

O PROBLEMA METODOLÓGICO NA CIÊNCIA DA HISTÓRIA DO DIREITO PORTUGUÊS

(Critério para uma nova divisão cronológica)

Não há em Portugal um estudo orgânico do complexo de problemas metodológicos e de propedêutica relativos à história do direito português e à sua elaboração como ciência. Todavia, como êsses problemas estão hoje na ordem do dia, principalmente na Itália ¹, permitir-me ei destacar um: o do *método ou critério metodo-*

¹ Podem ver-se especialmente sobre êste problema os seguintes trabalhos: Benvenuto Pitzorno, *Elaborazione scientifica della storia del dir. ital.*, Padova, 1928; Frederico Patetta, *Sunto delle lezioni di stor. del dir. ital.*, 1927; Enrico Besta, *Avviamento allo studio della stor. del dir. it.*, 1928; De Francisci, *Stor. del dir. romano*, 1926; Nani, in *Riv. ital. per le scienze giur.*, vol. XI, 1890, pag. 422, apreciando a primeira edição do *Manuale* de Salvioi; Checchini, in *Atti del reale istituto veneto*, 68, 1919, pág. 383 e seg.; idem, in *Studi economico-giur. della Facoltà di giurisprudenza di Cagliari* (1918-1931); Belti, in *Archivio giur.*, 1928; Bonfante, in *Riv. ital. sociologica* (1917-1918); Solmi, *Storia del dir. ital.* (1918); Bar. von Schwerin, *Einführung in das Studium der germ. Rechtsgeschichte*. Freib., 1922; Ulrich Stutz, *Die kirchliche Rechtsgeschichte*, 1905; e Altamira, *Hist. del Der. español* (cuestiones preliminares), 1903.

Devo aqui declarar que foi a leitura do trabalho acima referido, de Pitzorno, bem como das duas noticias bibliográficas de que êle foi objeto por parte de Antonio Era e de U. Stutz, na *Riv. di st. del dir. it.* (ano e vol. III, 1930) e na *Zeits. der Sav. Stiftung*, germ. abt. (vol. 50, 1930), respectivamente, que me sugeriu o tema da presente comunicação, que tive a honra de apresentar ao Congresso da *Semana hist. del Derecho*, de Madrid, em 1932. Não fiz mais do que aplicar algumas das considerações feitas nesses trabalhos ao estudo da história do direito do meu país, ampliando-as dentro duma certa orientação filosófico-jurídica.

Reproduzindo-se agora essa comunicação no ANUARIO, devo também de-

lógico mais conveniente para base duma divisão cronológica, em períodos, da História do Direito português. Sem ter a pretensão de haver achado esse critério, como algo de definitivo, resolvi contudo trazer aqui, a este Congresso, algumas reflexões que porventura poderão contribuir para nos aproximarmos da verdadeira solução do problema.

Parto do princípio, do qual já hoje ninguém discorda, desde os trabalhos de Eichhorn², de que o método de construção e exposição da matéria histórica do direito, depois de recolhida esta na investigação, deve necessariamente ser cronológico, sincronístico ou histórico e sistemático. E parto também do princípio de que é inteiramente inexecutível e erróneo o método que consiste em separar artificialmente a história externa, ou das fontes, da história interna, ou das instituições, conservando na primeira o critério cronológico e aplicando à segunda o puramente sistemático e monográfico. Na verdade, sabido é que só aplicando o mesmo critério cronológico na construção de uma e outra, conseguiremos surpreender a unidade do direito e assim elevar-nos à compreensão dos seus diversos aspectos dentro duma visão relacionada de síntese evolutiva. Dou, pois, como assentes estes dois princípios e passo adiante.

* * *

Todavia é precisamente neste momento que surge o problema que nos interessa: *Qual o método ou critério cronológico positivo que devemos adoptar para servir de base à divisão da História do Direito privado português em períodos?*

É o problema a que os alemães chamam da "Periodisierung" e, certamente, devo julgar-me dispensado de encarecer aqui a importância que assumirá a solução que lhe fôr dada, não só no ponto de vista da exposição dogmática e portanto do ensino da história jurídica, como ainda, inclusivamente, no ponto de vista do êxito das próprias investigações históricas.

Sem dúvida, não podemos ignorar a impossibilidade de achar um

clarar que ela não sofreu alteração essencial no seu primitivo texto, tal como tive a honra de o ler no *Paraninfo* da Universidade de Salamanca, ao encerrar-se aquele Congresso, no dia 4 de Maio do ano findo. Apenas nele foram introduzidas, além de algumas notas, ligeiras modificações de redacção, destinadas a tornar mais rigorosa a terminologia e a facilitar a sua leitura.

² *Deutsche Staats-und Rechtsgeschichte* (1808-1823). Cfr. Brunner, *Deut. R. G.*, 2.^a edição, pag. 6.

critério absolutamente rigoroso para sobre ele fazermos assentar a divisão em períodos de qualquer história jurídica, da portuguesa como de qualquer outra. Baste notar, por exemplo, que o desenvolvimento jurídico não se opera uniformemente, com o mesmo ritmo de aceleração, no direito público como no privado, nem, dentro dêste, nos seus diferentes institutos. É porisso evidente que, tratando-se de dividir a história jurídica de qualquer povo em períodos, não podemos aspirar a achar mais do que simples *valores aproximativos* como base do critério para essa divisão. De resto, é também por demais sabido que todo o critério que se adopte, representando sempre, mais ou menos, uma certa visão subjectiva do historiador, não pode deixar de conter algo de parcial e unilateral.

Em todo o caso, mesmo sendo assim, repito: ¿Quais serão então êsses simples *valores aproximativos* mais exactos e mais ricos de objectividade que devemos fixar a respeito da divisão em períodos da história jurídica portuguesa?

Indicarei, em primeiro lugar, sumariamente, os critérios mais geralmente seguidos até aqui para achar êsses valores, e, em segundo lugar, qual aquele que, ao menos como orientação geral, me parece melhor, ou antes, mais prometedor de nos conduzir ao verdadeiro caminho que procuramos. Por último, achado êsse critério, procurarei também applicá-lo e assim delinear uma nova divisão cronológica da história do direito português.

I

Ora os critérios até hoje mais freqüentemente seguidos em Portugal têm sido os critérios a que podemos chamar *étnico-políticos* e *jurídico-externos*.

a) Predominante tem sido, porém, quasi sempre, até ao dia de hoje, o critério político ou *étnico-político*. Partindo-se do princípio de que o direito, como facto social, não goza de nenhuma espécie de autonomia que permita considerá-lo em separado dos outros factos sociais nas suas manifestações e evolução, mas de que, pelo contrário, êle não é senão um produto das mesmas causas e factores que propulsionam os restantes aspectos da evolução social (e entre todos do *factor político* das formas do Estado), partindo-se dêste princípio —repito— chega-se à conclusão de que a melhor divisão em períodos, a introduzir na história jurídica

dum povo, não poderá deixar de ser aquela que justamente coincidir com a divisão da sua história política. E assim se explica que a quasi totalidade dos nossos historiadores do direito, e nomeadamente os mais ilustres, se tenham conservado até hoje adstritos a um tal critério *político*, ou *étnico-político* (sociológico), como aconteceu com Caetano do Amaral, com Melo Freire, com Coelho da Rocha e ainda com o próprio Herculano e com Gama Barros³.

Ora, segundo êsse critério, a história do direito português costuma ser dividida em sete períodos, a saber: 1) um período *pre-romano*; 2) um período *romano*; 3) um período *visigótico* ou *germânico*; 4) um período da *Reconquista*; 5) um período da *Monarquia limitada* ou feudal; 6) um período da *Monarquia absoluta*, e 7) um período da *Monarquia liberal* ou *constitucional*, desde 1820. E êste foi também, pode dizer-se, o critério cronológico adoptado durante muito tempo no ensino da história jurídica portuguesa na nossa Universidade⁴.

