

Síntese da Palestra de Rui Manuel de Figueiredo Marcos

O professor da Faculdade de Direito de Coimbra proferiu a palestra “A Historicidade Jurídica – Persistências e Rupturas”. Destacou a importância de se entender a história do Direito e seu caminho evolutivo, marcado por persistências e rupturas, continuidades e descontinuidades - movimentos que, em essência, perfazem sua historicidade. Sublinhou a necessidade de reconhecimento do contexto histórico e das influências culturais que impactaram significativamente o desenvolvimento do Direito, o qual não deve ser visto apenas como um conjunto de normas dogmáticas, mas como um campo de atuação que se integra com fatores econômicos, políticos e sociais. Destacou que os fatos na ciência jurídica estão sempre sujeitos a operações intelectuais que os representam em palavras e conceitos, observando que a escolha de um fato já visa à configuração de uma teoria. Explicou o papel do Direito dogmático por analogia a um teatro histórico onde se observa o nascimento, a evolução, o declínio das doutrinas. Discutiu a importância dos métodos especializados de estudo da disciplina.

O palestrante abordou a importância de se entenderem as especificidades do Direito luso-brasileiro, a necessidade de familiaridade com a linguagem, as harmonias únicas de cada época e o papel crucial dos historiadores ao reconstruir e analisar criticamente o passado. Nesse contexto, ressaltou que a independência política e a jurídica são distintas. A Independência do Brasil em 1822, por exemplo, não significou uma ruptura completa e imediata com a tradição jurídica portuguesa; a transição foi gradual, semelhante ao que ocorreu em Portugal, após se separar do Reino de Leão. A compreensão histórica do Direito, argumentou, é essencial para entender seu significado cultural único bem como a persistência e a evolução da disciplina ao longo do tempo; transformando conexões aparentemente insignificantes em elementos fundamentais do sistema jurídico.

A seguir, leia o artigo do autor na íntegra.

Rui Manuel de Figueiredo Marcos

Professor Catedrático da Faculdade de Direito de Coimbra
Presidente da Academia Sino-Lusófona da Universidade de Coimbra
Académico Efetivo da Academia das Ciências de Lisboa
Académico de Número da Academia Portuguesa da História

A Historicidade Jurídica Persistências e Rupturas

Coimbra
2024

O caminho evolutivo do Direito entretece-se de persistências e de rupturas. Apresenta sempre continuidades e descontinuidades. É essa a matriz genética da historicidade jurídica.

Importa também reconhecer que se inscrevem no horizonte do direito avanços e recuos. O direito não está submetido a uma lei inabalável de perfectibilidade constante.

Não há muito decorreram vistosas comemorações do bicentenário da Independência do Brasil. Ora, a independência traz consigo o problema da persistência ou da ruptura do direito.

Como não se ignora, uma coisa é a independência política, outra bem distinta é a independência jurídica.

A Independência do Brasil não resultou de um golpe súbito, no sentido de que não operou a demolição completa de um grande edifício para, sobre as suas ruínas, se erguer um outro edifício cultural e jurídico, com uma traça ostensivamente inovadora e ainda mais imponente.

A verdade é que nunca se levou à arena da história uma ruptura imediata, e muito menos integral, de uma ordem jurídica secularmente instalada. E não há direito que se alevante repentinamente do chão.

Ontem e sempre, a independência política de um país irrompe mais cedo, porquanto mesmo os revolucionários mais prudentes não trazem no bolso uma ordem jurídica nova pronta a saltar para o meio dos tribunais.

Tomemos diante dos olhos o caso de Portugal. O nosso país desentranhou-se politicamente do Reino de Leão em meados do século XII. As fontes de direito leonesas continuaram a aplicar-se em Portugal durante cerca de um século, tendencialmente até ao reinado de D. Afonso III, por meados do século XIII.

O cenário resvaladiço correspondeu ao chamado “Período de Individualização do Direito em Portugal”. Durou um século. Cerca de um século também haveria de durar o “Período de Individualização do Direito Civil Brasileiro”. De 1822 ao Código Civil de Beviláqua.

