

PERÍODO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DO DIREITO PORTUGUÊS

FORAIS: Uma carta de privilégio concedida por alguém onde se estipulavam direitos e deveres de uma determinada população. Onde se incluíam taxas, impostos e normas ou códigos que regiam a vida privada.

Fontes do direito português anteriores à segunda metade do século XIII

a) Fontes de direito do Reino de Leão que se mantiveram em vigor

III – Forais de terras portuguesas anteriores à independência.

Páginas 187 – Também continuaram a ter plena eficácia, depois da fundação da nacionalidade, forais do século XI e dos começos do século XII. Os monarcas leoneses, na verdade, outorgaram um número apreciável desse tipo de fontes de direito local cuja a força vinculativa se conservou após as respectivas localidades se transformarem em território português.

Exemplifica-se com os forais de S. João da Pesqueira, Penela, Paredes, Linhares, Anciães e Santarém. Alguns deles receberam confirmação dos nossos reis. Há igualmente forais de D. Henrique e D. Teresa, como os de Guimarães, Azurara da Beira, Tentúgal e Coimbra. E ainda outros da iniciativa de entidades eclesiásticas ou de senhores leigos.

b) Fontes de direito posteriores à fundação da nacionalidade (não foram herdadas – são fontes tipicamente portuguesas);

II – Forais;

Página 193 – Compensando a escassez das leis gerais, são abundantes nesta época as fontes de direito local. Durante os primeiros reinados, sobretudo, concederam-se muitos forais e cartas de povoação.

As preocupações de conquista e de povoamento das terras, que, em última análise, se reconduziam às de defesa contra as investidas sarracenas e as ameaças de absorção leonesa, determinaram a necessidade de conceder cartas de povoação e forais. Estes constituem, sem dúvida, até Afonso III (1248/1279), uma das mais importantes fontes de direito português.

Como estamos a ocupar-nos do período delimitado pelos meados do século XIII, não pertence referir os *costumes* ou *foros*. Trata-se de outra valiosa fonte de direito local, distinta dos forais, que, entre nós, surge apenas no ciclo imediato.

PERÍODO DO DIREITO PORTUGUÊS DE INSPIRAÇÃO ROMANO-CANÓNICA

Fontes de direito português desde os meados do século XIII até às ordenações Afonsinas

IV – Forais e foros ou costumes

Página 260 – A importância dos forais manteve-se. Ainda se conhecem bastantes de D. Afonso III (1248/1279) e de D. Dinis (1279/1325). Em todo o caso, a partir de D. Afonso IV (1325/1357), praticamente, deixaram de outorgar-se novos forais.

Assume, nesta época, grande relevo uma outra fonte de direito local: os *foros* ou *costumes*.

Reforma dos forais; (Séculos XV/XVI): *Lei Geral de todas as vilas e aldeias de Portugal. Os forais perdem influência, passando a meros cadernos fiscais.*

Página 318: Não terminaremos a análise das fontes de direito deste período sem uma referência à reforma dos forais. Estes tinham constituído uma importante fonte de direito local, mas, entretanto, com o decurso do tempo, foram-se desactualizando. Uma parte do seu conteúdo encontrava-se revogada pela legislação geral, designadamente os preceitos respeitantes à administração, ao direito e ao processo civil e ao direito penal. Mesmo quanto às normas ainda vigentes, relativas aos encargos e isenções tributárias, era manifesto o seu carácter obsoleto: por um lado, referiam-se a pesos, medidas e moedas em desuso; por outro lado, as providências estabelecidas com vista à actualização das prestações, mercê da sucessiva desvalorização monetária, a cada passo originavam incertezas e arbitrariedades. Muitos deles, além disso, apresentavam-se num grande estado de deterioração ou não ofereciam garantias de inteira autenticidade.

Em resumo, o progressivo robustecimento do poder do rei e a uniformização jurídica, alcançada através da legislação geral, iam determinando o declínio das instituições concelhias, bem nítido ao longo do século XV. Daí que os forais perdessem o seu alcance anterior e se transformassem em meros registos dos tributos dos municípios. Simplesmente, numerosas cartas estavam cheias de deturpações ou apenas obscurecidas pelo rodar dos anos.

Nas Cortes de 1472/1473, iniciadas em Coimbra e concluídas em Évora, os procuradores dos concelhos alegaram as deficiências dos forais, solicitando a D. Afonso V a sua reforma, para se pôr cobro às opressões de que os povos eram vítimas. Idêntico pedido se formulou nas Cortes de Évora e Viana do Alentejo, que decorreram em 1481/1482, logo nos começos do reinado de D. João II.

Como resposta, este último monarca deu conta da decisão que já tomara em tal sentido. E, de facto, por Carta Régia de 15 de Dezembro de 1481, determinou-se o envio à Corte de todos os forais, a fim de se proceder à respectiva reforma, sob pena de perderem a validade.

Dado que a obra não se encontrava efectuada quando D. Manuel I subiu ao trono, voltaram os munícipes a solicitar essa revisão, agora nas Cortes de Montemor-o-Novo, de 1495. Para que a tarefa fosse levada a cabo, impôs o rei, em 1497, a remessa à Corte dos forais ainda não entregues, ao mesmo tempo que nomeou uma comissão de revisão composta por Rui Boto, João Façanha e Fernão de Fina. Admite-se, também, a colaboração de Rui da Grã.

De qualquer modo, a reforma ficou concluída em 1520. Surgem, assim, os *forais novos ou manuelinos*, por contraposição aos *forais velhos*, que eram os anteriores. Quanto ao conteúdo, recorde-se que os novos forais se limitaram a regular os encargos e tributos devidos pelos concelhos ao rei e aos donatários das terras. Havia-se encerrado a sua carreira como estatutos político-concelhios.

PERÍODO DA FORMAÇÃO DO DIREITO PORTUGUÊS MODERNO

Período Da Formação Do Direito Português

Extinção dos forais

Página 447 – Apurou-se como os forais vieram perdendo a sua importância enquanto fontes do direito local. De estatutos político-concelhios transformaram-se em meros registos dos encargos e isenções municipais. A reforma empreendida por D. Manuel I consumou esta evolução.

Entretanto, tais contribuições não raro começaram a ser consideradas um peso demasiado gravoso para os povos. Já Mello Freire, nas Provas do seu projecto de Código de Direito Público reconhecia a urgência da substituição dos forais manuelinos, e que essa obra se apresentava "tão necessária, como o Código mesmo".

Era, afinal, um tradicionalista que passava a palavra aos adeptos dos novos ideais político-económicos do Liberalismo, cujos avanços ou retrocessos, no plano legislativo, viriam a traduzir as vicissitudes da controvérsia e da luta que envolveram o País. Assim nasceu a questão dos forais. Referem-se apenas e muito sucintamente os passos mais salientes da reforma.

Em Carta Régia de 7 de Março de 1810, enviada do Rio de Janeiro, dá-se conta de que fora ordenado aos governadores do Reino que se ocupassem dos meios "com que poderão minorar-se ou suprimir-se os forais, que são em algumas partes do Reino de um peso intolerável". Volvido cerca de um ano, no dia 12 de Março de 1811, a Regência, pela mesa do Desembargo do Paço, manda expedir ordens para que os corregedores das comarcas averiguem esses gravames dos forais. Segue-se a Portaria de 17 de Outubro de 1812, em que os governadores do Reino criam uma Comissão para Exame dos Forais e Melhoramentos da Agricultura. Através do Alvará com força de Lei de 11 de Abril de 1815, ainda remetido do Rio de Janeiro, o Príncipe Regente renova o propósito, agora a pretexto dos estragos feitos pela guerra, de revisão e exame dos "inconvenientes que da antiga legislação dos forais provinham ao bem e aumento da agricultura".

Porém, só depois da Revolução de 1820 o problema é efectivamente resolvido. Como providência das Cortes Constituintes, o Decreto de 3 de Junho de 1822, promulgado a 5 desse mês, determina a chamada *redução dos forais*: fixam-se em metade as pensões e os *foros* estabelecidos, convertendo-se as rações ou quotas incertas, assim reduzidas, em prestações certas e remíveis; extinguem-se as ltuosas e demais encargos extraordinários; limitam-se os laudémios à quarentena; e admite-se a prescrição do direito às prestações, ou a parte delas, quando não reclamadas por tempo superior a trinta anos.

As contingências da luta política viriam, no entanto, a determinar um retrocesso, decorrido escasso biénio. O Alvará com força de Lei de 5 de Junho de 1824 restituiu provisoriamente os forais ao estado anterior às modificações introduzidas pelas Cortes dissolvidas, até à reforma dos mesmos que fora prometida pela Carta Régia de 7 de Março de 1810. Todavia, manteve-se a supressão dos direitos banais, que resultara de Carta de Lei de 5 de Abril de 1821.

Um Decreto de 5 de Junho de 1824, portanto da mesma data do referido alvará, criou uma Junta para Reforma dos Forais. Mas logo outro Decreto de 1 de Fevereiro de 1825 a substituiria pela Junta das Confirmações Gerais.

Expressão acabada do espírito renovador constitui o Decreto de 13 de Agosto de 1832, de Mouzinho da Silveira. Traduz o programa liberal a respeito da propriedade. Nele se eliminam os foros, censos e toda a qualidade de prestações, sobre bens nacionais ou provenientes da Coroa, impostos por foral ou contrato enfiteútico. A aplicação deste diploma, que acabava radicalmente com os forais, levantou dúvidas e suscitou críticas apaixonadas, como a do erudito João Pedro Ribeiro.

No entanto, a marcha legislativa continuaria, merecendo destaque a Carta de Lei de 22 de Junho de 1846, onde foram "confirmadas, declaradas, ampliadas ou revogadas" as disposições da reforma de Mouzinho da Silveira. Operava-se a abolição definitiva dos direitos foraleiros. Seguiu-se a publicação do Regulamento de 11 de Agosto de 1847, contendo as normas a observar na conversão e redução dos foros, censos e pensões.

PERÍODO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DO DIREITO PORTUGUÊS

Fontes de direito posteriores à fundação da nacionalidade (não foram herdadas – são fontes tipicamente portuguesas);

III – **CONCÓRDIAS E CONCORDATAS:** Concórdias eram normas saídas de reuniões com a presença do Estado da Igreja. Para estabelecer normas de interesse comum. Mas não representados aos seus máximos representantes. Quando estavam os mais altos representantes eram as Concordatas.

Página 194 – Consistiam as concórdias e as concordatas em acordos efectuados entre o rei e as autoridades eclesiásticas, comprometendo-se, reciprocamente, a reconhecer direitos e obrigações relativos ao Estado e à Igreja. Não raro esses acordos resultavam de respostas aos agravamentos proferidos em Cortes pelos representantes do clero. Outras vezes, derivavam de negociações do rei com as autoridades eclesiásticas, apenas nacionais ou intervindo o Papa. Neste último caso, utilizava-se frequentemente a designação de concordatas, que se mantém na actualidade. Os primeiros de tais convénios que se conhecem recuam os reinados de Sancho I (1185/1211), Afonso II (1211/1223) e Sancho II (1223/1247). No período imediato haveriam de incrementar-se.

PERÍODO DO DIREITO PORTUGUÊS DE INSPIRAÇÃO ROMANO-CANÓNICA

Fontes de direito português desde os meados do século XIII até às ordenações Afonsinas

V – Concórdias e concordatas

Página 263 – Já se esclareceu em que consistiam estas fontes de direito. Resta salientar que sempre persistiram múltiplos diferendos, entre o clero e a realeza, após a subida ao trono de D. Afonso III. Daí que aumentassem os acordos que lhes punham termo, quer celebrados com as autoridades eclesiásticas do Reino, quer directamente com o Papado.

Um ponto de atrito era o beneplácito régio, que se reconduzia à exigência de ratificação das determinações da Igreja, *maxime* pontifícias, respeitantes ao nosso país. Mas o instituto conservar-se-ia, apenas com uma abolição temporária de D. João II.

PERÍODO DO DIREITO PORTUGUÊS DE INSPIRAÇÃO ROMANO-CANÓNICA

ORDENAÇÕES FILIPINAS

a) Elaboração

A Colecção das Leis Extravagantes não passou de uma simples obra intercalar. Impunha-se uma reforma profunda das Ordenações Manuelinas, cada vez mais urgente. Até porque estas não realizaram a transformação jurídica que o seu tempo reclamava.

Portanto, a elaboração de novas Ordenações constituiu um facto natural de Filipe I, em cujo reinado, aliás, se tomaram outras providências relevantes na esfera do direito. Recordemos a substituição da Casa do Cível, que funcionava em Lisboa, pela Relação do Porto, a que o mesmo monarca concedeu regimento, e a entrada em vigor de uma lei de reforma da justiça.

Tem-se mencionado um possível aproveitamento político da urgência de coordenação e modernização do corpo legislativo. O ensejo permitiria a Filipe I demonstrar pleno respeito pelas instituições portuguesas e empenho em actualizá-las dentro da tradição jurídica do País.

Os trabalhos preparatórios da compilação filipina foram iniciados, segundo pode conjecturar-se, entre 1583 e 1585. Também existem dúvidas sobre os juristas intervenientes: apontam-se, como certos, Jorge de Cabedo, Afonso Vaz Tenreiro e Duarte Nunes do Lião; talvez, no entanto, outros tenham colaborado.