3 Caetano do Amaral, *Memórias para a história da Legislação e Costumes de Portugal*, in *Memorias de Literatura portuguesa*, publicadas pela Academia real das sciências de Lisboa; Melo Freire, *Historia Juris civilis lusitani* (1815); Coelho da Rocha, *Ensaio sôbre a história do govêrno e da legislação de Portugal, para servir de introdução ao estudo do direito pátrio* (1837); Herculano, *História de Portugal* (1846-1853) e *Cartas sobre a Hist. de Port.*, in *Opúsculos*, tomo V; e Gama Barros, *Hist. da Administração pública em Portugal*, 4 vol. (1885-1922).

4 No ensino universitário da história jurídica exerceram sobretudo notável influência, durante mais dum século, os métodos e critérios cronológicos adoptados pelos dois professores que mais se distinguiram na cátedra da história de direito pátrio e que foram os já referidos Melo Freire e Coelho da Rocha.

O primeiro dividia a história jurídica portuguesa com base num critério tão estreitamente político, que os períodos desta coincidiam, ou com as dominações dos povos estrangeiros à Península, ou, desde a fundação da nacionalidade, com os reinados dos reis de Portugal; era quasi uma história do direito *por reinados*. Mais crítico e judicioso foi, porém, Coelho da Rocha no seu *Ensaio*, como era natural —dada a época em que escreveu— afastando-se consciente e prudentemente do ponto de vista de M. Freire, cujo método condenou. C. da Rocha adoptou uma divisão da nossa história jurídica em sete *épocas*, coincidindo também, ou com as dominações estrangeiras, ou com as dinastias reais (não já porém com os reinados) pouco mais ou menos nos termos que vão indicados no texto e tratou depois, sistematicamente, em artigos separados, dos mais importantes aspectos da vida política, administrativa, legislativa, económica e cultural de cada uma delas. Deve, contudo, advertir-se que, tanto o *Ensaio* dêste ilustre professor, como a *Historia* do não menos ilustre M. Freire, não podem considerar-se verdadeiras histórias do direito português, visto que não trataram senão da

Afigura-se-me dispensável dizer aqui, numa crítica pormenorizada, o que um tal critério tem de inconveniente, não só para os progressos do ensino, como da exposição e da investigação histórica. Apenas salientarei o que êle tem de inconsistente e contraditório em si mesmo, ao assentar simultaneamente em dois pontos de vista diferentes: o *étnico* até à fundação da nacionalidade, e o estritamente *político* desde aí até aos nossos dias. E permito-me ainda salientar também que êle é tão artificial, que nos leva a considerar como distintas, na evolução do direito privado, épocas que, no essencial de alguns dos seus institutos jurídicos mais importantes, são a-final as mesmas, assim como nos leva a considerar como idênticas épocas que, de facto, são no mesmo ponto de vista distintíssimas. Conduz-nos a separar e desligar o que é orgânico e a reunir o que é inorgânico⁵. É, por exemplo, o que se passa com a “época romana” e com uma parte da “visigótica”, ou com a da “Reconquista” e a duma parte da “Monarquia limitada”, que são a continuação umas das outras. Como, por outro lado, não devo ocultar que também o nosso direito privado e uma boa parte do público nenhuns caracteres próprios apresentam, desde D. João II, ao começar a “Monarquia absoluta”, que essencial-

história jurídica *externa*, sem tocar na dos institutos do direito privado. Todavia a sua influência foi, como já dissemos, considerável sobre a orientação metodológica de todos os posteriores estudos histórico-jurídicos em Portugal até ao fim do século e ainda no actual, tanto dentro como fora da Universidade. Assim foi ela ainda quem inspirou, em parte, pode dizer-se, as obras mais recentes dos professores Guilherme Moreira, *Lições de história e princípios gerais de direito civil* (1900-1901), e do dr. Pedro Martins, *Resumo da hist. geral do direito peninsular e português* (1905-1906), posto aliás êstes últimos só tenham também versado a história externa. Finalmente — e depois de o método cronológico ter sido abandonado pelo professor Marnoco e Sousa, que adoptou o monográfico na sua *História das instituições de dir. romano, peninsular e português* (1908) — foi, pode também dizer-se, Paulo Merêa quem, voltando a adoptar nas suas lições (*Lições de hist. do direito portug.*, 1925) o método cronológico, todavia primeiro abandonou uma divisão cronológica *rígida* assente num critério político.

5 Com relação à escassa influência do factor étnico sobre as transformações dos sistemas jurídicos, recorde-se a doutrina já sustentada pelos post-glosadores e pela glosa, segundo a qual as conquistas e as ocupações bélicas por povos estrangeiros não determinam, em regra, na história, o desaparecimento do direito das regiões ocupadas e das populações vencidas, que continuam a reger-se *secundum leges et consuetudines suas*. Bartolo, ad Dig., 13, 9, 18, § *si nuda*, n.º 3, citado por Pitzorno, *ob. cit.*, pag. 23. Haja vista ao que se passa na Espanha com a conquista romana e depois dela com a ocupação goda:

mente os distingam do sistema jurídico anterior que em Portugal se vinha constituindo desde, pelo menos, os meados do século XIV⁶.

b) Um outro critério diferente do político, embora com tendências para se deixar também absorver por êle, é o segundo, a que chamei *jurídico-externo*.

Este consiste em tomar como base para a divisão da história do direito a estrutura e o particular modo de ser das suas fontes, donde o predomínio do elemento *jurídico-externo* (fontes) sobre o *jurídico-interno* (instituições). Segundo êsse critério, a história do direito português deveria dividir-se, a partir da fundação da nacionalidade, nos seguintes períodos: 1) um período de formação jurídica *consuetudinária* (*Costume*), indo desde o século XI até D. Afonso III; 2) um período de grande predomínio da *legislação geral* e escrita, a princípio mais ou menos dispersa, depois mais organicamente reunida em códigos chamados *Ordenações*; e 3), finalmente, um período moderno, caracterizado pelo domínio despótico e exclusivo da lei, como fonte de direito, e pelo aparecimento do sistema das grandes codificações científicas modernas desde o século XIX⁷.

6 Conquanto não se refira propriamente ao direito, mas criticando os inconvenientes duma divisão cronológica da história de Portugal fundada no critério das divisões dinásticas, escreveu Herculano: "...com efeito, e quem, à vista das divisões estabelecidas na *Hist. de Portugal*, imaginará, por exemplo, que os acontecimentos sociais do último quartel do século XIII, isto é, do reinado de D. Dinis, constituem uma divisão naturalíssima, uma verdadeira época histórica, ao mesmo tempo que a intrusão dos Filipes apenas mereceria tal nome? e Quem adivinhará que no reinado de D. João II se completa uma revolução capital na índole da organização política do país, ao passo que a revolução de 1640 traz à sociedade portuguesa levíssimas mudanças no seu modo de existir?" *Cartas*, carta IV, pags. 102, 103. Ora cumpre notar que, se assim é no que respeita à história político-social do país, com maioria de razão estas mesmas considerações colhem e podem aplicar-se à sua história jurídica, da qual aliás, como é sabido, o mesmo Herculano não tratou *ex professo*. Herculano adoptou todavia na sua *História de Portugal*, na qual, como se sabe, também tratou da história jurídica (volumes III e IV), um critério a que podemos chamar *étnico-político-social*, distribuindo as grandes épocas cronológicas segundo as *transformações essenciais da sociedade*.

