, apenas se torna possível consignar a dependência das circunstâncias. À luz destas e em conformidade com critérios de bom senso se julgará. O bom senso, hoje tão desacreditado, também é, afinal, criador — se nele quisermos confiar.

Constitui pressuposto desta orientação, que em tempos de tanta incerteza julgamos de vincar, a preparação jurídica do historiador do direito. Sem ela tornar-se-á inexequível.

16. (Cont.) O jurídico e o pré-jurídico. A história do direito e a história geral. — Preso aos problemas acabados de equacionar anda o que respeita à relação da história do direito com a história geral, ou as histórias de outras disciplinas específicas — respeitantes à cultura não jurídica. Podem estes respeito aguiar-se as posições historiográficas em duas grandes categorias.

Para a primeira, a história do direito não possui autonomia substancial. O pressuposto respectivo reconduz-la a um capítulo complementar de uma história passível de ser chamada comum — a respectiva visão informante permite a consideração das obras nas quais se exterioriza como simples divisão de histórias genéricas. Ilustram-no vários exemplos para os quais García-Gallo chamou a atenção: as *Lecciones de Historia del Derecho*, de Torres López, constituem, na maior parte, a reprodução literal dos capítulos por ele escritos para a *Historia de España*, dirigida por Menéndez Pidal; a *Deutsche Rechtsgschichte*, de Von Scherwin, compreendia-se numa coleção orgânica de manuais históricos; o mesmo sucedia com as obras dedicadas ao direito e incluídas na coleção *L'Évolution de l'Humanité*, dirigida por Berr (e de que representa paradigma o livro de Declareuil sobre *Rome et l'Organisation du Droit*).

Sem uma demarcação dos pressupostos interdisciplinares feita tão claramente, foi esta a orientação que se seguiu entre nós até ao manifesto metodológico do Prof. Cabral de Moncada¹, conforme a elegante demonstração deste autor, para a qual, por motivos de brevidade, remetemos. Apenas consignaremos aqui que se o critério dominante — o chamado étnico-político? — incorporava materialmente uma ideia de *história do direito* como simples divisão da *história geral* e o traduzia de maneira formal, o segundo (chamado, modernamente, *jurídico-externo* e aplicado por Ricardo Raimundo Nogueira²), embora substancialmente se reconduzisse a aquele, preludiva já uma certa auto-

1, 2 e 3. Cfr. *supra*, n.º 2.

nomia formal. Em todo o caso, circunscrevendo-a à história das fontes ou história externa...

Em oposição a tais critérios — cuja utilidade prática para o jurista tem sido denunciada como nula, e cuja declaração de insersível para o historiador geral, se encontra também apontada — situam-se as orientações que vêem nos direitos um facto social específico, distinto de todos os demais e deles independente. Como consequência desse ponto de partida a *história do direito* traduzir-se-á numa sucessão de sistemas e a *história* grafia respectiva no seu estudo. É este um ponto que vimos já¹ e bem vincado pelos sequazes do método — que separam os sistemas incisivamente, em função da própria ideia de sistema, como algo autónomo, possuído de lógica própria e desligado dos condicionamentos sociais. A *purificação do direito*, tomado em si mesmo, com alheamento de tudo quanto não é exclusivamente jurídico, corresponde a *purificação da história jurídica*. Sem negarem o valor de uma colaboração entre a *história do direito* e os outros ramos da *história* em geral, os adeptos desta orientação refutam totalmente que aquela possua por finalidade o estabelecimento das conexões entre o *jurídico* e o *pré-jurídico*. A *história do direito* deve conceber-se como «uma história de conceitos construtivos e das dogmáticas dos diversos sistemas jurídicos do passado, procurando fazer-se a reconstituição, fixação e caracterização destes nas suas relações entre si e com o presente» (Cabral de Moncada, 1949, 213). Por incontrolável se afigura à *Escola* que a *história do direito* deve cessar de se apresentar como uma «história sociológica do direito» adquirindo a configuração de uma «história da concepção jurídica, no mais amplo sentido desta palavra, ou se quisermos da Dogmática». Noutros termos: o reivindicado para a *história do jurídico* é um papel *jurídico*, que lhe advém de ser considerada «uma história do desenvolvimento das “formas” e “categorias” do jurídico puro» e não o papel de uma disciplina

1. Cfr. *supra*, n.º 2.

«histórica de conteúdos e soluções positivas do jurídico social», trocando o ponto de vista até aqui dominante, o ponto de vista *sócio-teórico*, por um outro *jurídico-dogmático* (*Idem*, 214).

A mesma preocupação de independência da história jurídica face à história geral, a história ou histórias comuns, foi proclamada por um autor de larga audiência na historiografia peninsular: García-Gallo.

Sem resumirmos toda a tese, enunciaremos o pensamento deste grande mestre dizendo que ele deriva da natureza peculiar da *história do direito* e da sua autonomia relativamente à *história* — bem como da consideração daquela como ciência jurídica e não histórica —, da peculiaridade temporal do direito, pela sua impeditiva da recondução à historicidade dos actos humanos, ou de cultura conforme é habitualmente entendida — como individualidade ou sucessão não reiterada dos mesmos» (García-Gallo, 1953, 27).

Esse entendimento corresponde, na verdade, ao que se verifica nas «actividades políticas ou militares, fundamentalmente oportunísticas; é uma intenção (...) na arte — o artista persegue a originalidade —, na técnica ou na ciência — nas quais se intenta superar o conhecimento — e ainda que menos acusadamente na economia (...)» (*Ibid.*). Não se conforma, todavia, com a essência de outros fenómenos culturais, em si contrários ao afã de individualidade ou diferenciação, como a língua e o direito. Seria absurdo, escreve García-Gallo, «pensar que alguém criasse uma língua ininteligível para os outros (...). É igualmente contrário à sua natureza um ordenamento jurídico que servisse só para uma pessoa e para uma ocasião: o direito (...) tem a perspetiva sistémica como uma das suas características, aspira a reger indefinidamente e a ser aplicado da mesma maneira em todos os casos (...)» (*Idem*, 28). Por isso, a *história do direito* deve atender tanto à persistência como à variabilidade do ordenamento jurídico. Considerar sobretudo esta pode ser um processo historiográfico comum, mas não será próprio de um *ius-histo-*

riador, para quem o fundamental ficaria esquecido. «A tarefa — escreve Garcia-Gallo — de destacar e valorizar só os elementos diferentes ou característicos do direito de certa época, pode ser suficiente para o historiador, que desta forma põe em relevo como a cultura da época incide no direito e vice-versa. Porém é inaceitável para o jurista, ao qual interessa a integralidade do ordenamento jurídico, impossível de apreciar se, fazendo passar os seus elementos por diferentes filtros, se logra isolar o que é típico de cada época e se trata de operar só com ele. Por isso, a história do direito só pode conceber-se na sua plenitude, como ciência, a partir do próprio direito. O enfoque histórico deve constituir só um dos modos de o estudar» (*Idem*, 29).

É a persistência do jurídico que se «opõe ao intento de conceber a história do direito como uma sucessão de sistemas, entendendo por tal termo as estruturas nas quais se agrupam e coordenam logicamente em correspondência com uma unidade de espírito, sem contradições, todos os princípios e regras que explícita ou implicitamente contém um direito positivo» (*Idem*).

A concepção de sistema representa apenas um reflexo da dogmática jurídica. Não existe — assevera Gallo, a nosso ver com razão¹ — uma sucessão de sistemas «pois o direito não evoluciona a um ritmo na sua totalidade, nem sem saltos». Mesmo quando os ordenamentos parecem haver alcançado um grau de «coesão e estabilidade», a inexistência de um sistema «total e único é manifesta». Poder-se-ia, nomeadamente, invocar, para demonstração, a coexistência em Roma de um único direito privado com as constituições republicana e imperial; em Espanha, desde o século XIII, com os reinos medievais, a monarquia absoluta, ou o estado constitucional; do *Code Civil* com várias estruturas políticas de França. Além disso, muitos exemplos atestam, também, a inexistência de um sistema «que abarque todo o âmbito do direito» (*Idem*, 29-30). Comprova-o, para o mundo romano, a simultaneidade do *ius civile* (prudencial) e do

1. Cfr. *supra*, n.º 2.

ius honorarium, do direito clássico e do vulgar; na Baixa Idade Média, dos direitos locais e territoriais, «uns e outros de raiz popular», «em paralelo» com as codificações reais e o «*ius commune*» (*Idem*). Tudo revela, diz ainda Garcia-Gallo, que «não só o sistema carece de unidade, mas também que não vigora em certo momento um só sistema. A dificuldade de os limitarmos no tempo, depois, igualmente, contra tal interpretação». A *história do direito não tem, pois, por objecto uma sucessão de sistemas ou uma história de conceitos de conteúdo variável e fluente*. Como concebê-la, então?

Para não falsearmos o pensamento do Mestre, entreguemo-lhe a responsabilidade de responder: «Existem realidades e situações que estão por cima do direito e que este se limita a regular ou a moldar: o indivíduo, a família, a sociedade nas suas diferentes manifestações; a vida espiritual; a tenência e o uso das coisas, as relações de cooperação e auxílio entre os homens, etc. Estas realidades e situações no fundamental são sempre as mesmas em todos os povos e em todos os tempos; ainda que, naturalmente, a sua complexidade e desenvolvimento variem de maneira considerável em uns e outros» — escreveu Garcia-Gallo, cujas palavras tiveram a seguinte sequência: «Assim, também, o direito apresenta sobre um núcleo uniforme e persistente, umas formas variáveis que intentam adaptar-se àquelas. A variabilidade do direito radica-se não só quantitativamente em função do seu desenvolvimento, mas também na diversidade de soluções, com que se pretende, ligar àquelas realidades. Assim, v.g., a autoridade dirigente de uma comunidade, pode basear-se num poder absoluto de origem divina, ou num contrato entre o rei e os súditos; a transmissão dos bens para depois da morte, pode conseguir-se mediante a ficção de um vínculo filial pelo adoptante, por uma doação sujeita a termo ou por um testamento. Os conceitos e os preceitos jurídicos são só o instrumento de que o homem se vale para regular estas situações e interesses, e, por conseguinte, faz uso dos mesmos na medida em que podem

servir-lhe, e prescinde deles ou cria outros novos quando o julga necessário. Por isso, dada a sua variabilidade, tais conceitos não podem servir de base para estabelecer o processo de formação e desenvolvimento do direito. Ele só é encontrável naquelas realidades, situações ou relações antes aludidas.» (*Ib.*).

Como salientou um seguidor de García-Gallo, esta construção renuncia a uma visão global e sincrónica «dando resposta à autonomia evolutiva dos diferentes sectores do direito como queria Von Schwerin, por quanto avalia cada instituição no seu tempo próprio, coincide ou não com as demais» (Escudero, 1973, 48). Consoante frisa o mesmo autor, ela intenta evitar uma história de normas inapreendidas, «caprichosamente encadeadas» por uma «dogmática de momento»; e resolve — é também o mesmo escritor a afirmá-lo — o conflito (conflito «bastante incómodo») da pluralidade normativa. Será assim?

Cremos que a tese apresenta vários núcleos correctos: a ideia de *história do direito* como disciplina jurídica¹; a análise que faz do conceito de sistema à luz da *história do direito*; a constatação da continuidade histórica como consequência da persistência da pretensão de vigência intemporal do direito; a tese da diversidade de ritmos de desenvolvimento dos diferentes institutos. Salvo o devido respeito pelo Mestre eminente, a partir daqui não o seguiremos, porém.

Em primeiro lugar, apresenta-se-nos como demasiado hipertrofiado o papel daquele núcleo de realidades que se sobrepoem ao direito e o informam, que este aceita como nexo comum às várias ordens jurídicas. O primeiro exemplo aduzido por García-Gallo — o da personalidade — é frísante. Com efeito, em inúmeras ordens jurídicas verificaram-se fenómenos contraditórios da pretensa função de valor determinante e aporético que o historiador espanhol lhe atribui. Reportamo-nos à escravatura e a outras formas de servidão. Depois, a tese de García-Gallo

1. V. *infra*, n.º 21.

não atenta na existência de certos factos com influência em toda a ordem jurídica, que, a prazo mais ou menos curto, directa ou mediamente, se repercutem sobre ela, pela modificação das circunstâncias de facto nas quais se insere. Tal foi, em Portugal, o caso dos Descobrimentos¹. Idêntico reparo julgamos fazer à falta de qualquer conexão entre a teoria como é exposta e as concepções de mundo.

Sem pormos em causa o facto de o fenómeno jurídico envolver um factor de persistência insusceptível de se conciliar com a ideia de sistema, afigurar-se-nos levar García-Gallo demasiado longe as consequências das retiradas. A ideia de continuidade pode ser estabelecida pelo alongamento dos períodos considerados, conjugando-a com a realidade das diversidades verificáveis entre os institutos, por meio de estabelecimento de subperíodos. Quanto ao primeiro ponto, afirmou-o Hegel, quando ensinou que os contrastes se podem dialecticamente suprimir, ou vincar, diminuindo ou aumentando o período relativamente, a qualquer fase da observação. No tocante ao segundo, reconheceu-o um dos adeptos da corrente em causa. Embora não possa ser levado *ad infinitum*, dentro de termos razoáveis o processo é útil.

Também não achamos aceitável a superação dos pluralismos que se pretende alcançada com as soluções propostas. Se não tivermos ao menos um quadro típico mínimo de ordenação dos fenómenos acabaremos por construir não uma *história do direito* mas um feixe de histórias monográficas de institutos concretos, escritas em paralelo e de tom cronológico. Ora a utilidade dos tipos² reside exactamente nesse mínimo de análise e enquadramento, constituindo a passagem de uma ordem jurídica pluralista a monista — ou vice-versa — um daqueles factos onde se revela o impacto da concepção de mundo e nos quais se evidenciam os eventuais compercussões em toda a ordem jurídica. De resto, a ideia de uma ordem jurídica como pluralista consente,

1. Cfr. *supra*, n.ºs 5 e 6. 2. V. *infra*, n.º 18.

conjugada com o estabelecimento de períodos e subperíodos, assinalar os factores de continuidade e de inovação, demarcando as instituições com ritmos diferentes, de forma tendencialmente clara. Ténhamos presente pedir-se à periodificação não um retrato integral da ordem jurídica mas uma ordenação apenas relativa.

17. Metodologia da exposição — sinerquia ou cronologia?

— Apenas algumas palavras quanto a um aspecto complementar. Dever-se-á seguir na exposição das matérias o método cronológico, o método sistemático ou um método misto (exposição cronológica para a história externa, exposição sistemática para a história interna), como querem, para Espanha, Pérez-Prendes e Lallinde e foi praticado, com maior ou menor desenvolvimento por Pertile, Salvio, Pollock-Maitland, e, entre nós, em alguma das suas lições, pelo Prof. Merêa? Depois de quanto dissermos sobre o valor do sistema na exposição do direito, não reputamos necessário consignar, a respeito, qualquer desenvolvimento. Relativamente ao método cronológico, diga-se, muito sinteticamente, que permitindo o apercebimento linear de um ou mais institutos determinados, acaba, ou pode acabar, por conduzir à perda de sentido de conjunto, obrigando o expositor a constantes remissões. Ele oferece — como já se escreveu — «o enorme inconveniente de turvar uma visão completa da evolução, salpicando fragmentariamente o quadro dos institutos em diversos lugares».

A combinação dos dois métodos será viável, segundo uma apreciação de valor? Não oferecerá os inconvenientes de ambos, sem a bondade de nenhum? É problema que não pode ser resolvido em abstracto e senão em termos relativos. Dependerá do objecto ao qual se aplicar e da periodificação a fazer. Dependerá, também, de quanto se pedir. Para quem se contentar com uma resposta que contenha em si o reconhecimento do valor

meramente instrumental e tendencial da periodificação a legitimidade do método será uma. Para quem lhe exija um rigor absoluto, será outra. Em qualquer caso, impõe-se a breve consignação de que a separação entre a história externa do direito (fontes) e a história interna (instituições ou conteúdo) se quadra bem e se se radica numa concepção normativa-abstracta da ordem jurídica é difficilmente conciliável e prejudica a visão da fenomenologia concreta postulada pelo institucionalismo e o decisionismo¹.

Para nós, como princípio, não se poderão separar os processos de análise dos de exposição. Concebido o conteúdo do direito como um produto do monismo ou pluralismo da ordem jurídica, do papel das diferentes fontes do direito, do Estado, da organização da sociedade e da concepção de mundo, e tomados em consideração os valores inovatórios e tradicionais, existirá uma correlação entre todos os factos a estudar — embora possa haver algum desfasamento epocal, provocado pela maior sensibilidade ou resistência de um ou outro instituto aos factores de influência (verificação da chamada lei de variação de cada tuições). Será um fenómeno a consignar a propósito de cada caso. Por isso, a periodificação há-de reflectir esta unidade, pelo alargamento ou encurtamento de períodos e deverá renunciar ao método entre nós seguido da fonte prevalecente — período de influência de ... — para se estabelecer em função do monismo ou pluralismo das ordens jurídicas, consideradas enquanto tipos.