As novas Ordenações ficaram concluídas em 1595 e receberam aprovação por Lei de 5 de Junho desse mesmo ano, mas que não chegou a produzir efeito. Só no reinado de Filipe II, através

da Lei de 11 de Janeiro de 1603, iniciaram a sua vigência – a mais duradoura que um monumento legislativo conseguiu em Portugal.

b) Sistematização e conteúdo. Legislação revogada (mantém-se idêntico ao anterior)

As Ordenações Filipinas continuam o sistema tradicional de cinco livros, subdivididos em títulos e parágrafos. Do mesmo modo, não se verificaram diferenças fundamentais quanto ao conteúdo dos vários livros.

É patente que se procurou realizar uma pura revisão actualizadora das Ordenações Manuelinas. A existência de normas de inspiração castelhana, como algumas derivadas das Leis de Toro, não retira o típico carácter português das Ordenações Filipinas. Apenas se procedeu, via de regra, à reunião, num único corpo legislativo, dos dispositivos manuelinos e dos muitos preceitos subsequentes que se mantinham em vigor.

Introduziram-se, contudo, certas alterações. Merece destaque um aspecto respeitante ao direito subsidiário. Nenhuma modificação intrínseca se produziu nos critérios de preenchimento das lacunas da lei consagradas pelas Ordenações Manuelinas. Todavia, a matéria que, tanto nessas como nas Ordenações Afonsinas, se encontrava regulada no livro II, passa agora para o livro III, relativo ao processo. Tal mudança revela uma perspectiva bem diversa do problema do preenchimento das lacunas.

Ao lado de algumas modificações sistemáticas, detectam-se outras de conteúdo, muito relevantes. Por exemplo, é nas Ordenações Filipinas que, pela primeira vez, se inclui um conjunto de preceitos sobre o direito da nacionalidade. De acordo com as normas aí estabelecidas, os naturais do Reino não se determinam mediante a aplicação de um só dos critérios a que tradicionalmente se recorre – o princípio do sangue ("ius sanguinis") e o princípio do território, Cius soli") –, mas através da conjugação de ambos, porventura, com predomínio do segundo.

O diploma de aprovação das Ordenações Filipinas declarou revogadas todas as normas legais não incluídas na compilação, apenas com ressalva das transcritas em livro conservado na Casa da Suplicação, das Ordenações da Fazenda e dos Artigos das Sisas. Porém, muitos outros preceitos continuaram a receber aplicação prática.

c) Confirmação por D João IV

Sobreviveram as Ordenações Filipinas à Revolução de 1640.

Nesse próprio ano, D. João IV sancionou genericamente toda a legislação promulgada durante o governo castelhano.

Em Lei de 29 de Janeiro de 1643, procedeu-se à expressa confirmação e revalidação das Ordenações. Nesse mesmo diploma, o monarca manifestou o desígnio de determinar a sua reforma, como era vontade das Cortes. O que, porém, não se concretizaria.

d) Os "fillipismos"

Observou-se que os compiladores filipinos tiveram, sobre tudo, a preocupação de rever e coordenar o direito vigente, reduzindo-se ao mínimo as inovações. Não seria estranha a esta atitude a já referida disposição política do próprio monarca.

Intentou-se uma simples actualização das Ordenações Manuelinas. Só que o trabalho não foi realizado mediante uma reformulação adequada dos vários preceitos, mas apenas aditando o novo ao antigo. Daí subsistirem normas revogadas ou caídas em desuso, verificarem-se frequentes

faltas de clareza e, até, contradições resultantes da inclusão de disposições opostas a outras que não se eliminaram.

A ausência de originalidade e os restantes defeitos mencionados receberam, pelos fins do século XVIII, a designação de "fillipismos". E o termo ficou. Essas imperfeições revelam-se de difícil explicação fora da ideia de um respeito propositado pelo texto manuelino. Não se estaria em época marcante da nossa cultura jurídica. Contudo, bastará recordar os juristas que, seguramente, participaram nos trabalhos preparatórios para admitirmos a sua capacidade de realização de obra isenta, ao menos, de alguns dos graves inconvenientes assinalados.

e) Edição

As Ordenações Filipinas tiveram múltiplas edições. O que não admira, mercê da longa vigência, já assinalada, que conheceram em Portugal e no Brasil.

A primeira edição das Ordenações Filipinas saiu da oficina de Pedro Craesbeeck, em Lisboa, com a data de 1603. Houve ainda outras, antes de o privilégio da impressão das Ordenações passar à Universidade de Coimbra, nos finais de 1773. A última destas, a chamada "Edição Vicentina", por antonomásia, é do tempo de D. João V e distingue-se uma apresentação mais aparatosa, embora, pelo formato, a sua consulta se torne incómoda. Seguiram-se diversas impressões conimbricenses, de 1789 a 1865.

Destaca-se a edição dada à estampa no Brasil, em 1870, por iniciativa de Cândido Mendes de Almeida. Este eminente jurista informa ter consultado todas as edições anteriores, fixando o texto de acordo com a primeira edição, de 1603, e a nona, de 1824. No conjunto, trata-se da décima quarta tiragem das Ordenações Filipinas, mas foi a primeira impressa no Brasil, numa data em que se encontravam, entre nós, completamente revogadas.

Esta edição, que assegura a fidedignidade do texto, oferece a vantagem de os vários preceitos serem acompanhados de anotações, com notas filológicas, históricas e exegéticas, indicação das fontes, referências aos diplomas, portugueses e brasileiros, que até então os modificaram ou revogaram, ao lado de remissões doutrinárias e de jurisprudência. Em aditamento, transcreve-se a legislação respeitante aos temas disciplinados nos diversos títulos. É, sem dúvida, a edição mais útil à investigação, posto que, dobrados consideráveis anos sobre a sua elaboração, muitas das opiniões histórico-jurídicas de Cândido Mendes se mostrem superadas, designadamente a exposição preambular que desenvolve a respeito da evolução do direito português, marcada pelo cunho metodológico da época.

PERÍODO DO DIREITO PORTUGUÊS DE INSPIRAÇÃO ROMANO-CANÓNICA

Estilos da Corte. O costume

a) Estilos da Corte

As Ordenações indicam, como fontes do direito nacional, ao lado da lei, os estilos da Corte e o costume. Ora, os civilistas e os canonistas discutiram a diferença entre costume ("consuetudo") e estilo ("stylus"). Nunca se chegou a uma doutrina unânime.

Existia o traço comum de ambos representarem fontes de natureza não legislativa, pois alicerçavam-se no uso. Subsistiam, contudo, discrepâncias quanto ao critério distintivo.

Para certos autores, o costume resultava da conduta da colectividade, ao passo que o estilo seria introduzido pela prática de entidades públicas, em especial de órgãos judiciais. Segundo outra corrente, que se baseava na matéria disciplinada, os estilos circunscreviam-se aos

aspectos de processo (praxe de julgar), deles se autonomizando os costumes, em sentido próprio, de direito substantivo, que pudessem surgir no âmbito do tribunal (conteúdo da decisão).

Entre nós, o conceito de estilo adquiriu o sentido generalizado de jurisprudência uniforme e constante dos tribunais superiores. Quanto aos requisitos a que devia obedecer, também não se encontrava consenso. De acordo com a opinião dominante, exigia-se que:

- 1) Não se apresentasse contrário à lei;
- 2) Tivesse prescrito, quer dizer, possuísse uma antiguidade de dez anos ou mais;
- 3) Fosse introduzido, pelo menos, através de dois actos conformes de tribunal superior.

Alguns autores sustentavam a necessidade de três actos judiciais. Enquanto outros defendiam que só no caso de estilo contrário à lei se impunha prova de prescrição, valendo, conseqüentemente, via de regra, sem este pressuposto.

Um diploma dos começos do século XVII veio ocupar-se da imperatividade dos estilos antigos da Casa da Suplicação. Também nele se preceituou que as respectivas dúvidas e alterações fossem objecto de assentos.

PERÍODO DO DIREITO PORTUGUÊS DE INSPIRAÇÃO ROMANO-CANÓNICA

ORDENAÇÕES AFONSINAS

a) Elaboração e início da vigência

Os elementos essenciais relativos à história das Ordenações Afonsinas constam do prómio do seu livro I. Aí se referem os pedidos insistentes, formulados em Cortes, no sentido de ser elaborada uma colectânea do direito vigente que evitasse as incertezas derivadas da grande dispersão e confusão das normas, com graves prejuízos para a vida jurídica e a administração da justiça.

D. João I atendeu essas representações e encarregou João Mendes, corregedor da Corte, de preparar a obra pretendida. Entretanto, ocorria a morte de D. João I e, pouco depois, a de João Mendes. Por determinação de D. Duarte, a continuação dos trabalhos preparatórios foi confiada ao Doutor Rui Fernandes, outro jurista de méritos firmados, que pertencia ao conselho do rei. Porém, a obra ainda não estava concluída no fim do breve governo de D. Duarte.

Falecido este rei, o Infante D. Pedro, regente na menoridade de D. Afonso V, incitou o compilador a aplicar-se à tarefa. Rui Fernandes viria a considerá-la concluída em 28 de Julho de 1446, na "Villa da Arruda". O projecto foi seguidamente submetido a uma comissão composta pelo mesmo Rui Fernandes e por outros três juristas, o Doutor Lopo Vasques, corregedor da cidade de Lisboa, Luís Martins e Fernão Rodrigues, do desembargo do rei. Após ter recebido alguns retoques, procedeu-se à sua publicação com o título de Ordenações, em nome de D. Afonso V.

Desconhece-se a duração exacta dos trabalhos de revisão. Parece de admitir, todavia, que a aprovação das Ordenações se tenha verificado pelos fins de 1446 ou, mais provavelmente, em 1447, portanto, ainda antes de D. Pedro abandonar a regência, nos começos do ano imediato. Como quer que seja, cabe-lhe a posição de grande impulsor da obra. Já na famosa "Carta de Bruges", dirigida por D. Pedro dessa cidade flamenga – onde permaneceu desde os últimos dias de Dezembro de 1425 até meados de Março de 1426 – a seu irmão D. Duarte, antes da subida ao trono, se salienta a urgência da compilação das leis do Reino.

Afigura-se, sintetizando, que os anos de 1446 e de 1447 foram, presumivelmente, o da entrega do projecto concluído e o da publicação das Ordenações. Mais difícil se mostra a determinação da data da sua entrada em vigor. Deve salientar-se, a este propósito, que não havia na época uma regra prática definida sobre a forma de dar publicidade aos diplomas legais e o início da correspondente vigência n. Além disso, ainda não se utilizava a imprensa, pelo que levaria considerável tempo a tirarem-se as cópias manuscritas, laboriosas e dispendiosas, necessárias à difusão do texto das Ordenações em todo o País, fora da chancelaria régia e dos tribunais superiores. Acresce que se verificavam, como é sabido, grandes desníveis de preparação técnica entre os magistrados e demais intervenientes na vida jurídica dos centros urbanos e das localidades deles afastadas. Talvez caiba, também, levar-se em linha de conta a hostilidade manifestada, após Alfarrobeira (1449), a tudo o que se ligava ao Infante D. Pedro.

Essa efectiva generalização - e a medida em que se realizou constitui outro problema - deve, conseqüentemente, ter-se operado, apenas, depois de dobrada a primeira metade de quatro centos. Facilitava tal difusão o facto de as Ordenações não apresentarem inovações profundas enquanto utilizaram, numa larga escala, fontes anteriores. Realizaram, por assim dizer, uma consolidação do direito precedente, posto que, em muitos aspectos, se observem alterações expressivas.

De qualquer modo, é inexacta a opinião esporádica que levanta a dúvida da própria vigência das Ordenações Afonsinas.

A ampla expansão que alcançaram encontra-se indiciada pelos exemplares, embora truncados ou parciais, que se conhecem.

b) Fontes utilizadas. Técnica legislativa

Com as Ordenações Afonsinas procurou-se, essencialmente, sistematizar e actualizar o direito vigente. Assim, utilizaram-se na sua elaboração as várias espécies de fontes anteriores: leis gerais, resoluções régias, subseqüentes a petições ou dúvidas apresentadas em Cortes ou mesmo fora destas, concórdias, concordatas e bulas, inquirições, costumes gerais e locais, estilos da Corte e dos tribunais superiores, ou seja, jurisprudência, praxes ou costumes aí forma dos; bem como normas extraídas das Siete Partidas e preceitos de direito romano e de direito canónico, designados, respectivamente, por "leis imperiais" ou "direito imperial" e "santos cânones" ou "decretal", encontrando-se também alusões ao "direito comum".

Quanto à técnica legislativa, empregou-se, via de regra, o chamado estilo compilatório. Quer dizer, transcrevem-se, na íntegra, as fontes anteriores, declarando-se depois os termos em que esses preceitos eram confirmados, alterados ou afastados.

Contudo, nem sempre se adoptou esse sistema. Designadamente, em quase todo o livro I, utilizou-se o estilo decretório ou legislativo, que consiste na formulação directa das normas sem referência às suas eventuais fontes precedentes.

Essa diferença de estilo tem sido explicada com a atribuição da autoria do livro I a João Mendes e a dos restantes a Rui Fernandes, ou pelo facto de aquele texto conter matéria original, não contemplada em fontes nacionais anteriores. Trata-se de simples conjecturas, apresentando-se a segunda, porventura, só por si, suficientemente justificativa.

c) Sistematização e conteúdo

Talvez por influência das Decretais de Gregório IX, as Ordenações Afonsinas encontram-se divididas em cinco livros. Cada um dos livros compreende certo número de títulos, com rubricas

indicativas do seu objecto, e estes, frequentemente, acham-se subdivididos em parágrafos. Todos os livros são precedidos de um prómio, que no primeiro se apresenta mais extenso, em consequência de nele se narrar, como já se observou, a história da compilação.