Identifico, no momento presente, o historiador do direito com a imagem do marinheiro, cismando na proa do seu navio acerca do rumo a tomar, quando, em plena imensidão oceânica, ninguém o olha, mas ele domina perfeitamente a linha do horizonte. Talvez sentisse no rosto a mordaz carícia daquela aragem cortante do mar tão bem retratada por Hans Thieme. O historiador do direito, escreveu Thieme, é tido frequentemente entre os juristas como um bom historiador e entre os historiadores como um bom jurista. Representa a figura do sujeito errante que arrosta a carga do caminheiro fronteiriço. Incómodo aos historiadores pela sua mentalidade jurídica. Motivo de alvoroço para os estudiosos do direito pela sua vocação de retroagir historicamente o estado das questões.

Frente à ineliminável historicidade do direito, não se pode recusar a devida atenção ao modo histórico de pensar o direito e às diferentes formas como a história o foi pensando. O direito não irrompe por actos solitários de génio, nem desaparece, fugidamente, na noite do acaso. Insere-se sempre num certo contexto histórico constituinte e reconstituente. A própria natureza do direito reclama que se entenda vinculado à existência cultural e histórica do homem.

Evidentemente que a historicidade do direito não vive sufocada sob o império do passado e não se afere apenas pelas objectivações histórico-culturais. Na lição expressiva de Castanheira Neves, não seria legítimo esquecer que «também o presente faz história, ou que da mesma forma que o presente, em que somos, recebe por herança um passado, também ele faz passado para o futuro, e fá-lo na medida, precisamente, em que transcende as objectivações já realizadas e institui novos sentidos – aqueles sentidos que virão a ser em seguida a sua herança espiritual».

Cumpramos reconhecer que a história do direito encerra préstimos valiosos na compreensão da essência histórica do direito, cuja intenção normativa se realiza historicamente. Um autor como Mitteis não hesitou em atribuir à história do direito um valor vital (*Lebenswert*).

À história do direito está reservada, por excelência, a missão de demonstrar que o direito que vivemos em cada época nunca constitui obra definitiva. Ganha assim um distanciamento em relação à norma que lhe permite assumir

um princípio de reflexão crítica e problemática. Da história do direito recebe-se sempre uma preciosa dotação que incentiva a um trabalho de constante repensamento, enquanto as disciplinas que no direito positivo fazem exclusiva profissão de fé tendem, muito naturalmente, a engolfar o jurista no estreito horizonte da ordem jurídica vigente, em busca de um perdurável *ius certum*.

A torrente da história argamassa sucessivas camadas de aluviões jurídicos, cujo parentesco se desenha em relações flutuantes, porque, em direito, as coisas são historicamente fluidas. O tempo corrói as certezas que os simples exegetas da lei perseguem com afã. Mesmo as cadeiras de pendor mais dogmático que a elas se afeiçoam não podem ignorar a história, na medida em que a interpretação da norma pulsa ainda com um relevante momento de apelo à *ratio* histórica, seja qual for a posição assumida em matéria de actividade hermenêutica.

A história jurídica não pode ficar exclusivamente absorvida pelo direito que alcançou o ser em veste dogmática. Considerações de carácter ético, político ou económico não são assunto de juristas enquanto tais, escreveu ousadamente um vulto da envergadura de Windscheid. A evolução das instituições jurídicas corria num leito próprio e obedecia a impulsos autónomos. Perfilava-se, pois, um reduzido ângulo de visão que não ia além de uma dogmática histórica ou de uma história dogmática.

Do exacerbamento dogmático oriundo da pandectística resultou a desvinculação do direito de outro género de considerações que não as estritamente técnico-jurídicas. Se o direito constituía um sistema fechado e coerente de instituições e de normas que permanecia sobranceiro à realidade social das relações da vida por ele disciplinadas, a fractura entre história e história jurídica impunha-se a todas as luzes. Todavia, o direito não sofre de quietismo. Pelo contrário, regista sempre um movimento, por mais suave ou encoberto que se apresente. Só que contemplar em si mesmo o pulsar que o anima sob o prisma de uma solitária mutação institucional implicava abrir caminho à rendição do panorama histórico em favor de uma fenomenologia naturalística.