18. (Cont.) Direito e fontes *cognoscendi*? Falámos já na «previsão» como condição do conhecimento do direito do passado. Importa agora determo-nos nessa matéria sem ser com carácter incidental.

1. Cfr. *infra*, n.º 199. 2. Cfr. *supra*, n.ºs 13, 14 e 15. 3. V. *supra*, n.º 15 *in fine*.

A apreensão do ordenamento jurídico faz-se através das fontes respectivas (*fontes cognoscendi*). Como determiná-las todas? Reside a dificuldade da tarefa na circunstância de uma selecção importar na determinação prévia do que foi *direito*, de forma à luz deste conceito se escolherem as fontes respectivas — e tornar-se necessário ter feito já a escolha para saber o que se entendeu por *direito*. Não há, com efeito, a respeito do conceito de *fontes cognoscendi*, «nenhuma doutrina com pretensões de validade universal» (Coing, 1977, 45) — e como, ao contrário, existem várias concepções sobre o conceito de fontes formais, em conformidade com as diferentes épocas e a ideia de *fontes cognoscendi* apresenta um valor bastante relativo na medida em que as fontes de conhecimento não de, necessariamente, conexas com as fontes formais. Sem haver uma autoridade incontestável determinante de uma e outra.

Como orientação metodológica formulou-se na historiografia moderna a ideia instrumental de tipo — ou seja, a construção de módulos ideais correspondentes às diferentes fontes do direito tal como fenomenologicamente nos aparecem nas culturas jurídicas do nosso conhecimento. Tais tipos fixar-se-iam por extrapolação dos fenómenos jurídicos por nós apreendidos com recurso a uma visão cronológica (*história*) e a uma visão espacial (*direito comparado*). Os conceitos-tipo seriam úteis, não só para fins descritivos, mas também para fins heurísticos e dogmáticos enquanto seleccionadores dos materiais sobre os quais se concentraria a análise.

Julgamos esta orientação válida — em conformidade, aliás, com quanto escrevemos a respeito do mínimo conceptual necessário para a compreensão da *história do direito* e da opinião comum como forma de conhecimento¹. Por isso, dedicaremos algumas linhas ao desenvolvimento que lhe deu o respectivo propugnador: Coing.

1. V. *infra*, n.º 87, b).

Segundo este autor, uma teoria dos tipos jurídicos poder-se-ia referir à classe de fonte que ocupa o lugar mais relevante no quadro geral da tipificação, como «o direito legislado, no século XIX, o direito judicial em Inglaterra (...), o direito científico da Universidade no direito comum da Idade Média ou as opiniões dos juristas prestigiados no direito romano da República romana» (Coing, 1977, 46-47). Outro ponto de vista para a formação de tais tipos referentes às fontes do direito residiria na oposição entre «concepções pluralistas e concepções unitárias do direito». Caracterizar-se-ia a concepção unitária pelo facto de só uma fonte do direito ser reconhecida e considerada — ou seja, dita de valor exclusivo — como sucede, por exemplo, com a vontade do soberano ou do povo formulada por intermédio dos seus representantes (recorde-se, a propósito, a afirmação de *Alvarado* de que o Estado liberal é um Estado absoluto por pretender o monopólio das fontes do direito)¹.

A concepção pluralista aceita, por seu turno, não só a coexistência de diferentes ordenamentos jurídicos considerados «estatutários ou espaciais», mas também a possibilidade de fundamentar a solução de problemas jurídicos em normas que de um ponto de vista político não foram nunca estabelecidas como vigentes nos diferentes países ou promulgadas². Ilustraria a primeira modalidade a Teoria Geral do Direito, de Austin. A segunda, o curioso fenómeno do direito romano considerado como *ratio scripta* durante a Baixa Idade Média³ e o sistema inglês, ao admitir junto às disposições legais e aos precedentes, as chamadas *persuasive authorities* (*ib.*).

Inclinamo-nos decididamente para a segunda orientação — considerando-a como uma metodologia extremamente fecunda. Já anteriormente ao aparecimento do volume de Coing, publicado na Alemanha em 1976, tínhamos esboçado em algumas linhas a oponibilidade, como tipos, do monismo ao pluralismo —

1. Cfr. *supra*, n.º 4. 2. Cfr. *infra*, n.º 199. 3. Cfr. *infra*, n.ºs 85, 88, 98, 100 e 103.

e vice-versa. Desenvolvemo-las depois, durante uma regência de *direito romano* num curso de pós-graduação. Nessa ocasião fomos possíveis uma formulação mais completa do nosso pensamento, incorporando as polémicas travadas no seio da romanística sobre a existência ou inexistência de um pluralismo no *direito romano*¹, conjuntamente com uma visão sobre os esforços do Estado para dominar a produção jurídica e submeter a *prudência*², por um lado; e, por outro, as teorizações modernas do direito prudencial enquanto categoria *perene*³. Quando pela primeira vez nos debruçámos sobre o tema considerámos a possibilidade de ver no jurista a tese e no Estado a antítese — ou vice-versa. Ainda hoje estamos convencidos da realidade da problemática assim formulada dialecticamente em torno desses dois tipos conceituais.

Tais tomadas de posição servem-nos para apoiar quanto Coing escreveu abstractamente a respeito da sua sugestão de tomar tipos para análise das fontes: «À luz de tais tipos ideais se devem ver as manifestações da época sobre o que nela se entende por direito para conseguir captar as ideias dessa época correspondentes ao quadro das fontes do direito» (1977, 47).

Só depois de fixados os tipos hermenêuticos será viável caracterizar individualmente as diferentes fontes. Ensinou-o, também, Coing, cujos ensinamentos precedentes são documentados com as seguintes palavras: «Queremos ilustrá-la com um exemplo. Suponhamos que se chega à conclusão de que uma determinada época conheceu sobretudo ou exclusivamente fontes de direito representadas por extensas compilações de leis e se trata de compreender a peculiaridade, o tipo destas compilações. Dentro da história do direito europeu dever-se-á distinguir entre o tipo de compilação que surgiu com a *Ilustração* e o tipo de compilação jurídica recolha de autoridades, especialmente representado pelo Código de Justiniano (...). Ter-se-á que destacar e contrapor, ao

1. Cfr. *supra*, n.º 2. 2. V. *infra*, n.ºs 27, 75-77 e 87, b) e c). 3. V. *infra*, n.ºs 75 e s.

lado desses dois tipos, os livros didácticos baseados na *auto-ritas* (a codificação Justiniana incorpora as *Instituições*¹, e no direito espanhol encontramos outro exemplo representado pelas *Partidas*²). Só assim se chegará a determinar as fontes do direito existentes na sua especificidade» (*Idem*, 48).

Compreende-se a importância metodológica da fixação de tipos: se atentarmos, ser um postulado da historiografia contemporânea a admissão de uma multiplicidade de métodos de estudo da *história do direito* — método das sobrevivências, método colonial, método etnográfico, método filológico, método comparativo, método sociológico, método estatístico... —, por vezes usados como alternativas das orientações dogmáticas e das estritamente historiográficas ou sócio-teóricas, quando não entre si combinados em diversos graus, bem como a utilização de uma variedade de fontes de conhecimento: crónicas, hagiológicos, livros de linhagens, tratados científicos não jurídicos, obras de arte, lendas, provérbios, crenças populares, usos tradicionais, inscrições, moedas e poesias, conforme o destacado para o *Direito Peninsular* por Hinojosa, cuja lição é de hábito aduzida a propósito³. Ora, se esta diversidade tornava já difícil a recondução das fontes *cognoscendi* às fontes de produção, a imprecisão de fronteiras entre as disciplinas afins e a relatividade da qualificação de ciências auxiliares torna-a mais delicada, impondo determinar quando estamos perante fontes de conhecimentos específicas da *história do direito* e, portanto, com correspondência no quadro dos factos normativos e institucionais — dos quais se devem ter como expressão — ou perante fontes de conhecimento correspondentes à *história geral*, que no contexto se deve tomar como auxiliar ou complementar da *história do direito*. No primeiro caso encontrar-nos-emos nos domínios do jurídico, no segundo não. O problema encerra tanto maior complexidade quanto já existem dificuldades em traçar critérios de

1. Cfr. a propósito, *infra*, n.º 77. 2. V. a tal respeito, *infra*, n.º 61. 3. Cfr. *supra*, n.º 13.

diferenciação, com validade se projectados historicamente, entre o direito e os usos sociais. Sem uma fixação de tipos será praticamente impossível fixar categorias limitrofes, com a consequência de tomarmos ou rejeitarmos arbitrariamente certas fontes como fontes válidas para o conhecimento do direito e, portanto, de aceitarmos um quadro mais ou menos largo dos factos normativos.

19. (Cont.) Relevância do pensamento jurídico e demais factores a atentar num curso de história do direito — Na reconstituição da ordem jurídica parece-nos de destacar particularmente a apreensão do pensamento jurídico da época, pois só com a sua fixação se conseguirá apurar o grau de cultura jurídica inerente ao ordenamento cuja fixação se pretende. Como se processou ele? Conjunto ou em adversativa ao poder político? Usufruiu, ou não, de uma linguagem técnica própria; houve ou não uma fixação legal da terminologia ou esta é meta-política; a linguagem jurídica correspondeu a formulação «de regras precisas e determinadas»¹, apresentadas «em forma sintética e sistematizada»? — são interrogações habituais que se devem colocar ao lado das correspondentes aos processos mentais dos juristas, à determinação de quais os métodos e instrumentos utilizados e quais os processos de expressão respectiva (dialética, retórica comum²). Ao investigador compete averiguar como eles os doutores ou prudentes chegaram às soluções: problemática ou sistematicamente³, utilizando a *auctoritas* própria ou baseando-se na opinião de outros⁴ — e em que medida; respeitando a tradição ou com independência face a ela, com ou sem referências à religião e às ideologias, a outros códigos de conduta, etc., etc.

Ainda neste ponto se afigura útil a proposta elaboração de tipos⁵, correspondentes, nomeadamente, a um pensamento jurí-

1. V. *infra*, n.º 104.

2 e 3. Cfr. *infra*, n.ºs 86-88.

4. V. *infra*, n.ºs 75 e 86.

5. Cfr. *supra*, n.º 18

dico processual ou a um pensamento jurídico material — conforme a *actio* ou o *ius* seja o título causal ou a consequência correspondente; à existência de uma pluralidade de fontes ou a um monismo normativo; a uma mentalidade acrífica e aceitante de um ordenamento com pretensões aporéticas, «sacro», «sacralizado» ou «sacralisante» da actividade do intérprete, ou a uma mentalidade «científica», correspondentes a processos de análise empírico-argumentativos ou sistemático-dedutivos¹. senão antes a uma metodologia explicativa interna (a interpretação obedece a razões de lógica formal inerente ou a considerações histórico-sociológicas consubstanciadas v.g. em tópicos²); ao fim da exegese: este é a reconstituição de um pensamento histórico — da lei, do legislador ou das circunstâncias — ou à determinação de um fim correspondente a problemas desligados do cunhamento de estratismo que ditou a formação do comando; a formas de estratismo hermenêutica ou de *inventio*³ (reporta-se ela exclusivamente «a um instrumental técnico» ou situa-se numa solução «aberta», que consente a invocação de quaisquer autoridades culturais podendo integrar-se o ordenamento com elas)⁴. A estas consagradas maneiras usuais de tipificar o pensamento jurídico, outras se poderiam, aliás, aduzir.

Quanto antes escrevemos a respeito da cultura jurídica e do direito prudencial⁵ é transponível, com as necessárias adaptações, para as outras manifestações de direito não estatal (nomeadamente para o direito consuetudinário) e para o próprio direito estatal, de maneira a poder analisar-se como realidade própria as diferentes componentes que integram o direito de uma dada época. O conhecimento deste far-se-á pela integração das diversas formas num todo complexo.

Seja, com efeito, como for, admita-se ou não como boa a solução dos tipos, ter-se-ão de conjugar as diversas fontes do

3. V. *infra*, n.º 85.

2. V. *infra*, n.ºs 86 e s.

1. V. *infra*, v.g. n.º 87, b)

4. V. *infra*, n.º 87, b) e c).

5. V. *infra*, n.ºs 3, 9 e ainda 75, 76 e s., e 88.

direito (em sentido de factos normativos) que coexistem nas ordens jurídicas pluralistas. Será mesmo a diferente maneira da respectiva conjugação, como funções, que permitirá a inteligibilidade de cada ordem jurídica específica e o seu confronto com as demais — isto não apenas no aspecto cronológico, mas também da evolução de cada direito. O menor ou maior grau de mobilidade existente nas ordens jurídicas; a tendência hegemónica de certos tipos de factos normativos ou de agentes deles¹; a mutação das fontes, consoante as épocas, tudo são factores a ter em conta e que julgamos deverem reflectir-se particularmente num curso de *história do direito* organizado com fins pedagógicos.

Não bastará, todavia, a compreensão dos factos produtivos do direito e da respectiva articulação para se chegar ao conteúdo deste². Necessário é igualmente determinar os elementos translatícios, fixados pela tradição³ — 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 subdistinção entre as soluções que, embora estabelecidas antes, continuam a ser tidas por válidas para problemas comuns ao período em causa, como o foram para os seus antecessores, e tudo aquilo já despedido de uma efectiva vivência coeva, vigente, mas não vivo, simples sobrevivência mantida pela inércia, pelo gosto ritual, por 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 ordens jurídicas e, enquanto tal, útil em termos de comparativismo.

Necessário é ainda à inteligência das soluções materiais, consagradas por uma ordem jurídica determinada, atentar, por um lado, na chamada concepção integral de mundo⁴ — como

1. Cfr. *supra*, n.º 2 e s. 2. Cfr. *infra*, volume imediato correspondente aos *Grupos Sociais e Conteúdo do Direito*. 3. Cfr. *infra*, n.º 43. 4. Cfr. *v.g. infra*, n.º 199, *in fine* e o volume relativo aos *Grupos Sociais e Conteúdo do Direito* (1.º Período).

antes referimos — e, por outro, nos estratos sociais ou classes (conforme se queira)¹, sobretudo em épocas de forte hierarquização expressa formalmente não só em parâmetros ditos sociais mas também em múltiplos estatutos jurídicos diferenciados.

A exposição do conteúdo do direito² — para falar como García-Gallo — surge, assim, enquadrada pela resolução de uma série de problemas — alguns de simples metodologia externa com incidência exclusiva na observação, outros de características materiais, mas condicionantes ou de natureza causal. Não haverá aqui que repetir considerações já enunciadas. A referência agora feita a este momento hermenêutico destina-se a vincar apenas a validade histórica dos conteúdos concretos e não a entendê-los como reportados exclusivamente aos aspectos formais organizativos.

20. (Cont.) Aceitação e rejeição da ordem jurídica — Fica-incompleto o quadro da fenomenologia jurídica a fornecer pelo ensino histórico do direito se não se atentasse nos problemas postos pelo grau de aceitação ou rejeição do direito no meio considerado; isto é, nos factores relativos à sua observância espontânea, ao funcionamento dos órgãos encarregados de o ministrar e ao aproveitamento pelos sujeitos de direito dos institutos postos ao seu dispor (*Rechtsatzsachen*).

Trata-se de um domínio cujo estudo é particularmente recomendado na historiografia moderna — e de dificuldades intrínsecas sobretudo no concernente a certas épocas. Se dispomos de alguns dados a respeito de vários aspectos — a duração e custo dos processos, o grau de obediência geral ao direito e a qual ou a quais das suas fontes, as formas de tutela jurídica e a relatividade da sua aplicação, por exemplo — noutros está quase tudo por investigar, nomeadamente o respeitante ao diverso grau de influência e ao sector da vida social respectivamente discipli-

1. Cfr. *v.g. supra*, n.º 4 a 6. 2. Cfr. *infra*, n.º 199 e o volume correspondente aos *Grupos Sociais e Conteúdo do Direito*.

nado pelo direito e pelos demais factores estruturantes das relações intersubjectivas — como a religião, o amor, as virtudes, as tradições, os processos de sensibilidade social, os usos, as ex-gências de cada instituição para com os seus membros, e o grau de exclusividade reclamado, as surpresas, a rivalidade, e disputa de eficácia entre os diferentes fenómenos normativos em presença² — assim como aspectos mais circunscritos, v.g., as formas de influência exercitada pelos poderes na aplicação do direito, e a permeabilidade dos diversos graus hierárquicos a tais intervenções, conforme a outros propósitos procurámos apurar. Os conhecimentos que temos sobre a maneira como os diferentes agentes da ordem jurídica a enaravam são muito desiguais, conforme o grupo e a época. Estudo a que importaria dar autonomia seria o correspondente à maneira como os leigos encaravam a ordem jurídica — com estabelecimento das diferenças entre os vários grupos sociais — conexiando-a com a forma pelo qual os juristas o viram e conceberam, bem como a determinação do grau de voluntário actamento do direito em cada acto específico da comunidade. É, porém, matéria praticamente descuidada, salvo em aspectos parciais e sobretudo «literários».

2.ª História do direito — História ou direito? — Chegados a este ponto, importa perguntar: a *história do direito* é uma disciplina jurídica ou uma disciplina histórica? Ao menos a *história do direito*, identificado este como o fizemos e a história jurídica enquanto objecto de estudo e enquanto via de conhecimento, a *história do direito* que, afinal, toma, em consideração o dado jurídico e as suas múltiplas conexões sociais? É sabido terem sido dadas respostas em ambos os sentidos, não falando soluções bifrontes, ecléticas ou duais (Lalinde, Escudero...). Quanto aqui se escreve constitui apenas uma breve anotação.