7 Pode considerar-se representante dêste critério jurídico-externo a Ricardo Raimundo Nogueira, que ocupou a cátedra de história do direito pátrio depois de Melo Freire (1795-1796) e compôs umas lições de que corre impressa uma parte com o título de *Prelecções sobre a história do direito pátrio* (1866). Nogueira considerou a história do direito como sendo apenas a história da legislação e da jurisprudência e por isso não é de ex-

Também não merece a pena entrar numa longa crítica dêste segundo critério. Não só é impossível applicá-lo á história jurídica anterior à fundação da nacionalidade, como não nos permite dar também, quando applicado à história jurídica desta, um quadro sufficientemente seguro e original, para dentro dele descrever a evolução das instituições. Note-se que, indo ao fundo das coisas, o predomínio do costume, como fonte de direito, até ao século XIII, ou o da lei feita pelo Estado desde aí em diante, ou mesmo o predomínio das codificações desde o século XIX, outra coisa não representam a-final senão uma expressão de certos factos e transformações de natureza também puramente política, operados na organização da sociedade portuguesa. Donde há que concluir que êste critério virá assim a coincidir, no essencial dos seus resultados, com o critério exclusivamente político, falecendo em visão original e profunda sôbre a índole das verdadeiras transformações do direito⁸. Pode dizer-se, numa palavra, que tanto êste critério, tranhar que dividisse aquella em quatro partes, tratando primeiramente da história de tôdas as leis portuguesas até às Orden. Filipinas; em segundo lugar, destas Ordenações; em 3º lugar, das *leis extravagantes*; e em 4º, da jurisprudência.

8 Note-se a identidade de resultados a que se chega, quanto à história do direito portugês, com a adopção do critério estritamente político ou com o critério exclusivamente *jurídico-externo* relativo ao predomínio das diferentes fontes no desenvolvimento do direito pátrio, desde a fundação da nacionalidade. O *período da Monarquia limitada pelas ordens*, indo até ao reinado de D. Dinis nos fins do século XIII (quando devidamente delimitado êste conceito político), vem a corresponder aproximadamente ao período do *direito consuetudinário*, cujo predomínio se deveu precisamente ao enfraquecimento do poder real em face dos privilegios das classes e das prerrogativas dos concelhos. O *período da Monarquia absoluta*, estendendo-se desde o século XIV em diante (embora só culminando com D. João 2.º no século XV), vem a corresponder também ao *período da legislação geral e escrita*, que atinge o seu esplendor com as Ordenações; estas são determinadas por um facto político, a centralização e o robustecimento do poder real. E finalmente o *período liberal*, caracterizado pelo *Estado moderno* e pelo aparecimento das grandes codificações é ainda também, em última análise, uma prolacção do factor político. O predomínio do costume, da lei, ou das grandes codificações, que é tudo isso, a final, senão a expressão dum facto político fundamental... as vicisitudes de desenvolvimento e de robustecimento do Estado e do conceito do Estado?

Criticando uma vez mais êstes dois critérios de divisão cronológica da história jurídica, não duvidamos repetir as palavras do mesmo Pitzorno (pags. 24-25): "una troppo stretta elaborazione sostanziale della storia giuridica... come un capitolo della storia generale, ...come un complemento necessario alla storia politica... come una parte essenziale della storia civile,

como o anterior, são pois absolutamente estranhos ou *exteriores* à verdadeira essência dos factos ou fenómenos jurídicos.

II

Pois bem: eis justamente a razão por que eu entendo que devemos pôr de parte, para fazermos a divisão em períodos da história jurídica portuguesa, como de qualquer outra, todos êstes critérios e pontos de vista exclusivamente *étnicos*, *políticos* e *étnico-políticos*, ou ainda quaisquer outros económicos, religiosos ou simplesmente culturais que possam ser adoptados, assim como os *jurídico-externos*, para em seu lugar nos esforçarmos por encontrar um critério *estritamente jurídico*, ou *jurídico interno*⁹. E a êste só o poderemos alcançar — permita-se-me salientar esta observação — *se procurarmos extraí-lo da própria essência do “jurídico”, ou seja, da índole do próprio “sistema jurídico” de cada época, no que ela pode ter de idéas suas, de quadros lógicos, de perspectivas de visão no mundo dos conceitos jurídicos que só ela tem e não têm as outras*. Permita-se-me insistir sobre o enunciado dêste ponto, que aliás não posso aqui desenvolver convenientemente. Eu entendo por *índole*, “*espírito*”, “*sistema jurídico*”, o sistema constituído não só pelas normas jurídicas na sua expressão abstracta, como pelo conjunto explícito ou implícito dos seus quadros lógico-for-

potrebbe tentare il criterio del giurista e indurlo a trascurare come meno necessarie, meno utili e meno essenziali moltissime parte del diritto, e forse le più importanti, e indurlo anche nel errore di confondere il fenomeno giuridico coi suoi fattori storici.”

9 Pretendeu seguir êste critério Enrico Besta (*Il diritto e le leggi civili di Venezia*, 1897, e *Avviamento allo studio della stor.*), distinguindo cuidadosamente o fenómeno jurídico dos diferentes factores históricos do direito e sustentando que o critério a adoptar na elaboração científica da história do direito deve ser extraído dos próprios *factos jurídicos* e da própria estrutura íntima do direito. Na aplicação dêste critério, porém, o illustre historiador italiano não conseguiu manter-se fiel ao seu ponto de vista inicial. Considerando como pontos cardiais, em tórno dos quais giram as mais profundas transformações do direito, as mutações das suas fontes e as do próprio conceito do Estado, Besta veio a-final a recaír na confusão entre o “jurídico” e o “político”, ficando a ter nas mãos um critério, como diz Pitzorno, “puramente formale, alquanto impreciso e forse meno giuridico di quanto a prima vista potrebbe sembrare”; *obr. cit.*, pag. 36. Ver aí a crítica feita pelo autor a semelhante orientação daqueles que tomam como critério do “jurídico” o *jurídico-externo*, ou seia, o critério das fontes, nos mesmos termos em que acima a deixamos esboçada.

mais de representação jurídica, das suas “categorias”, da sua técnica, ... enfim, da sua *mentalidade*, através da qual o espírito dum a época interpreta as suas necessidades sociais, as transforma em fonte de normas e instituições e se eleva depois à criação de conceitos e formas jurídicas ¹⁰ apropriadas que por último organiza, fazendo com elles uma ciência ¹⁰. Há assim sistemas jurídicos,

¹⁰ Definindo, por sua vez, êste conceito de “sistema jurídico”, escreve Pitzorno (pag. 410): “...*sistema giuridico*, l'organismo più complesso, formato di *norme*, di *istituti* e di *istituzioni*, insieme riuniti e coordinati ad un dato fine.” É, pois, evidente que, para Pitzorno, o conceito de “sistema jurídico” coincide com o de “ordem jurídica” (*ordinamento giuridico*), como também já oportunamente observou A. Era sua *Recensione*, na *Riv. di st. del dir. it.* (*il complesso delle norme di diritto pubblico e privato è quel quid imponderabile che anima e lega questo complesso così da renderlo caratteristico e tipico*). Por outro lado, não é menos evidente que o mesmo Pitzorno, ao tomar como fundamento das divisões da história jurídica êste conceito de sistema jurídico, parece todavia hesitar na sua caracterização e valorização, pois nos diz também (*ibidem*): “un critério scientifico e *insieme giuridico* potrebbe esser... quello che prendesse in considerazione il diritto nella sua unità e nelle sue intime trasformazioni; nella trasformazione integrale delle sue interne strutture, del suo organico ordinamento, studiato *nelle sue cause, nei suoi fattori storici e nelle sue conseguenze*.”