Não se julgava alheio ao verdadeiro jurista o sentimento do carácter orgânico do direito. Induzia a conceber o progresso das instituições jurídicas submetido à lei de um aperfeiçoamento gradual e incessante das normas que as enlaçavam. Avulta aqui a ideia de impermeabilidade do direito. O característico do olhar de Bonfante encontra-se na índole orgânica de uma evolução que, bem vistas as coisas, resultava de um desenvolvimento das partes singulares coligadas num sistema. Como um todo articulado e senhor de vida própria, conservava um fôlego de continuidade que o indivíduo desconhecia.

À falta de consciência metodológica atribuíam Bonfante a culpa pela invasão de profanos que se intrometiam, com apreciável ligeireza, nos domínios coutados do direito e da história do direito. Mas penetrar no espírito do *ius* representava uma empresa lenta de fadigosa educação psicológica, quase artística. Ora, os intelectuais sem criação jurídica trespassavam quaisquer barreiras que se lhes colocassem à sua livre abordagem.

A ciência do direito não podia constituir senão obra da persistência dos juristas. A estrutura das instituições não podia ser apreendida senão pelos juristas, a quem sempre se reclamaria, através do prisma orgânico, um exame atento às origens do direito e, em qualquer caso, uma valoração científica do seu refinamento histórico. Um só instituto investigado com tal critério oferecia seguramente melhor préstimo à ciência do direito do que um imenso território explorado por inexpertos à superfície.

Um modo de superar areias movediças estará em erguer a história do direito até um cume, onde conseguisse avistar a realidade jurídica na sua autêntica integralidade. Uma visão que não coincide com as leis ou com as regras jurídicas. No meu conceito, o que seguramente a história do direito não pode ser é um enterrar de normas mortas para viver delas.

A perspectiva histórica de um ordenamento jurídico não julgo que consinta um voto em abordagens isolacionistas absolutas, extirpando inelimináveis condicionamentos que não pertençam à esfera do direito. Digamos que uma concepção insular do direito na história não colhe os nossos favores. Esboça-se sempre um certo concerto histórico, mais ou menos concertado e até em

aspectos aparentemente desconcertantes, entre o mundo do direito e o universo que o rodeia.

Já na linha romanista, não raro atreita aos puros enfoques dogmáticos, desde cedo se surpreendera a necessidade de atender ao arranjo genésico que prende o que era direito àquilo que não o era. Tome-se a lição de Ortega y Gasset que, ganho pelas ideias de Ihering e de Schulz, proclamava a conveniência de se elaborar uma «teoría de los complementos extralegales que la ley necesita», de uma «teoría de los complementos existentes en los senos profundos y ultrajurídicos de la sociedad». Importava, na verdade, expor de um modo ordenado as forças, as virtudes ou os valores que, influenciando sobre a norma jurídica, não se confundem com ela, até ao ponto em que entretecessem uma só ordem. Através da união que congregou o jurídico e o ético, isso mesmo terá acontecido na época do direito romano-cristão. Com enorme sabedoria, Juan Iglesias, sublinha, pois, que «genética y funcionalmente, el Derecho está ligado con lo que no es propiamente Derecho».

As instituições e os homens devem ser compreendidos à luz da história. Há mil fios que enlaçam o direito, em cada época, ao universo cultural humano. Constituiria uma insuportável leviandade ignorar os factos que alcançaram pronunciada influência sobre o movimento do direito, pois, a não acontecer assim, o jurista ficava privado de perceber com clareza a correlação do direito com o mundo real, em que aquele encontra a sua justificação e condições de possibilidade. De forma precursora no sufrágio do entendimento apontado, destacou-se, entre nós, Artur Montenegro. A despeito de declarar proeminente a importância do estudo histórico do direito romano, não condenava em absoluto o método exegético, uma vez que este representaria sempre um grande educador do espírito dos juristas. Inclinações exclusivistas de todo mereciam um definitivo banimento. É que «nem a história pôde dispensar a justa interpretação dos textos, nem a exegese os elementos que a história lhe oferece».