1. V. *infra*, n.ºs 25, 26, 43, 103, 108, 174, b), 188, 189, 202 *in fine*.

2. V. *infra*, n.ºs 22, 115 e s., 17, 182, 187, 188, 191, 198 e s.

Começaremos por sublinhar que o direito é essencialmente, e por isso, como qualquer facto cultural, tem uma *duração*. O tempo é ínsito ao direito. O tempo faz parte do respectivo *modo de ser*. Não é possível pensar a uma ordem jurídica fora do tempo. Recordado isto, segue-se que o direito só pode apreender-se ponderada que seja a sua projecção cronológica, visto só se tornar possível conhecer qualquer objecto através da análise do *modo de ser* das correspondentes características essenciais. Noutros termos: a história-histórica (jurídica) é um modo de conhecimento do direito. Sem ela este não poderia intuir-se. A *história do direito* (arte ou ciência histórica) representa uma reflexão essencial sobre a *essência* do *ius*.

Deste reconhecimento segue-se a identificação da nossa posição com a daqueles que fazem da *história do direito* (conhecimento histórico do direito) uma disciplina jurídica. O método e as fontes são históricos; o fenómeno é jurídico. Aquela está por isso parificada a qualquer outro modo de conhecimento do direito — seja ele filosófico, descritivo, dogmático ou exegético. Afigura-se-nos assim carecer de sentido a interrogação entre nós repetida provocatoriamente por Marcello Caetano sobre se devemos abordar a *história do direito* como historiadores ou como juristas. Sabido que nenhum ângulo de análise do *ius* é por si suficiente para o conhecimento do respectivo *ser*, apenas revelando um aspecto, uma das suas múltiplas faces, fornecendo unicamente uma visão parcial¹, forçoso se torna concluir pela imprescindibilidade da *história do direito* para a determinação da realidade jurídica.

A este respeito uma glosa mais. A visão histórica do direito suplanta a mesma qualquer outra na determinação do *real* — pois é a mais compreensiva. É ela que abarca o maior grau de juridicidade, a mais diversificada soma de aspectos, revelações, fenómenos e experiências desse fenómeno que é o *ius*². Ela é, numa palavra, o mais categorizado instrumento de conhecimento do direito.

1 e 2. Cfr. *infra*, n.º 87, c).

22. Observações finais — As páginas destas lições são completadas pela explicação ministrada nas aulas. Dela não poderão ser, consequentemente, separadas, quer para a sua compreensão e a sua inteligibilidade, quer no tocante ao esclarecimento de muitas noções prévias co-entendidas e às exemplificações factuais ou doutrinares apresentadas. A este respeito importa que o estudante tenha presente e consulte os *Elementos Auxiliares*, nos quais se fornecem, além de elementos relativos à didáctica do curso e vária documentação susceptível de «vivificar» a sua aprendizagem, muitos quadros delimitadores e noções ou elementos anclares. Motivou a compilação de todos esses materiais o propósito de dispensar o aluno da tarefa de consultar fontes múltiplas, diversificadas nem sempre de consulta fácil ou atrante — que, sendo árdua, lhe poderia causar perplexidade ou desorientação. Com ela se consegue também reduzir as indicações bibliográficas a um mínimo, suprimindo todo o aparato erudito. Legítimo — quando não imprescindível — em obras de investigação ou para especialistas, incluído nestas páginas representaria um peso morto, inútil, e talvez prejudicial, pelas hesitações que poderia gerar. Apenas se indicam a propósito de cada tema as obras utilizadas e fundamentais — ou alternativas —, seleccionando-as pela capacidade de reflectirem as grandes linhas respectivas, o desenvolvimento global que interessa apreender, deixando propositalmente de lado os trabalhos cujo objecto é o estabelecimento de pormenores ou a aquisição mais ou menos académica.

É certo que a bibliografia carreada ao longo dos anos excede em alguns casos estes propósitos. Mas afigurou-se útil mantê-la como informação — ao menos para acentuar o carácter sintético e relativo da exposição.

Essa referência será feita no fim dos capítulos, altura em que o leitor possui já uma visão genérica do assunto em causa e poderá, se ele o atrain, procurar maiores desenvolvimentos ou explicações complementares. Com isso alcançar-se-á também a

vantagem de suprimir as notas intercalares ou de pé de página, que, se meramente bibliográficas, tenderão a ser ignoradas ou, quando assim não suceda, a desviar a atenção do fio do discurso com dispêndio do esforço reflexivo. Porque esse fenómeno ocorre igualmente em relação às explanações de carácter intercalar, versadas frequentemente nas notas, procurou-se uma exposição que dispensasse as últimas e, tanto quanto possível, linear, discursiva, funcional, inserindo no lugar próprio do texto os parêntesis explicativos e os circunlóquios pedagógicos. O mesmo se fez com os trechos documentais. Oxalá, tal propósito tenha sido conseguido.

De observar ainda que a bibliografia, por óbvias razões de comodidade, se cita segundo ordem alfabética norteadas pelos apelidos dos autores, antepondo-se a todas as demais as fontes legislativas e documentais, as obras anónimas e as colectivas — estas quando não publicadas sob coordenação individual. A pormenorização de transcrições respectivas no texto faz-se, em geral, pela identificação do autor seguida pela data da edição — quando há mais de uma obra no mesmo ano potencia-se essa data com a indicação de um ordinal relativo à ordem de indicação dos trabalhos — e do número da página, a menos que a fonte seja indicada de acordo com as abreviaturas incluídas na tábu a elas respeitantes e publicada no lugar próprio.

No tocante à matéria já exposta, o leitor deverá ter também especialmente em consideração o facto de haver sido colocado perante sínteses cuja sede própria cabe no desenvolvimento da obra. Terá, por isso, de confrontá-las com os respectivos desenvolvimentos e atentar na fenomenologia histórica aí referida. De outra maneira encontrará dificuldades escusadas.

Com intenção, aliás, de as minimizar, ao menos parcialmente e tanto quanto possível, inseriram-se algumas notas de pé de página com remissões para os lugares onde as matérias encontram tratamento específico. Possibilitou o sistema — que será igualmente adoptado nos capítulos subsequentes a este

volume em função de paralelismos ou de desenvolvimentos complementares — o facto de as presentes lições, não obstante publicadas de forma a adaptarem-se ao ritmo de ministração das aulas, constituírem, em grande parte, nova edição de textos divulgados já em anteriores anos lectivos.

A tal respeito escrevemos nas lições publicadas em 1989: «efectivamente, o plano que lhes preside teve já execução nas versões ciclostiladas — embora na maioria não revistas — correspondentes aos cursos de 1980/81, 1981/82 (sob o título de *História das Instituições*), 1982/83 — aparecidas com indicação final 1983 —, em versão *offset* divulgada em 1983/84 (apenas parcialmente), em 1984/85 e na versão incompleta impressa em 1986/87». Relativamente a estas últimas — referíamos ainda no texto de 1989 —, «o presente volume contém algumas variantes. Além de indicações bibliográficas suplementares, modificações estilísticas e de pormenor, um ou outro desenvolvimento de capítulos achados mais carenciados — como o respeitante ao direito canónico —, procedeu-se à rearmarcação de certas matérias com vista a evitar repetições e inseriram-se nele novos temas. É o caso de quanto se escreve relativamente à organização da comunidade internacional e da *iurisdicção imperii*, que, embora assente em investigações já divulgadas pelos autores há algumas dezenas de anos, apenas eram referidas incidentalmente na edição anterior. É o caso também da matéria correspondente à administração e à organização da justiça. A necessidade de nos anos lectivos anteriores se fechar rapidamente o volume correspondente a este, de forma a os alunos disporem de um texto nos finais de Janeiro, começos de Fevereiro, levou a prescindir da respectiva inclusão, suprimindo-se a lacuna pela remissão para as lições ministradas no ano lectivo de 1982/83, onde os referidos temas se encontravam versados e que nessa parte foram de novo reeditadas». Infelizmente não consentiu a marcha do ano lectivo concretizar a inclusão destas matérias no texto divulgado em 1989. «Ainda, então, se utilizou o referido processo de reme-

ter para as páginas divulgadas em 1982/83». «O facto de agora se apresentar uma nova exposição dessas matérias» — escrevemos nesta última edição — «constitui um motivo de júbilo, que se reporta também à síntese final ensaiada no termo do volume».

Foi uma falsa profecia. Só na versão de 1993 tais propósitos lograram realizar-se. Não se verificou, em todo o caso, possível nela incluir a parte relativa à administração — empregue o termo no contexto abaixo referido¹ — militar, nem à fiscal, escrevemos nós relativamente ao texto anterior, sem que o voto tivesse sido cumprido. Apenas foi possível disponibilizar fascículos soltos para uso exclusivo dos alunos e sem que se fechasse o respectivo volume, carecido nomeadamente, das projectadas gravuras, de índices, da tábua de abreviaturas, de uma revisão final. Para minorar todos esses inconvenientes divulgaram-se sucessivas erratas, que embora imperfeitamente colmataram algumas deficiências. Veremos se desta vez conseguimos o propósito enunciado, embora com a consciência das contingências da divulgação de um texto da índole do presente no decurso de um único ano lectivo e sujeito às respectivas condicionantes. Em compensação logrou-se o intento de se acrescentar, já no texto anterior, a matéria respeitante ao direito hebraico e ao direito muçulmano. Trata-se de temas que não haviam sido considerados dada a estreiteza do tempo escolar — mas que pela respectiva relevância deveriam ser incluídos, mesmo por ventura com sacrifício de outros. O decorrer do ano lectivo o dirá. Por agora, importa justificar a respectiva inserção, tanto mais que a historiografia nacional se tem, em grande parte, mantido alheia a tal estudo. Os historiadores do direito, mesmo os que restringem o seu objecto à história das fontes, quando não ignoram totalmente ambos esses ordenamentos esquecem pelo menos o judaico e remetem o estudo do islâmico para o de épocas anteriores à fundação da nacionalidade — não obstante entre nós os *judeus* e

1. Cfr. *infra*, n.º 145.

os *mouros* serem compreendidos nos trabalhos dos historiadores das instituições no tocante à respectiva orgânica administrativa¹, aos aspectos institucionais, às correlações com o poder político. E outro tanto se diga quanto à historiografia comum²: também ela deixa de lado aqueles ordenamentos normativos. Trata-se de omissão em contraste com o dominantemente sucedido em Espanha. Se aí os cultores da história geral, v.g. da dos seguidores de Moisés e de Maomé, não desprezam também a consideração normativa³, os historiadores do direito (García-Gallo, Gibert, Pérez-Prendes, Lalinde, Fernandez Espinar...) tratam-na *ex professo* e em obediência a premissas metodológicas objectivas, embora alguns apenas versem o direito muçulmano a propósito da dominação islâmica na Península.

Se se impõe transmitir ao aluno a correlação comunidade-direito (*ubi societas ibi ius*), a tendência para a institucionalização dos grupos e sociedades humanas⁴, a necessidade de ponderar conjunta e harmonicamente o lado normativo, o aspecto decisionista, a fenomenologia institucional, para a compreensão do que é o direito⁵, então devemos explicar como se regeram as comunidades judaicas e moura, inseridas no corpo social fixado no nosso território, completando o estudo da sua orgânica com o do ordenamento intrínseco que as conformou. Sem isso, dar-se-á uma visão errada da realidade histórica e da fenomenologia jurídica, por parcial e amputada. A ignorância dos momentos normativos correspondentes a cada um desses dois grupos é tanto mais significativa quanto qualquer deles se apresenta muito ilustrativo, pela diversidade respectiva e o contraste com o da comunidade cristã. «*Não havendo ciência do individual*», só poderá, assim, explicar o silêncio e a omissão antes referida quem tiver a este respeito presentes vários preconceitos de ordem cultural, nomeadamente a irrelevância das minorias e

1. Cfr. *infra*, n.º 198.

2, 3, 4 e 5. V. *infra*, n.º 202.

o falso dogma da estaturalidade do direito — bem como o repetido e proclamado reconhecimento da pequena importância, seja do direito israelita, seja do maometano, no futuro desenvolvimento do direito português¹. A tal respeito não se poderá, todavia, esquecer que a *história do direito* não se identifica com o estudo dos *efeitos* deste e que a configuração das ordens jurídicas se não circunscreve ao estabelecimento de relações de causalidade. Pertence à fenomenologia respectiva a existência de fenómenos sem efeito ou de efeito relativo.

Para nós militam ainda outras circunstâncias. O pluralismo jurídico, referido como característico da época, não ficará individualizado no seu grau próprio — e por referência ao monismo subsequente — sem o estudo mencionado, isto por um lado; por outro, porque dificilmente se compreenderá o «direito cristão» se o estudarmos apenas em si mesmo, abstraindo das relações dialécticas de confronto e divergência. Acresce a peculiaridade do título de recepção² de ambas as ordens jurídicas em questão — que se baseia na benevolência, causa de um *privilegio* (dando ao termo o seu sentido técnico-jurídico) — constituir um elemento específico cujo entendimento é relevante para a percepção do direito da época.

As referências precedentes explicam a génese e os condicionamentos do presente livro, sendo certo que as primeiras só se justificam para salvaguarda do «*seu a seu dono*». É preciso sublinhar que nele se incorporaram algumas páginas de lições anteriores às já referidas — como sucede relativamente às ministradas no ano lectivo de 1976/77 —, havendo-se aproveitado também investigações realizadas pelos autores e por estes subscritas ao longo dos anos e divulgadas em trabalhos monográficos ou sob a forma de artigos.

A este propósito, os autores lastimam serem obrigados a registar nesta edição o facto de muitas das páginas de sua res-

1. Cfr. *infra*, n.º 131. 2. Cfr. *infra*, n.ºs 108 e s.

ponsabilidade haverem sido integralmente transcritas em obras alheias sem qualquer indicação de origem e de muitas outras terem sofrido decalque mais ou menos disfarçado. Enfim...

A terminar deve consignar-se uma palavra de reconhecimento aos Assistentes Mestre Eduardo Vera-Cruz Pinto e Mestre Teresa Morais pelo trabalho de revisão do presente livro — e que lhes exigiu dilatado esforço, tempo e dedicação. Aqui fica o agradecimento devido, sendo certo que de outra maneira não seria possível divulgar estas páginas já no princípio do ano lectivo. Feito já relativamente à versão provisória anterior, este agradecimento cabe aqui de forma renovada.

Reconhecem os autores as deficiências da obra. Apesar disso gostariam de a dedicar à memória dos professores Pedro Martins e Paulo Merêa — a quem expressa e legalmente sucederam nas «vagas» que lhes pertenciam e em relação aos quais é grato consignar laços afectivos de vária natureza; à memória do Prof. Braga da Cruz, Amigo de sempre e Mestre para sempre; e ainda à de García-Gallo, o formidável estudioso cujo convívio é inolvidável. Dois outros nomes da cultura espanhola merecem a mesma homenagem — Álvaro D'Ors e Rafael Gibert, a quem os dois autores confessam profundas dívidas de amizade e de natureza intelectual. Impossível é esquecer, igualmente, a reverência devida ao Prof. Raúl Ventura, Mestre de ambos e grande figura da cultura jurídica portuguesa. O nome do Prof. Sebastião Cruz não deve também faltar neste momento, pela grata lembrança de quem foi por ele sucessivamente examinado em provas académicas e pela indomável coragem intelectual que demonstrou na sua vida universitária. Possa a congregação numa mesma confissão de reconhecimento de nomes de professores espanhóis e portugueses ser entendida como correspondente a um ideal universitário sem fronteiras e o facto de a esses nomes pertencerem diferentes épocas no quadro da investigação ser tomado como signo da perene continuidade do estudo.

23. Adenda. A presente edição — Esta edição não traduz ainda a remodelação das anteriores almejada e projectada pelos autores. Impediu-a a circunstância de ter sido preparada e editada nos dois escassos meses que medeiam entre o fim do transacto ano lectivo e o início do presente, de forma aos alunos poderem ter ao dispor elementos de estudo praticamente desde a sua entrada na Faculdade. Uma vez mais se impuseram os ditames escolares...

Relativamente à última edição, nesta corrigiram-se «gralhas» detectadas; clarificaram-se alguns pontos da exposição mais carenciados; actualizou-se em certa medida o suporte bibliográfico; aumentaram-se consideravelmente as remissões para lugares paralelos ou para pontos afins ou complementares, de forma a facilitar aos alunos a conexão de matérias. Era um trabalho que o facto de se tratar de um livro didáctico, nascido na Escola e para a Escola, aconselhava desenvolver e seguramente desnecessário noutro tipo de obras, ou quando os leitores venham a possuir preparação correspondente a um estágio mais avançado dos trabalhos escolares, de si dispensante de esclarecimentos relativamente a termos subsequentes, antecipados por necessidades pedagógicas e cuja sede se situa em lugares adiantados da exposição — ou que convinha rememorar quando aí abordados, remetendo para referências já feitas.