O livro I, que abrange 72 títulos, ocupa-se dos regimentos dos diversos cargos públicos, tanto régios como municipais, compreendendo o governo, a justiça, a fazenda e o exército. Apresenta, portanto, um conteúdo jurídico-administrativo. No livro II, composto por 123 títulos muito heterogêneos, disciplinam-se os bens e privilégios da Igreja, os direitos reais, isto é, os direitos do rei, e a sua cobrança, a jurisdição dos donatários e as prerrogativas nobreza, o estatuto dos Judeus e dos Mouros. Agora, consagram-se providências de natureza política ou constitucional. O livro III, com 128 títulos, trata do processo civil, incluindo o executivo, e nele se regulam extensamente os recursos. Segue-se o livro IV que, ao longo de 112 títulos, se ocupa do direito civil substantivo, designadamente de temas de direito das obrigações, direito das coisas, direito da família e direito das sucessões, embora sem grande ordem sistemática e com a inclusão de alguns temas estranhos ao seu conteúdo básico. Por último, o livro V contém 121 títulos sobre direito e processo criminal.

d) Importância da obra

As Ordenações Afonsinas assumem uma posição destacada na história do direito português. Constituem a síntese do trajecto que desde a fundação da nacionalidade, ou, mais aceleradamente, a partir de Afonso III, afirmou e consolidou a autonomia do sistema jurídico nacional no conjunto peninsular. Além disso, representam o suporte da evolução subsequente do direito português. Como se apreciará, as Ordenações ulteriores, a bem dizer, pouco mais fizeram do que, em momentos sucessivos, actualizar a colectânea afonsina.

Embora não apresente uma estrutura orgânica comparável à dos códigos modernos e se encontre longe de oferecer uma disciplina jurídica tendencialmente completa, trata-se de uma obra muito meritória quando vista na sua época. Nada desmerece em confronto com as compilações semelhantes de outros países, podendo, inclusive, assinalar-se-lhe alguma antecedência.

A publicação das Ordenações Afonsinas liga-se ao fenómeno geral da luta pela centralização. Traduz essa colectânea jurídica uma espécie de equilíbrio das várias tendências ao tempo não perfeitamente definidas, ou seja, uma área intermédia em que ainda podiam encontrar-se. De um outro ângulo, acentua-se a independência do direito próprio do Reino em face do direito comum, subalternizado no posto de fonte subsidiária por mera legitimação da vontade do monarca.

Oferecem as Ordenações Afonsinas à investigação histórica um auxiliar precioso. Sem esse texto, tornar-se-ia difícil conhecer certas instituições, pelo menos de uma maneira tão completa e em aspectos que escapam, frequentemente, nos documentos avulsos da prática.

e) Edição

A codificação afonsina não chegou a ser dada à estampa durante a respectiva vigência. Só nos fins do século XVIII a Universidade de Coimbra promoveu a sua edição impressa. Vivia-se um ciclo de exaltação dos estudos históricos e tinha surgido o ensino universitário da história do direito pátrio.

Foi encarregado desse trabalho Luís Joaquim Correia da Silva, lente substituto da Faculdade de Leis, que antecedeu a publicação de um prefácio valioso. Nele se informa acerca do método seguido para a fixação do texto publicado.

Não se encontrou um único exemplar que reproduzisse os cinco livros. Nem entre os manuscritos conhecidos se achava o original autêntico. Além disso, as várias cópias apresentavam omissões e erros consideráveis. Houve, todavia, a possibilidade de reconstituir com grande segurança o texto integral das Ordenações Afonsinas. Assim surgiu a edição crítica de 1792.

Nunca se pôs verdadeiramente em causa a probidade dessa reconstituição. De qualquer modo, ao pensar-se numa republicação, que sairia em 1984, levantou-se a alternativa de uma nova edição crítica ou da pura reprodução fac-similada do texto de 1792. Pareceu que a opção deveria depender, naturalmente, dos resultados de uma indispensável pesquisa sistemática nos diversos fundos arquivísticos do País, acompanhada de escrupuloso exame e cotejo, à luz dos actuais critérios diplomáticos e paleográficos, de todos os manuscritos disponíveis, em confronto com a reconstituição do século XVIII. Ora, ainda que se afigurasse que a solução cientificamente mais perfeita consistiria em efectuar uma nova edição crítica, muito morosa, sem dúvida, na sua preparação, pensou-se que as deficiências encontradas, porventura relevantes do ponto de vista filológico, não se apresentavam de molde a desincentivar uma acessível reprodução fac-similada.

PERÍODO DO DIREITO PORTUGUÊS DE INSPIRAÇÃO ROMANO-CANÓNICA

ESCOLA DOS COMENTADORES

Página 236 – Durante o século XIV desenvolveu-se uma nova metodologia jurídica. Corresponde à Escola dos Comentadores, assim chamada porque os seus representantes utilizavam o comentário como instrumento de trabalho característico, à semelhança do que ocorreu com os Glosadores a respeito da glosa.

É essa a denominação para que continuamos a propender, embora também outras se justifiquem: as de Escola Escolástica e Escola Bartolista, tendo em atenção, respectivamente, a sua matriz científica, com precedentes nas esferas teológico-filosóficas, e o jurista mais representativo, Bártolo de Sassoferrato; ou, ainda, a de Escola dos Práticos ou dos Consultores ("Konsiliatoren"), que evidencia a acção significativa destes juristas no plano do direito aplicado, através de "consilia". Presta-se a confusões o nome de Escola dos Pós-Glosadores, enquanto tal qualificativo, do mesmo modo, aparece, não raro, atribuído aos Glosadores que escreveram depois da Magna Glosa. Conclui-se, em suma, que nenhuma das designações referidas se mostra indiscutida.

a) Origem e evolução da Escola. Principais representantes

Dois aspectos básicos explicam, de acordo com a perspectiva tradicional, que tenha surgido uma mudança ou, mais rigorosamente, uma evolução do pensamento jurídico. Desde logo, a decadência da Escola dos Glosadores. O seu método típico revelou-se insatisfatório para transformar o sistema romano num direito actualizado, capaz de corresponder às exigências da época.

Aponta-se, além disso, o prestígio e a generalização do método dialéctico ou escolástico. Aplicado com êxito na especulação teológica e filosófica, não admira que se comunicasse ao estudo do direito.

Esta metodologia apresenta especificidades manifestas em relação à anterior. Caracteriza-se, antes de mais, por uma aberta utilização da dialéctica aristotélica no estudo do direito. As

primeiras manifestações recuam à famosa escola francesa de Orléans, pelos fins do século XIII e começos do século XIV, com Jacques de Revigny (1235/1296) e Pierre de Belleperche (1250/1308), mas encontrou o seu pleno desenvolvimento em Itália.

Pode encarar-se a passagem dos Glosadores aos Comentadores sem verdadeira solução de continuidade. Aqueles já se prevaleceram da técnica escolástica. Só que a sua utilização acentuou-se com os Comentadores. Daí resultaram diferenças substanciais de tipo didáctico e relativas ao enfoque das fontes justinianeias. Os novos esquemas de exegese dos textos legais são agora acompanhados de um esforço de sistematização das normas e dos institutos jurídicos muito mais perfeito do que o dos Glosadores. Encara-se a matéria jurídica, predominantemente, de uma perspectiva lógico-sistemática e não, sobretudo, exegética. Para tanto, articulam-se parâmetros filológicos, analíticos e sintéticos.

A atitude dos Comentadores foi de grande pragmatismo. Voltaram-se para uma dogmática dirigida à solução dos problemas concretos. Também os Glosadores tiveram presentes as exigências normativas do seu tempo. No entanto, ao contrário destes, os Comentadores desprenderam-se, progressivamente, da colectânea justinianeia. Quer dizer, em vez de estudarem os próprios textos romanos, aplicaram-se, de preferência, às glosas e, depois, aos comentários sucessivos que sobre elas iam sendo elaborados. Ao lado de tais elementos, socorreram-se de outras fontes, designadamente dos costumes locais, dos direitos estatutários e do direito canónico. Chegaram, assim, à criação de novos institutos e de novos ramos do direito.

A transição entre as duas escolas deu-se através dos pós-acursianos. O período mais criativo dos Comentadores decorre dos começos do século XIV aos meados do século XV. Embora tenha surgido em França, foi na Itália que a nova metodologia encontrou pleno desenvolvimento. A este país pertenceram os Comentadores mais famosos, como, no século XIV, Cino C), Bártolo e Baldo, no século XV, Paulo de Castro e Jasão (1435/1519). Este último já testemunha do período de decadência da Escola.

À frente de todos situou-se Bártolo (1314/1357), quer pela sua extensa produtividade, quer pela influência que exerceu.

Assim como Irnério no século XII e Acúrsio no século XIII, Bártolo é o jurisconsulto que simboliza o século XIV. De tal maneira que se criou o aforismo de que "ninguém é bom jurista se não for bartolista" ("nemo bonus iurista nisi sit bartolista").

Os comentários de Bártolo adquiriram prestígio generalizado. Inclusive, tornaram-se fonte subsidiária no ordenamento jurídico de vários países europeus. Em Portugal, por exemplo, as Ordenações determinaram a sua aplicação supletiva ao lado da Glosa de Acúrsio.

b) Significado da obra dos Comentadores. A "opinião comum"

Como se expôs, os aspectos básicos da metodologia dos Comentadores foram a utilização dos esquemas mentais dialécticos ou escolásticos, o afastamento crescente da estrita letra dos textos justinianeus, interpretados ou superados de maneira desenvolta, a utilização de um sistema heterogéneo de fontes de direito e o acentuado pragmatismo das soluções. Tudo produziu um avanço da ciência jurídica e a sua maior conformidade às exigências práticas da época.

Daí resultaram, consoante também se observou, os alicerces de instituições e disciplinas que não tinham raiz em categorias do direito romano ou que este apenas encarava casuisticamente. Isto se verificou em âmbitos jurídicos relevantes, maxime do direito comercial e marítimo, do direito internacional privado, do direito civil, do direito penal e do direito processual.

Através dos seus comentários, pareceres e monografias, os juristas desta escola criaram uma literatura jurídica cujo prestígio se difundiu pela Europa adiante. Deu-se, numa palavra, mais um passo nítido no caminho que levaria à moderna ciência do direito.

Ao longo da segunda metade do século XV, inicia-se o declínio dos Comentadores. O método escolástico, utilizado por juristas talentosos, tinha sido criativo e permitira descobrir o verdadeiro espírito ("ratio") dos preceitos legais. No entanto, logo que passou a um emprego rotineiro, conduziu à estagnação, à mera repetição de argumentos e de autores.

Esgotaram-se, desde certa altura, as possibilidades potenciais da Escola. As suas primeiras gerações de juristas como que estancaram as virtudes da mudança metodológica realizada para a actualização e sistematização do direito vigente. Seguiu-se o uso abusivo do princípio da autoridade e o excesso de casuismo. Os juristas desta fase de decadência perderam as preocupações de criação original. Limitaram-se, via de regra, a enumerar e citar, a propósito de cada problema, não só todos os argumentos favoráveis e desfavoráveis a determinada solução, mas também a lista dos autores num e noutra sentido.

A "opinião comum" ("communis opinio") ou mesmo a "opinião mais comum" ("magis communis opinio"), assim obtida, era considerada a exacta. Observe-se que as Ordenações Manuelinas atribuíram o alcance de fonte subsidiária à "comum opinião dos doutores", que se sobrepõe à Glosa de Acúrsio e aos Comentários de Bártolo.

Faremos algumas breves considerações sobre o referido conceito. Antes de mais, a de que a expressão "communis opinio" começou por designar o sentimento ou parecer generalizado das pessoas, do vulgo, abrangendo, desde a segunda metade do século XIII, também o parecer dos doutores. Todavia, na primeira metade do século XV, passou a referir-se apenas aos últimos. Assumiu, portanto, o sentido de "communis opinio doctorum", ou seja, de doutrina.

A propósito da formação e da eficácia da "opinião comum dos doutores" levantaram-se controvérsias de relevo, inicialmente abordadas sobretudo pelos canonistas, cujas soluções evoluíram ao longo do tempo. Recordem-se os problemas básicos da sua identificação com a "verdade" ou com a mera "probabilidade", o do número de doutores exigido para a respectiva fixação (critério quantitativo), o da prevalência destes, atendendo à categoria científica (critério qualitativo), o da conjugação das duas orientações numa maioria qualificada (critério misto), o do valor relativo dos diversos tipos de obras e, por último, o da escolha entre várias opiniões merecedoras do qualificativo de "communes opiniones", mas contraditórias.

PERÍODO DA FORMAÇÃO DO DIREITO PORTUGUÊS MODERNO

Reformas pombalinas respeitantes ao direito e à ciência jurídica;

B) A LEI DA BOA RAZÃO

Página 366 – Trata-se da Lei de 18 de Agosto de 1769, inicialmente identificada, como os restantes diplomas da época, pela simples data. Só no século XIX receberia o nome de Lei da Boa Razão. E assim ficou conhecida para futuro. O "crisma" justifica-se, dado o apelo que nos seus preceitos se faz insistentemente à "boa razão" – ou seja, à "recta ratio" jusnaturalista. Representava ela o dogma supremo da actividade interpretativa e integrativa, estivesse cristalizada nos textos romanos, no direito das gentes ou nas obras jurídicas e leis positivas das nações estrangeiras.

