

tinopola, Éfeso e Calcedónia)¹ pela equiparação das respectivas autoridades — *Gl. ad. v. Canonum*. (X.1.2.1). A distinção entre os dois direitos torna-se, contudo, absolutamente precisa em autores como Guilherme de Auxerre e S. Tomás de Aquino o que não impediu a subsistência da confusão ainda em alguns escritos tardios (por exemplo, na glosa ao *Espelho da Saxónia* — *Sachsenspiegel* —, que é já do século XIV).

35. Da lei eterna ao direito natural — Entre os autores medievais, pela importância que assumiram nos quadros do pensamento em geral e pela importância específica que lograram na cultura portuguesa, merecem na matéria referência particular Santo Agostinho e S. Tomás de Aquino.

Para Santo Agostinho, a lei eterna é a razão e vontade de Deus que manda conservar a ordem natural e proíbe que ela seja perturbada: «*Lex vero aeterna est ratio vel voluntas Dei, ordinem naturalem conservari iubens, perturbari vetans*» (*Contr. Faust.*, XXIII, 27). E a lei natural foi inscrita por Deus no coração do homem — «*Quis enim scripsit in cordibus hominum naturalem legem nisi Deus?*» (*De Ser. Dei in Monte*, II, 9, 32) —, ensinamento este último que o nosso Santo António (antigo cónego regrante²) repete no Sermão do Terceiro Domingo do Advento (*Dominica, III, de Adventu, De Epistola Missae Sermo, 2*).

De acordo com o ensinamento do Doutor Angélico, existem quatro espécies de leis — *a lei eterna, a lei natural, a lei divina e a lei humana*. A lei eterna é a própria razão de Deus, governadora e ordenadora de todas as coisas (ST., I.^a, II.^{ae}, q. 95, art. 1). Dela procedem a lei natural e a lei divina. A primeira definiu-a S. Tomás como uma participação da lei eterna na criatura racional que lhe permite distinguir o bom e o mau; como a impressão da luz divina no homem (ST., I.^a, II.^{ae}, q. 91, a. 2). Também a lei

1. V. *infra*, n.º 142

2. V. *infra*, n.º 195.

divina é uma participação da lei eterna. Simplesmente, a lei divina, constituída pelo *Velho e Novo Testamento* (ST., I.^a, II.^{ae}, q. 91, a. 5) foi por Deus expressamente revelada para que o homem pudesse sem vacilações nem dúvidas ordenar-se em relação ao seu fim sobrenatural, que é a bem-aventurança eterna (ST., I.^a, II.^{ae}, q. 91, a. 4).

O pensamento de S. Tomás será retomado por numerosos autores — inclusivamente dominará mais tarde os teólogos-juristas peninsulares dos séculos XVI e XVII. A terminologia, contudo, encontrar-se-á frequentemente alterada. Aquela realidade a que S. Tomás chama *lei eterna* aparece também designada por *lei divina*. Daqui resulta que se distingue, depois, entre *lei divina natural* (ou simplesmente *lei natural*) e *lei divina positiva*. Estas correspondem, então, à *lei natural* e à *lei divina* do pensamento tomista. — *Isa a distincção entre lei divina e lei eterna.*

36. Pluralidade de entendimentos quanto ao direito natural — O direito natural não se apresenta, assim, como um conceito unívoco; não é terminologicamente axiomático. Sobre as questões de terminologia, que implicam também já problemas de conceptualização, na Idade Média assiste-se, todavia, em volta do direito natural a uma pluralidade de noções e fundamentações, por vezes dificilmente conciliáveis ou, até mesmo, contritórias entre si.

Na esteira do ensinamento de Gajo, houve quem concebesse o direito natural como eminentemente racional; ao invés, segundo Ulpiano, o direito natural teria como base o instinto, comum a seres racionais e irracionais. É neste segundo sentido que ele aparece, por exemplo, em versão castelhana (embora não a original) das *Siete Partidas*, numa lei (P. 1, Tit. 1, Lei 2), que, aliás, foi omitida na versão portuguesa existente no *Fundo Antigo do ANTT*: «*Tanto quiere dezir en romance, como derecho natural, que han en si los omes naturalmente, e aun las otras anima-*