Paralelamente a modificações formais, há a consignar vários aditamentos introduzidos ao longo da exposição, com vista a explicitar e vincar as linhas axiais do curso, a problematização inerente, ou seja, nomeadamente: a consideração ou pressuposição do circunstancialismo exógeno ao ordenamento jurídico para o entendimento da sua estrutura e das condicionantes que lhe corresponderam e nele se reflectiram; a miscigenação — indiferenciação ou correlação — entre o temporal e o sacral; a existência de códigos de conduta diferenciados da ordem jurídica, muitas vezes concorrenciais, antagónicos, alternativos ou críticos relativamente a ela, como a religião, o amor, as virtudes em

geral e em particular à justiça, a reflexão teórico-científica e ideológica, os valores inerentes e implicados pelas formas comunicacionais (tal a retórica e a dialética), as superstições e as estruturas e fenómenos consuetudinários; o pluralismo interno ao direito da época, quer no tocante aos seus antecedentes e proveniências, compreendendo-se no direito português — e, portanto, na sua história, — muito de não português, conforme referimos já, quer relativamente às fontes consideradas no seu processo formal; a jurisdição do poder político: a heterogeneidade e multiplicidade comunitária do *corpus* social, com chamada de atenção para as minorias, tanto mais relevantes quanto lhes tenham correspondido fenómenos de institucionalização organizativa e ordenamentos privativos (judeus, mouros, etc.). Tudo de forma a consentir melhor articulação com a exposição de matérias pertencente aos demais volumes do curso. Merece a pena assinalar o referido, por parte disso ter aí expressão e não no presente.

Finalmente, intentou-se, por motivos de sistemática didáctica, um pequeno escorço sobre o *nomen* direito e o seu conceito, que a estrutura do livro obrigou a apresentar como secção do capítulo primeiro, embora na verdade tenha proporções exíguas e rudimentares, e remodelou-se o capítulo segundo, relativo ao direito canónico, de forma a torná-lo mais consentâneo com a parte respeitante à organização administrativa eclesial e a consentir ao aluno uma visão menos esquemática.

Para labores futuros, praza a Deus, ficará tudo o mais que há a corrigir e a acrescentar...

BIBLIOGRAFIA: Para a exposição relativa à *Periodificação*: JASUS LALINDE ABADIA, «Historia del Derecho Frente a Filosofía del Derecho (Contraréplica Extemporanea a Hans Kelsen)», in *AHDE.*, LXV, 1995; MÁRIO DE ALBUQUERQUE, *O Significado das Navegações e Outros Ensaio*, Lisboa, 1930; MARTIM DE ALBUQUERQUE, «Política Moral e Direito na Construção do Conceito de Estado em Portugal», in *Estudos de Cultura Portuguesa*, Lisboa, 1984, I; «O séc. XVIII na Legislação de Pombal», in

Pensamiento Jurídico y Sociedad Internacional. Libro... Homenaje al Profesor D. Antonio Truyol y Serra, Madrid, 1986, I; «Historia das Instituições. Relatório sobre o Programa, Conteúdo e Métodos do Ensino», in *RFDL.*, XXV; RUY DE ALBUQUERQUE, *Os Títulos de Aquisição Territorial na Expansão Portuguesa*, Lisboa, pol. 1958, e «Historia do Direito Português». Relatório (Nos termos da alínea a) do N.º I do Art.º 9.º do Decreto N.º 301/72, de 14 de Agosto, de harmonia com o Art.º 4.º do mesmo Diploma), in *RFDL.*, 1986; e «Direito de Juristas – Direito de Estado», in *RFDL.*, 2001; ALEXANDROWICZ, *An Introduction to the History of the Law of Nations in the East Indies (16th and 18th Centuries)*, Oxford, 1967; ANZILOTTI, *Corso de Diritto Internazionale*, Pádua, reedição de 1964, I; C.C. ARCHI, «Sull'Insegnamento della Storia del Diritto», in *ASD.*, X-XI, 1966-1967; ROMEU DE ARMAS «Los Problemas Derivados del Contacto de Razas en los Albores del Renacimiento», in *Cuadernos de Historia*, I; MARCELO CAETANO, *Leções de História do Direito Português*, Coimbra, 1962, II, *Historia do Direito Português*, Lisboa, 2000, I; CATTANEO, *Illuminismo e Legislazione*, Milão, 1966; CORSALE, «Pluralismo Giuridico», in *ED.*, XXXIII; BRAGA DA CRUZ, «Formação Histórica do Moderno Direito Privado Português e Brasileiro», in *Obras Esparsas*, Coimbra, 1981, II, 1.ª P.; NGUYEN QUOC DINH, PATRICK DALLIÉS e ALAIN PELLET, *Droit International Public*, Paris, 1980; SAMPAIO FERRAZ, *O Conceito de Sistema no Direito*, S. Paulo, 1967; GARCIA-GALLO, «Historia, Derecho, y Historia del Derecho», in *AHDE.*, XXIII, 1953; e «La Historiografía Jurídica Contemporánea. Observaciones en Torno a la Deutsche Rechtsgeschichte de Planitz», in *AHDE.*, XXIV, 1954; PECOURT GARCIA, *Tendencias Actuales de la Doctrina Italiana de Derecho Internacional Publico*, Valência, 1986; P. GIBERT, «Una Propuesta de Periodificación en la Historia del Derecho Español», in *Estudios Dedicados a la Memoria del Profesor L.M. Díez Salazar*, Bilbao, 1992; MARTINEZ GIRON, «Ante una Nueva Exposición de Conjunto de la Historia Del Derecho Español», in *AHDE.*, XXXII; J. GILSEN, «Introduction à l'Étude du Pluralisme Juridique», in *Le Pluralisme Juridique*, ob. col., Bruxelas, 1972; G. GROSSO, *Problemi Generali del Diritto Romano Attraverso il Diritto Romano*, Turim, 1967; OLIVIER GUILLOT, «Clovis, le Droit Romain et le Pluralisme Juridique», in *Liberiés, Pluralisme et Droit. Une Approche Historique*, Bruxelas, 1995; GEORGES GURVITCH, *L'Experience Juridique et la Philosophie Pluraliste du Droit*; L. INGBER, «Le Pluralisme Juridique dans l'Oeuvre des Philosophes du Droit», *Idem*; MARROU, *De la Connaissance Historique*, Paris, 1955 — há trad. port.; PEDRO MARTINS, *História Geral do Direito Romano, Peninsular e Português*, Coimbra, 1907; MICHELIS, *Le Origini Storiche e Culturali del Pensiero di Ugo Grozio*, Florença, 1967; PAULO MERÊA, Recensão a «G. Gurvitch,

L'Experience Juridique et la Philosophie Pluraliste du Droit, in *BFD*, 15, 1938-1939; CABRAL DE MONCADA, «O Problema Metodológico da História do Direito Português»; «Origens do Moderno Direito Português», in *Estudos de História do Direito*, Coimbra, 1949, II; ORESTANO, *Introdução ao Estudo Histórico do Direito Romano*, Bolonha, 1987; OURLIAC, «Histoire Nouvelle et Histoire du Droit», in *RHDFE*, 70, 1992, 3; VICENTE FERRER DE NETTO PAIVA, *Reflexões sobre os Sete Primeiros Títulos do Livro Único da Parte I.º do Projecto do Código Civil Português*, Coimbra, 1959; BALLADORE PALLIERI, *A Doutrina do Estado*, Coimbra, trad. port. de 1964; ROLANDO QUADRI, *Direito Internacional Público*, Nápoles, 1968; R.-M. RUMPELBERG, «O Nomen Dulce Libertatis», in *Libertés, Pluralisme...*, supra cit.; NORBERT ROULAND, «Pluralisme Juridique», in *Dictionnaire Encyclopédique de Théorie et de Sociologie du Droit*, Paris, 1993 e *L'Etat Français et le Pluralisme. Histoire Politique des Institutions Publiques de 476 à 1792*, Paris, 1995; BROWN SCOTT, *El Origen Español del Derecho Internacional Moderno*, Valladolid, trad. esp. de 1928; TRUYOL Y SERRA, *Noções Fundamentais de Direito Internacional Público*, trad. port. de 1962, Coimbra; N. E. GOMES DA SILVA, *História do Direito Português*, Lisboa, 3.ª edição, 2000; MARCELO REBELO DE SOUSA, *Pluralidade dos Ordenamentos Jurídicos*, Lisboa, 1973; J. VANDERLINDEN, «Le Pluralisme Juridique. Essai de Synthèse», in *Le Pluralisme...*, cit.; DIEZ VELASCO, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Madrid, 1986; WALZ, *Derecho Internacional y Crítica de Sus Negadores*, Madrid, trad. esp. de 1943.

2. Para a matéria relativa aos Problemas e Orientações Metodológicas, veja-se - além das obras anteriormente referidas de J. LALINDE ABADIA, 1995; RUY DE ALBUQUERQUE, 1986; MARCELLO CAETANO, 1981; CABRAL DE MONCADA, 1949; GARCÍA-GALLO, 1953 e 1954; MARTINEZ GIJON, 1952 e ORESTANO, 1987 - LALINDE ABADIA, «Hacia una Historia Paralela del Derecho», in *HID*, 4, 1977; «El Derecho como 'super-estructura' ante la Historiografía Española», in *Estudios sobre Historia de España*, ob. col., Madrid, 1981; «La Institucionalización como Problema Histórico», in *II Jornadas d'Estudis Històrics Locals*, Palma de Maiorca, 1983; MARTIN DE ALBUQUERQUE, *História das Instituições*, ed. pol., Lisboa, 1978; «Amor e Poder Político Considerados com Especial Incidência no Pensamento Tradicional da Península Ibérica», in *Estudos da Cultura Portuguesa*, Lisboa, 2002, III; JAVIER ALVARADO, «La Historia del Derecho ante el Siglo XXI», in *AHDE*, XXI, 2001; MARCHAN ALVAREZ, «La Historia del Derecho en Alemania: Bibliografía General, Centros de Investigación y Enseñanza de la Disciplina en las Facultades de Derecho», in *AHDE*, XLV, 1975; G. G. ARCHI, «Sul Insegnamento della Storia del Diritto», in *ASD*, X-XI, 1966-

-1967; RAFAEL ALTAMIRA, *Historia del Derecho Español*, Madrid, 1903; B. AGUILERA BARCHET, *Introducción Jurídica a la Historia del Derecho*, Madrid, 2.ª ed., 1996; FELICE BATAGLIA, «Scienze della Natura e Scienze Umane. Alcune Considerazioni sulla 'Massime di Esperienze'», in *RIFD*, 1963, V; RUDOLF BECHERT «La Importanza del Pensiero Storico e la Utilità della Conoscenza Storica», in *RSDI*, 1929; JUAN BENEYTO, *Una Sociología de la Historia Jurídica*, Madrid, 1957; J. SANCHEZ-ARCILA BERNAL, *Historia del Derecho, I. Instituciones Político-Administrativas*, Madrid, 1995; *Jacobus Id Quod Ego. Los Camiños de la Ciencia Jurídica*, Madrid, 2002; D. BIZZARRI, «Problemi di Indirizzo e di Metodo nella Storia del Diritto Italiano», in *Riv. Stor. Italiana*, 48, 1931; MARCH BLOCH, *Introdução à História*, Lisboa, trad. port. de 1965; E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Die deutsche verfassungsgeschichtliche Forschung im 19. Jahrhundert: zeitgebundene Fragestellungen und Leitbilder*, Berlin, 1961; BRANDILEONE, «Di un Indirizzo Fondamentale degli Odierni Studi Italiani di Storia del Diritto», in *Filangieri*, XII, 1888; CALASSO, *Introduzione al Diritto Comune*, Milão, 1951; «Elogio della Polemica», in *RISG*, 1950; CAPOGRASSI, «Analisi dell' Esperienza in Concreto»; «Studi sull' Esperienza Giuridica»; «Il Problema della Scienza del Diritto»; «Nota sull' Esperienza Giuridica»; «L' Esperienza Giuridica nella Storia»; «Incompiutezza della Esperienza Giuridica», in *Opere*, Milão, II e III, 1945; CASSANDRO, v.º «Storia del Diritto», in *NDI*, XVIII; B. CLAVERO, «La Historia del Derecho Ante la Historia Social», in *HID*, 1, 1974; CORTESE (e outros), «Problemi e Prospettive Insegnamento in Italia, Storia del Diritto: Articolazioni Disciplinari Vecchi e Nuovi. Tavola 'Rotonda'», in *PSPGM*, 42; HELMUT CONG, «Die europäische Privatrechtsgeschichte der neuen Zeit als einheitliches Forschungsgebiet. Probleme und Aufbau», in *Ius Commune*, I, 1967; *Las Tareas del Historiador del Derecho. Reflexiones Metodológicas*, trad. esp. de 1977, Madrid; P. COSTA, «Storia Giuridica. Immagini e Confronto», in *AHDE*, 1997; P. FERREIRA DA CUNHA, *Para una História Constitucional do Direito Português*, Coimbra, 1995; S. DE DIOS, «El Derecho y la Realidad Social. Reflexiones en torno a la Historia de las Instituciones», in *HID*, 73, 1976; ÁLVARO D'ORS, «Vulgarismo Jurídico, Hoy»; «Derecho y Ciencias Sociales»; e «Los Romanistas ante la Crisis de la Ley», todos em *Escritos Varios Sobre el Derecho en Crisis*, Roma-Madrid, 1973; JOSÉ ANTONIO ESCUDERO, «En Torno al Objeto de la Historia del Derecho», in *RFDUCM*, 34-36, 1969; «Derecho y Tiempo: Dogmática y Dogmáticos», in *AHDE*, 1970; *Historia del Derecho. Historiografía y Problemas*, Madrid, 1998, 2.ª ed.; *Curso de Historia del Derecho*, Madrid, 1990; FASSÓ, *La Storia Come Esperienza Giuridica*, Milão, 1953; GARCÍA-GALLO, «Historia, Derecho e Historia del Derecho», in *AHDE*, XXIII, 1953; «La Historiografía Jurídica Contemporánea. Observaciones en Torno de la

'Deutsche Rechtsgeschichte' de Planitz», *Idem*, XXIV, 1954; *Metodología de la Historia del Derecho Indiano*, Santiago do Chile, 1970; «Cuestiones de Historiografía Jurídica», in *AHDE*, XLIV, 1974; e *Manual de Historia del Derecho Español*, Madrid, 6.ª ed., 1975; GAUDEMER, «Méthode Historique et Droit Romain», in *RHDFE*, 1946-1947; «Histoire et Système dans la Méthode de Savigny», in *Sociologie Historique du Droit*, Paris, 2000; «Organicisme et Évolution dans la Conception de l'Histoire du Droit chez Ihering», *Idem*; R. GIBERT, «Eduardo de Hinojosa y la Historia del Derecho», in *BUG*, XXIV, 1952; «El Derecho en su Aspecto Histórico», in *Programa de Historia del Derecho Español*, Granada, 1958; «Diez años de Historia del Derecho Español», in *Nuestro Tiempo*, 144, 1966; «La Historia del Derecho como Historia de los Libros Jurídicos», in *I Seminario de Historia del Derecho Privado. Nuevas Técnicas de Investigación*, Ballater, 1985; JOSÉ MARTÍNEZ GIRON, «Ante una Nueva Exposición de Conjunto de la Historia del Derecho Español», in *AHDE*, 1962; A. GIULLIANI, *Il Concetto di Prova. Contributo alla Logica Giuridica*, Milão, 1971; ROGER GRAND, *L'Histoire du Droit Français. Ses Règles. Sa Méthode. Son Utilité*, Paris, 1920; P. GROSSI, *L'Ordine Giuridico Medioevale*, Roma-Bari, 1996; A. GUARINO, *O Direito e a História*, sep. da *RFDL*, 1984; G. GURVITCH, *L'Expérience Juridique et la Philosophie Pluraliste du Droit*, Paris, 1935; M. HAURIU, *L'Histoire Externe du Droit*, Paris, 1884; A. MANUEL HESPAÑA, «O Direito e a História. Os Caminhos de Uma História Renovada das Realidades Jurídicas», sep. da *Rev. de Direito e Estudos Sociais*, Lisboa, 1971; *A História do Direito na História Social*, Lisboa, 1978; *História das Instituições*, Coimbra, 1982; *Poder e Instituições no Antigo Regime*, Lisboa, 1992; HINOJOSA, «El Derecho en el Poema del Cid»; e «Poesía y Derecho», in *Obras*, I e III, Madrid, 1958; MAX KÄSER, *En Torno al Método de los Juristas Romanos*, trad. esp. de 1964, Valladolid; H. KANTOROWICZ, *La Definición del Derecho*, trad. esp. de 1964, Madrid; ARTHUR KAUFMANN, *Derecho, Moral e Historicidad*, trad. esp. de 2000, (ed. Alemã de 1957); R. MORAN MARTIN, *Materiales para un Curso de Historia del Derecho Español*, Madrid, 1999, I; U. NICOLINI, «Per un Più Efficace Insegnamento della 'Storia del Diritto Italiano'», in *ASD*, X-XI, 1966-1967; JOSÉ DUARTE NOGUEIRA, «Objecto e Método na História do Direito», in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Raúl Ventura*, Lisboa, 2003; RICARDO RAIMUNDO NOGUEIRA, *Preleções sobre a História do Direito Pátrio*, Coimbra, 1986; E. OPCRER, *Il Valore dell'Esperienza Giuridica*, Treviso, 1947; «Concetto di Esperienza Giuridica e Idealismo»; «Considerazioni Sugli Ultimi Sviluppi della Filosofia del Diritto in Italia», in *RIFD*, 1950 e 1951 e v.º «Esperienza Giuridica», in *Enc. Dir.*, XV; ORESTANO, «Introduzione allo Studio Storico del Diritto Romano», Bolonha, 1987; *I Fatti di Normazione nell' Esperienza Romana Arcaica*,