O referido diploma prosseguiu objectivos amplos. Visou, não apenas impedir irregularidades em matéria de assentos e quanto à utilização do direito subsidiário, mas também

fixar normas precisas sobre a validade do costume e os elementos a que o intérprete podia recorrer para o preenchimento das lacunas.

Cerca de três anos após, os Estatutos da Universidade esclareceram alguns aspectos da Lei da Boa Razão. Analisemos, em resumo, as várias soluções que a mesma consagrou.

I – Os diferendos submetidos a apreciação dos tribunais deviam ser julgados, antes de tudo, pelas leis pátrias e pelos estilos da Corte. Como se indicou, estes últimos constituíam jurisprudência a observar em casos idênticos n. Determinou-se, todavia, que só valessem quando aprovados através de assentos da Casa da Suplicação. O que significa terem os estilos perdido a eficácia autónoma que antes se lhes reconhecera.

II – Confere-se autoridade exclusiva aos assentos da Casa da Suplicação O, que era o tribunal supremo do Reino. Nesse sentido, declara-se que os assentos das Relações apenas alcançariam valor normativo mediante confirmação daquele tribunal superior. Ficou, assim, perfeitamente esclarecida uma situação muito nociva à certeza da aplicação do direito, que resultava da possibilidade de existirem assentos contraditórios.

III – Também se estatui expressamente sobre o **costume**. Para que valesse como fonte de direito, deveria subordinar-se aos requisitos seguintes:

1) Ser conforme à boa razão;

2) Não contrariar a lei;

3) Ter mais de cem anos de existência. O direito consuetudinário, deste modo, só conservou validade "secundum legem" e "praeter legem", nunca "contra legem". Na ausência dos três requisitos indicados, consideravam-se os costumes "corruptellas, e abusos", cuja alegação e observância em juízo se proibiu, "não obstante todas, e quaisquer disposições, ou opiniões de Doutores, que sejam em contrario".

IV – Quando houvesse casos omissos – quer dizer, faltando direito pátrio, representado pelas fontes imediatas indicadas – caberia então recurso ao direito subsidiário. Mas o direito romano só era aplicável desde que se apresentasse conforme à boa razão, que correspondia, repita-se, à "recta ratio" jusnaturalista.

Com efeito, a expressão boa razão, embora já ocasionalmente utilizada pelas Ordenações no sentido corrente de "razão natural" ou "justa razão", assumia agora um sentido novo. As normas de direito romano apenas se aplicariam quando, caso a caso, se mostrassem concordes com a boa razão. E por boa razão entende o próprio legislador aquela "que consiste nos primitivos Princípios, que contém verdades essenciais, intrínsecas, e inalteráveis, que a ética dos mesmos Romanos havia estabelecido, e que os Direitos Divino, e Natural formalizarão para servirem de regras Moraes, e Civis entre o Christianismo: ou aquela boa razão, que se funda nas outras regras, que de unânime consentimento estabeleceu o Direito das Gentes para a direcção, e governo de todas as Nações Civilizadas (...)".

Numa palavra: apresentar-se conforme à boa razão equivalia a corresponder aos princípios do direito natural ou do direito das gentes. Deste modo, era fonte subsidiária, ao lado do direito romano seleccionado pelo jusracionalismo, o sistema de direito internacional resultante da mesma orientação.

O critério mostrava-se um tanto vago.

Mas, logo em 1772, os Estatutos da Universidade fixaram um conjunto de regras destinadas a aferir – quer no ensino, quer na actividade dos tribunais – a boa razão dos textos romanos. Além dessas regras, aponta-se ao intérprete o critério prático de averiguar qual o "uso moderno" que dos preceitos romanos em causa faziam os jurisconsultos das nações europeias modernas. Daí que o direito romano aplicável subsidiariamente, por força da Lei da Boa Razão, se reconduzisse ao aceito nas obras doutrinárias dos grandes autores da escola do "usus modernus pandectarum", que, assim, adquiriam, entre nós, valor normativo indirecto como fontes supletivas.

V – Se a lacuna dissesse respeito a matérias políticas, económicas, mercantis ou marítimas, determinava-se o recurso directo às leis das "Nações Christãs, illuminadas, e polidas". Neste caso, o direito romano era liminarmente posto de lado, pois entendia-se que, pela sua antiguidade, se revelava de todo inadequado à disciplina de tais domínios, onde enormes progressos se consideravam entretanto alcançados.

VI – A aplicação do direito canónico é relegada para os tribunais eclesiásticos. Aquele deixou de contar-se entre as fontes subsidiárias. Opina o legislador que seria "erro manifesto" admitir que no foro temporal "se pode conhecer dos peccados, que só pertencem privativa, e exclusivamente ao foro interior, e á espiritualidade da Igreja".

VII – Finalmente, também se proibiu que as glosas de Acúrsio e as opiniões de Bártolo fossem alegadas e aplicadas em juízo. A mesma solução estava implícita a respeito da "communis opinio". Para justificar esta providência, aduz o legislador as imperfeições jurídicas atribuídas, tanto à falta de conhecimentos históricos e linguísticos dos referidos autores, como à sua ignorância das normas fundamentais de direito natural e divino. Em suma: às críticas herdadas do humanismo quinhentista, acrescentaram-se as que decorriam da própria mentalidade iluminista de setecentos.

PERÍODO DA FORMAÇÃO DO DIREITO PORTUGUÊS MODERNO

REFORMAS POMBALINAS RESPEITANTES AO DIREITO E À CIÊNCIA JURÍDICA:

c) Os novos Estatutos da Universidade

Página 372 – Mais ainda do que a Lei da Boa Razão, é a reforma pombalina dos estudos universitários que, de um modo especial, reflecte a influência das correntes doutrinárias europeias dos séculos XVII e XVIII. Já houve oportunidade de aludir a essa reforma, a propósito da formação da ciência da história do direito português. Recapitulemos e completeemos o que então se disse.

Em 1770, foi nomeada uma comissão, com o nome de Junta de Providência Literária, incumbida de emitir parecer sobre as causas da decadência do ensino universitário, entre nós, e sobre o critério adequado à sua reforma. Essa comissão apresentou, no ano seguinte (1771), um relatório circunstanciado, com o título de Compêndio Histórico da Universidade de Coimbra, onde se faz uma crítica implacável da organização existente, reafirmando-se em grande medida

O requisitório anteriormente contido na obra de Verney.

À Junta de Providência Literária se deve, ainda, a subsequente elaboração dos novos Estatutos da Universidade, também denominados Estatutos Pombalinos, aprovados por Carta de Lei de 28 de Agosto de 1772. A parte dedicada à Faculdade de Leis e à Faculdade de Cânones – a única que nos interessa aqui analisar – parece que foi principalmente da autoria de João Pereira Ramos de Azeredo Coutinho.

O Compêndio Histórico tinha apontado como graves defeitos dos nossos estudos jurídicos a preferência absoluta dada ao ensino do direito romano e do direito canónico, desconhecendo-se praticamente o direito pátrio, o abuso que se fazia do método bartolista, o respeito cego pela "opinio communis", o completo desprezo pelo direito natural e pela história do direito. Ora, acolhendo essas críticas, os Estatutos Novos consagraram uma série de relevantes disposições. A matéria relativa aos cursos jurídicos, que continuam bipartidos em Leis e Cânones, encontra-se condensada no seu livro II.

O confronto entre o quadro de disciplinas adoptado e o que integrava o ensino tradicional revela diferenças flagrantes. Desde logo, verifica-se a inclusão de matérias novas: além da cadeira de direito natural, onde se fundiam, segundo os próprios Estatutos, não só o direito natural em sentido estrito, mas ainda o "direito público universal" e o "direito das gentes", estabelece-se o ensino da história do direito e das instituições de direito pátria. Não obstante, o núcleo central dos cursos de Leis e de Cânones continuou a ser constituído, respectivamente, pelo Corpus Iuris Civilis, sobretudo pelo Digesto, e pelo Corpus Iuris Canonici, posto que se encarassem estes textos de pontos de vista diversos dos anteriores.

Muito revolucionários se apresentaram, na verdade, o novo método e a nova orientação do ensino. Determinou-se a utilização do método que se designava de "sintético-demonstrativo-compendiário", inspirado principalmente no sistema das Universidades alemãs. As palavras sucessivas que integram essa trilogia procuram marcar uma clara orientação: impunha-se fornecer aos estudantes um conspecto geral de cada disciplina, através de definições e da sistematização das matérias, seguindo uma linha de progressiva complexidade; passar-se-ia de umas proposições ou conclusões às outras só depois do esclarecimento científico das precedentes e como sua dedução; tudo isto acompanhado de manuais adequados, inclusive, sujeitos a aprovação oficial. De acordo com o método analítico, até então perfilhado, o lente não raro ocupava o ano inteiro no comentário de uma lei ou de um título do direito romano ou do direito canónico, levando a exegese aos derradeiros pormenores e). Atribuía-se-lhe, agora, a missão de organizar a sua docência de modo a que abrangesse toda a matéria do programa, com o objectivo de os estudantes alcançarem uma visão de conjunto e cientificamente ordenada de cada uma das disciplinas.

Aquele antigo método sobreviveu apenas em duas cadeiras do fim do curso, para aprendizagem da interpretação e execução das leis. Porém, tal análise dos textos deveria ser antecedida de noções gerais de hermenêutica jurídica e relativas à aplicação das normas aos casos ocorrentes.

Traçou-se minuciosamente o programa das várias cadeiras e impôs-se aos professores a escola de jurisprudência considerada preferível. Assim, no tocante aos direitos romano e canónico, o tradicional método escolástico ou bartolista foi substituído pelas directrizes histórico-críticas ou cujacias. Mas, por outro lado, tendo em vista a aplicação do direito romano a título subsidiário, que a Lei da Boa Razão determinara pouco tempo antes, consagravam-se os princípios da corrente do "usus modernus pandectarum", sob influência da literatura jurídica alemã.

Uma aspiração da reforma consistiu em os professores organizarem compêndios "breves, claros e bem ordenados", que substituíssem as tradicionais postilas ou apostilas – isto é, os apontamentos manuscritos que circulavam entre os estudantes, reproduzindo grosseiramente as prelecções das aulas. Enquanto se aguardava a sua elaboração, seguir-se-iam as correspondentes obras estrangeiras, que não escasseavam, sobretudo, na Alemanha e Itália. Aconteceu que a

utilização provisória desses livros acabaria por se ir prolongando em face do inêxito do plano dos compêndios portugueses. Apenas Mello Freire escapou à regra.

Num balanço global, tem de reconhecer-se que as modificações pombalinas testemunham um esforço consciente destinado a introduzir no ensino português certas modernidades que faziam carreira além fronteiras. A apreciação de conjunto é manifestamente positiva: o plano dos nossos estudos jurídicos não destoava dos da Europa culta. Contudo, apesar da substituição do corpo docente a que se procedeu e dos cuidados que o próprio Marquês de Pombal e o reitor Francisco de Lemos dispensaram aos primeiros passos da execução dos Estatutos, deve concluir-se que os progressos do ensino jurídico estiveram longe de corresponder aos desejos dos reformadores.

A breve trecho, surgiram críticas ao sistema vigente e novos projectos. Destacam-se, neste capítulo, os nomes de António Ribeiro dos Santos e Ricardo Raimundo Nogueira, respectivamente, lentes de Cânones e de Leis. As críticas, todavia, não abalaram o prestígio dos Estatutos Pombalinos, que se manteriam sem modificações essenciais até 1836.

Tão-só merecem realce as providências complementares promulgadas, logo pelos começos do século XIX, a respeito do recrutamento do corpo docente e do plano de estudos e). A organização do ensino jurídico continuou a basear-se na reforma josefina. Verificou-se, porém, uma importante alteração que contrariava a primazia que subsistira quanto ao direito romano e ao direito canónico.

Efectivamente, devido às modificações de 1805, o direito português passou a abranger duas cadeiras sintéticas e uma analítica. Além disso, criou-se uma cadeira independente de prática judicial e ficaram a existir duas cátedras de direito natural, sendo a segunda delas dedicada ao estudo autónomo do direito público universal e das gentes. Todas estas disciplinas eram comuns às Faculdades de Leis e de Cânones, que, portanto, apenas se separavam relativamente ao ensino desenvolvido do direito romano e do direito canónico. Alcançaram-se, aliás, apreciáveis melhorias no próprio ensino romanístico e canonístico.

PERÍODO DA FORMAÇÃO DO DIREITO PORTUGUÊS MODERNO

CORRENTES DO PENSAMENTO JURÍDICO EUROPEU

a) Positivismo jurídico. Escola da Exegese

O alcance exacto da expressão positivismo jurídico ou juspositivismo levanta as dificuldades que decorrem das várias significações históricas que lhe correspondem. Contrapõe-se, em regra, ao jusnaturalismo – entendido este na acepção clássica e não como o jusracionalismo moderno que antecedeu e até influenciou o positivismo jurídico oitocentista. Pode dizer-se que houve sempre, ao longo dos tempos, atitudes de juspositivismo.