lias...» Entre nós, a grande orientação parece ter sido a da racionalidade. Vemo-la subscrita por Vicente Hispano¹, partindo da concepção da origem divina do direito natural e da sua existência desde a criação do homem — «*creatum fuit ius naturale in principio*», diz-se no prólogo à *Compilação I* e no prólogo às *Gregorianas*: «*creavit Deus hominem in virili aetate... et cum eo creavit ius naturale*». Vemo-la editada igualmente por João de Deus² (*Super Decreto*): «*Est itaque ius naturale quodam in humane creature a natura insita*». Também o mesmo se lê no documento de fundação por Estêvão Martins, abade de Alcobaça, de uma escola de gramática, lógica e teologia (1296): «Em todas as criaturas está posta uma luz natural de inteligência pela qual se nos facilita o caminho de podermos vir ao natural conhecimento do Criador, já deposta a escuridade da primeira ignorância: todos os homens se pudessem ser, comodamente, houveram de procurar com diligência o benefício da sabedoria.»

Esta problemática em torno do carácter racional ou não do direito natural, pela sua restrição apenas ao homem ou pelo seu alargamento aos animais, não deve ser confundida com uma outra centrada nos debates entre racionalistas e voluntaristas, debates que se situam a nível completamente distinto. Reportam-se ao direito natural como derivação da lei eterna e à concepção desta como *ratio* ou *voluntas Dei*. Enquanto um sector importante do pensamento medieval se orienta no primeiro sentido, outro (em que se destacam Duns Scotto e Ockham) alinha pelo segundo³. Entre nós, foi, sobretudo, a corrente racionalista que, por influência de S. Tomás, teve maior implantação.

Por outro lado, frente a uma *concepção sacral*, em que a lei natural (ou a lei divina positiva) se subsume, condensa ou confunde com o *Evangelho* e até com a lei mosaica, contida no *Antigo Testamento*, surge outra, «mais profana, mais filosófica», para empregarmos a qualificação de Philippe Delhaye, em que

1 e 2. V. *infra*, n.º 48.

3. V. *infra*, o vol. correspondente ao *Conteúdo do Direito e Grupos Sociais* (1.º Período).

por influência do renascimento da ideia de natureza e sob impactive dos escritores pagãos (Ovídio, Claudiano, Séneca) primeiro e, a partir do século XIII, do aristotelismo-tomista, conforme as palavras do autor citado, «a um universo sacral regido por Deus a seu bel-prazer, sucede um cosmos ordenado, feito de seres submetidos às leis naturais». E se é certo que Deus, fonte e origem de tudo e da natureza inclusive, não foi banido do processo, desde então «o direito natural, muito inspirado que seja por Deus, situa-se ao lado do direito positivo divino». Se quiséssemos personalizar estas duas correntes — o que embora metodologicamente incorrecto não deixa, todavia, de possuir valor elucidativo e esclarecedor —, poderíamos apontar, relativamente à primeira, como nome representativo, Santo Agostinho, e, para a segunda, o de Alain de Lille. Enquanto para Santo Agostinho o direito natural, síntese entre a consciência e a *graça*, foi dado por Deus desde a criação do homem, para Alain de Lille deriva-se da *natureza*, conceito vago e fluído, que, de qualquer forma, acaba ligado a Deus. Num caso, porém, o direito natural vem de Deus para o homem; noutro caso, provém da realidade das coisas, do mundo físico, para adquirir, depois, conotação moral, na medida em que a natureza é força agente de Deus (força *vicarial* ou *delegada* são expressões que aparecem nas fontes para lhes demarcar a posição relativamente à Divindade). Ou seja: além, o direito natural tem como agente e causa eficiente Deus; aqui, a natureza é o agente primário e Deus apenas causa remota.

De um ou outro modo, o direito natural medieval aparece hoje, ou muitas vezes, denominado de direito natural *teológico*, por contraposição ao direito natural da Idade Moderna, a que se dá, de hábito, o nome de *profano* (Reibstein, Welzel) ou *laico* (Verdross, Delhaye), visto que não é preciso recorrer a Deus para fundamentar a sua validade. Nesta linha, o direito natural permanece completamente à margem e é exterior a Deus.

A divergência conceptual medieval, aliás, irá ter consequências no que toca à configuração do regime concreto dos ordenamen-

tos jurídicos em referência. Assim, por exemplo, no que respeita à faculdade de *dispensa* do direito natural. Identificado com a lei evangélica, com o *direito divino positivo*, fácil se torna admitir um poder dispensatório¹ do Papa, representante terreno do Senhor, idêntico ao que detém frente à lei positiva, à lei humana. Já o mesmo não sucederá para quantos o reconduzem em primeira linha às leis da natureza, imutáveis e válidas em quaisquer circunstâncias.