Ora eis aqui os dois pontos em que me afasto do pensamento de Pitzorno e em que, segundo creio, êle se manifesta menos coërente consigo próprio. *Primeiramente*: o conceito de “sistema jurídico” não pode ser o mesmo que o de “ordem jurídica”, compreendendo apenas *normas, institutos e instituições*, como parece pensar P. Com uma tal restrição dêste conceito só a êstes elementos, viriam a ficar de fora, não entrando a fazer parte do seu objecto, precisamente os elementos que eu reputo mais importantes, tais como: os já referidos quadros logico-formais de representação jurídica, tudo o que no direito existe de “categorial” e *a priori* para a sensibilidade e para a inteligência jurídica dentro de cada sistema, e que lhe dá a sua “côr”, a sua mentalidade instintiva e a sua dogmática refletida e científica. Ora o direito contido no puro sistema orgânico das *normas, dos institutos e das instituições* é já uma “captação” secundaria e uma condensação daqueles outros elementos primários em função dos quais o “sistema jurídico” deve ser definido; e isto parece ter escapado ao insigne professor italiano.—*Em segundo lugar*, —e neste ponto me cumpre por igual acentuar a razão da minha divergência do seu ponto de vista— não é menos evidente que Pitzorno incorreu também numa infidelidade lógica ao seu próprio ponto de vista inicial e estritamente *jurídico*, ao escrever as palavras que acima e em último lugar vão transcritas. Com efeito, êle que, censurando uma idêntica infidelidade lógica em E. Besta, afirmou tão energicamente a distinção entre o escopo da história política e social e o da história jurídica (pag. 29 *et passim*), dá-nos, porém, a entender (a pag. 40 e 41) que um critério *ao mesmo tempo científico e jurídico* para a elaboração da nossa disciplina só pode ser aquele que tomar em consideração o direito na sua unidade e nas suas

como há sistemas económicos, filosóficos, religiosos e políticos, representando mundos ideológicos diferentes, diferentes "climas", e que, posto se choquem e reciprocamente se penetrem na história, todavia guardam, por vezes, a sua individualidade bem definida e constituem também, outras vezes, *ciclos* que renascem e se repetem num estado de maior ou menor pureza.

Certamente, eu próprio reconheço o que há fatalmente de vago e de dificilmente concretizável neste conceito de "*sistema jurídico*". Reside aí o ponto crítico da atitude mental que serve de fulcro a tôdas as presentes considerações. Não ignoro quanto seria árdua a tarefa para chegarmos a acôrdo a êsse respeito, dada a estreita dependência em que um tal conceito se acha, no espírito de cada um de nós, com relação às suas concepções filosóficas sobre a essência do "jurídico" e a natureza dos factos históricos. Mas justamente por isso é que eu *não pretendo mais do que apontar aqui uma direcção e justificá-la (como direcção apenas) independentemente da solidez de quaisquer resultados a que, seguindo-a, possamos chegar desde já*. Numa palavra: o que entendo é que, assim como a história económica, por exemplo, não procura extrair de quaisquer factos extranhos ao fenómeno económico o critério para a sua divisão em épocas; assim como a história política o não procura extrair também de factos não políticos, ou a história religiosa de factos não religiosos; *assim, do mesmo modo, a história jurídica, tomando a mesma attitude daquelas, também não deverá ir buscar o seu critério de "Periodisierung" fora do próprio domínio do "jurídico", mas sim dentro dele*.

Ora é tomando para base um tal critério e fundando-me nas considerações que acabo de fazer, que tenho a honra de apresentar aqui a seguinte divisão cronológica da história jurídica do meu país, nos domínios do direito privado, tendo o cuidado de salientar, uma vez mais, que não se trata duma divisão cronológica

intimas transformações... ou (*sic*) na transformação integral das suas estruturas internas, da sua orgânica interna, *mas estudada esta —note-se bem— nas suas causas, nos seus factores históricos e nas suas conseqüências (!)*.

Ora o conceito de "*sistema jurídico*" de que parto e que se acha na base destas considerações é mais compreensivo do que o conceito de "*ordem jurídica*", assim como o escopo da historia jurídica e da sua elaboração científica consiste apenas para mim em fixar e descrever êsses sistemas e não em os explicar nas suas *causas e factores históricos*. São êstes os únicos pontos em que me afasto de Pitzorno.

rígida e definitiva, mas apenas dum *esquema provisório e susceptível de ser alargado, até mesmo corrigido*, que submeto a discussão dêste ilustre Congresso.

Entendo que a história do direito privado português deveria ser dividida em seis períodos, correspondendo a seis "*sistemas jurídicos*" bem diferenciados, a saber:

I. Um *sistema primitivo* ou *ibérico*, indo desde os mais remotos tempos até à Constituição de Caracala, que, como é sabido, concedeu a cidadania romana a todos os habitantes do Império, em 211 da nossa era ¹¹.

II. Um *sistema do direito romano vulgar*, indo desde Caracala até à publicação da *Lex Visigothorum Recesvindiana*, em 654 ¹².

¹¹ Este *sistema*, a que chamo primitivo ou ibérico, não pode ser facilmente identificado por características positivas, mas principalmente por características *negativas*, dado o pouco conhecimento que temos do sistema jurídico dos primitivos povos da Península, como iberos, celtas, lígures, etc. Tudo o que sabemos através de inscrições, moedas, textos fragmentários de escritores gregos e latinos, é contudo o bastante para concluir que êsse direito apresenta tôdas as características dos direitos primitivos, em contraste com o direito romano. E como, por outro lado, sabemos que êsse direito continuou vigorando, no essencial, depois da conquista romana, a ponto de os governadores romanos o applicarem, por vezes, nos seus tribunais, porisso não há razão para fazermos terminar essa primeira divisão cronológica com a vinda dos romanos à Península, ou sequer com a sujeição dos Lusitanos a Roma, em 139 a. Cr. Por isso se justifica antes que só consideremos iniciado o período romano e substituído o "*sistema jurídico*" primitivo pelo segundo, a partir dos principios do século III, com a concessão da *civitas* romana a todos os habitantes do Império; ...isto, claro está, sem deixarmos de ter presente o que há ainda de *convencional* na escolha dêsse facto tão discutido (a Const. Antoniana, de 211), como fronteira histórica, e sem nos esquecermos de que se trata apenas dum dos tais "*valores aproximativos*", de que falamos. Sôbre a subsistência do direito indígena peninsular sob a dominação romana, ver Hinojosa. *Hist. del Der. español*, pag. 138, e Altamira, *Cuestiones de Hist. del Derecho*, 93 e seg.

¹² Considero êste *sistema* como um sistema também autónomo, independentemente de qualquer critério étnico ou político, e, portanto, abstraído do facto da invasão dos godos e dos outros povos germânicos, no século v. O que caracteriza êste sistema jurídico e o período que lhe corresponde é a formação dum *direito romano vulgar* nos últimos séculos do dominio romano na Espanha, de que as *Fórmulas visigóticas* e a *Interpretatio* da *Lex Rom. Visigoth.* são, como é sabido, a expressão mais importante. Esse novo sistema jurídico, também ainda mal conhecido, é, sem dúvida, um sistema muito mais progressivo e tènicamente mais adiantado. Pode dizer-se que êle

III. Um sistema romano-gótico, indo desde Recesvindo até ao século XI¹³.

IV. Um sistema germânico ou germano-ibérico, indo desde o século XI até meados do século XIII, ou seja, até ao reinado do nosso rei Afonso III (1248-1279)¹⁴.

representou a dissolução da antiga organização comunitária das *gentilidades* peninsulares, desenvolveu o individualismo na esfera das relações jurídicas de família, da herança e da propriedade, impondo pouco a pouco tôdas as categorias fundamentais do sistema do direito romano puro à cerca de pessoas, coisas e acções. Todavia não foi o mesmo que o sistema do direito romano puro; foi uma sua derivação, cujas características positivas estão ainda por definir com precisão. Altamira, mesma obra, pag. 100 e seg.