Aliás, sondar compreensivamente o quadro normativo de uma ordem jurídica exige que se devote uma especial atenção aos seus condicionamentos. Isso equivale, na sentença lapidar de Coing, a «compreender esse ordenamento

como solução de um problema de ordenação da sua própria época». Não admira, por conseguinte, que Coing insistisse em que «só a partir desses condicionamentos pode o historiador conhecer bem os problemas a que o ordenamento jurídico por ele investigado tenta dar respostas». Não se recusa que aos grandes problemas de organização social se tem dado um relevo muito diferente consoante o palco que se lhes oferece e as peculiaridades que encerram. A importância do tema avultará naturalmente se o estudioso se empenhar na destrição entre os problemas de um ordenamento jurídico que uma época definida testificou como novos e para os quais esgrimiou soluções jurídicas inovadoras, e aqueles outros que o tempo amareleceu e em cuja resolução o direito de há muito descansara, através de regras persistentemente consagradas. Raros foram os períodos convulsivos em que se tentou levar à arena da história o espectáculo do desmembramento total do corpo normativo da sociedade.

Também Schultz, ao entender que na formação do direito se instilam sentimentos económicos e políticos não menos do que concepções de costume e de moralidade, fizera ressaltar o concerto genético e funcional que ligava a ordem jurídica à ordem social não jurídica. Precisamente, notava existirem obrigações extrajurídicas de enorme significado no mundo romano. Entrevia, pois, o ilustre autor que se reconsiderasse o direito histórico de um modo ampliado.

Orça pelo mesmo vulto de sombra larga a perspectiva adoptada por Riccardo Orestano, a qual, acrescenta-se desde já, recebeu entre nós, pela mão pioneira de Ruy de Albuquerque, um acolhimento caloroso. Para Orestano, a impostação mais frutuosa era aquela que via o estudo histórico do direito como estudo da experiência jurídica em toda a riquíssima pluralidade. Não só constituía um terreno de encontro de orientações teóricas que convergiam e irradiavam em múltiplas direcções, mas, acima de tudo, representava o único modo de encarar o direito sem amputação alguma da sua fenomenologia e das suas concretas manifestações. Tornava-se forçoso não desprezar quaisquer factores que influíssem no curso do direito, de molde a atingir um conhecimento integral da acção humana que animava a experiência jurídica. Com esta, na sua inteireza e complexidade, se identificava o direito, bem longe

de uma visão empedernidamente unilateral que o reduzisse a um *quid* abstracto, isolado e desprendido do pulsar da actividade humana.

A história do direito está longe de se cingir aos momentos de conceitualização e de sistematização. Nada do que fosse susceptível de se reconduzir ao panorama integral e omnicomprensivo da experiência jurídica se deve afastar por inútil ou ocioso. Não raro, apontamentos deslassados, saídos de um turbilhão fragmentário e caótico de factos e de ideias, ajudam a reconstituir a atmosfera de uma época. Adquirem valor e significado para o tal universo da experiência jurídica, com a mesma sorte, na bonita imagem de Orestano, daquelas pequenas pedras de um grande mosaico em via de execução que só pouco a pouco revelam o desenho de conjunto e apenas integradas no todo conquistam uma função unitária.

Há uma irrecusável coerência global em cada época. Daí o nosso voto para o bem fundado das posições que intentam à porfia compreender o direito mediante o seu todo historicamente integrante. Como de modo esclarecido salientou Castanheira Neves, «sendo esse todo uma síntese histórica, através do mesmo todo e da sua unidade se reconhecerá a correlativa coerência da pluralidade dos elementos, ou dimensões que o constituem — uns tornam compreensíveis os outros e são compreensíveis por esses outros. Coerência integrante que nos permitirá mesmo falar aqui de necessidade histórica: cada um dos elementos encontra a sua necessidade (a sua compreensão-explicação) nos outros».