Turin, 1967; BRUNO PARADISI, «I Nouvi Orizzonti della Storia Giuridica», in *RISG*, 1952-1953; «Sulla Proposta di Bipartizione dell' Attuale Insegnamento della Storia del Diritto Italiano», in *ASD*, X-XI, 1966-1967; *Apologia della Storia Giuridica*, Bolonha, 1973; E. PARESE, v.º «Dogmatica Giuridica», *Enc. Dir.*, XV, 1964; J. M. PEREZ, «Acerca del Sentido de la Historia del Derecho como Historia. (Historia como Narración)», in *AHDE*, 1997; B. PUTZORNO, «Elaborazione Scientifica della Storia del Diritto Italiano», in *Temi Emiliani*, 1928, 5-9; T. F. T. PLUCKNETT, «Maitland's View of Law and History», in *LQR*, 67, 1951; J. M. PEREZ-PRENDES, «Sobre los Orígenes de la Historia del Derecho», in *Arbor*, 282, 1969; *Interpretación Histórica del Derecho. Notas, Esquemas, Prácticas*, Madrid, 1966; «Sobre el Conocimiento Histórico del Derecho», in *Estudios Dedicados al Professor Andrés de Mafaricúa*, Bilbao, 1971; MIGUEL REALE, *O Direito como Experiência. Introdução à Epistemologia Jurídica*, S. Paulo, 1968 e *Filosofia do Direito*, S. Paulo, 1969; RACASÉNS SICHES, *Experiencia Jurídica. Naturaleza de la Cosa y Lógica «Razonable»*, México, 1971; RAFAEL RIBEIRO, *História do Direito Português*, Lisboa, 1923; D. TORRE SANZ, *Historia del Derecho. Bases para un Concepto*, Valladolid, 1986; ROBERTI, «Il Metodo Storico di N. Tamassia», in *RSDI*, 1932; G. SANTINI, «Nascita di una Nuova Disciplina: La Storia del Diritto Europeo», in *AG*, 1944; SAVIGNY, *Juristische Methodlehre*, Stuttgart, 1951; TORRES SANZ, *Historia del Derecho. Bases para un Concepto*, Valladolid, 1986; MARNOCCHI SOUSA, *História das Instituições do Direito Romano. Peninsular e Português*, Coimbra, 3.ª ed., 1910; ALDO SCHIAVONE, *Storiografia e Critica del Diritto. Per una «Archeologia» del Diritto Privato Moderno*, Bari, 1980; N. J. E. GOMES DA SILVA, *História do Direito Português*, 3.ª ed., Lisboa, 2000; PETER STEIN, *Legal Evolution. The Story of an Idea*, Cambridge, 1980; e «Legal History: The British Perspective», in *TUR/RHD*, LXII, 1994; HANS THIEME, «L'Histoire du Droit et de la Science Juridique», in *História do Direito e Ciência Jurídica. Homenagem Pós-tuma a Guilherme Braga da Cruz*, Porto, 1977; TOMAZ Y VALIENTE, «Historia del Derecho e Historias», in *Once Ensayos sobre Historia*, Madrid, 1976; e «Nuevas Orientaciones del Derecho en España», in *Estudios sobre Historia...*, *supra*; «La Historiografía Jurídica en la Europa Continental (1900-1975)», in *HID*, 5, 1978; A. MOTA VEIGA, *História do Direito Português*, «de harmonia com as preleções do Exmo. Prof. Dr. Joaquim Pedro Martins», Lisboa, 1931; P. VILAR, «Histoire du Droit, Histoire Totale», in *RHD*, I, 1976; A. VISCONTI, «Dove Va la Storia del Diritto», in *RSDI*, 1952; VISMARA (e outros), «Problemi e Prospettive dell'Insegnamento in Italia. Quale 'Manuale' per Quale Storia del Diritto. Tavola Rotonda», in *PSPGM*, XLXII

3. Para a posição assumida quanto à inclusão do estudo relativo ao direito judaico e ao direito muçulmano, cf. v.g. J. LALINDE ABADIA, *Iniciación Histórica al Derecho Español*, Barcelona, 1970; MARCELO CAETANO, *História do Direito Português (1146-1495)*, Lisboa, 2000, I; GARCÍA-GALLO, *Manual de Historia del Derecho Español*, Madrid, 1975, I; RAFAEL GIBERT, *Historia General del Derecho Español*, Madrid, 1978; e *Los Elementos Musulman y Judío en lo Estudio Jurídico Español*, Madrid, 1995; JOHN GILISSEN, *Introduction Historique au Droit*, Bruxelles, 1979 — trad. port. de 2001, 3.ª ed.; R. MORAN-MARTIN, *Materiales para un Curso de Historia del Derecho Español*, Madrid, 1999, I.

PRIMEIRO PERÍODO

justiça como condição de sobrevivência
é fundamento da vida social;
Ajudava na manutenção de sociedade;
sem ela era impossível a convivência
organizada.

CAPÍTULO I

A JUSTIÇA E O DIREITO SUPRAPOSITIVO

SECÇÃO I

A JUSTIÇA

24. Introdução² — A Idade Média não teorizou o direito como um complexo autónomo. Concebeu-o, antes, enquanto função da justiça. Para ter, pois, uma visão da maneira como ele foi entendido importa começar por nos referirmos a esta última.

25. A justiça como condição da sociedade. A justiça universal — A justiça foi para os homens dessa época o fundamento da vida social. Sem ela seria impossível uma convivência organizada¹, a manutenção da comunidade política, a concepção como povo de um grupo humano. Enunciada na esteira de Santo Agostinho (*De Civ. Dei*, 19.21.3) ao longo de toda a época em múltiplas páginas de teóricos, entre nós esta

1. Cfr. *infra*, n.º 148.

doutrina, divulgada nomeadamente nas *Partidas*¹ (III, 1), aparece-nos, inclusive avalizada, de forma mais ou menos explícita em diplomas subscritos por D. Afonso IV (*LLP*, 241, 283-284, *ODD*, 378), assim como em páginas de cronistas (*Liv. Ln.*, in *PMH*, *Scp.*, I, 254; Anón. — *Cr. dos Cinco Reis*; *AH*, 3; e *Cr. dos Sete Primeiros Reis*, *AH*, 4). A sociedade, nas suas con-cretas e diferentes manifestações históricas, não traduzia uma consequência automática e inelutável de uma ordem pré-estabelecida pela suprema vontade de Deus ou por leis da natureza, necessárias e inalteráveis, mas sim o resultado do múltiplo e diversificado operar humano tendente à realização da perfeição individual, como é visível em textos de Álvaro Pais² (*SR*, I, 24, 100, 128, 154, 162, 204, 248, 326, 436; *SPE*, II, 36, 38, 370, 538, 608; III, 96, 150; IV, 50, 344, 358).

A ordem social representava, numa palavra, a projecção comunitária da condição dos seus membros. Sendo os homens justos, justa seria a sociedade. Por isso, os estóicos e Platão haviam querido já o governo político nas mãos dos filósofos (*SR*, I, 40), podendo perguntar-se como se terá por imperfeita a sociedade, nela havendo injustiça, se todos os homens forem perfeitos. A perfeição identifica-se, pois e necessariamente, com a justiça.

Dentro também dos quadros do tempo, a plenitude individual correlativa à justa configuração da vida colectiva pressupõe, por seu turno, o acatamento pelo homem da lei divina e da lei natural³, na sua integralidade moral, submetendo-se-lhes livremente. Para as atingir deverá realizar um trabalho intelectual de conhecimento do respectivo conteúdo e uma tarefa volitiva respeitante à sua observância.

Da própria causa final da justiça resultava nela ínsita a existência de um elemento de habitualidade. Quem só esporadicamente tivesse vontade de a respeitar não seria justo — que

1. V. *infra*, n.º 92 2. V. *infra*, n.º 48. 3. Cfr. *infra*, n.ºs 32 e s.

tanto vale dizer não realizaria a justiça. A justiça traduzia-se, pois, numa *virtude*, definida esta como era: *habitus operativus bonus*, o hábito bom orientado para a acção. É que a prática de cada acto virtuoso constitui uma preparação para o cometimento de um outro ulterior — conforme ensinou entre nós D. Durando Pais. Aperfeiçoando e fortalecendo as potencialidades do homem, a realização da acção virtuosa desenvolve-lhe naturalmente a capacidade de agir virtuosamente ao promover as faculdades de governar os sentidos e as paixões. Disse-o, a respeito da virtude em geral, o nosso D. Durando Pais¹ (*De Econ.*, 141), tendo Santo António ensinado outro tanto em relação à justiça especificamente considerada: «A justiça é hábito de ânimo que, guardando o bem comum, atribui a cada um aquilo de que é digno» (*Ob.*, I, 251). Por seu turno, o redator do *Livro de Linhagens do Conde D. Pedro*, que pôs na boca de D. Henrique as palavras que ele terá dirigido na hora da morte ao nosso primeiro monarca, registou a mesma concepção: «E faze sempre justiça (...) ca sse huum dia leixares de fazer iustiza huum palmo loguo outro dia se arredará de ti huua braça e do teu coração. E porem, meu filho, tem sempre justica em teu coração e averás Deus e as gentes» (*PMH*, *Scp.*, 254).

Tendo reproduzido este mesmo episódio, quem quer haja sido o autor das crónicas dos *Cinco Reis* e dos *Sete Primeiros Reis* — que, embora correspondendo a textos iniciados em 1419, assentam em materiais anteriores — consagrou de forma abstracta a mesma ideia: «(...) iustiza a qual virtude que dura sempre na vontade de homes illustres», diz-se naquela primeira fonte (*AH*, 3); «(...) a qual he huua vertude que dura sempre nas vontades dos homens justos (...)» (*AH*, 4). Fernão Lopes, na *Cr. de D. Pedro* (Pr.), haveria, aliás, de enfatizar a necessidade de um procedimento constante para a realização da justiça. A virtude forma-se, pois, pela repetição de actos livres prati-

1. V. *infra*, n.º 40.

A justiça se considera a rainha das virtudes.

cados a partir das propensões nobres ou pela correção das características psíquicas de cada homem realizada mediante operações do conhecimento.

Conforme o praticado pelos expositores da época, v.g. por Álvaro Pais (SPE., VI, 84; 228, 270 et passim), poder-se-á ilustrar tal ideia com a invocação do vício, antítese da virtude. Assim como o hábito de praticar actos maus acaba por comandar o homem, constituindo vícios que lhe deformam ou anulam a vontade, assim a prática de actos virtuosos fortalece-lhe a possibilidade de caminhar virtuosamente, que tanto vale dizer de tornar-se perfeito.

A ideia do homem justo como homem perfeito conduziu à concepção de justiça enquanto virtude universal ou síntese de todas as virtudes — visto ninguém ser perfeito se alheio a qualquer virtude. Ela era, assim e também, considerada a rainha das demais, segundo uma imagem frequente.

Tratava-se de uma concepção conforme ao pensamento greco-romano e ao pensamento judaico e cristão. Ensinada na Antiguidade Clássica, nomeadamente por Cícero e pelos padres da Igreja, foi acolhida por S. Tomás (ST., II.^a, II.^{ae}, q. 58) e encontrou expressão em variados textos próprios ou conexos à cultura nacional. A título exemplificativo indicaremos, entre os de carácter literário, os ensinamentos de Santo António (Obr., III, 376), de Álvaro Pais (SR., I, 322; SPE., II, 238, 370, V, 394) — para quem o culto da justiça é o «*supremo bem nesta vida*» (SPE., 370, V, 258, 349), e que a considerou virtude preeminente entre todas (SR., II, 255), «*libertação do pecado*», como ensinara S. Paulo (SPE., VI, 194), identificando-a com o próprio Cristo, de acordo com Hilário (SPE., VI, 50, v. tb. III, 140, 152) — e de Fernão Lopes (Cr. D. Pedro, Pr.). Na legislação vamos encontrá-la consagrada, nomeadamente, em textos de D. Afonso IV (LLP., 283; ODD., 378; OA., II, 53, Pr.) e D. Fernando. O primeiro chamou-lhe «*A Milhor das Virtudes*», o último declarou-a «*virtude mais alta, e mais proveitosa*» (OA., II, 60).

A concepção de justiça antes enunciada foi particularmente importante como elemento determinante da voluntária observação do direito — sem a qual nenhuma ordem jurídica pode subsistir, visto o mecanismo da sanção se revelar inadequado para a assegurar. Foi igualmente saliente como base susceptível de consentir à ciência do direito estabelecer os pontos de contacto entre este último e a moral, constituindo o máximo factor comum entre ambos. Foi ainda considerável a sua influência na fundamentação das penas e na consideração do delinquente para a gradação da penalidade (SR., I, 94; SPE., II, 38; LLP., 241; OA., II, 60.; Cr. Cinco Reis, AH., 3.). Teve relevo em outros aspectos particulares do direito. Mas relativamente à determinação do conteúdo deste não lhe pertenceu o papel mais saliente, como veremos. Pode dizer-se mesmo que no tocante ao direito, a ideia de justiça assim concebida funcionou sobretudo como um elemento crítico, evidenciador do papel relativo que lhe cabe na disciplina social. A partir dela se teorizaram mesmo os ditames de diferente natureza disciplinadores da vida em sociedade, como a bondade e o amor, postos em concorrência com o direito por algumas escolas, nomeadamente a franciscana¹.

26. A justiça particular. Conceito — A ideia de justiça, complexo de todas as virtudes, coexistiu com a concepção de justiça como virtude específica. Denominada esta última justiça particular, ela corresponde à noção hodiernamente comum, tendo, depois de Leibniz, suplantado a primeira.

A justiça particular separa-se da justiça universal enquanto esta considera sobretudo o mundo intra-subjectivo e a justiça particular o campo as relações inter-subjectivas. Nisso se distingue também das virtudes específicas que regulam a conduta do próprio agente para consigo, como a paciência e a tempe-

1. V. infra, volume correspondente aos Grupos Sociais e Conteúdo do Direito (1.º Período).

rança — mas não fica ainda suficientemente caracterizada. Outras virtudes (a caridade, a gratidão...) regulam igualmente a nossa conduta em relação aos demais. Só, pois, a separação da justiça face a elas consentirá circunscrevê-la.

Na esteira de Aristóteles, cuja teorização sobre a justiça tem consentido à crítica moderna atribuir-lhe o título de fundador da filosofia do direito, os pensadores da época realizaram a essa tarefa considerando a especificidade do respectivo objecto imediato: a atribuição do seu a cada qual. Tal ideia receberam-na eles; contudo, não só de textos do Filósofo, mas de outras fontes clássicas baseadas mais ou menos directamente no próprio pensamento aristotélico: obras de Cícero, monumentos patristicos, produções jurídicas provenientes da Idade Clássica e divulgadas no *Digesto*¹. «Justiça é o hábito da alma que atenta a utilidade comum, atribui a cada um o próprio da sua dignidade», ensinara o Orador (*De Inv.*, II, 85, 160). «O que é a justiça senão a virtude que dá a cada um o quanto lhe é devido», interrogara Santo Agostinho, que noutro lugar proclamou: «a justiça é a virtude que dá a cada um o seu» (*De Civ. Dei.*, I, 19-25 e 31); «a justiça é a constante e perpétua vontade de dar a cada um o seu direito», dissera Ulpiano, numa das mais famosas definições da enciclopédia jurídica de sempre (*D.* I. 1. 10.).

Esta ideia de justiça como vontade permanente de dar a cada um o seu pode ter-se como tópico generalizado durante o período agora em estudo. Vamos encontrá-la nas mais diferentes fontes e em pensadores de todos os quadrantes, sendo múltiplos os juristas que a acolheram e comentaram. Dos textos com significado directo para a nossa cultura podemos enumerar ensinamentos de Santo António (*Ob.*, I, 251; II, 109), referências subscritas por Álvaro Pais (*SR.*, I, 94, 248, 326, II, 246; *SPE.*, II, 38, 370, IV, 514), a lição do Boosco *Deleitoso* (I, IV, 22), a teorização das *Partidas* (II, 1), textos diversos de leis. Sirva de

1. Cfr. *infra*, n.º 77.

exemplo uma carta de D. Dinis, de 1 de Agosto de 1281. Ao declarar havê-lo Deus criado rei para fazer justiça, referiu-se o monarca a esta última dizendo que ela lhe impunha uma actuação «de guisa que cada um aja *aquello, que deve aver*», (*Elucidário*..., v.º 'Pontaria'). D. Afonso IV proclamou outro tanto: «(...) *aquelo per que cada huĩ ha o seu e per que a cada um he aguardada sa onrra e mantheudo no seu estado e he esta vertude he a Justiça*» (*LLP.*, 284; *ODD.*, 378; *OA.*, V, 53.). D. Fernando asseverou que a justiça é «*encomendada nos Reyx (...) pera guardar, e defender cada huĩ no seu*» (*OA.*, II, 60; *CPDF.*, I, 86). Idêntica lição se encontra nos tardios textos das crónicas dos *Cinco Reis* (*AH.*, 3) e dos *Sete Primeiros Reis* (*AH.*, 4). Reproduziremos as palavras daquela, que em tudo são idênticas às restantes: «*Daa [a Justiça] a cada huĩ seu drj.º igualmente.*»

[27. A justiça particular: a determinação do seu] — A apontada definição de justiça precisa, para não ficar circunscrita a um parâmetro meramente formal, de ser reportada à determinação do seu.