13 Este terceiro sistema, ou período jurídico, é caracterizado pelo acrescentamento de mais um elemento ao sistema do direito hispano-romano anterior, sendo êsse elemento o chamado *elemento germânico*. Com a publicação da *Lex Wis. Recesvind.* o direito peninsular entra numa nova fase. Revogado definitivamente o *Breviario* de Alarico, e já adiantada a fusão entre hispano-romanos e godos, passa a vigorar um novo sistema jurídico que è o *romano-gótico*, ou *hispano-romano-gótico*. Caracteriza-o uma fusão de concepções romanas com outras germânicas, provenientes as primeiras do dir. rom. vulgar, as segundas do *volksrecht* visigótico. Esse sistema que, em algumas instituições é uma continuação da mentalidade do anterior (como, por ex., em matéria de testamentos e contratos), é porém, no que respeita a outras, um sistema diverso, como, por ex., em matérias de matrimónio, família, regimes de bens, etc. Sobrepondo-se ao direito rom. vulgar e aos costumes dos mesmos godos até certo ponto, persiste no meio da invasão árabe, mantem-se nos estados nêo-godos das Astúrias e entre os moçàrabes e conserva-se até cêrca de fins do século XI com o *Forum Judicum*. Ver P. Pujol, *Hist. de las Instit. sociales de la Esp. goda*.

14 O sistema a que chamo *germânico*, ou *ibêro-germânico*, é uma evolução regressiva do anterior pela sua libertação da maior parte dos seus elementos romanos e pela afirmação e vigorosa revivescência dos seus elementos primitivos. Com efeito, a partir do século XI começa a produzir-se no occidente da Península, duma maneira geral, a obliteração, embora lenta, do *Forum judicum* e o florescimento dum direito inteiramente novo, cuja expressão mais fiel pode vêr-se nos *fueros* leoneses e castelhanos, bem como nos nosos *Forais* e *Estatutos* municipais das cidades. As instituições mais características dos direitos primitivos, correspondendo a um estadio muito anterior às da antiga sociedade romana, afirmam-se e desenvolvem-se de novo, entre o século XI e os meados do século XIII, até ao momento em que a penetração do romanismo justinianeu (Afonso III.—D. Dinis), representando uma segunda romanização, prepara a implantação dum novo sistema jurídico, o do direito justinianeu dos glosadores e post-glosadores. Cfr. Altamira, *obr. cit.*, Ureña, *Hist. de la Lit. jur. esp.*, I, pág. 284, e Hinojosa, *Elem. germ.*

V. Um sistema do romanismo justinianeu, indo desde o mesmo Afonso III até ás primeiras tentativas de codificação e à Reforma nos fins do século XVIII ¹⁵.

VI. Um sistema do direito natural e do individualismo crítico, indo desde os fins do século XVIII até ás modernas tendências do "direito social" dos nossos dias ¹⁶.

¹⁵ Com Afonso III (segunda metade do século XIII) o sistema jurídico que se introduz em Portugal é o do chamado *direito romano comum* dos glosadores e post-glosadores, tendo por base a interpretação do *Corpus juris* e a sua adaptação às novas necessidades e condições sociais da sociedade medieval. Pode dizer-se que foi êsse "sistema jurídico" que mais duradouramente fez a educação da vida portuguesa e mais profundamente actuou sobre ela. Durante séculos, até aos fins do século XVIII, nenhum novo princípio, nenhuma nova técnica, nenhuma instituição produto de quaisquer novas condições da vida social ou de novas aspirações morais, vieram quebrar a unidade e o predomínio entre nós deste sistema jurídico, cujo espírito foi o do puro individualismo do direito romano, mas um individualismo árido, abstracto e sem valores morais. Cfr. G. Barros, *Hist. da Adm. Pública*, I, pag. 59 e seg. e P. Merêa, *Lições*, pag. 110 e seg.

¹⁶ Finalmente, é êste sexto e último sistema o caracterizado pela mesma crise mental e aspirações morais do século XVIII que geraram aquela mentalidade de que nasceram, não só a Revolução e o *Estado moderno*, como o direito dos modernos códigos civis do século XIX. Inicialmente, afirma-se como um movimento filosófico contra o direito romano, provocado pela escola do *direito natural*. Combate o direito romano, como, no campo político, combate a Monarquia absoluta, identificados um com o outro. O seu dogma central é o *individualismo* dos direitos naturais do indivíduo. Simplesmente, como a tradição romanista, também individualista, não opunha às novas idéas, no campo jurídico, a mesma resistência que lhes opunha no campo político, o novo sistema porisso, em vez duma revolução, fez uma educação a seu modo dos elementos do sistema anterior, conservando-os, mas vasando neles uma nova mentalidade repleta de intenções de *universalismo* e de valores éticos. O velho individualismo da tradição romanista, árido, abstracto e sem valores morais, converteu-se num individualismo humano, universal e carregado de valores morais, como a liberdade, a igualdade e a fraternidade. Estes valores influíram tanto no campo jurídico, conduzindo ao reconhecimento dos direitos originários, à igualdade perante a lei, à absolutização da categoria do "sujeito de direitos" e à autonomia da vontade, como influíram no campo político, conduzindo ao sufrágio universal e à democracia liberal. De resto, a feição abstracta do seu racionalismo deu também aqui, como outra característica dêste "sistema jurídico", o predomínio às idéas sôbre as realidades da vida e daí a tendência para as grandes construcções lógicas do moderno pensamento jurídico, servido pelos aperceioamentos duma técnica rigorosissima e dominando através da lei tôda a vida de direito. Ora êste novo "sistema" começa a esboçar-se em Portugal, embora sem inteira consciência dos seus fins filosóficos, desde

Eis aqui o quadro duma divisão cronológica assente num critério jurídico. Certamente, muito haveria que dizer e muito que discutir sobre, não só as bases duma tal "Periodisierung", como o próprio quadro que acabo de apresentar. Se a questão das bases joga, com efeito, com todo o problema especulativo da ciência jurídica, a questão da justificação do quadro não joga menos, pode dizer-se, com toda a ciência histórica do direito. Evidente é que não posso ter a pretensão de querer versar aqui os mil e um problemas que esta, como qualquer outra divisão cronológica da história do direito, faz levantar. Por isso, mais modestamente, o que pretendo agora é apenas pôr ainda em evidência, por uma forma rápida, as vantagens que, segundo creio, há a esperar deste critério e desta divisão, bem como os inconvenientes que com êles se conseguirão evitar na *investigação*, na *exposição dogmática* e no *ensino da história jurídica*.

III

Em primeiro lugar, creio que com um tal quadro cronológico mais facilmente poderemos encontrar, dentro de cada uma das referidas épocas, a idéa dum "sistema jurídico" mais caracterizado e, portanto, distinto do das outras.

Cada uma destas épocas como o seu *sistema jurídico* até certo ponto próprio e exclusivo, constituirá assim — permita-se-me repetir — uma espécie de mundo jurídico á-parte, com o seu centro próprio de gravitação, a sua órbita especial e a sua vida relativamente independente, como os grandes sistemas religiosos ou as grandes épocas da história literária. Certamente, em todos êsses sistemas haverá elementos comuns, representados por normas, instituições e formas de representação jurídica que são de todos os tempos, como algo de humano e, portanto, de racional e universal, que os ligará assim uns aos outros. Tais elementos poderão levar-nos a dizer que todos esses sistemas entram, por sua vez, na constituição dum grande Sistema superior, de base racional, do qual poderá dizer-se ainda, como os romanos diziam do *Jus Gentium*, que êle é o sistema

a segunda metade do século XVIII, com a Reforma da *lei da Boa Razão*, de 1769, e dos *Estatutos universitários*, de 1772; com a tentativa do *Novo Código*, de 1788, e acaba por se apoderar de toda a vida jurídica portuguesa, depois do triúnfo do constitucionalismo, como o código civil de 1867. Ver minhas *Origens do mod. dir. portug.* in *Estudos port.*, I, 1933.