Da janela larga do historiador contempla-se o mundo que envolve o direito. Todavia, o vasto panorama que desfruta será igualmente valioso? De modo algum. O maior escolho que o historiador do direito enfrenta tem origem no magno problema da demarcação das conexões relevantes. Helmut Coing, engenhosamente, distingue entre o método da concatenação global («*globale Verknüpfung*»), em que as soluções inscritas num ordenamento jurídico se devem enlaçar globalmente com os outros elementos essenciais da correspondente cultura, e o método da concatenação especial («*spezielle Verknüpfung*»), em que, ao invés, se perspectiva o estudo das normas e instituições jurídicas em relação especial com determinados fenómenos extrajurídicos e não pelo prisma da lente globalizante.

Apreciemos ambos os métodos. O primeiro presta-se à sinuosa intromissão de preconceitos categoriais dilectos do próprio historiador. É Coing quem logo o reconhece. A tamanho risco furta-se o segundo método, na medida em que estabelece apenas um elo relacional de uma norma especial com um determinado elemento da cultura. De molde a construir essa ponte, com segurança, deve partir-se, segundo Coing, do tratamento hermenêutico dos textos que versam sobre a questão em análise. No entanto, esta orientação, sem dúvida tendencialmente correcta, sucumbe quando não se acham amarras benévolas nas fontes, o que inviabiliza a concatenação especial e afasta o estabelecimento de um quadro de conexões escolhidas com mestria certa.

A desventura acabada de assinalar obriga então a uma correcção de rota. Devolve o investigador para a cortina, demasiado genérica e não raro bem pouco transparente, da concatenação global. O método oposto, o da concatenação especial, apresenta uma precisão mais cirúrgica, mas disso mesmo se ressent, pois, como acentuou Ruy de Albuquerque, «não abarca os fenómenos de grande amplitude». Não há aqui lugar a adesões absolutas. Se, em certas circunstâncias, o método de concatenação global conserva algum préstimo, também o da concatenação especial não afiança todos os créditos.

Evidentemente que, de preferência, as conexões devem ser lineamentos relacionais de risco preciso. Os fenómenos não transportam consigo quaisquer etiquetas identificadoras e muito menos remissivas para os liames a relevar. Arrancando às vezes do puro acicate da intuição, há sempre depois um trabalho de lucidez intelectual que, no exame tumultuário da realidade das coisas, discrimina um facto como jurídico.

Força é reconhecer que somos nós, e só nós, que predicamos certos e determinados fenómenos, rendidos às propriedades estruturais e funcionais neles descobertas. Ora, se pertence ao ius-historiador ajuizar um facto como jurídico, predicando-o, também lhe incumbe urdir a teia de ideias relacionais que melhor o possam iluminar na floresta escura das aparências. Uma tarefa que reclamará uma sagaz atitude discernente que transforme o liame insignificativo em fundamento claro e distinto. E essa cadeia de relações tidas por inequívocas não se restabelece senão através de um processo

interpretativo, cuja estrela polar não pode deixar de residir no talento sensato que uma formação profundamente jurídica e solidamente histórica irradia.

O labor ideativo de índole jurídica torna-se, pois, decisivo na afirmação da singularidade do direito enquanto fenómeno cultural. Bem o fez ressaír Castanheira Neves, ao sublinhar que o «contexto histórico integrante permite, e impõe, uma compreensão historicamente global do jurídico, mas não poderá anular o específico constituinte com que o jurídico contribuiu também para a formação desse todo constituído do contexto integrante. A história jurídica é a história desse específico neste todo».

No direito, porventura de forma mais acentuada do que em outras esferas da actividade humana, o passado e o presente reflectem em larga medida a mesma coisa. É a característica persistência do direito que, sem negar a sua historicidade ou evolução, a reduz, porém, a justos limites. A significar que, no fundo, estamos perante um entendimento do direito como objecto de uma historicidade tão peculiar que, espantosamente, se individualiza pela ideia de persistência.

O direito, por natureza, aspira à continuidade, oferecendo uma superior resistência a mudanças que o desfigurem. De modo perseverante, em todos os ordenamentos jurídicos, subsistem núcleos permanentes que teimam em durar. Apenas o acessório se sacrifica em convulsões. Haverá sempre algo de tenazmente intemporal na temporalidade histórica do direito, como que a lembrar uma réstia de tempo divino que convergia normativamente no presente.

Rui Manuel de Figueiredo Marcos