Reportamo-nos, aqui, ao positivismo jurídico por antonomásia, que foi o do século XIX. OS seus dogmas afiguram-se muito precisos. Assim: o direito identifica-se com a lei; esta materializa ou positiva o direito ideal de inspiração racionalista; a ordem jurídica constitui um todo acabado; a sua plenitude atinge o momento definitivo num conjunto de Códigos modernos, sistemáticos, completos – a razão escrita encontrada pelo poder legislativo onnipotente.

A identificação da juridicidade com a legalidade conduziu à negação da importância do costume como fonte de direito, inclusive, no plano supletivo, a favor da analogia. Do mesmo modo, implicou a subalternização do papel da jurisprudência e da doutrina. A criação do direito torna-se, portanto, um acto tipicamente do Estado, em prejuízo das vias popular e científica.

Expressão exacta, no plano metodológico, do positivismo jurídico é a Escola da Exegese ("Ecole de l'Exégese"), de raiz francesa, que surge ligada ao movimento codificador – maxime, ao Código Civil napoleónico, pois os seus adeptos contam-se, sobretudo, entre os cultores desse ramo do direito – e se manterá, praticamente, por todo o século XIX. Dominou a ciência do direito da maioria dos países da Europa continental. Nas suas origens (1804/1830), destacam-se autores como Delvincourt, Proudhon e Toullier. Iniciada a fase de apogeu (1830/1880), sobressaem os denominados "grandes comentadores" do Código Civil, entre outros, Durantou, Troplong, Aubry e Rau, Demolombe e Marcadé. Já em tempo de declínio (1880/1900), apontam-se Baudry-Lacantinerie e Guillouard.

Os autores desta corrente encararam a lei, antes de tudo, como manifestação da vontade soberana. Dada a sua rigorosa imperatividade, devia-se interpretá-la segundo um método lógico-gramatical. Daí que tivessem, no plano das fontes, uma concepção estatista do direito e, sob o ângulo da normatividade jurídica, uma concepção da lei como critério jurídico exclusivo.

As orientações positivistas da Escola da Exegese encontraram fortes opositores. Gény e), apontando para a "livre investigação científica" do direito e oferecendo as bases da chamada Escola Científica ("Ecole Scientifique"), foi um dos mais representativos. Aduziu, essencialmente, que os referidos postulados, enquanto reduziam as fontes do direito à lei e estabeleciam o respeito absoluto pela "mens legislatoris" ao tempo da respectiva feitura – o que só poderia aceitar-se em estrita sede hermenêutica –, impediam quaisquer inovações e, portanto, conduziam à estagnação jurídica, além de que não reconheciam a exigência, imposta pela prática, de novas fontes do direito e mesmo de uma sua dogmática investigação autónoma. Impõe-se, sem dúvida, reconhecer nessa metodologia um rigoroso positivismo hermenêutico, uma interpretação subjectivo-histórica e dedutivo-formal. Mas tem de apreciar-se a Escola em face do problema decisivo que o tempo lhe colocou e que se reconduziu à defesa do legalismo pós-revolucionário consubstanciado na codificação.

PERÍODO DA FORMAÇÃO DO DIREITO PORTUGUÊS MODERNO

CORRENTES DO PENSAMENTO JURÍDICO EUROPEU Séc. XIX

As considerações anteriores, que se dirigiram a coordenadas ideológico-políticas e económicas, não esgotam, como é óbvio, a introdução necessária à história do direito português da época agora em apreço. A explanação que vai seguir-se faz também apelo a várias linhas e orientações europeias, situadas no horizonte da especulação jusfilosófica ou directamente respeitantes à dogmática do direito, que, entre nós, tiveram reflexos mais ou menos nítidos.

Convirá, tal como sucedeu na exposição dos outros ciclos, proceder a uma rápida análise dessas posições. Referem-se, apenas, as correntes fundamentais, sendo certo que algumas delas oferecem cambiantes e desenvolvimentos diversificados. Observe-se, por outro lado, que essas correntes básicas, não obstante a independência que apresentam, se inserem, afinal, num processo evolutivo marcado pelo mesmo ponto de partida: a reacção ao jusnaturalismo de sentido teológico.

b) *Uso Moderno*

Relacionada com o jusracionismo, surgiu na Alemanha, de onde passou a outros países, uma nova metodologia do estudo e aplicação do direito romano conhecida por "usus modernus pandectarum". Significa, dentro da linha evolutiva do direito alemão, um ciclo de passagem da Escola dos Comentadores para a Escola Histórica C). A respectiva designação deriva do título de uma obra famosa de que foi autor, já em época avançada da escola, Samuel Stryk (1640/1710), um

dos seus principais representantes. Caracteriza-se esta orientação pela confluência de vectores práticos, racionalistas e de nacionalismo jurídico. Mas tornam-se necessários certos esclarecimentos.

Pode afirmar-se, de um modo geral, que o "usus modernus" traduz o reflexo da penetração das ideias jusracionalistas no campo do direito. Influência que se fez sentir em dois planos, correspondentes a outras tantas fases que convém distinguir nesta época.

Durante a primeira delas, as ideias jusracionalistas só indirectamente se repercutiram na vida jurídica. Quer dizer, levaram, de imediato, à ampliação do campo da actividade legislativa, conforme ao intervencionismo que marcou o Despotismo Esclarecido. O fenómeno representou um esforço de adaptação do direito romano, não ocorrendo, todavia, qualquer alteração no estilo de exposição e no método exegético-analítico herdados dos Comentadores. Tratou-se de juristas sem preocupações teóricas. Exemplos paradigmáticos desta primeira fase encontram-se nas obras de 13. Carpzov (1595/1666) e Struve (1619/1692). Apenas desde os finais do século XVII se verifica a influência do jusracionalismo ao nível da doutrina e da prática do direito. O pensador que mais contribuiu para esta viragem foi Pufendorf, cujas ideias tiveram forte eco, por exemplo, nas construções de Stryk (1640/1710), Bohmer (1674/1749) e Heineccius (1681/1741).

Como traço comum a ambas as fases, assinala-se que se encarava o direito romano com os olhos postos na realidade. Os juristas procuravam distinguir, no sistema do Corpus Iuris Civilis, o que se conservava direito vivo do que se tornara direito obsoleto. Por outras palavras: importava separar as normas susceptíveis de "uso moderno", ou seja, adaptadas às exigências do tempo, das que correspondiam a circunstâncias romanas peculiares. Só aquelas deveriam considerar-se aplicáveis.

Na segunda fase, tal aferição da actualidade dos preceitos romanísticos beneficiou do refinamento teórico da referência ao direito natural racionalista. Tinha-se também em conta o próprio direito pátrio, que integrava o ordenamento vigente ao lado dessas normas susceptíveis de prática actualizada. A atenção conferida ao direito nacional e à respectiva história, incluindo o seu ensino universitário, foi uma das maiores consequências ou advertências do "uso moderno".

Decorre do exposto, a íntima ligação do "usus modernus" à Escola Racionalista do Direito Natural, que não podem, evidentemente, confundir-se. A última consistiu numa escola filosófica e de jurisprudência teórica, ao passo que o primeiro consubstanciou uma orientação teórico-prática, antes de tudo, ligada à disciplina da vida concreta. A afirmação mostra-se exacta mesmo a respeito da segunda fase do "usus modernus".

E quanto à penetração desta corrente no nosso país? Não parece que, a tal respeito, haja lugar a uma distinção nítida das duas fases assinaladas ao "usus modernus". Os seus reflexos, entre nós, apenas se sentiram de forma significativa, ao que tudo indica, durante a segunda delas. Daí que se tenda a identificar, sem mais, o "usus modernus" com a penetração do jusracionalismo no universo jurídico português.

PERÍODO DA FORMAÇÃO DO DIREITO PORTUGUÊS MODERNO

CORRENTES DO PENSAMENTO JURÍDICO EUROPEU

e) Humanitarismo

A respeito do âmbito específico do direito penal e do tratamento penitenciário, há que mencionar as correntes humanistas derivadas do Iluminismo, que tiveram em Montesquieu e

Voltaire, na França, e em Beccaria e Filangieri, na Itália, os seus expoentes mais destacados. Dentro de uma linha racionalista, desdobram-se essas orientações em dois aspectos básicos.

Antes de mais, quanto ao conteúdo do próprio direito penal, que deveria desvincular-se de todos os pressupostos religiosos, reduzindo-se – aliás, de harmonia com a compreensão do direito e do Estado a partir de um contrato social – à função exterior de tutela dos valores ou interesses gerais necessários à vida colectiva. Em última análise, afirmava-se a ideia de necessidade ou utilidade comum como critério delimitador do direito penal, por oposição a uma axiologia eminentemente ético-religiosa. Contudo, Beccaria proclama que também a lei moral, enquanto paradigma da lei positiva, constitui "marco e limite de qualquer incriminação" (C). Nunca se produziu uma completa identificação das vertentes francesa e italiana.

Na sequência desse primeiro aspecto, traduziu-se a acção dos referidos autores numa inovação pelo que concerne aos fins das penas. As sanções criminais passam a ter como fundamento predominante, não já um imperativo ético, mas sim uma pura ideia de prevenção e defesa da sociedade. Ou seja: a pena justificava-se não como castigo pelo facto passado, antes como meio de evitar futuras violações da lei criminal, quer intimidando a generalidade das pessoas (prevenção geral), quer agindo sobre o próprio delinquent, intimidando-o ou reeducando-o (prevenção especial).

Acrescente-se, todavia, que se considerava que a acção preventiva do direito penal teria de fazer-se dentro dos limites da justiça e do respeito pela dignidade da pessoa humana. Neste contexto se inscrevem, por um lado, a exigência de proporcionalidade entre a pena e a gravidade do delito, e, por outro lado, a postergação das antigas penas corporais ou infamantes e a sua substituição pela pena de prisão. Partia-se do postulado da liberdade humana como primeiro de todos os bens sociais, devendo, pois, a sanção criminal traduzir-se numa limitação desse mesmo valor n.

Relativamente ao processo penal, cabe assinalar, em paralelo, novas posições. Na verdade, sobre a contraposição entre os modelos acusatório e inquisitório, que domina a evolução do direito penal adjectivo, tomando como referência dois fenómenos jurídicos fulcrais do continente europeu – o ciclo do direito comum e o das codificações –, verifica-se o seguinte: do século XIII ao século XVIII, ocorre uma prevalência sempre mais acentuada do processo oficioso em confronto com o processo baseado na iniciativa das partes; depois, a partir das transformações subsequentes, quer dizer, desde a análise iluminista dos problemas da justiça criminal, começa uma época que, embora cronologicamente reduzida, se reveste de enorme significado para o processo penal, não só no aspecto do pensamento jurídico-filosófico e político, mas ainda do ponto de vista da formação dos sistemas legislativos e jurisprudenciais modernos. Observa-se, em resumo, o trânsito de um processo de estrutura inquisitória para um processo de inspiração acusatória.

Apreciar-se-á o tempo e a medida em que tais concepções respeitantes ao direito penal substantivo e adjectivo tiveram reflexos entre nós. De qualquer modo, como adiante se apura, Mello Freire foi o seu mais directo representante.

PERÍODO DO DIREITO PORTUGUÊS DE INSPIRAÇÃO ROMANO-CANÓNICA

O Pré-renascimento do direito romano. A Escola de Bolonha ou dos Glosadores;

Uma lenda fez com que se formasse opinião que o renascimento do direito romano tenha surgido apenas no século XII, com a chamada Escola de Bolonha ou dos Glosadores. Convencidos que tal se devia ao facto de o Digesto se ter descoberto, por acaso, num assalto feito à cidade da

costa sul italiana de Amalfi, no golfo de Salerno, e que posteriormente foi levado para a sede da Corte lombarda, em Pisa. A Lotário II, imperador germânico, atribuía-se uma lei que reintegrara os textos de Justiniano dando-lhes força vinculatória.

O referido episódio é enjeitado pela moderna crítica histórica, considerando-o, inclusivamente, de cariz fantasioso e que, o Digesto, ainda antes do século XII, era já explorado e relatado. Ainda argumentando que a justificação da origem renascentista do direito romano jamais se poderia limitar a um acto isolado, dado que se ligou a forças de vária ordem que contribuíram de forma decisiva, dentro de um conjunto intrincado de sementes e relações, para que a acção do fortalecimento do estudo do direito romano regressasse e se ampliasse.

Não pode dizer-se que o direito romano “morreu” e depois renasceu das cinzas, ou por outras palavras, o direito romano quando renasce já tem algumas bases. Ele “morreu” num período em que tudo o que se produzia era pouco e pobre. “As pessoas não estavam preocupadas com a cultura, tinham uma fraca formação intelectual” -citando o professor Rui Marcos. Podemos também dizer que a queda do direito romano tem influencia num desinteresse generalizado, contrastando com o interesse esplendoroso que o fez renascer. A queda do direito romano apenas se deu para o lado Ocidental, onde se inclui Portugal e Espanha, pois na zona Oriental ele manteve-se até à queda de Constantinopla.

Sintetizando, podemos afirmar que o renascimento do estudo do direito romano foi motivado por questões de ordem política, religiosa, cultural e económica que aludiam ao desenvolvimento do estudo dos textos organizados por Justiniano. Pode, inclusivamente, dizer-se que se tratou de uma necessidade, mais do que, propriamente, de uma mera casualidade. A monarquia começou a ter necessidade de ter uma política centralizadora para garantir o fortalecimento do poder régio, poder absoluto do rei. E, para esse efeito, teve que recorrer ao direito romano, regressando ao período pós-clássico ou do baixo-império, à Lei do Digesto que refere que “O que agrada ao príncipe é lei”. Era o ideal para servir o Rei. Centralização régia (Monarquia/Política).