que a *naturalis ratio inter omnes gentes constituit*. Mas ao lado disso, quantas diferenças próprias de sistema para sistema, quantas compreensões diversas do “jurídico”, entre, por exemplo, o período primitivo ou ibérico e o direito romano vulgar, ou entre o período germânico dos séculos XI a XIII e o do romanismo justinianeu! Ora o investigador que se mover dentro do estudo de cada uma dessas épocas, sabendo-as distintas e conhecendo-lhes por assim dizer a correspondente linguagem dos seus conceitos jurídicos, não poderá deixar de se encontrar muito mais à vontade e muito mais desembaraçado de prejuízos, para poder aplicar à investigação jurídica de cada uma delas os próprios quadros do seu respectivo pensamento. Poderá aplicar-lhes os conceitos construtivos das suas realidades jurídicas, tais como elas próprias lhes fornecem, e não os quadros e conceitos importados do “espírito” dum outro sistema que aliás àquelas se não aplicam ou lhes são extranhas ¹⁷. Assim, por exemplo, o historiador do direito não se verá mais embaraçado, ao estudar a aquisição da propriedade pela posse, no século XIII, com as categorias romanas do “*dominium*” e da “*possessio*”, quando souber que essas noções dogmáticas dum sistema jurídico diferente daquele que quer estudar não são as que lhe hão de dar a compreensão das formas jurídicas da “*gewere*” germânica, como conceito específico que se acha latente sob a usucapião do nosso direito privado entre os séculos XII e XIII ¹⁸. E assim também êle saberá (outro exemplo) que, para investigar e expôr o direito antigo da obrigações, o que êle deve ter presente no espírito, como categorias jurídicas duma época histórica, serão, não as noções romanas ou modernas do *vinculum juris*, mas sim as mais ar-

17 Como escreveu Pitzorno: “egli (storico del diritto) deve con la mente trasportarsi nel tempo che studia e ragionare con le idee di quel tempo. Qualunque tentativo di ricostruzione dece istituzioni antiche con le idee giuridiche dei nostri giorni si risolverebbe in un grossolano errore.” E com não menos vigor, são do barão de Schwerin estas palavras: ...“die Kategorien geschichtlicher Rechtssysteme sind nicht die der Gegenwart... Es ist daher nichts verkehrter und irreführender, als mit den Kategorien des geltenden Rechts an früheres Recht heranzutreten. Es verursacht zwecklose Vergeudung von Kräften und falsche Problemstellungen.” ...“Die ideale Einstellung wäre gegeben, wenn nur das jeweils zu erforschende Recht allein bekannt wäre”, *Einführung.*, pag. 20.

18 Ver meus estudos: *A Posse de Ano e dia e Tempo e Trastempo nos Costumes municipais portug.* in *Boletim da Fac. de Dir. de Coimbra*, anos X e XI.

caicas do *nexum*, do *obstadium* e da *wadiatio* ¹⁹. Isto é —repito— êle habituar-se á a extrair as “categorias” jurídicas dogmáticas com as quais tem de trabalhar, não da sua educação jurídica moderna, mas da própria mentalidade ou espírito do “sistema” ou época que vai estudar. E ¿poderá duvidar-se da vantagem que constituirá para o historiador do direito a posse duma demarcação de períodos históricos em que essas diferenças de mentalidade se acham já bem acusadas objectivamente e tornadas evidentes?

Mas não há só isto. Creio que há também uma outra irrecusável vantagem na adopção duma “Periodisierung”, como aquela que apresentei. É que com uma tal divisão cronológica conseguir-se á também, quero crê-lo, uma maior *purificação* —digamos assim— do próprio conceito da história jurídica, encarada ainda esta purificação por um outro lado diferente daquele que acabo de considerar.

Pelo lado que acabo de considerar, com efeito, a purificação consiste, como vimos, em o historiador do direito ficar sabendo desde logo, quando parte para as suas investigações dentro dum certo período, quais os “utensílios” de *técnica jurídica* e os quadros de conceptologia que deve levar consigo, por assim dizer, antes de se abalançar a fazer o seu estudo. Por êste novo lado agora, porém, a purificação, de que falo, é uma coisa diferente. *Será uma purificação da sua concepção filosófica da história jurídica*. Isto é: desde que êle sabe que a cada época ou período corresponde um mundo, ou clima próprio de conceitos jurídicos, o historiador será naturalmente levado a tentar explicar os factos e as formas jurídicas sem sair para fora dessa época ou período e, portanto, a procurar explicá-los *reconduzindo-os justamente ao espírito do “sistema” que o caracteriza*. Ora, desde que o historiador do direito chega a assumir essa atitude, êle atinge assim também, ao mesmo tempo, pode dizer-se, a mais verdadeira e profunda concepção filosófica da história jurídica que pode haver. Sem dúvida, a história jurídica fez-se para *explicar* as formas jurídicas do passado. Mas é preciso não esquecer que aquí, neste caso, *êste “explicar” não é um qualquer explicar, no sentido de reconduzir factos ou fenómenos a relações de causalidade genética ou sociológica no plano do “ser”, mas sim um explicar no sen-*

¹⁹ Ver, por exemplo, o estudo de Ernst Mayer, *Das altspanische Obligationenrecht in seinen Grundzügen* na *Zeits. der Savigny-Stift.*, vol. 38 e 39 da germ. abt.

tido de os reconduzir até às suas relações últimas com todo o espírito do sistema jurídico em que se enquadram e no plano todo lógico dos conceitos jurídicos e das concepções da época ou período que se considera ²⁰. E isto é muito importante. É que a ver-

20 É sobretudo nesta especial orientação a dar às suas investigações históricas, que o historiador jurista, diferentemente do que se passa com os outros historiadores que também se ocupam do direito, se mantém no terreno da ciência jurídica. Notemos, porém, que, quando falamos aqui em “sistema jurídico” e num “plano todo lógico de conceitos jurídicos e de concepções duma época ou período” nos não referimos exclusivamente aos conceitos e concepções da chamada “dogmática” do direito, obra da jurisprudência, elaborada e definida pelos juristas. Não; não há só essa dogmática, como *momento lógico* do direito. Esta só existe nas épocas de grande desenvolvimento da vida do direito, quando este devém um direito *escolástico*, um *Juristenrecht*. Mas antes desse *momento lógico*, existe um *momento instintivo e imaginativo* do direito, como *Volksrecht*, no seio do qual existem também, embora implícitas, às vezes inconscientes, certas formas de representação jurídica, certos conceitos e concepções, certas categorias cuja actuação não é menos importante para o historiador-jurista precisar e determinar como principio de explicação de muitas formas jurídicas e instituições positivas. Quere dizer: o historiador jurista não trabalha apenas com a *dogmática explícita* do direito duma época, se ela a possui; deve trabalhar também com a sua *dogmática implícita* que lhe reside no fundo, procurando o mais possível extraí-la dos factos. Porque... “categorias” e “conceitos lógicos” não são aqui apenas as formas de representação intelectual, inerentes à própria intelligencia ou elaboradas pelo conhecimento científico; são também as formas de imaginação plástica do jurídico, as crenças jurídicas e os instintos jurídicos próprios duma época, desde que sejam susceptíveis de se exprimir e traduzir também por idéas. Ver Fehr, *Volk und Recht im Mittelalter und Neuzeit*. Exemplos dessas formas de representação jurídica, ou categorias, são, por ex, no direito romano: a concepção formalista da insuficiência da vontade para transferir um direito ou criar uma *obligatio* por via contratual; a *traditio* e a concepção dos contratos *verbis*. No direito medieval, por ex.: a crença na intervenção da divindade na defesa e prova dos direitos; os juizos de Deus ou *ordálias*, etc. No direito moderno, por ex.: a concepção da autonomia do individuo como sujeito de direito e da qualidade dos seus fins, como os únicos para cuja realização existe a ordem jurídica; os direitos originários e o principio da autonomia da vontade em materia de contratos etc. Ora eu creio que: “explicar” historicamente as normas, as formas e as instituições do direito, não é mais do que relacionar, esclarecer e deduzir essas normas, formas e instituições do que pode haver de mais profundo no mundo da representação jurídica, na *rechtliche Weltanschauung* duma época, compreendendo nesta, não só a *dogmática* feita pelos juristas, como a *pré-dogmática* (instinto, imaginação e mística jurídica) feita pelo povo. O resto, a razão histórica económica ou política do conteúdo das soluções dadas pelas normas, ou do fim tido em vista por estas, não per-