Deve-se ao esquecimento de assim haverem procedido as escolas medievais grande parte das críticas dos autores modernos — Kelsen à frente — em cujo pensamento a ideia de justiça representa mera noção abstracta e, como tal, inservível para fundamentar o direito ou mesmo determinar conteúdos concretos da ordem jurídica.

Qual fosse o seu (de cada um) a respeitar pela justiça, determinaram-no os doutores de acordo com o direito natural¹. Assim o ensinou nomeadamente Álvaro Pais, dentro dos quadros de um agustinismo filosófico, cristianizante dos ensinamentos de Cícero e Séneca (*SR.*, I, 74, 94-96, 324, *et passim*), autores que haviam ligado a justiça à própria natureza concebida como

1. Cfr. *infra*, n.º 32 e s.

princípio ordenador ou consubstanciada na racionalidade do homem. Por isso, não falta na teórica moderna quem atribua à ideia medieval de justiça uma natureza derivada e não primária.

A determinação do *quidam* preceptivo correspondente a justiça traduzia-se num operar cognoscitivo. Ele era função da *prudência*, que os intelectuais da época, teólogos, filósofos, moralistas, juristas, *verbi gratia* Santo António, Álvaro Pais, o Anónimo da *Corte Imperial*, definiram na esteira do pensamento antigo, representado, nomeadamente, por Cícero, Séneca e Ulpiano — cuja lição o *Digesto*¹ conservava — como virtude susceptível de permitir a distinção entre o bem e o mal, o devido e o indevido. A jurisprudência não era senão a prudência específica da acção jurídica.

Esta ideia de que a justiça pressupunha, para a determinação do seu conteúdo, um acto deliberativo, encontra-se documentada em várias fontes conexas à cultura nacional. «A Justiça é dar a cada um o que lhe pertence, depois de feito um juízo», ensinou Santo António (*Ob.*, II, 109) que, de outra feita, dizia: «Nota que a justiça é dar o seu a seu dono, depois de recto juízo». (*Idem*, II, 109). «A prudência pertence dirigir os actos das outras virtudes», ensinou Álvaro Pais, reportando-se, nomeadamente, à justiça (*SPE.*, II, 538; III, 268, 358; v. tb. *SR.*, I, 438; II, 246, 248). Por seu turno, nas *Cantigas de Santa Maria* escreve-se: «aa justiça mostra a razão» (186, 37).

A este propósito convém acentuar o facto de o trabalho deliberativo consubstancial à determinação da justiça não se configurar como operação de lógica formal — nem o poder ser, atenta a circunstância de ela se apresentar como instrumento de recepção da ordem natural². Assentava, antes, na consideração do seu como algo ordenado aos fins de alguém. Assim o ensinou S. Tomás (*S. Th.*, II, II^{ae}, q. 58), cuja influência entre nós pode ser atestada pelos manuscritos de obras suas que sabemos existentes nas bibliotecas medievais portuguesas. De acordo

1. Cfr. *infra*, n.º 77. 2. V. *infra*, n.ºs 32 a 39.

também com o pensamento deste Doutor, o seu deve pensar-se em função de uma *ordo*, ou seja, da adaptação não só de cada ente ao competente fim, mas também da existência de múltiplas pessoas com interesses próprios, individual ou colectivamente consideradas.

Daqui, como consequência, não poder alguém ser privado de quanto for necessário à realização do seu fim (físico e metafísico) ditado pela natureza respectiva e de tudo o que lhe é útil apenas lhe ser devido enquanto não prejudica os demais, individualmente ou colectivamente determinados. Por isso, se entendeu não ser contra a justiça a expropriação feita para vantagem da comunidade de um bem legítimo de alguém — embora formalmente tal acção não correspondesse à ideia de atribuição do seu em relação ao expropriado. Era-o, todavia, no tocante ao expropriante.

Coincidente com este fundo doutrinário se apresenta o pensamento de Álvaro Pais, tal como no-lo transmite o *Espelho dos Reis* — e salvo, por vezes, um esbatimento dos contornos exteriores (*SR.*, II, 246-524). Isto, não obstante o nome do Doutor Angélico não aparecer referido pelo bispo de Silves, denotando bem tal facto o carácter generalizado da doutrina.

Com a ligação da justiça particular, através da prudência, ao mundo perceptivo suprapositivo¹ a teorização medieval cons-truiu-a como uma peça de ética jurídica material, para empregar termos de Welzel, preenchendo substancialmente a definição na aparência formal que dela dava. Mas com isso não chegava ainda ao fim da especulação.

Determinada a natureza da justiça (vontade constante) e o propósito desta (a atribuição do seu) impunha-se ainda uma determinação quantitativa; ao menos tendencialmente, do operar humano, sob pena de não haver consideração casuística da acção a desenvolver conforme as circunstâncias. Ela processou-se pela ponderação das diferentes modalidades da justiça.

1. Cfr. *infra*, n.ºs 31 e s.

28. As modalidades da justiça — Traduzindo-se a justiça no dar o seu a cada um, fácil é ver a possibilidade de ordenar várias classes de justiça — mesmo se não nos reportarmos à ideia universal de justiça, como nos parece ter feito Santo António.

As *Partidas*¹ apresentam uma tentativa de classificação compreendendo a justiça espiritual (que se traduz na atribuição a Deus de quanto Lhe é devido pelo homem), a justiça política (que se identifica com atribuição pela comunidade aos respectivos membros de quanto lhes cabe e por estes àquela), a justiça contenciosa (a que se aplica nos pleitos) (III, Pr.). Álvaro Pais (SR, II, 246 e s.) enumera a justiça para com Deus (*laíria*), para com as criaturas merecedoras de honra e consideração (*dúlia*), para com os superiores (*obediência*), para com os inferiores (*disciplina*), para com os iguais (*equidade*) — classificação na qual está subjacente a ideia aristotélica da separação entre a justiça que deve presidir às trocas entre iguais e a justiça a observar nas relações entre a comunidade e os indivíduos no tocante à repartição de encargos e honras, ideia que seria largamente difundida por S. Tomás (ST, II, II^o, 58 e 61).

Diferentemente de Álvaro Pais, o Anjo das Escolas ligava, contudo, a justiça apenas à ordenação do homem para com o homem.

De acordo com a generalidade da filosofia escolástica, havia a distinguir apenas dois tipos de justiça particular: a justiça comutativa ou sinalagnática e a justiça distributiva. A primeira dizia respeito às relações entre iguais (pessoas privadas); a segunda às relações da comunidade com os seus membros — já que a relação destes com aquela parece haver sido integrada na justiça geral e não na justiça particular.

O objecto típico da justiça sinalagnática é a troca ou comutação. Requer-se nela absoluta igualdade entre o que se dá e quanto se recebe, havendo o dever de restituir quando assim não

1. Cf. *infra*, n.º 61.

ocorre. Por isso, a justiça significa igualdade e tem um acen- tuado matiz quantitativo.

O campo de aplicação da justiça distributiva — é o das relações do conjunto político com as pessoas individualmente considera- das. Ela impõe que os representantes da comunidade repartam os encargos segundo a capacidade de resistência de cada membro e os bens públicos e prémios de acordo com a respectiva dignidade e mérito. Ideia comum em toda a Idade Média pode ser documen- tada em múltiplos textos com interesse directo para nós. Santo António viu na justiça a atribuição «a cada daquilo de que é digno» (I, 251), devendo o rei justo distribuir a justiça «a cada um segundo as suas obras» (I, 154). Nas *Partidas* ensina-se outro tanto. Afirmando convir aos reis «conocer las cosas según son e estremear el derecho del torto e la mentira de la verdad», escre- veu Afonso X: «Ca el que no supiere esto, no poderá fazer la justizia bien e cumplidamente, que es dar a cada uno lo que con- viene cumplidamente e lo que merece.» Álvaro Pais (SR, I, 98) ensinou, por seu lado, cumprir aos reis administrar com justiça, distribuindo os bens temporais «proporcionalmente, de harmonia com as condições de cada um», ideia esta que glosou repetida- mente e de forma mais ou menos explícita (Cfr. v.g., SPE, II, 36, 38 e 370; SR, I, 92, 98 et passim). É esta mesma concepção a que vamos encontrar nas fontes legislativas. D. Afonso IV escre- veu que «aquello per que cada hũu ha o seu e per que a cada hũu he aguardada sa onra e mantheudo no seu estado e he esta uer- tude he a Justiça» (LLP, 283-284; OA., V, 53.). Outro tanto disse D. Fernando numa lei que viria a ser incluída nas *Ordenações Afonsinas*. É o seguinte o seu teor: «Em nome de Deos, que todas cousas creou, e estabeleceo cada hũu em seu graao. Quando Nos- so Senhor Deos fez as creaturas assy as rasoavees, como aquel- las, que carecem de razom, nom quis que todas fossem iguaees, mais estabeleceo, e ordenou cada hũu em sua virtude, e poderio, departindo-as segundo o graao, em que as pos: e bem assy os Reyx, que em logo de Deos em a terra sam póstos, em as obras,

que de fazer ham de graças ou de mercees, devem seguir o exemplo do que elle fez, e ordenou, dando, e distribuindo nom a todos per huã guisa, mas a cada huã apartadamente, segundo o graao condiçõ, e estado de que for» (OA., II. 63. 1. e II, 40, Pr.). O mesmo monarca proclamou a justiça «pera ajuda, e defenson, e especialmente dos pequenos menos poderosos que os maiores» (OA., II. 60).

Não exige, portanto, a justiça distributiva uma igualdade absoluta — e rejeita-a mesmo, pois tratar igualmente o desigual traduz-se-ia numa desigualdade. Requer contudo que a relação entre o mérito e a recompensa, a capacidade e o encargo, seja a mesma e igual para todos. A quem pode trabalhar mais do que os outros, deve exigir-se-lhe mais; na exacta proporção da capacidade de trabalho. Aristóteles chamou *geométrica* à igualdade da justiça distributiva; *aritmética* à igualdade da justiça comutativa. S. Tomás documentou a mesma ideia com um exemplo numérico. Referindo-se ao Filósofo, escrevey ele relativamente ao meio postulado pela justiça distributiva e por referência ao caso a ilustrar: «Segundo a proporção geométrica, em que se atende à igualdade não na quantidade, senão na proporção. Assim dizemos que seis estão para quatro como três para dois, porque em ambos os casos a proporção é equivalente, porque no número maior se contém o menor e mais metade deste; não porque seja igual em quantidade o excesso, pois seis excedem quatro em dois e três excede dois em um (...).» (S. Th., II^a, II^a, q. 61, art. 2).

Tendo presente quanto antes fica escrito, não se torna difícil explicar alguns textos foráneos portugueses — como o foral de Tomar — nos quais se contrapõe a justiça à igualdade. Neles mais se não faz do que consagrar uma doutrina, cujas raízes são bem anteriores, de origem clássica e que encontramos, afinal, durante todo o período agora em estudo.

29. A justiça objectiva — Ao lado das concepções anteriores, ou concepções subjectivas, vamos encontrar nos juristas da

época a ideia de uma justiça objectiva, forma de rectidão plena e normativa (modelo de conduta).

Tal ideia encontra as suas origens na patrística clássica. Ligada a justiça à vontade, a consideração da justiça divina a isso havia de conduzir. Pois não era a vontade de Deus perfeita, modelar, permanentemente inalterável? Em Deus a vontade consubstancial, em si mesma, um cânone, pela confusão do subjectivo com o objectivo, pela coincidência do aspecto volitivo com o deliberativo, por causa da omnisciência e perfeição divina. Por isso, a justiça, na sua forma pura, identificava-se com o próprio Deus (SPE., III, 140, 152, VI, 50; CF., I, 218), assim como com Ele se identificava o direito natural. Ora, sendo Deus o modelo dos homens, feitos à Sua imagem e semelhança, seguia-se, naturalmente, a consequência de uma justiça humana também objectiva, embora não perfeita, e apenas reflexo da justiça divina. A própria natureza racional, que tendia para o Criador, a isso conduzia.

São concepções estas que, adoptadas por muitos glosadores e comentadores, perpassam em palavras de Santo António (Obr., I, 110) e se encontram recolhidas nas *Partidas* — onde se menciona Cristo como sol e fonte de toda a justiça, sem «*desgaste nin mengua*» (III, 1) — e cujo afloramento se adivinha em referências e autoridades invocadas por Álvaro Pais (SR., II, 254; SPE., I, 370, III, 140, 152, VI, 50) — que, aliás, diz também Cristo sol da justiça. Atesta-nos igualmente tal ideia a versão medieval portuguesa do apócrifo agustiniano *Livro de Soliloquio*, cujo autor chama a Deus «Sol da justiça» (XXXII). Outro tanto se diz no *Boosco Deleitoso* (III. 39. 271). Na carta de Osbemo escreve-se que Cristo é a Justiça — «*Christus sit iustitia*», 1930, 91). Nas *Flores de las Leyes* declara-se a justiça «*cousa celestial*» (Merêa, 1918, 18).

Pela própria índole da justiça objectiva esta difere da subjectiva no tocante à respectiva constância. Enquanto a justiça subjectiva permite em si mesma variações, a justiça objectiva há-de entender-se como inalterada e inalterável, postulante sempre das mesmas condutas.

Posto isto, e fácil sendo encontrar para a justiça divina o estabelecimento do módulo respectivo — Deus na sua perfeição (Álvaro Pais, *CF*, I, 218; *SPE*, III, 140, 152, VI, 50) —, como o estabelecer para a justiça humana? Qual o paradigma de conduta justa que se impõe objectivamente na vida em sociedade? Não, decerto, a conduta correspondente ao criminoso, pois isso seria negar o destino metafísico do homem. Não também, decerto, o modelo do Santo, pois isso transcendia o comum das pessoas. Sob a influência da ideia romana do *bonus pater familias*, a jurisprudência medieval determinou o conteúdo da justiça humana objectiva com recurso à ideia de homem médio. Este, na racionalidade do seu actuar, constitui o exemplo a seguir — e é, portanto, normativo. As fontes nacionais apresentam-se, porém, quase totalmente omissas a tal respeito, quanto sabemos, apenas se podendo referenciar alguns textos indirectos, nos quais se usa em domínios conexos a noção de *termo médio* (Álvaro Pais, *SPE*, V, 572), ou aplicações parciais (*Idem*, *SPE*, IV, 536). Vários textos ligam, porém, a ideia de justiça à misericórdia (Álvaro Pais, *v.g.* *SR*, I, 114, II, 246, 376, 414; *SPE*, II, 526, III, 162, 364, IV, 168, V, 280, 416).

[30. Justiça e direito] — Concebeu o pensamento medieval a justiça como a causa do direito. No seguimento de Boécio, um dos homens que lhe transmitiu a cultura antiga, a Idade Média figurou, frequentemente, a justiça como fonte do curso de água com que representou o direito, consoante se pode ver nas *Partidas*. Imagem também da época foi a da filiação: o direito está para a justiça como o filho para a mãe.

De tais figurações decorria a consequência de justiça e direito possuírem a mesma natureza. Por isso, encontramos, não raro, a ideia de que preceptivamente justiça e direito se identificam. Os três preceitos do direito referidos por Ulpiano — viver honestamente, não prejudicar o próximo, dar a cada um o seu — são comuns à própria justiça, conforme o expressamente ensinado

por Álvaro Pais (*SR*, I, 92-96, *SPE*, II, 370). É a concepção que está subjacente à hendiáde *justiça e direito* de tantos dos nossos documentos da época: textos de lei (*v.g.* *LLP*, 169, 241, 243, 275, 452; *OOD*, 311), respostas a agravos apresentados nas cortes (*CP*, *D. Af. IV*, 31, 128), cartas régias (*CC*, II, 53), homologações de acordos (*CC*, II, 164), fontes costumeiras (*CIHP*, V, 524) e literárias (An. — *Cr. de Cinco Reis*, *AH*, 3; *Cr. dos Sete Primeiros Reis*, *AH*, 4; Fernão Lopes — *Cr. D. Pedro*, *Pr.*), etc., etc.