Em termos económicos, são factores de influência; os centros urbanos que reflorescem e as cidades italianas que se tornam importantes pólos comerciais. Tais factores exigiam uma maior rapidez, menor solenidade e rigidez, fugindo aos modelos dogmáticos do direito romano para os contratos de natureza mercantil. Logo, seria necessário criar um direito autónomo. Deste modo, foi o direito romano que serviu de fonte para criar o direito comercial (extraíndo-o do então direito civil).

No plano religioso, o grande direito é o direito canónico. A Igreja passou a interessar-se pelo direito romano, porque nele encontrava as fontes dogmático-jurídicas importantes. Surgem nos dez primeiros séculos inúmeras colectâneas de Leis eclesiásticas, compostas sobretudo por iniciativa privada. Estas normas vinham principalmente dos concílios e dos romanos pontífices. Em meados do século XII foram compiladas de novo pela iniciativa privada do monge Graciano, havendo agora concordância de leis e de colecções, o que anteriormente não se verificava. Esta concordância é mais tarde denominada por Decreto de Graciano, constituindo a primeira parte da grande colecção das leis da Igreja, que a exemplo do “Corpus Iuris Civilis”, foi chamado “Corpus Iuris Canonici”. Assim, o direito romano tornava-se num instrumento para o direito canónico.

Culturalmente todos os que dominassem as leis eram homens importantes. Até por que na altura poucos eram os que sabiam ler. Portanto, quem soubesse ler era um “senhor”, e quem fosse capaz de, além de saber ler, interpretar as leis seria respeitado por todos e também ganharia

algum poder. O domínio do direito romano passou a ser fundamental e havia uma grande apetência para o seu estudo.

O renascimento do direito romano com a Escola de Bolonha ou dos Glosadores

O renascimento do *Ius Romanum* não é mais do que o estudo, de forma sistemática, e a divulgação, em larga escala do “*Corpus Iuris Civilis*” – uma obra impar – que foi ordenada no século VI, época Justiniana (530-565), pelo Imperador do Oriente Justiniano.

Quando se fala em renascimento do direito romano, não se deve pensar que anteriormente, se perdera por completo todo o seu conhecimento. O verdadeiro sentido da expressão renascimento significa o reencontro do direito romano através do estudo, independente dos textos justinianos genuínos e não, como até aí, englobado nas “artes liberais”, sem autonomia, e deturpado em virtude de adaptações literárias mais ou menos incorrectas.

É em Bolonha que o renascimento do direito romano encontra o seu centro cultural e daí se ramifica por toda a Europa. É nesta cidade que Irnério, «*primus illuminator scientiae nostrae*», e, talvez, Pepo ou Pepone, começam o estudo autónomo do direito romano. A fundação da Escola de Bolonha terá acontecido nos finais do séc. XI e inícios do séc. XII.

A Escola de Bolonha, não surge logo como Universidade. Constituiu, no início, um pequeno centro de ensino baseado nas preleções do Irnério – a “candeia do direito” – “*lucerna iuris*”. Este, à medida que formava os seus discípulos, ganhava prestígio que ia transpondo os limites da cidade e da própria Itália. De toda a parte vinham estudantes em número elevado. Aos poucos, a escola, transformou-se numa autêntica Universidade – centro europeu da ciência jurídica.

O primeiro contacto da Escola de Bolonha com a imensa mole dos textos do “*Corpus Iuris Civilis*”, nos quais avulta, em complexidade, o *Digesto*, não foi fácil. A expressão dessa inicial dificuldade está no principal instrumento de trabalho, – a glosa – de onde surge o título de Escola dos Glosadores, ao movimento lançado por Irnério.

O que é então a Glosa?

Entendia-se que era uma explicação gramatical, de carácter exegético, de palavras ou frases que suscitassem escolhos na sua interpretação, frente a textos que se acham escritos num latim que não é a língua dos tempos medievais. Como primeira dificuldade, surgia, o compreender o sentido literal desses textos.

A glosa começou por ser interlinear, (nota entre linhas) e posteriormente marginal (à margem do texto). Por vezes toma o nome de “*apparatus*”.

Os Glosadores procuravam também a obtenção de fórmulas breves – em modo de definição – (*regulae*, *brocarda*, *generalia*) ou, até, fazer uma exposição sistemática do texto (*summae*). Dedicavam ainda a sua atenção à análise e à utilização das normas face às questões ou casos concretos (*questiones*, *casus*), verdadeiros ou arquitectados (*casuística*) que, por vezes, suscitavam controvérsias entre mestres (*dissensiones dominorum*).

Para a escola, os textos, em particular do *Digesto*, eram uma espécie de bíblia que convinha preservar (mexer-lhes o mínimo possível). Daí, uma interpretação directa e imediata destes textos. Este factor não lhe permitia inovar. Apenas resumir. Embora lhe dê o mérito de não deixar morrer o conteúdo do direito romano de forma mais esclarecida e permitindo dar uma nova sistematização – ao “*Corpus Iuris Civilis*” – também por que, não o descobriram todo ao mesmo tempo. E assim, à medida que o iam conhecendo iam-no ensinando.

Irnerio viria a morrer, pensa-se em 1130. Para a história ficaram alguns dos grandes discípulos do mestre; Bulgarus, Martinus, Hugo e Jacobus. Mais tarde outros dois “doutores” ficaram famosos; Placentino e Azo, e numa fase decadente Acúrcio, nasceu em Florença em 1182 e faleceu antes de 1263, que viria a elaborar uma colectânea, organizando a obra de autores anteriores, bem como as suas próprias opiniões, tendo aproveitado 96 000 glosas precedentemente feitas. A esta obra chamou “A Magna Glosa”, “Glosa Ordinária” ou apenas “Glosa”, por antonomásia, que viu a luz do dia em 1228. Esta obra, exerceu grande influência em toda a Europa, tendo sido, inclusive, considerada: Direito Subsidiário em Portugal.

Torna-se de qualquer das formas conveniente examinar a sistematização medieval do “Corpus Iuris Civilis”. Esta designação é posterior a Justiniano. Recorde-se que foi Dionísio Godofredo que em 1583 assim a intitulou, para a distinguir do “Corpus Iuris Canonici”.

Na idade média, o “Corpus Iuris Civilis”, estava dividido em cinco livros; - O primeiro, o “Digestum vetus” (Digesto velho), que continha o Digesto, desde o início até aos dois primeiros títulos do livro XXIV; - O segundo, “Digestum infortiatum”, ou, Digesto Esforçado, que abrangia da parte III do livro XXIV até ao livro XXXVIII, inclusive; - O terceiro, era o “Digesto Novum” (Digesto novo), que compreendia a matéria do livro XXXIX até ao fim, o livro L; - O quarto livro, o “Codex” (Código), recolhia os primeiros nove livros do código de Justiniano (originalmente composto por 12 livros); - E, finalmente, o quinto livro, chamado “Volumen Parvum” (Volume pequeno) ou só “Volumen” ou “Authenticum”, composto pelas Institutas, os três últimos livros do código (“três libri”), as novelas constantes de uma colecção chamada “Authenticum” e mais tarde, pelos “Libri Feudorum” (colecção de costumes de direito feudal), algumas constituições de imperadores medievais e, ainda, pelo tratado de paz de Constança, assinado entre Frederico I e certas cidades do norte de Itália.

A tripartição do Digesto e as designações adoptadas, parecem reflectir a cronologia da descoberta dos respectivos manuscritos. Descobertos o “Digestum Vetus” e o “Digesto Novum”, ficou por conhecer a parte intermédia. A que correspondida entre o título II do livro XXIV e o livro XXXIX. Diz a tradição que Irnerio ao achar a parte que faltava, teria exclamado, o nosso direito está aumentado, está mais forte.

O facto de no quarto livro compreenderem apenas os primeiros nove livros do código tem uma explicação: eram estes, que maior interesse ofereciam, pois os últimos três encontravam-se directamente ligados à organização político-administrativa de Roma. A designação dada ao quinto livro, de “Authenticum”, provinha de ser, esta colecção de novelas, a matéria de maior importância, prática, que nele se incluía. O “Volumen Parvum” (volume pequeno), explicava-se por ser mesmo, o quinto livro, o mais pequeno de todos os livros.

O “Corpus Iuris Civilis” carecia de uma classe de intermediários explicadores. A praticabilidade dos textos justinianos dependia da existência de uma classe de juristas, que se apoderasse do seu conteúdo e o revelasse na vida quotidiana. Necessitando, em absoluto, de intérprete. E que, pelas inerentes dificuldades, teria que ser um profissional – um jurista.

Nem sempre as interpretações dos glosadores eram coincidentes. Assim, se o direito do “Corpus Iuris Civilis” não é praticável sem “mestres” e se estes não concordam, fica aberto o caminho para o argumento de autoridade, o “Corpus Iuris Civilis” precisa de uma interpretação “autorizada”, de uma interpretação “garantida”. Acúrcio vai preencher essa carência, condensando todo o trabalho da escola dos glosadores, na mesma glosa, a sua obra é uma

“summa glossarum”. A partir da “Magna Glosa”, desaparecem do uso forense as interpretações que não foram recolhidas.

Texto e interpretação tendem a formar um todo. Depois esse todo será constituído por texto e interpretação autorizada por Acúrsio. Os textos do “Corpus Iuris Civilis” que se copiassem seriam acompanhados da glosa acursiana. E as próprias partes do direito justiniano, que não foram glosadas, saem da prática forense.

O grau de autoridade da glosa de Acúrsio não foi sempre o mesmo através dos tempos. Logo após o seu aparecimento atinge um elevado grau de autoridade, que passa a constituir o “apparatus ordinário”. Também a partir da altura em que texto e interpretação passam a viver compenetrados, a autoridade da glosa irá crescer: “Direito, será aquilo que a glosa diz ser direito”. Nos primeiros tempos a autoridade da glosa manifesta-se principalmente no campo do foro.

Com a Magna Glosa cessou, por assim dizer, um singular ciclo da ciência do direito. A segunda metade do século XIII é como que uma época de mudança para a nova metodologia que se inicia, realmente, no século XIV. Os juristas desse período intermediário adquirem, não raro, a denominação de pós-acursianos ou Pós-Glosadores.

É, no entanto, uma obra como a Magna Glosa que vai demonstrar que as virtualidades do método exegético se achavam esgotadas. A letra dos textos encontrava-se já prensada, era altura de orientar a actividade para a consideração do *sensus*, do espírito.

O intérprete deixa de glosar e passa a comentar. O comentário vai suceder à glosa, daí, o novo movimento, chamar-se de Escola dos Comentadores.

PERÍODO DO DIREITO PORTUGUÊS DE INSPIRAÇÃO ROMANO-CANÓNICA

Colectâneas de direito canónico elaboradas desde o século XII. O “Corpus Iuris Canonici” – Decretais de Gregório IX

Ao aparecimento de novas colectâneas de direito canónico não foi estranha a tendência para a uniformização e centralização deste sistema jurídico. Pelos fins do século XI, na verdade, inicia-se um esforço pontifício de unificação normativa da Igreja, contrário a particularismos nacionais ou regionais e que atribuía essencialmente à Santa Sé a criação dos preceitos jurídico-canónicos.

Nessa linha se enquadra o Decreto de Graciano. Elaborado à volta de 1140, significa um marco importante na evolução do direito canónico. Deveu-se a João Graciano, monge e professor em Bolonha, que procurou fazer uma síntese e compilação dos princípios e normas vigentes. A obra aparece designada, nos manuscritos mais antigos, por *Concordia discordantium canonum*, visto que o seu autor tinha como objectivo coordenar, harmonizar e esclarecer preceitos de diversas proveniências, agrupando-os de forma sistemática e não cronológica ou geográfica. Ressalta a posição autónoma do direito canónico perante a teologia. Embora se tratasse de uma colectânea privada, difundiu-se como lei geral da Igreja, mercê da amplitude e da perfeição técnica, sob o nome de Decreto.

Seguiram-se as **Decretais de Gregório IX**, também designadas apenas Decretais e). São uma colectânea de normas pontifícias posteriores à obra de Graciano, que S. Raimundo de Penhaforte organizou a solicitação de Gregório IX. O mesmo Papa promulgá-la-ia no ano de 1234. Divide-se essa compilação em cinco livros, tendo revogado as disposições canónicas subsequentes ao Decreto nela não incluídas.

O Decreto e as Decretais completavam-se, numa relação idêntica à assinalada, no âmbito romanístico, entre o Digesto e o Código. Aquele condensava o direito antigo da Igreja e estas o seu direito novo.

Entretanto, continuaram a publicar-se numerosas epístolas pontifícias. Coube a Bonifácio VIII a iniciativa de uma colectânea que abrangesse o conjunto dessas normas canónicas aparecidas após as Decretais. Assim surgiu, com data de 1298, o Livro Sexto ou Sexto de Bonifácio VIII. A designação deriva da sua complementaridade relativamente às Decretais, mas o novo diploma constituía um corpo autónomo que utilizava, aliás, a sistematização gregoriana, em cinco livros.