dadeira história jurídica não é necessariamente qualquer estudo histórico do direito; não é de modo algum qualquer história dos factos sociais jurídicos, como factos sociais. É a história das formas jurídicas duma sociedade, como “formas jurídicas”, isto é, desligadas dos condicionalismos sociológicos. Por outras palavras: o *historiador jurista* do direito deve limitar a sua actividade de investigação à simples caracterização e relação entre si das formas e dos factos jurídicos, como conceitos construtivos do espírito e como elementos dum sistema de idéas e de crenças, que constituem o direito, e nada mais. Procura reconstituir êsses *elementos* e o seu *sistema* no passado e, fazendo isso, já reconstituiu as diferentes épocas e pode depois explicar dentro de cada uma delas as diferentes formas jurídicas que as assinalam. Ora —repito— esta purificação do conceito da *história jurídica* pròpriamente dita, só será atingida, quando o historiador jurista se tiver habituado a tratar os períodos e as épocas precisamente como “sistemas” caracterizados por uma mentalidade própria; e, como a divisão cronológica que defendemos obedece fielmente a esta preocupação, segue-se que, adoptando-a, teremos alcançado assim a primeira condição para essa purificação do conceito da história jurídica se obter e, portanto, ainda a do seu objecto e dos seus métodos.

Obter-se á assim —permita-se-me ainda acrescentar— um resultado em grande parte semelhante àquela purificação de objecto e métodos da *ciência pura do direito*, que Kelsen pretendeu obter, eliminando para fora do âmbito das preocupações do jurista, *só jurista*, tôdas as questões de causalidade histórica ou sociológica dos factos jurídicos, bem como tôdas as questões de finalidade ética ou moral, isto é, o “pre-jurídico” e o “meta-jurídico”²¹.

tence ao historiador-jurista determiná-lo, mas sim aos outros historiadores para os quais o direito é apenas um *facto social*, como qualquer outro.

²¹ Kelsen, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, 1911; *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff*, 1922, e *Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode*, 1911. Todavia, não deixemos de notar que o próprio Kelsen parece não ter tido o pressentimento deste parentesco de família entre a história jurídica e as outras ciências jurídicas, no ponto de vista metodológico, porquanto, reivindicando para estas o carácter bem acentuado de *ciências normativas*, olhando para os domínios do “*sollen*”, todavia exceptua dêsse grupo a história do direito que, segundo êle, pertence ao grupo das ciências e disciplinas *explicativas*, dos domínios do “*sein*” —“*natürlich ist die Rechtsgeschichte, als eine historische Disziplin, ausgenommen und den explicativen Disziplinen zuzurechnen*”— *obr. cit.* em último lugar, pag. 14. Tratando, portanto, de sugerir a possibilidade de aplica-

Porque a verdade é que o historiador jurista não tem que procurar a *causa* das normas e instituições jurídicas do passado com o mesmo critério com que o historiador da história geral, por exemplo, procura a causa duma guerra entre dois povos numa oposição dos seus interesses de expansão comercial..., ou como o historiador economista procura a causa do advento dum certo regime económico no desenvolvimento de certa técnica dos instrumentos de produção. Não: o que êle procura é apenas reconstruir os diversos "sistemas jurídicos" que existiram no passado, fixá-los e explicá-los, mas isso sem sair do seu específico campo jurídico e, portanto, buscando surpreender e determinar aí relações de natureza sobretudo lógica entre os próprios factos e conceitos jurídicos entre si e não nas relações sociológicas, genéticas, entre êles e os outros factos humanos e sociais²².

E, finalmente, última vantagem, que não é senão um corolário da segunda: é que só assim a história do direito poderá continuar a desempenhar um papel de verdadeira utilidade pedagógica no en-

ção dum critério estritamente jurídico à história do direito, pela determinação do sentido do que seja "explicar" nos domínios do jurídico histórico, ultrapassamos o próprio ponto de vista kelseniano, quando defendemos uma concepção também *formalista* do objecto e métodos da nossa disciplina, como disciplina exclusivamente jurídica.

²² Já Arnold e Ihering freqüentes vezes chamaram a atenção, como nota Emilio Lask, 'para o facto de que a história jurídica, ou há de estar exclusivamente ao serviço da *dogmática* do direito, conservando a natureza duma disciplina jurídica, ou não poderá fugir a tendência de só ver no direito e nas suas abstracções um facto social em conexão com a totalidade da vida. Mas neste caso, deixará de ser uma disciplina jurídica. Vid. Lask, *Rechtsphilosophie* in *Die Philosophie im Beginn des XX Jahrhundert*. (Festschrift für K. Fischer), editada por Windelband, pág. 317.

De resto, convém também não esquecer as opiniões no mesmo sentido, ja tantas vezes emitidas por homens como Brunner, Below, Amira e tantos outros. Entre tôdas é conhecida a frase do primeiro: "für die Rechtsgeschichte bleibt, was sie dogmatisch nicht erfassen kann, totliegender Stoff"; e ainda a de Amira: "die Rechtsgeschichte befasst sich mit juristischen Fragen und muss sie folglich auch juristisch beantworten..." Ver Brunner, *Forschungen zur Ges. des deut. und franz. Rechts*, pag. 2, e Amira, *Allgemeine deutsche Biographie*, 53, pag. 541; e ainda Below, *Der deutsche Staat des Mittelalters*, pag. 107-111, I vol.; a ja citada obra de Schwerin; Wenger, *Archiv f. Rechts und Wirtschaftsphilosophie*, XIV (1921); See-linger, *Juristische Konstruktion und Geschichtsforschung*, in *Hist. Vierteljahrschrift*, VII, 1904, pág. 161 e seg., e Manuel Torres, *El Estado visigótico*, in ANUARIO, de Madrid, t. III (1926), pags. 361 e 362, donde extraímos esta bibliografía.

sino da ciência jurídica e no quadro das disciplinas das Faculdades de direito. Só esforçando-nos por atingir essa maior purificação do conceito filosófico da história jurídica, dos seus métodos e objecto, e bem assim uma divisão cronológica nas bases indicadas, é que a nossa disciplina poderá conservar-se como uma disciplina jurídica.

Com efeito, a ciência jurídica está hoje —sabido é— atravessando a mesma crise que atravessam tôdas as ciências em geral e, especialmente, as chamadas ciências do espírito. Ao mesmo tempo que o seu objecto se vai alargando todos os dias e que se vão enriquecendo as técnicas que as servem, vão elas correndo também cada vez maior risco de verem perdido, ou obnubilado, o rigoroso conceito do seu objecto e da sua exacta autonomia no concerto das outras ciências. Assim sucede com a jurisprudência. A proporção que se torna mais vasto o domínio do “jurídico”, no campo do social, pela conquista de novas províncias de relações sociais sujeitas à regulamentação do direito, cada vez se vai tornando menos certo o próprio conceito do direito, para o qual se procura já hoje uma fundamentação *a priori*. Ora a única posição que lhes permitirá —a muitas das ciências em geral, e à do direito em especial— conservar essa sua independência, não pode ser outra senão precisamente a que consiste nessa tentativa de purificação do rigoroso conceito dos seus métodos e objecto. O mesmo digamos da história do direito.

É mais que duvidoso o interesse pedagógico da história do direito para a formação do espírito do jurista, se esta disciplina se conservar enfeudada, como até aqui tem estado, à estreiteza dos critérios sociológicos, políticos ou económicos próprios dos outros ramos afins da história ²³. E é, por outro lado, mais do que legítima a esperança de podermos salvar êsse seu interesse pedagógico, se nos esforçarmos por subordinar o seu estudo a critérios estritamente jurídicos, procurando na análise dos diferentes “sistemas jurídicos” do passado aqueles elementos de construção dogmática que neles se afirmam e se repetem, talvez como expressão das “categorias” universais do pensamento jurídico.