37. Importância da lei divina e da lei natural no quadro normativo medieval — Para lá da querela de conceitos e da falta de univocidade de ideias quanto a estes direitos, a verdade é que eles assumem no pensamento medieval valor que nunca será demais salientar, pois condiciona todo o sector jurídico e político.

Modernamente, é certo, os juristas discutem o problema da existência de um direito reportado a Deus e do direito natural. E tem-se debatido o problema da juridicidade ou ajuridicidade da *Bíblia*, que, sobreteúdo em relação ao *Evangelho*, dividiu alguns nomes famosos do mundo do direito, como Francesco Carnelutti e Biondo Biondi. De qualquer forma, e sem tomar posição a respeito de tais questões, o que importa do prisma do historiador é salientar o facto de, no período de que nos vimos ocupando, se poder discutir o que fosse o direito ou a lei divina, mas não a existência dessa ordem jurídica. A necessidade de ela ser respeitada pelos governantes representava mesmo um dado axiomático e indiscutível. Os governantes não estavam, aliás, apenas subordinados à lei divina, mas também à lei natural. No *Decretum* afirma-se expressamente o seu primado temporal e hierárquico sobre o costume e as constituições terrenas: «*Naturale jus inter*

1. Cfr. *infra*, volume correspondente aos *Grupos Sociais e Conteúdo do Direito* (1.º Período) e o volume respeitante às *Fontes do Direito* (*Dispensa da Lei*) (2.º Período).

omnia, primum obtinet et tempore et dignitate;» «*Dignitate vero jus naturale simpliciter praevalet consuetudini et constitutione*». Essa mesma excelência sustentam dois grandes canonistas portugueses: Vicente Hispano e João de Deus. Por sobre os debates acerca da fonte e especificidade do direito natural, ele configura-se como algo de transcendente em relação aos titulares do poder e como verdadeira ordem normativa, obrigatória ou vinculatória. Tratava-se de um sector jurídico que se sobrepunha à vontade dos governantes e dos súditos, de todo e qualquer membro de uma comunidade — da Igreja ao Império, do Império aos Reinos... — por anterior ao próprio poder político e à colectividade. A subordinação do governante à lei natural representa mesmo uma ideia que, na esteira de Santo Agostinho, os autores medievais, como S. Tomás, Henrique de Gand e Godefroid de Fontaines (para citar apenas alguns grandes nomes) repetem incansavelmente¹. Era, aliás, da necessidade de sujeição da ordem jurídica humana ao direito anterior ao governante que resultava a inviolabilidade do direito subjectivo para quantos entendiam o príncipe como fonte única e exclusiva da ordem positiva — «*omnia jura habet princeps in pectore suo*» —, superior a ela — «*quod principi placuit legis habet vigorem*», «*princeps legibus solutus*» —, ou, ao menos, tendencialmente identificável com ela — «*princeps est lex animata*», «*error princeps facit jus*».

Todos estes aforismos foram conhecidos em Portugal no período medieval — incluindo o último, menos corrente e cujo eco se detecta, por exemplo, em Álvaro Pais (*De Placitu Ecclesiae*, Liv. 1, a.6) —, embora recebessem, em geral, interpretação restritiva ou atenuante. Aqui, contudo, era também, via de regra, entendimento vulgar que se o príncipe estava acima da lei positiva se encontrava abaixo da lei natural. Ensinara Egidio Romano, um dos tratadistas da *De Republica* que maior aceitação teve

1. Cfr. *infra*, n.ºs 145 e 147.

muna de toda a terra ou do logar hu sse fizesse...». Justificando a sua lei contra a vindicta privada¹, D. Afonso IV declara que a vindicta não era verdadeiro — «derecto» — costume, por contrária à lei de Deus e à lei natural. «E nos ueendo o que pediam e uisto outrosi essa ley com os da nossa Corte auído conselho sobre todo achamos que aquel custumẽ antigo que os filhos dalgo diziam que lhis fora guardado nom podia seer derecto custume. porque nom tam solamente era contra direito de deus. mays ainda era contra deryto natural» (LLP, 287, ODD., 389).