Ainda recebeu aprovação oficial uma outra colectânea conhecida pelo nome de Clementinas. O Papa Clemente V, decorrido o Concílio de Viena (França), em 1311/1312, determinou a compilação dos cânones dele resultantes, acrescentados de decretais próprias. Todavia, a morte desse pontífice fez com que a obra só fosse aprovada por João XXII, em 1317, depois de revista.

Fecham a série duas compilações de índole privada. Efectivamente, cerca de 1500, deram-se à estampa, pela primeira vez, as quatro colectâneas já indicadas. Ora, o editor acrescentou-lhes, de sua conta e risco, um apêndice com decretais posteriores a 1317, agrupando-as em secções distintas: numa, as de João XXII e, noutra, as dos Papas subsequentes. Daí os qualificativos de Extravagantes de João XXII e de Extravagantes Comuns. A palavra "extravagantes" indica que são textos que se encontram fora das colecções autênticas.

As referidas colectâneas de direito canónico, no seu conjunto, vieram a integrar o Corpus Iuris Canonici, posto que três delas, como se observou, não houvessem nascido oficializadas. Essa designação, simétrica à de Corpus Iuris Civilis, que corresponde ao complexo das obras jurídicas romano-justinianeias, tornou-se corrente desde 1580, quando Gregório XIII aprovou a versão revista de tais compilações anteriores. Trata-se das fontes básicas do direito canónico até ao primeiro Codex Iuris Canonici, mandado elaborar por Pio X e que Bento XV promulgou em 1917.

PERÍODO DO DIREITO PORTUGUÊS DE INSPIRAÇÃO ROMANO-CANÓNICA

Direito subsidiário

Quando se considerou a importância das Ordenações Afonsinas, houve oportunidade de salientar que estas se apresentavam incompletas em muitos pontos. Refira-se, como simples exemplo, o âmbito obrigacional ou dos direitos de crédito.

A mesma observação procede a respeito das Ordenações Manuelinas e das Ordenações Filipinas, que se lhes seguiram. Daí que se levantasse, com frequência, o problema da integração das lacunas da lei, ou seja, do direito a aplicar subsidiariamente.

Antes de analisarmos o que as Ordenações determinaram sobre a matéria, convirá desenvolver algumas considerações relativas a esse problema encarado em si mesmo. Apreciemos no que consiste.

a) O problema do direito subsidiário

Entende-se por direito subsidiário um sistema de normas jurídicas chamado a colmatar as lacunas de outro sistema. Tratar-se-á, respectivamente, de direito subsidiário geral ou especial, quando, por essa via, se preenchem as lacunas de uma ordem jurídica na sua totalidade, ou tão-só de um ramo do direito ou simples instituição.

O problema do direito subsidiário encontra-se ligado de um modo particular ao das lacunas e mesmo ao das fontes do direito. Pode dizer-se que se vincula a uma compreensão específica e a um certo estágio histórico e metodológico da evolução de tais questões.

Com efeito, o seu relevo próprio no contexto dessa problemática geral encontra-se, sobretudo, dependente de dois pressupostos que historicamente se verificam: por um lado, a ausência, tanto de um sentido de verdadeira autonomia dos diversos ordenamentos jurídicos – antes de mais, no sentido de um autonomia ou exclusividade nacional – como da pretensão, em regra consequência dessa autonomia, de uma auto-suficiente totalidade unitária de regulamentação jurídica do domínio ou campo de direito a que o ordenamento se destina; por outro lado, a possibilidade, em coerência com o pressuposto antecedente, de remeter o julgador para quaisquer ordenamentos jurídicos disponíveis – o que tinha como resultado, quer a ocultação do exacto problema das lacunas, uma vez que era fácil pensar que se poderia sempre recorrer a um direito formalmente constituído, quer a resolução daquele problema, através do direito subsidiário, no quadro da definição das fontes do direito, de cuja questão representaria só um caso particular.

Os referidos pressupostos foram efectivos num largo período da realidade histórica do pensamento jurídico europeu, em especial após o chamado renascimento do direito romano e a formação do direito comum que nele sobretudo se baseava e). E com a seguinte consequência prática, aparentemente paradoxal, mas muito importante: a imperfeição ou insuficiência dos sistemas jurídicos nacionais ou dos ordenamentos jurídicos positivos em geral era reconhecida simultaneamente com a ideia de que o juiz, mediante recurso a um direito subsidiário, a um qualquer direito pressuposto ou a uma outra fonte formal de direito, sempre disporia de um direito dado a que pudesse ater-se, não se lhe exigindo, portanto, em princípio, o seu contributo para a constituição do direito por via integrativa.

Esta fase ultrapassou-se a partir do movimento da legislação nacional, autónoma e unitária, com a sua intenção de uma plenitude normativa – como o exigiam os postulados político-jurídicos e científico-matemáticos do pensamento do século XIX. Pois justamente aquele movimento, acompanhado da intenção indicada, e estes postulados impuseram à dogmática jurídica o ter de enfrentar-se, directa e explicitamente, com o problema das lacunas. Não apenas os meios, os critérios e os métodos do seu preenchimento, mas o problema das lacunas em si mesmo passou a preocupar o pensamento jurídico. Querendo considerar tão-só os resultados dessa vasta discussão problemática, concorda-se hoje num ponto – que, praticamente, o problema só pode ser resolvido através da intervenção constitutivamente integrante do julgador, e isso quer o legislador prescreva ou não critérios metodológicos gerais que aquele deva respeitar. Ou seja: sempre o julgador terá uma relativa liberdade integradora, já que haverá que dar resposta jurídica aos casos de verdadeira lacuna mediante uma decisão normativamente a constituir para além dos dados formais do direito.

Pelo que o autêntico problema das lacunas só surge, hoje em dia, nos limites do direito constituído. Quer dizer, esgotadas que sejam as possibilidades directas ou indirectas (remissivas) de aplicação imediata de um prévio direito constituído, de uma fonte formal de direito. O mesmo equivale a afirmar que o problema, enquanto problema específico, se apresenta modernamente em função dos limites e da autonomia completa dos ordenamentos jurídicos. Aquém desses limites, ou inexistindo essa integral autonomia, o que pode surgir é a remissão normativa intra-sistemática de um sector ou parte diferenciada do sistema jurídico global para outro sector ou parte do mesmo sistema, que com o primeiro tem particulares relações no seio do sistema global

em que ambos participam, com vista a suprir assim as formais carências prescritivas, sejam voluntárias ou involuntárias, do parcial e dependente ordenamento remetente. Relações particulares, essas, a autorizarem uma tal remissão, em que se vêm a traduzir, sobretudo, as relações de especialização ou as relações de estatuto geral para estatuto especial entre vários sectores do direito, no quadro da coerência e unidade postulada por toda a ordem jurídica. E nisto se cifra o actual relevo do direito subsidiário.

Daqui se infere que a questão do direito subsidiário cresce de interesse, sob determinado ângulo, à medida que se recua no tempo, conhecendo as épocas em que a escassez e a imperfeição das fontes nacionais impunham um amplo recurso a ordenamentos jurídicos estrangeiros. Este facto desempenhou um enorme papel como elemento de aproximação jurídica e cultural dos povos. Tais asserções e o relevo que o problema pode assumir no campo do direito comparado bem se revelam na história do direito português.

b) Fontes de direito subsidiário segundo as Ordenações Afonsinas

Somente com as Ordenações Afonsinas se estabeleceu, entre nós, um quadro sistemático das fontes de direito. A matéria consta do livro II, título 9. Aí se mencionam, em primeiro lugar, as fontes do direito nacional. Colocam-se no mesmo plano as leis do Reino, os estilos da Corte e os costumes antigamente usados.

Eram estas as fontes imediatas. O legislador afonsino salienta expressamente a sua imperatividade e prevalência. Apenas quando não se pudesse decidir o caso "sub iudice" com base nelas se tornava lícito o recurso ao direito subsidiário. Também as respectivas fontes se encontram taxativamente previstas e hierarquizadas. Passamos a analisá-las.

Nova perspectiva do direito subsidiário

Apreciámos oportunamente em que consiste o problema do direito subsidiário. Nessas breves reflexões, procurou-se explicar o porquê da solução que ele teve até ao século XIX – a do recurso a outras ordens jurídicas – e da nova directiva imposta pelo pensamento oitocentista. A integração das lacunas é deslocada para o âmbito exclusivo do direito interno.

O primeiro Código Civil português ocupou-se da interpretação e da integração das normas jurídicas no Artº. 16º. Aí se estatui o seguinte: "Se as questões sobre direitos e obrigações não puderem ser resolvidas, nem pelo texto da lei, nem pelo seu espírito, nem pelos casos análogos, prevenidos em outras leis, serão decididas pelos princípios de direito natural, conforme as circunstâncias do caso".

Entendia-se que este preceito consagrava regras aplicáveis a todas as áreas jurídicas, apenas exceptuadas as que, dada a sua natureza especial, não se compadecessem com os referidos processos integrativos. Portanto, em face de uma lacuna, devia recorrer-se, primeiramente, à analogia, quer dizer, à disciplina estabelecida para situação semelhante. Com efeito, existe analogia, sempre que a razão substancial ou intrínseca de decidir seja a mesma no caso omissis e num caso previsto em fonte de direito vigente.

Se não se encontrasse norma susceptível de aplicação analógica a uma situação digna de tutela jurídica, o legislador remetia para os princípios de direito natural. Discutia-se o alcance desta expressão, em que se confrontavam doutrinas jusnaturalistas e positivistas. No predomínio das últimas, fez-se uma leitura, mais generalizada, correspondente a "princípios gerais de direito", ou seja, da própria ordem jurídica vigente ou legislada, conforme impunha o dogma da plenitude

do ordenamento. À posição oposta cabia entender as palavras ao pé da letra e, assim, sustentar que se visava algo de metajurídico, situado para além do direito positivo.

Prevaleceu posteriormente uma terceira interpretação. A de que a referência aos "princípios de direito natural, conforme as circunstâncias do caso", equivalia a confiar ao juiz a tarefa do preenchimento das lacunas, tendo em conta a solução que presumisse adoptada pelo legislador, se ele houvesse previsto o caso omissis.

Deixou de existir, pois, um direito subsidiário nos termos tradicionais. Como acabamos de verificar, o Código Civil de 1867 não manteve o critério anteriormente adoptado, que consagrava o recurso a um direito subsidiário geral estrangeiro para a resolução dos casos omissos. Tudo se passa, agora, dentro do sistema jurídico português, onde se detectam, porém, direitos subsidiários particulares, no sentido de um ramo do direito ser chamado a preencher as lacunas de outro ou de outros, como, por exemplo, o direito civil em relação ao direito comercial. E o mesmo ocorre na esfera mais restrita de simples instituições ou institutos jurídicos. Inaugurou-se, em suma, o quadro moderno do problema.

PERÍODO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DO DIREITO PORTUGUÊS

Aspectos do sistema jurídico

b) Contratos de exploração agrícola e de crédito

Não cabendo passar aqui de simples exemplificações, parece adequada uma alusão aos contratos agrários, visto que constituíam uma das traves mestras da vida económica e social medieva.

Aliás, a vitalidade e a versatilidade que demonstraram na prática negocial da época são incontroversas C). Tais contratos, antes das influências romanísticas, configuram-se como um conjunto de negócios inominados e sem contornos rigorosos. Daí que, ao procurar-se a individualização, no período anterior ao advento da ciência do direito romano, dos vários negócios agrários sobre os quais viriam a encaixar-se, como cúpula, as doutrinas elaboradas pelos Glosadores e Comentadores, se torne necessário equacionar, caso a caso, a forma jurídica com a respectiva finalidade económica que as partes tinham em vista.

Assinalam-se dois contratos de exploração agrícola: a enfiteuse também depois designada aforamento ou emprazamento, e a complantação. Ambos os contratos reflectem o movimento que se verifica, durante o século XII, no sentido de conduzir o concessionário de prédio alheio à conquista de urna posição mais firme em face do senhorio. Este resultado constitui o produto de causas convergentes de ordem política, económica e social, como o nascimento e crescimento dos Estados hispano-cristãos e o esforço de fomento da época, onde se pode vislumbrar certo progresso das classes rurais. O aspecto propriamente jurídico revela-se no princípio da conquista da propriedade através do trabalho, que representa um dos conceitos fulcrais do direito medievo.

Consistia a enfiteuse: num contrato pelo qual se operava a repartição, entre os contraentes, daquilo a que a ciência do direito chamaria mais tarde "domínio directo" e "domínio útil" de um prédio. O primeiro pertencia ao senhorio e traduzia-se essencialmente na faculdade de receber do foreiro ou enfiteuta, a quem cabia o domínio útil, uma pensão anual (foro ou cânon), em regra consistindo numa parte proporcional dos frutos que o prédio produzia. O instituto teve uma larga importância para o cultivo de terras ainda não arroteadas ou insuficientemente produtivas, visto que caracterizava o negócio o encargo assumido pelo agricultor de aplicar

diligente esforço no seu aproveitamento. Entre as faculdades compreendidas no domínio útil do enfiteuta contava-se a de alienar a respectiva posição a terceiro, com ou sem direito de preferência do senhorio.