Com isto *eu não pretendo* —devo dizer por último— *negar o*

²³ Por isso escrevi com razão Pitzorno (pag. 32): “l’aver spesso confuso queste due vie ben nette e distinte nocquè molto alla nostra scienza, perché creó l’illusione che facilmente se possa penetrare e orientarsi nel campo infido del fenomeno giurídico.”

interesse que pode haver, e necessariamente há até, no conúbio entre a história do direito e os outros ramos da história em geral. Eu não nego, certamente, que é do maior interesse científico conhecer também as causas sociais das normas e das instituições jurídicas das diferentes épocas, ou seja, o aspecto sociológico, económico, político, religioso, do direito nas suas transformações como "facto social"; ... que é do maior interesse, emfim, surpreender acima de tudo as relações culturais existentes entre as formas jurídicas e os outros productos espirituais das sociedades. Mas o que me parece é que esse estudo deve ser excluído do objecto da pura história jurídica, para ficar pertencendo antes ao objecto da história geral da civilização e da cultura.

Só fazendo esta separação, é que poderá pôr-se termo a esta deplorável confusão que até agora tem reinado: isto é, *a de andarem muitos historiadores não juristas a fazer história do direito, ou a suporem que fazem verdadeira história do direito, ... e a de andarem, por outro lado, muitos verdadeiros historiadores do direito a trabalhar em campo alheio, fazendo a-final tudo menos história jurídica, como história económica ou política dos factos jurídicos, supondo-se aliás, também com a maior inocência, fieis ao objecto da disciplina que uns e outros cultivam*²⁴.

²⁴ No funo e essência das coisas, o que há a fazer é renovar, uma vez mais, *embora numa outra direcção e à luz dum critério mais filosófico*, a tentativa já anunciada por Des Marez na sua lição inaugural do curso histórico-jurídico da Universidade de Bruxelas, em 1902, no sentido de reivindicar a independência e autonomia da história do direito deante dos outros ramos da história e, nomeadamente, da política e da económica. Há que reter a bela imagem de que se serviu Des Marez para exprimir as suas idéas. "Poderíamos comparar a concepção moderna da história a uma amplíssima avenida cujos diversos passeios convergem para um ponto comum. Cada um destes passeios tem os seus frequentadores particulares: por aqui passeiam os historiadores da arte, por ali os filólogos, por acolá os historiadores das religiões, mais além os sociólogos, etc. A nós pertence-nos também um desses passeios, aquele que tem à entrada o dístico: *História do direito*. Pois bem: temos um passeio próprio e, se nos é lícito olhar para a direita e para a esquerda, para conduzirmos melhor os nossos passos, aproveitando com a observação dos movimentos dos outros, contudo devemos abster-nos de penetrar no recinto deles." Ora, aceitando a verdade desta imagem, impõe-se-nos reconhecer que, não obstante a advertência de Des Marez, todos esses diferentes grupos de historiadores passeantes, inclusivé os juristas, têm continuado a agitar-se promiscuamente na mesma avenida e nos mesmos recintos. E isto por uma razão muito simple: porque a vedação que os separava uns dos outros, não estava bem feita. Entendeu-se que o critério dessa vedação devia ser apenas um critério espacial só com

Eis aí o aspecto pedagógico fundamental das considerações que deixo feitas ácerca do problema da divisão cronológica da nossa história jurídica.

Entendo que um ensino da história social do direito deveria ser banido do quadro das disciplinas das Faculdades jurídicas, já tão sobrecarregado, e transportado para o das Faculdades de Filosofia e Letras, como objecto duma cultura mais geral. Entendo que esse ensino não interessa *directamente* à formação do espírito jurídico dos homens de leis, mas sim apenas o ensino da verdadeira história jurídica. Só esta deveria pois figurar no quadro das modernas Faculdades de Direito e obter aí um lugar muito mais importante do que aquele que até hoje tem tido, como *história dos conceitos-constructivos e das dogmáticas dos diversos sistemas jurídicos do passado*, procurando fazer-se a sua reconstituição, fixação e caracterização nas suas relações entre si e com o presente.

Ora é a isso que eu chamo um esforço no sentido de salvar o papel e o interesse, de grande utilidade pedagógica, que podem e devem continuar a conservar os estudos histórico-jurídicos na formação do espírito dos juristas modernos. É, porém, preciso para isso —repito— que a história do direito deixe de ser definitivamente uma história sociológica do direito e se transforme numa história da *conceptologia jurídica*, no mais amplo sentido desta palavra; ou, se quisermos antes, da *Dogmática*, ou, ainda melhor, daquilo a que os nossos colegas alemães chamam as “realidades jurídicas do direito” (*die juristischen Rechtswirklichkeiten* ²⁵).

É preciso, emfim, que a história jurídica deixe de ser uma disciplina histórica de conteúdos e soluções positivas do *jurídico-social* e devenha uma história do desenvolvimento das “formas” e “categorias” em duas dimensões, duma material demarcação de sectores ou de áreas num mesmo plano, em vez de ser o duma separação nitida de *planos*. É que os historiadores verdadeiramente juristas não passciam aí, na avenida de Des Marez, num talhão ao lado dos outros, como os do passeio de *la Castellana*, mas sim passeiam, ou devem passear, num outro plano mais acima, como os dos caminhos que, subindo, coleiam as montanhas das quais se colhem sempre vistas e perspectivas diferentes de realidades aliás as mesmas. Ora, só subindo, isto é, abandonando o ponto de vista *sociò-teórético* dos factos jurídicos e adoptando o *jurídico-dogmático*, é que a independência e a autonomia da história jurídica com relação aos outros ramos da história, podem fundar-se, como desejava Des Marez. Ver Altamira, *Hist. del Der. español*, cuest. preliminar, 1903, pág. 177 e seg.

²⁵ Lask, *Rechtsphilosophie*, pag. 317.

gorias” do *jurídico-puro*, trocando o seu ponto de vista de até aqui, *sociò-teorético* (sozialtheoretisch), por um outro *jurídico-dogmático* (juristisch-dogmatisch)²⁶. E que uma divisão em períodos da história do direito português, feita com o critério que apresentei, sem representar necessariamente o triúnfo desta orientação, é todavia aquela que mais nos pode auxiliar a atingir êsse resultado, eis o que se me afigura também evidente.

* * *

Numa palavra, se me é lícito concluir.

Os critérios para base duma divisão da história do direito em períodos, como aquele que acabo de ter a honra de apresentar, terão indiscutivelmente a vantagem de tornar a história do direito uma disciplina jurídica.

Eles predisporão o investigador, historiador-jurista, para considerar como fim imediato e último de tóda a sua actividade científica, a investigação, a procura e a caracterização mais rigorosa possível dos “sistemas jurídicos” das diferentes épocas.

Eles tenderão a colocá-lo, por assim dizer, na posse duma concepção mais delicada, mais crítica e mais filosófica da história jurídica, por meio duma rigorosa purificação do seu objecto e dos seus métodos.

Eles permitirão também garantir à história jurídica uma mais completa independência em face do outros ramos da história geral.

E finalmente, como última conclusão de tudo isto, tais critérios serão ainda os únicos que permitirão conservar para ela um importante papel na formação e educação do espírito jurídico moderno.

CABRAL DE MONCADA.

²⁶ Radbruch, *Grundsüge der Rechtsph.*, pag. 185. Extraio aqui de Radbruch apenas o rigor da sua terminologia, não a idéa de que a história jurídica deva ser para os juristas o que no texto fica dito, pois, para êste ilustre professor de Heidelberg: “die *Rechtsgeschichte*... die *Rechtssoziologie*, insbesondere die *Rechtsvergleichung*... stellen sich also als *Betätigungen der sozialtheoretischen Betrachtungsweise dar*”.