E o mesmo príncipe declarava, a propósito de certa matéria, que «serya contra ley de deus. E contra humanydade...», (ODD., 520). A partir daqui coloca-se, inevitavelmente, um problema de acatamento ou não acatamento e entra-se já no campo das relações entre o dever de obediência e o direito de resistência. Sem grandes vacilações, e seja qual for a tese que neste campo concretamente houvessem adoptado, os teóricos medievais entendiam que não se estava obrigado a observar, nem se devia observar, quanto fosse determinado em desconformidade com as normas últimas. Disse-o João das Regras, para justificar a não obediência ao rei de Castela e a sua mulher, D. Beatriz: «Nem ley nenhuã he dita ley se non he conforme com a ley de Deos (...)». (Cr. D. João I, I, C. 85). Disse-o também Álvaro Pais: «Hanc autem iustitiam colere sumum bonum est in hac vita (...)». *Leges quas sanciant reges tales debent esse ut per eas fiant homines boni et virtuos, alias non sunt leges; sed corruptiones legum* (SR., I, 96; SPE., II, 370, et passim).

Esta irá ser ainda, essencialmente, a lição do nosso Renascimento.

39. O princípio da imutabilidade e inderrogabilidade do direito divino e do direito natural — O quadro que nas suas grandes linhas de rumo e de facto se acaba de apresentar neces-

¹ V. infra, n.º 118.

entre nós, verdadeiro educador político da época: «positiva lex est infra principatem sicut lex naturalis est supra» (*De Regimine Principum*, III, 2, c. 29).

De tudo decorre como requisito e pressuposto fundamental do direito humano a imprescindibilidade da sua adequação ou conformação com as ordens jurídicas superiores e com a justiça.

Estas serão, consequentemente, o critério da própria legislação dos príncipes e o aferidor da sua actividade política.

38. Valor jurídico dos actos contra a lei divina e natural — Qual a consequência, porém, de a norma de direito humano (e, *verbi gratia*, da norma do legislador) não respeitar o preceito divino ou natural? «*Quaecumque enim vel moribus recepta sunt, vel in rescriptis comprehensa, si naturali juri fuerint adversa, vana et irrita sunt habenda*», reza o *Decretum* de Graciano, depois glosado à saciedade. Tal norma não possui, consequentemente, qualquer valor. O ordenamento positivo, incluindo não apenas as leis humanas, mas também o costume, só pode mesmo, em verdade, subsistir e obter o nome de direito desde que articulado segundo a regra divina e natural. Os próprios textos legais e os monarcas o afirmam. Na *Primeira Partida* lê-se, segundo versão portuguesa (ANTT., Fundo Antigo, n.º 2): «Desatadas nẽ desffeytas nõ deũ seer as leys per bẽ hũa maneyra saluo se ellas fossem taes en ssy que desatassen ou desffezesse o bẽ que deũ fazer. E este seeria como se lhy ouuesẽ en ellas alguã cousa que desatasse a ley de Deus ou contra o deryto do senhõryo ou contra grã prol comunal da terra ou contra bondade conhoçuda» (Tit. I, Lei 16). E são da mesma versão as seguintes palavras, em que a forma *direyto communal* equivale ao castelhano *derecho natural*: «*Outrossy dizemõs que o custume que o poboo quer poer e usar del «deue ser» com direyta razõ e nõ contra ley de Deus nẽ contra o ssenhoryo nẽ contra o deryto communal nẽ contra prol com-*

sita, todavia, de ser retocado pela consideração de outros vectores que lhe esbatem os tons e enfraquecem as linhas de contorno.

Se a afirmação de que o direito divino não pode ser derogado (*tollit*), sofreu brecha e aquele ordenamento foi sujeito a interpretação, restrição e adição, a verdade é que ela se manteve como princípio. O mesmo se pode dizer, *mutatis mutandis*, quanto ao direito natural. É para o direito das gentes.