Entre justiça e direito, a diferença residia no facto de este traduzir aquela mediante preceitos autoritariamente fixados. O direito era assim apenas um instrumento de revelação da justiça. Ensinou-o, por exemplo, Álvaro Pais (*SR*, I, 74, *SPE*, II, 370). É quanto se exprime também no *Fuero Real*¹. Aí se nos apresenta a lei como demonstração (*muestra*) simultânea do direito e da justiça, termo aquele que na versão portuguesa do século XIII é adaptado (em virtude de o vocábulo singular *lei* haver sido substituído por *leis*) na forma plural. As leis, lê-se nela, «*demandā e demostrā dreyto e iustiça*». Texto a este respeito texto também significativo encontrámo-lo nas palavras que D. Dinis terá proferido quando da prática feita aos prelados e homens do seu conselho sobre a criação do estudo universitário². Segundo o monarca, para a fé e a justiça poderem existir no reino, tornava-se necessário haver «*varoens em toda a doutrina e ciências divinas, e humanas bem ensinados*» (Pina — *Cr. D. Dinis*, XIII). Quem tiver presente não só a enciclopédia do saber da época, como a própria orgânica da nossa universidade, facilmente descorrerá em tais palavras uma alusão ao direito como instrumento ou meio de justiça. Texto igualmente revelador temo-lo numa lei de D. Afonso IV. São as seguintes as palavras respectivas: «*nas outras terras hu se guardou senpre e sse manteue Justiça sempre esquiuaron estes acoomamentos e*

1. V. *Ínfra*, n.º 61. 2. V. *Ínfra*, n.º 91.

derom lugar ao *dereyto comun pera se ffazer per ele justiça* (...)» (LLP, 284; ODD., 378). Lucas de Penna disse, por seu turno: «*Ius est iustitiae executivum*».

Quanto antes escrevemos explica a ideia medieval de que não é direito — ou seria direito nulo, como hoje diríamos — a lei injusta (Álvaro Pais, SR, I, 96, SPE, II, 370 *et passim*), e de que o cumprimento desta não obriga em consciência ao súbdito e deve ser por ele repudiado; como um dever¹.

Também só tendo presente as concepções de justiça antes referidas se compreenderá a disciplina medieval dos contratos (como a consagração da lesão de mais de metade, que deriva directamente da noção de justiça comutativa), a teoria da pena como sanção equivalente do crime (baseada igualmente na justiça comutativa), a ordenação social estipulante de direitos e deveres não uniformes para todos os homens. Aqui a fundamentação, última e teórica, encontrava-se na doutrina da justiça distributiva, casando-se a concepção subjectiva com a objectiva. É que o homem médio requerido por esta, construída-se com referência a deveres e direitos decorrentes de estados diversos (o de clérigo, o de cavaleiro...), conforme se vê nos manuais de exemplos e nas apologéticas da época. É também a ideia subjacente em lei de D. Afonso IV (LLP, 283-284) e numa de D. Fernando, mais tarde recolhida nas *Ordenações Afonsinas* (II. 63. 1.), e a que já fizemos referências.

BIBLIOGRAFIA — *Cortes Portuguesas. Reinado de D. Afonso IV*; LLP.; OA.; ODD.; AFONSO X, o Sábio, *Canções de Santa Maria*, Coimbra, 1964; *Partidas*; *Fuero Real*, versão port. por A. Pimenta, Lisboa, 1964 e agora também de José de Azevedo Ferreira, Lisboa, 1987 — de grande rigor científico; SANTO AGOSTINHO, «De Civ. Dei», in Migne, — *Parologia Latina*; ANON., *Boosco Deleitoso*, Rio, 1950; *Crónica dos Sete Primeiros Reis de Portugal*, ed. de Silva Tarouca, Lisboa, 1952; ANON., *Crónica de*

1. Cf. v.g., *infra*, n.ºs 34 e 38.

Cinco Reis de Portugal, ed. por Magalhães Basto, Porto, 1945; ANON., *Livro de Soliloquio*, apócrifo agustiniano, pub. por M. A. Vale Cintra, Lisboa, 1957; ANON., *O Livro da Corte Imperial*, Porto, 1910; F. D'ANTONIO, *La Giustizia. Studio de Filosofia Giurídica*, Florença, 1938; SANTO ANTONIO, *Obras Completas*, trad. port., Lisboa, 1970; MAX ASCOLI, *La Giustizia. Saggio di Filosofia del Diritto*, Padova, 1930; BURDESE, «Sull Concetto di Giustizia nel Diritto Romano», in ASD., 1970-1973; PIER GIOVANNI CARON, «*Aequitas* Romana, «*Misericordia*» Patristica, ed. «*Ephicheta*» Aristotelica nella Dottrina dell'«*Aequitas*» Canonica, Milão, 1971 e «*Aequitas Est Iustitia Dulcore Misericordiae Temperata* (Hostiensis, *Summa Aurea*, Lib. 5, Tit. De Dispensationibus, n.º 1)», in LL.; R. W. CARLYLE e A. J. CARLYLE, *A History of Mediaeval Political Theory in the West*, Londres, 1970, 5.ª ed., II; TOMAS CASARES, *La Justicia y el Derecho*, Buenos Aires, 1974, (3.ª ed.); G. CASSANDRO, «*Ideali di Giustizia Universale nella Repubblica Medievale*», in LL.; CATHREIN, *Filosofia del Derecho*, trad. esp., Madrid, 1941; ENNIO CORTESE, «*Iustitia*» e Principio Soggettivo nel Pensiero Civile Medioevale», in ASD., III-IV, 1959-1960; M. BIGOTTE CHORÃO, *Temas Fundamentais de Direito*, Lisboa, 1986; CICERO, «*De Inventione*», in *Op. Omnia*, pub. por Bailes e Kaiser, 1860; CORTESE, *La Norma Giurídica*, Milão, 1962; DESPOPULOS, «*Les Concepts de Juste et de Justice Selon Aristote*», in APD., 1964; A. FILIPO GALLO, «*Diritto e Giustizia nel Titolo Primo del Digesto*», in LL.; GARCIA-GALLO, *Manual de Historia del Derecho Español*, Madrid, 1985; J. GAUDEMET, *La Formation du Droit Séculier et du Droit de L'Église aux IV^e et V^e Siècles*, Paris, 1957; ALESSANDRO G. GONELA, «*Aperti Teologici della Giustizia*», in *Diritto e Morale. Saggi di Teoria e Storia*, Milão, 1960; A. P. BARBAS HOMEM, «*Reflexões sobre o Justo e o Injusto. A Injustiça como Limite do Direito*», in RFDL., XXXIX, I, O Justo e o Injusto, Lisboa, 2001; H. Kelsen, *A Justiça e o Direito Natural*, Coimbra, 1979; STEPHAN KUTTNER, «*A Forgotten Definition of Justice*», in SG., XX; «*Tra Giurisprudenza, Filosofia e Diritto e i Canonisti del Medioevo*», in LL.; FERNÃO LOPES, *Crónica de D. Pedro I*, ed. por Damião Peres, Porto, 1965; MOIX MARTINEZ, *Alkh. Nuevas Perspectivas de la Justicia Clásica*, Madrid, 1958; M. PAULO MERRA, *A Versão Portuguesa das «Flores de las Leyes» de Jácome Ruiz*, Coimbra, 1918; OLGIATI, *Il Concetto di Giuridicità in San Tommaso d'Aquino*, Milão, 1955; ÁLVARO PAIS, CF., SR., SPE.; D. DURANDO PAIS, *De Ec.*, ed. de M. B. Anzalak, Lisboa, 1955; PMH.; JOSEF PIEPER, *Virtudes Fundamentais*, trad. port., Lisboa, 1960; A. GOMEZ ROBLEDO, *Meditación sobre la Justicia*, México, 1963; R. DE PINA, *Crónica de D. Dinis*, Porto, 1945; A. SALVADOR, *Genesis de Nuestro Concepto de Justicia*, Madrid, 1963; SENN, *De la Justice et du Droit. Explication de la Définition Traditionnelle de la Justice*, Paris, 1912; PEREIRA DA SILVA, «*Virtude*», in *Enc.*

Verbo; A. BRAZ TEIXEIRA, *Filosofia do Direito e do Estado*, Lisboa, 1985, (pol.); e *Sentido e Valor do Direito*, Lisboa, 1990; CASTAN TOBEÑAS, *La Idea de Justicia (Su Trayectoria Doctrinal e Problemática de Sus Contenidos)*, Madrid, 1958; S. TOMAS, *Summa Theologica*, BAC, VIII; ULMANN, *The Medieval Idea of Law as Represented by Lucas de Penna*, N. Y e Londres, 1969; L. LOMBARDI VALLAURI, «Il Diritto Naturale come Articolata Giustizia: Prospettive Filosofiche e Teologiche», in *LI*; DEL VECCHIO, *Lições de Filosofia do Direito*, trad. port. de 1979, Coimbra; *La Giustizia*, Roma, 1946 — trad. franc. de 1987; e «Justicia y Derecho», in *Derecho y Vida. Nuevos Ensayos de Filosofia Jurídica*, trad. esp. de 1942; RAUL VENTURA, *Manual de Direito Romano*, Lisboa, 1962, I; VILLEY, *Philosophie du Droit. Définitions et Fins du Droit*, Paris, 1975; VITERBO, *Elucidário das Palavras. Termos e Frases que em Portugal Antigamente se Usaram*, Porto, 1966.

SECÇÃO II

O DIREITO — ABORDAGEM CONCEPTUAL

31. **Questões Terminológicas** — A relação entre a justiça e o direito coloca diversas interrogações. Desde logo impõe-se explicar este último significante, nomeadamente em face de outro *nomen* generalizado, *ius*, mais próximo de *iustitia* e, em seguida, qual o respectivo significado. No primeiro caso, estamos perante relações que poderíamos qualificar como sintácticas; no segundo, perante relações semânticas, para falarmos em termos de semiótica. Importa separar os planos para delimitação expositiva.

32. **O conteúdo semântico do direito** — É este também designado ainda hoje na linguagem técnica por *ius* (ou o *jurídico*) — pertencendo à mesma família etimológica vocábulos como juiz, juízo, judicial, judiciário, etc. —, *nomen* que embora não derive etimologicamente de *iustitia* deixa adivinhar o parentesco e cuja antiguidade se admite superior à de «direito». Sendo «*direito*» tradução de *ius*, para apercebimento das relações entre direito e justiça, impõe-se atentar nesta diversidade terminológica — o

que obriga a ter presente o facto de aquele significante da nossa língua (onde se regista também a variante *derreito* — sendo a grafia actual resultado de o e mudo se pronunciar *i* — e as formas *dreito*, *directo*, *derreito*) possuir equivalente nos demais idiomas românicos. O Prof. Sebastião Cruz ilustrou-o relativamente ao mirandês, galego, navarro, romeno, castelhano, italiano, francês, catalão, aragonês, ao dialecto do Val de Arán, à língua de Oc, ao provençal, ao limousino, ao ribagorzano, com várias pronúncias e ortografia na maioria dos casos, em conformidade com as épocas e por vezes os locais. Significante paralelo, embora etimologicamente diferenciado, se encontra, por exemplo, no alemão (*Recht*).

O significado do termo *direito* aparece já estabelecido no séc. VI, tendo-se progressivamente o *nomen* divulgado até ao séc. IX, altura em que se pode dizer definitivamente consagrado, tanto na nomenclatura técnica-jurídica, como na linguagem vulgar, suplantando o termo *ius*. Transmitido aos tempos sobrevivendo, não se afastou, todavia, do sentido que o respectivo conteúdo atribuía a *ius*, pois continuou a ser óntica ou semanticamente conexo à *iustitia*.

Para explicar o sentido imputado à palavra *direito*, os estudiosos, nomeadamente Sebastião Cruz, entre nós, e García Gallo e Clavero, em Espanha, têm recorrido ao valor explicativo dos símbolos. Na Grécia, a deusa Dike, filha de Zeus e de Themis, deusa da justiça, representava a administração do *direito*, apresentando-se, de olhos abertos, com uma espada e uma balança de dois pratos, que, se equilibrados, a levavam à proclamação, por inspiração de Zeus, de ser justo ou existir *direito*. O *direito* é, pois, igualdade: os pratos estão em relação directa.

No símbolo romano, a deusa *Iustitia*, de olhos vendados, tem igualmente uma balança, mas dotada de fiel. Quando este está perpendicular, equilibrado, *direito*, pode dizer-se que estamos em presença do *ius*. *Ius* e *direito* acabam assim por se identificar.

Sem pormos em causa a explicação traçada a partir dos símbolos aduzidos, perguntamo-nos, porém, se eles se podem ter por exclusivos ou se outros haverão concorrido com eles. Desde tempos remotos a vara do juiz, o bordão dos patriarcas, o ceptro dos reis¹ são símbolos de autoridade, exprimem-na — tudo objectos direitos, rectos. Símbolos de autoridade, significam o poder de reger, de ordenar rectamente. O que é dito por tais dignitários deve ser obedecido directamente. Toda a autoridade pressupõe o poder de proclamar *direito*.

A lança do guerreiro é também um instrumento recto. Espetada no chão verticalmente, a *direito*, significa a exigência de acatamento da própria declaração, o desafio de quem discordar, numa palavra um ditame preceptivo. Foi assim em idades remotas. Foi assim mais proximamente. Quanto sucedeu com a lança pode complementar-se com a espada².

Se a história de uma palavra, documenta a história de uma instituição, como já se escreveu, o significado de um significante pode reconduzir-se e resultar de uma pluralidade de factores, de ideias, de expressões, de símbolos...

Referido este ponto, importa consignar um outro. As fontes romanas só nos transmitem uma noção de *ius*: «*ars boni et aequum*». O *direito* é, pois, uma arte. A utilização da balança não se traduz numa operação automática e impessoal. É função do utilizador. Como artista — se assim nos podemos exprimir — cabe-lhe um papel reflexivo e de crítica de todos os elementos em presença: com isso ligando-se ao caso, à justiça do caso, ponderando a *ratio* respectiva, a utilidade e conveniência de quanto está em presença. O ministrador do *direito* é essencialmente um crítico, um prudente³ — cujo *direito* é relativamente argumentativo⁴. Tal concepção, que encontra expressão na contraposição de *iura* a *leges*⁵, irá ser posta em causa com a

1. Cfr. *infra*, n.º 160. 2. V. *infra*, n.º 150. 3. Cfr. *infra*, n.ºs 75 e s.
4. Cfr. *infra*, n.ºs 86 e s. 5. Cfr. *infra*, n.º 77.

centralização política e o despotismo. No Baixo Império, o termo *ius* passa a ser aplicado às determinações do poder, às constituições imperiais (*ius novum*). Elas apresentam-se como eticamente justas, reclamando uma observância automática e directa. Constituem, assim, *ius directum*, formando tais vocábulos uma unidade. O *directum* passa a elemento predominante, para afastar a ideia de *iniustitia*, de *ius iniustum* ou *iura iniusta*, que podia ser oposta à constituição imperial — como, aliás, virá a ocorrer nos textos portugueses. D. Afonso IV justificará uma lei sua reputando-a não só igual e proveitosa mas directa (LLP., 287; OA., V, 53, 14). Compreender-se-á melhor quanto pretendemos significar sobre a transformação ocorrida no direito romano se tivermos presente, por um lado, o valor enfatizante do prefixo de (*de + rectum*) e, por outro, o facto de ser também comum a expressão *ius aequum* (*iura aequa*).

— Ao factor apresentado de predomínio do termo direito deve acrescentar-se outro. A ligação do vocábulo direito à justiça, deificada no simbolismo pagão, que emprestava àquele um tom sacral, desenvolveu-se com a influência estóica, outorgante ao conteúdo de *directum* de um sentido moral profundo, e com o influxo judaico-cristão. Em contraste com o relativismo corrente em Roma ao *ius*, no judaísmo a lei, proveniente de Deus, era formulada em preceitos justos, de valor absoluto¹. Lei significava caminho, via, linha a seguir para alcançar a vida eterna. O caminho recto (direito) é o caminho do justo. Tal concepção veio a ser acolhida no direito canónico, com expressão na terminologia *directio* ou *directum* aplicada aos preceitos canónicos.

Uma última observação a tal respeito: a linha direita, a linha recta, representa uma construção mental, uma representação intelectual, inexistindo na natureza uma linha, sem princípio nem fim. É um ideal — e como ideal tem um valor substantivo.

1. Cfr. *infra*, n.º 104 e s.

Possui, por isso, um potencial rector. Distingue-se das leis físicas, em si próprias invioláveis¹. Traduz graficamente uma realidade rectora.

Enquanto o *ius* nos aparece, dessa forma, como algo, prudencial, competindo à *prudencia*² descobrir tentativamente, com arte, as suas ligações à justiça — cujos preceitos lhe são comuns³ — e que constitui a «sua origem, semântica, ótica ou genética», «direito» tem índole preceptiva, legitimando-se pela potestatividade da própria fonte — que afiança a ligação à justiça, estabelecendo com isso uma presunção.