Ao lado da enfiteuse, difundiu-se na vida agrária medieval portuguesa, como em outros países, a complantação ("complantatio"), derivada das mesmas necessidades económico-sociais e ideias jurídicas. Simplesmente, o trabalho e a propriedade da terra são equilibrados de modo diverso. Analisava-se este contrato no seguinte: o proprietário de um terreno cedia-o a um agricultor para que o fertilizasse, em regra, com a plantação de vinhas ou de outras espécies duradouras; uma vez decorrido o prazo estabelecido, que variava de quatro a oito anos, procedia-se à divisão do prédio entre ambos, geralmente em partes iguais. Claro que, tal como na enfiteuse, os intervenientes podiam incluir certas cláusulas acessórias, que variavam de contrato para contrato.

Além dos referidos institutos, que se dirigiam à exploração agrícola ou a indústrias conexas (moinhos, marinhas de sal), desenvolveram-se, um pouco mais tarde, outros dois negócios que, embora tendo igualmente a terra por objecto, desempenharam, em vez disso, uma relevante função de crédito ou financeira: a compra e venda de rendas, que posteriormente receberia a designação de consignativo, e o penhor imobiliário. Ao seu desenvolvimento não foi estranha a proibição canónica e civil da usura ou mútuo oneroso, de que constituíam uma espécie de sucedâneo.

Através da compra e venda de rendas, o proprietário de um prédio, carecido de capitais, cedia a uma pessoa que deles dispusesse, em compensação de determinada soma para sempre recebida, o direito a uma prestação monetária anual imposta como encargo sobre esse prédio. O negócio representava, portanto, uma forma de investimento que teve função análoga à do empréstimo a juros, sem que fosse abrangido pela proibição da usura, ao menos em termos tão radicais.

O direito medieval português conheceu também o penhor imobiliário. Aqui, a transmissão do prédio pelo proprietário-devedor ao seu credor podia ser feita com vários objectivos: desde o de pura função de garantia e de compensação da cedência do capital, até ao de lhe proporcionar o reembolso progressivo da dívida, que se ia amortizando com o desfrute do prédio. Deste modo, o penhor imobiliário apresentou-se sob diversas modalidades. Ponto importante é o da evolução do instituto para a hipoteca de moldes romanos, ocorrida já na fase ulterior.

PERÍODO DA FORMAÇÃO DO DIREITO PORTUGUÊS MODERNO

CORRENTES DO PENSAMENTO JURÍDICO EUROPEU

a) Escola Racionalista do Direito Natural

Salientou-se que, durante os séculos XVI e XVII, a Europa conheceu duas linhas de pensamento, que se afirmaram, não só nas áreas da filosofia jurídica e política, mas também a respeito do direito internacional público. Uma delas desenvolveu-se predominantemente no mundo cispirenaico, através da Segunda Escolástica e corresponde à chamada Escola Espanhola do Direito Natural a outra teve o seu assento privilegiado na Holanda, Inglaterra e Alemanha, costumando designar-se como Escola do Direito Natural ou Escola Racionalista do Direito Natural.

Não cabe entrar aqui em desenvolvimentos quanto a saber até que ponto se trata de duas correntes interligadas ou dissociadas: As opiniões divergem. Autores modernos, como Erik Wolf, Har Welzel, Franz Wieacker e Hans Thieme, vêm sustentando que jusracionalismo laico do século

XVIII se filia no direito natural de raiz religiosa da Escolástica medieval, ainda que as suas diferenças se apresentem manifestas. A Corrente mediadora terá sido a Segunda Escolástica. Daí se deriva a importância atribuída a esta escola para a formação do direito dos tempos posteriores.

Hugo Grócio (1583/1645) é geralmente considerado fundador do jusnaturalismo moderno. Já se referiram duas das suas publicações mais valiosas: *Mare liberum* (1609), respeitante ao direito internacional público e de combate às posições portuguesas e espanholas em matéria de monopólio da navegação e do comércio relacionados com os territórios descobertos; e *De iure belli ac pacis* (1623), onde surge a construção do direito internacional público alicerçada num direito vinculativo para todos os homens e, quanto à respectiva origem, reputado racionalmente necessário. A última constitui a obra decisiva deste autor.

Estava dado o primeiro passo. Grócio, ainda manifestamente influenciado pela Segunda Escolástica, representou como que a ponte de passagem das correspondentes concepções teológicas e filosóficas para o subsequente jusnaturalismo racionalista. Tinha por si o futuro iluminista que se aproximava.

O novo sistema de direito natural seria verdadeiramente construído pelos autores que desenvolveram os postulados ínsitos na obra de Grócio, ou, quando menos, dela decorrentes. Destacam-se, a este propósito, Hobbes (1588/1679) e Locke (1632/1704), na Inglaterra, Pufendorf (1632/1691), Thomasius (1655/1728) e Wolff (1679/1754), na Alemanha. Pufendorf desempenhou um papel de relevo, "não só como o primeiro grande sistematizador do direito natural, mas ainda como o representante mais característico da época de transição do jusnaturalismo grociano para o iluminismo setecentista".

Com os aludidos autores, embora oferecendo contributos diferenciados, a compreensão do direito natural desvincula-se de pressupostos metafísico-religiosos. Chega-se ao direito natural racionalista, isto é, produto ou exigência, em última análise, da razão humana. Considera-se que, tal como as leis universais do mundo físico, também as normas que disciplinam as relações entre os homens e comuns a todos eles são imanentes à sua própria natureza e livremente encontradas pela razão, sem necessidade de recurso a postulados teológicos.

O direito natural racionalista teve uma larga influência directa sobre a ciência jurídica positiva. Deve salientar-se que se organizaram minuciosas exposições sistemáticas do direito natural, conseguidas por dedução exaustiva de axiomas básicos.

Também sob este aspecto, e não apenas quanto à fundamentação do direito natural, os juracionistas se distinguiram dos autores da escolástica renovada. Os últimos preocuparam-se, sobretudo, com a enunciação de simples princípios gerais.

b) Escola Histórica do Direito

A oposição ao direito natural clássico verificou-se também pelo caminho do historicismo. Se bem que, do mesmo passo, se negasse a validade do direito natural racionalista. Foi, inclusive, a sua excessiva afirmação que levou à Escola Histórica do Direito ("*Historische Schule der Rechtswissenschaft*"), pelos inícios do século XIX. Para a opinião dominante, insere-se no amplo e imprecisamente delimitado movimento romântico-histórico alemão dessa época.

Symboliza a origem da Escola a célebre polémica que, no ano de 1814, contrapôs A.F.J. hibaut (1772/1840), professor em Jena e depois em Heidelberg, a F. C. von Savigny (1779/1861), então reitor da Universidade de Berlim. O primeiro, representante do juracionismo tardio e consagrado romanista dogmático, defendia as excelências do direito codificado e a consequente

importância da promulgação de um Código Civil para toda a Alemanha. Subjaz à sua atitude a ideia de um lastro jurídico que assegurasse desejada restauração e unificação política alemã. Pelo contrário Savigny considerou inoportuna essa codificação unificadora, até alegando a impreparação da ciência jurídica para elaborá-la. E, se não se opunha, em termos absolutos, à ideia de um Código ao menos, tornava dependente a sua factibilidade de condições quase inatingíveis. Savigny é o nome emblemático, mas, a par dele, outros se perfilam, com relevo, talvez, para G. Hugo (1764/1844 K. F. Eichhorn (1781/1854), e J. Grimm (1785/1863).

Esta orientação contrapõe ao racionalismo o carácter necessariamente histórico do direito. Ou seja, tal como a língua e as restantes expressões culturais, o jurídico resulta de uma criação espontânea da consciência colectiva, de uma manifestação do espírito do povo ("Volksggeist"). Cada ordenamento jurídico tem atrás de si uma tradição histórica, reflecte as peculiaridades do povo respectivo, a evolução da específica realidade social.

A Escola Histórica situa-se em cheio no contexto alemão dos começos do século XIX. O sistema jurídico então vigente nesse país era constituído por leis e costumes de origem germânica, aplicando-se, a título subsidiário, o direito romano. Começou aí, dentro da Escola Histórica, um paralelo dualismo de juristas, conforme o objecto dos seus estudos, com repercussões na ciência do direito privado que chegam à actualidade. De um lado, os "romanistas", de que são exemplos Hugo e Savigny, que se caracterizam pela preocupação de transformar em sistema acabado o direito romano aplicável na Alemanha, fora da sua génese histórica. Do outro lado, os "germanistas", como Eichhorn e Grimm, que, sob inspiração de forte sentimento nacionalista, intentam edificar, em áreas jurídicas diversas das ocupadas pelos romanistas, como a comercialística, um sistema do direito alemão alicerçado na investigação das raízes tradicionais. Esta divisão revelou aspectos enriquecedores, mas também conduziu a discussões e efeitos negativos.

A bifurcação referida não impede, evidentemente, que se reconheçam em ambas as tendências os traços fundamentais que conferem unidade a toda a Escola Histórica. Antes de mais, proclama-se a ideia historicista da origem histórico-cultural do direito no "espírito" ou na índole específica de cada "povo" e bem assim a sua transformação contínua em função das circunstâncias também peculiares dos vários povos. Um postulado que se contra põe, sem rodeios, à existência de qualquer direito natural, permanente no espaço e no tempo. Daquela primeira ideia decorre a supremacia do costume, dimanação imediata da comunidade, sobre a lei. Entende-se que o costume, em rigor, não cria, antes exterioriza o direito positivo. A legislação, nascida através da mediação da autoridade do Estado, deve inspirar-se ou ter como fonte o direito consuetudinário. E, por último, em face da constante evolução reconhecida ao direito, não admira a hostilidade que se votou ao movimento codificador, olhado como um perigo de estagnação.

Não há dúvida que foi, sobretudo, a vertente romanista que revelou influência significativa no pensamento jurídico europeu. Projectou-se na Pandectística e na jurisprudência dos conceitos. Abordar estas orientações representa, ao fim e ao cabo, permanecer nos terrenos savignyanos e dos seus continuadores. Daí, a polivalência dos autores.

c) Pandectística. jurisprudência dos conceitos

Tem-se assinalado à Escola Histórica do Direito uma notória incongruência entre o seu programa e os resultados a que chegou, a teoria e a prática. Isto, enquanto se afirma uma concepção do direito como produto do povo e se admite a possível existência de direito independente dessa consciência colectiva.

Na verdade, a linha mais influente da Escola Histórica dedicou-se à elaboração de uma doutrina moderna a partir do direito romano. Ora, para preservar a coerência, entendia-se que esta obra dos juristas cabia no sentido amplo de consciência colectiva. O direito continuava a enquadrar-se na vida total do povo, quer dizer, afirmava-se o seu elemento político em contraposição ao elemento científico ou técnico.

É, assim, que a Escola Histórica chega à formulação de um direito erudito e acaba na Pandectística ("Pandektistik", "Pandektenwissenschaft"). O seu objectivo consistiu em reunir todo o universo jurídico de forma sistemática e abstracta. Salientam-se G. H. Puchta (1798/1846), A. Brinz (1820/1887) e M. Bekker (1827/1916), mas, particularmente, B. Windscheid (1817/1892). Contemporâneo deste foi R. von Jhering (1818/1892), cuja obra, desde certa altura, revela desilusão quanto à jurisprudência conceitual e abre horizontes sociológico-pragmáticos.

Verifica-se na Pandectística o retorno a um novo positivismo, aceitando-se, afinal, um critério que não está longe do adoptado pelo jusracionalismo. Com simples perspectiva científica, procura-se edificar um sistema dogmático completo e fechado, onde se encontraria resposta para todos os problemas jurídicos. Só que se esquecia a dinâmica iniludível das realidades político-económicas, sociais e culturais.

Foram enormes os reflexos da ciência pandectística em múltiplos países. Apontam-se-lhe virtudes e defeitos. Não pode duvidar-se, todavia, do grande alcance que teve no seu tempo e no futuro que se avistava. Liga-se-lhe a criação de uma extensa e poderosa dogmática jurídica do direito privado. Simboliza-a, porventura, o acolhimento alcançado pela chamada sistematização germânica do direito civil e consolidação da sua parte geral.

Convirá insistir um pouco na caracterização metodológica da Pandectística. Chega-se, por esta via, à chamada corrente da jurisprudência dos conceitos ("Begriffsjurisprudenz") e).

A Pandectística alemã propugnou a aplicação de um método sistemático à compreensão do direito, bem distante da casuística romana, deduzindo as soluções individuais dos princípios a que as mesmas são subsumíveis. O fulcro reside na teoria das instituições. Esta construção parte da análise do direito em dois planos: o das normas consagradas nos preceitos legais e o das instituições. Todas as regras particulares podem reconduzir-se a um número restrito de instituições, susceptíveis de uma índole mais sociológica, como o casamento e a família, ou mais técnica, por exemplo, a obrigação e o direito real.

Pertence à ciência jurídica, neste quadro de ideias, transformar as instituições em sistema, para o que deverá descrevê-las e encontrar as relações que com elas têm as regras jurídico-positivas. Tal redução das normas às instituições constitui o meio adequado, não só para a análise e interpretação do direito, mas também para a sua aplicação. É ainda reportando-se ao espírito das instituições que se podem preencher satisfatoriamente as lacunas da lei.

Estavam criados os pressupostos que levariam a uma progressiva acentuação conceitualista, mediante a redução do método jurídico a operações de lógica formal. Nesse encadeamento de espécies e subespécies de conceitos, desde a base até ao vértice do sistema, a ciência do direito opera ignorando a relevância das valorações extra jurídicas, qualquer que seja a sua natureza. Ficava de fora, em suma, toda a explicação "prática" das soluções legais.