Os factores legítimos do significante *direito* ocorrem sobretudo a partir do séc. IV, embora haja uma sincronia relativa entre eles. O direito canónico, como ordenamento, desenvolve-se a partir dessa centúria⁴. A constituição do *ius novum* ocorre um pouco mais tardiamente. O dilatado processo de formação das línguas românicas, coincide tendencialmente com essas épocas. Daqui haverem elas tomado o significante *direito* para designar a ordem jurídica — com o seu antónimo no vocábulo *torto*, de grande extensão e, portanto, dinâmico e susceptível de utilização generalizada. Quando o português emerge, estamos já perante nomenclatura firmada. O termo *ius* fica reservado e resiste apenas no latim, língua comum da Europa, utilizada na doutrina⁵ e no notariado⁶, contrapondo-se-lhe o termo *iniuria*, significante polissémico — pois se «*dicitur omne quod non iure fit: specialiter alias contumelia* (...) *alias culpa, alias iniquitas et iniustitia*» (LJ. 4.4) — foi entendido pelos juristas medievais, *stricto sensu*, como *nomen iuris* correspondente aos factos susceptíveis de desencadear uma *actio iniuriarum*, por lesivos da personalidade — em contraponto ao dano, lesão patrimonial — ou, mais circunscritamente ainda, aos ultrajes à honra. A multiplicidade de sentidos e distinções técnicas referidas traduziam já a perda

1. Cfr. *infra*, n.º 202. 2. V. *infra*, n.ºs 80 e s. 3. V. *supra*, n.º 31.

4. Cfr. *infra*, n.ºs 41 e s. 5. Cfr. *infra*, n.ºs 75 e 76. 6. V. *infra*, n.ºs 96 e s. max. 102.

de vitalidade social da hendiade *ius-iniuria*, face a *direito-torto*, cuja expansibilidade lhe permitia uma circulação generalizada, correspondente a uma multiplicidade de situações. Convém evidenciá-lo em relação ao último dos termos, cuja grande extensão apenas consente determinar o respectivo conteúdo mediante a contraposição ao conceito de direito (Cf. v.g. OA., V, 53,26; *Cantigas de St.ª Maria*, IV, 305).

33. Aspectos Substanciais — Posto isto, e assumida a identidade de natureza entre os *três preceitos* respeitantes justiça e ao direito, importa considerar especificamente em relação a este como nele se projectou a dualidade de elementos intelectuais e volitivos daquela e correspondentes à personalidade humana.

Na cultura medieval, e na sequência dos antecedentes clássicos, encontramos essencialmente duas ideias de direito. Configura-o a primeira: como uma ordem objectiva, racional, transcendente. É uma ordem ordenante. A segunda como uma ordem ordenada, como um produto essencialmente voluntário. A primeira concepção tem o modelo epigonal no aristotelismo tomista. Diferentemente, a segunda, de índole nominalista, individualista, vê no direito uma ordem ordenada, decorrente da vontade e alheia a qualquer ordem real-racional pré-existente¹. Metafisicamente o direito representa apenas um produto voluntário. O roubo, o homicídio não seriam em si mesmo maus, mas apenas proibidos em função de uma estatuição divina, meramente voluntária. Nenhum nexo ontológico daria a proscrição de tais eventos. Por um desenvolvimento progressivo destas teses, o próprio direito humano seria também o produto de uma vontade, traduzindo-se numa *potestas*. Quanto o legislador estabelece é apenas o consentido por Deus, sem outro fundamento senão o arbítrio Deste e não possuindo, pois, qualquer racionalidade intrínseca

1. Cf. *infra*, n.º 33.

— nem com nenhuma ordem superior, a ela consubstancial, se tendo de conformar. Traduzia, portanto, um mero poder delegado. Daqui a concepção ockhamista¹ do direito como *potestas*.

Projectada o campo colectivo da comunidade política, representada pelo legislador, para os domínios do homem individualmente considerado, a construção importava a ideia de *ius* como um poder atribuído a cada um — o de reivindicar os bens do mundo exterior. Nas palavras de Ockham o direito traduzir-se-ia numa «*potestas vindicandi et defendendi in humano iudicio*».

A ideia de ordem ordenada, como se disse já, reconduz-se essencialmente ao aristotelismo romanístico medieval, que encontrou em S. Tomás o representante maior². A de ordem ordenante teve em Ockham o seu grande sustentador, havendo saído à liça entre nós Álvaro Pais, em defesa da ortodoxia. Por o debate ter surgido em torno das teses franciscanas relativas à pobreza total de Cristo e dos Apóstolos — que estudaremos a outros propósitos — esteve a questão subjacente ou conexada com vários aspectos socialmente relevantes e respeitantes ao quotidiano político e eclesial³.

Qualquer, porém, que haja sido a dimensão directa e o conhecimento do debate em Portugal, quanto cabe mencionar é o domínio da concepção racionalista de direito⁴, para isso contraindo vários factores: a configuração do *ius* naturalismo dominante⁵; a influência, directa e indirecta⁶, do direito romano; o racionalismo teológico, progressivamente afirmado e consolidado no século XIII com a subscrição por S. Tomás, autor de grande repercussão entre nós que, se viu na lei a conjugação da razão (*vis directiva*) e da vontade (*vis coactiva*), considerou a primeira elemento essencial e a segunda accidental ou ancilar, inerte quando aquela faltasse; o impacto da filosofia escolástica; as doutrinas canónicas, cujo perfil é racionalístico, nomeadamente

1. Cf. *infra*, n.º 33

2. Cf. *infra*, n.ºs 32 e 33.

3. Cf. o vol. correspondente aos *Grupos Sociais e Conteúdo do Direito* (1.º Período), na parte relativa às heresias

4. Cf. *infra*, n.º 57.

5. V. *infra*, n.ºs 31 e s.

6. V. *infra*, n.ºs 77 e 78.

na teoria das fontes, v.g. quanto ao costume¹; a necessidade de os nossos monarcas lutarem para consolidar a monarquia e que os levava a apresentarem as suas injunções como legítimas e ditadas pela razão; um inconformismo social, conjunto a um exacerbado criticismo racionalizante, patente na literatura, conforme o destacado por Rodrigues Lapa; o culto das artes argumentativas, como a retórica e a dialéctica², cujo ideário era antivoluntarístico; finalmente, o pluralismo social e religioso correlativo a um confronto de credos, necessariamente favorável à criação de um ambiente preparado para acolher o fermento racionalizante³.

Nas fontes encontra-se correntemente a hendiáde *razão e direito*. «*Razom e derreyto*» lê-se num documento joanino relativo aos usos e costumes (M. Caetano, 1955, 335), cuja fórmula é equivalente à de muitos outros textos oficiais (CP. Af. IV, 23). A mesma hendiáde «*razão e direito*» vê-mo-la, igualmente, em páginas literárias (*Cantigas de St.ª Maria*, 16-6, 219-7; Fernão Lopes, 1949, I, 400), por vezes na variante *razões e direitos* (*Idem*, 412) ou sob forma negativa «*contra rrazom e contra derreyto*» (*Idem*, 162), encontrando-se semelhantemente em documentos régios «*contra derreyto e ssem Razon*» «*contra Razon e contra Derreyto*» (LLP., 21, 50), «*sen razon e sem derreyto*» (CP. D. Af., 34). Por vezes, a ideia aparece-nos mesmo expressa em termos mais saborosos: «*em direito, e boa rason*», lê-se num acto notarial de 1391 (CP. Af. IV, 156), sendo certo que também o costume se devia fundar em «*boa Razon*» (LLP., 454) e falando igualmente Fernão Lopes em «*boa rrazom*», expressão que figura ao lado de «*justa querella e rrazõ direita*» (1949, I, 171 e 172). Para avaliar a consagração generalizada destas fórmulas pode referir-se, aliás, o facto de elas terem equivalentes além fronteiras, seja mediante exemplos ao menos tendencialmente coincidentes, seja com algumas variações. Na centúria de trezentos encontramos em páginas de Gui de Cambai a expressão «*Dont est droit et raisons*».

1. Cfr. *infra*, n.º 43 e 118. 2. Cfr. *infra*, n.º 87. 3. Cfr. *infra*, n.º 94.

A conjugação de significados dos significantes *direito e razão* levou à respectiva fungibilidade, podendo com um exprimir-se o outro. Azevedo Ferreira pôde determinar, em relação ao *Foro Real*, casos de sinonímia, visto em alguns passos se empregar o termo *razão* para significar *direito* (1987, II, 95). O mesmo fenómeno se verifica em textos portugueses, nomeadamente na pena de Fernão Lopes. Os dicionaristas do francês medieval registam outro tanto. De resto, já na Alta Idade Média se verifica, numa pluralidade de contextos, a sinonímia entre *ius* e *ratio* e sem que a forma circunscrita de muitos de tais dizeres, respeitantes não a uma *ratio* abstracta mas a aspectos concretos, seja impeditiva da existência de um relativo sentimento a respeito da conexão entre ambos os substantivos.

O sentido de quanto fica referido pode apereber-se melhor tendo em consideração textos teóricos — se o direito é razão, então a razão é direito. Disse-o St.º Isidoro: «*Portanto, se a lei consiste na razão, será lei aquilo que se funda na razão*», afirmação esta que o Santo doutor repetiu (Et., 2.10.3 e 5.3.4), e foi recolhida por Graciano: «*Porro si ratione lex constat, lex erit omne iam, quod ratione constiterit (...)*» (D., 1, c. *Consuetudo*). Por isso, a *Glosa*¹ sustentou a alegabilidade da *ratio* para preencher as lacunas legais ou dos cânones (Gl. *Ratione*, D. 1, c. *Consuetudo*), tendo a doutrina posterior não só remetido para esse texto como desenvolvido os seus ensinamentos a partir da consideração da razão natural como fundamento (ou essência, diríamos nós) do direito.

A somar às referências anteriores, deve ainda ter-se presente a recondução teológico-filosófica da lei eterna e da lei natural à razão² e mencionar as afirmações régias sobre a necessidade da racionalidade das leis³.

Embora colocáveis num plano diferenciado, mas em qualquer caso paralelo ou afim ao par *direito e razão*, se nos afigura a

1. V. *infra*, n.º 79. 2. V. *infra*, n.º 32. 3. V. *infra*, n.º 57.

expressão «*legítima razão*». Referida por Fernão Lopes entre os fundamentos de direito que o rei de Castela se obrigava a não invocar para afastar a aplicação de cláusulas penais estabelecidas no tratado com D. Fernando (1949, I, 399), tal terminologia aparece consagrada repetidamente no pacto de 1376 e 1377 (in SDA., 270 e 281). De mencionar é igualmente a expressão *razão justa* (OA., V, 45, 13).

Decerto, poder-se-á encerrar quanto fica referido como uma mera ideia esparsa e de contornos pouco precisos, mas nem por isso nos parece possível ignorá-la, crendo nós que uma investigação ulterior permitirá confirmar o esboço agora intentado.

Fins didáticos impõe uma glosa complementar. Para delimitarmos melhor o nosso tema, marquemo-lhe a diferença relativamente a uma outra problemática, que haveremos de referir e respeitante à distinção entre normativismo, decisionismo e institucionalismo¹. Enquanto ali estamos perante a essência do jurídico, aqui encontramos-nos no plano da sua «causa casual», ou seja, dos processos formativos da ordem jurídica. Embora a ideia de direito como razão se articule melhor com as concepções normativas, em contraposição ao que acontece com as concepções voluntaristas, que encontram no decisionismo uma fenomenologia mais próxima, podendo o institucionalismo conjugar-se com cada um dos termos da dicotomia, os liames destas doutrinas com o nosso tema não traduzem um nexo de necessidade, como é ilustrável com a ideia de uma ordem jurídica normativa legitimada apenas voluntaristicamente.

Também sem que isso traduza uma necessidade lógica ou conceptual, podemos dizer o direito prudencial² como mais conforme a uma ordem ordenada e o direito legislado ou decidido a uma ordem ordenante.

Uma última observação: a problemática referida, e os correspondentes antagonismos, não são exclusivos da época em estu-

1. V. *infra*, n.º 202. 2. Cfr. *infra*, n.ºs 75 e s.

do. Com antecedentes nos tempos clássicos, as polémicas em torno dela não foram ainda superadas, apesar do contributo da história jurídica. O direito permanece como um aliciente enigma indecifrado.³

BIBLIOGRAFIA: Além da referida em relação aos capítulos para que se remete nas notas *infra* paginiais, cf. v.g.: CP. Af. IV; CPDP.; LLP.; OA.; Partidas; ANON., *Orto do Esposo* (ed. de Bertil Maler), Estocolmo-Gotenburgo-Upsala, 1964; AFONSO X, *Canigas de Santa Maria*, Coimbra, 1972, (IV); RUY DE ALBUQUERQUE, «Direito de Estado – Direito de Juristas», in RFDL., 2000; J. M. AUBERT, *Le Droit Romain dans l'Oeuvre de Saint Thomas*, Paris, 1955; J. Balon, «La 'Ratio' Fondement et Justification du Droit avant Gratien», in SG., IX; MARCELO CAETANO, «Lisboa na Crise de 1383», in *Anais ACP.*, IV, 1953; BARTOLOME CLAVERO, *Institucion Historica del Derecho*, Madrid, 1992; ADOLFO COELHO, *Dicionário Manual Etimológico da Língua Portuguesa*, Lisboa, s.d.; R.S. CARLYLE e A.J. CARLYLE, *A History of Medieval Theory in the West*, Londres, 1970, I-III; CALASSO, *Medio Evo del Diritto*, Milão, I, 1954; NINA CATACH (Dir. de), *Dictionnaire Historique de l'Orthographe Française*, Paris, 1995; J. CORAMINAS, *Diccionario Crítico de la Lengua Castellana*, Berna, 1945; E. CORTESI, *La Norma Giuridica, Spunti Teorici nel Diritto Comune Classico*, Milão, 1962-1964, I e II; SERGIO CORTA, *I Concetto de Legge nella Summa Theologiae di S. Tommaso d'Aquino*, Turim, 1955; Sebastião Cruz, *Ius, Derecctum (Directum), Dereito (Derecho, Diritto, Droit, Direito, Recht, Right, etc.)*, Reflectio, Coimbra, 1971 e *Direito Romano (Ius Romanum)*, Coimbra, 1984, 4.ª ed., I; DU CANGE, *Glossarium ad Scriptores Mediae et Infimae Latinitatis*, Paris, 1678; Azevedo Ferreira, *Afonso X Foro Real*, Lisboa, 1987, I e II; GARCIA GALLO, *Manual de Historia del Derecho Español*, Madrid, 1975, 6.ª ed., I e II; ALGIRDAS J. GREIMAS, *Dictionnaire de l'Anclen Français*, Paris, 1992; GRATIANO, *Decretum*; ALEANDRO GUZMAN, *Ratio Saipia*, Frankfurt, 1981; H. KANTOROWICZ, *La Definición del Derecho*, Madrid, trad. de 1964; FERNÃO LOPES, *Crónica de D. João I*, Porto, 1949, I; ANTONIO NASCENTES, *Dicionário Etimológico da Língua Portuguesa*, Rio de Janeiro, 1932; FRANCESCO OLGIATI, *Il Concetto di Giuridicità in San Tomaso d'Aquino*, MILÃO, 1955; RICARDO ORESTANO, *Introduzione allo Studio del Diritto Romano*, Bolonha, 1984; ALVARO PAIS, SPE. e SR.; PANORMITANO, *Commentaria in Tertium Decretalium Librum*, Veneza, 1951; REGINALDO PIZZORNI, *Il Diritto Naturale e Diritto Positivo in S. Tommaso d'Aquino*,

Bolonha, 1999; P. M. QUANTIN, «La Ratio dans le Debut du Décret (dist I - 12) et de ses Commentateurs», in SG., III; SANTO ISIDORO, *Etimologias*, Madrid, 1951; SDA; S. TOMÁS, *Summa Theologica*, in *Op. Omnia*, Roma, 1882-1950; ALEXANDER SOUTER, (comp.), *A Glossary of Later Latin to 600 AD.*, Oxford, 1949; MICHEL VILLEY, *La Formation de la Pensée Juridique Moderne*, Paris, 1968; ERIC VOGELIN, *A Natureza do Direito e Outros Textos Jurídicos*, Lisboa, trad. port. de 1998; ZABARELA, *Super Secundo Decretalium Lectura*, Leão, 1559.

SECÇÃO III

O DIREITO SUPRAPOSITIVO E O DIREITO HUMANO

34. O direito divino — Do que ficou escrito sobre a justiça, logo decorre a existência para o homem medieval de uma pluralidade normativa, de uma normatividade complexa.

O direito situa-se, de facto, não apenas no plano humano, mas decorre mesmo, em última análise, da realidade que ultrapassa o homem — Deus. Daí, que se possa falar, e se tenha falado, de direito divino — que representa o escalão último do jurídico. Este conceito, porém, deve entender-se através da precisão terminológica, pois na Idade Média aludiu-se indiferentemente, por vezes, a direito divino e direito natural, considerado aquele numa noção restrita na letra das *Escrituras*. Deste modo, Graciano define: «*Ius naturale est quod in lege et evangelio continetur*»; e Rufino — «*Iuris naturalis (...) in lege mosaica relevatur, in evangelio perficitur, in moribus decoratur*». Por seu turno, o grande canonista português Vicente Hispano identificará ainda o direito natural com o direito divino em tal sentido. — *Gl. ad v. Naturali* (X.1.4.11) e *Gl. ad v. Transgressor*; Compilação III, 3.26.1 (X.3.34.5). O nosso doutor, aliás, parece alargar de certo modo o direito divino do *Antigo* e do *Novo Testamento* aos cânones dos principais concílios ecuménicos (Niceia, Constan-