A imobilidade e eternidade (e, como consequência, a irrevogabilidade) do direito divino e do direito natural — desde cedo afirmada, como vimos, no *Decretum* de Graciano¹ (*rec variatur tempore, sed immutabile permanet*) e já antes por Santo Isidoro — conduziria a uma petrificação, estagnamento ou anquilosamento. Por isso, os intérpretes (teólogos e canonistas) foram obrigados a procurar vias de flexibilidade e acomodação. Enquanto os teólogos estabeleciam, a respeito do direito divino, uma distinção entre *preceitos móveis e imóveis* (aqueles com diversa possibilidade de modificação, consoante a sua natureza), os canonistas distinguiram, relativamente às normas jusnaturalísticas, entre as que *preceituum oī dītam*, as que *proibem* ou *interdizem* e as que *demonstram*, *aconselham* ou *permitem*. Apenas a norma que *praecipiat quod prodest*, e a que *prohibet quod laedit*, isto é, a norma imperativa que ordena ou impede, seria intocável. Era esta a tomada de posição, entre outros, de Vicente Hispano. Comentando a decretal² *Cum tanto sint graviora*, em que Gregório IX nega que o direito natural possa sofrer derrogação pelo costume, escreveu ele: «*Hoc (ius naturale) non tollitur per civile quia civilis ratio civilia tollit, non naturalia... et nota quod ius divinum novi et veteris testamenti quoad precepta et prohibitiones non potest inmutari per ius positivum vel consuetudinem... quantum ad demonstrationes potest*». Vicente Hispano, para mais, não se esquece de recorrer a Graciano a fim de decla-

1 e 2. V. *infra*, n.º 44.

rar que apenas aparentemente ou superficialmente as *demonstrationes* se apartam do direito natural, visto que sempre obedecem ao seu espírito — «*secundum superficiem videantur esse mutata, tamen secundum moralem intelligentiam mutabilitatem nescire prebantur*».

Outra separação tinha lugar, quanto ao direito natural, em preceitos *primários* e *secundários*, os últimos reconhecidos em geral como susceptíveis de certa variação. Discute-se actualmente se a lei natural é apenas constituída por princípios gerais (Capitant, Janssens, Le Fur, Martyniak) ou inclui também princípios mais especificamente formulados (Sertillanges, Lottin, Jolivet, Maritain), sendo para alguns dos seguidores desta segunda opinião (Sertillanges, Lottin, Jolivet) os últimos susceptíveis de certa variação.

S. Tomás, esse, distinguia entre princípios gerais ou *primários*, uns auto-evidentes para todos (*propositiones per se notae quoad se et quoad nos*) e outros auto-evidentes mas não imediatamente para todos (*propositiones per se notae quoad se*). Para além dos *principia naturaliter cognita*, de ordem geral, existiam outros mais particulares, que S. Tomás designa *preceitos secundários*. Vêm eles diversamente definidos na sua obra e, *verbi gratia*, pela cognoscibilidade, como conclusões em relação aos *preceitos primários* (*conclusiones ex his derivatae*). Quanto aos *preceitos secundários*, admite, precisamente, S. Tomás uma certa possibilidade de variação, parecendo, contudo, ser de fazer entendimento bastante restritivo do seu pensar, conforme propôs R. A. Armstrong (casos de modificação na estrutura intrínseca da sociedade).

Seja como for, interessa é considerar que historicamente se admitiu a variabilidade de uma parte do direito natural, embora meramente aparente ou superficial, o que permite compreender e justifica a possibilidade de determinada acção ser considerada num momento conforme e noutro contrária àquele direito. O espírito dele devia, porém, permanecer intacto.

Não se processou a tarefa exegética apenas mediante as distinções acabadas de referir, mas também com auxílio ao instituto da dispensa (*dispensatio*)¹. Ainda neste campo com uma posição de intransigência doutrinal e lógica que não admitia a dispensa do direito divino e nem sequer a do direito natural — Simão de Bisignano dirá que «*ius naturale derogationem vel dispensationem non patitur*», e o nosso João de Deus (*Super decreto*) proclama que as suas proibições «*nulla dispensatio tollitur*» —, veio enfrentar-se uma outra que em nome de critérios de equidade (*dispensatio est aequitas contra ius rigorem introducta*) admitia a excepção à regra, desde que houvesse *causa*. Esta era entendida mais ou menos rigoristicamente. Uns, como Uguccio e Giovanni de Faenza, exigiam *magna causa* (necessidade e utilidade comum); outros, de que é exemplo João Teotónico, contentavam-se com uma *causa probabilis*²; outros ainda, a maioria, com *justa causa*.

Facilitaram as apontadas linhas de flexibilidade, a partir da relação do direito divino e do direito natural com o Sumo Pontífice, por um lado, a ideia de que sendo este representante de Deus lhe estava conferido o próprio poder do Senhor (*papa potest facere quicquid Deus potest*)³; por outro, a confusão entre o direito natural e o direito divino (entenda-se *positivo*).

40. Direito suprapositivo e supralegal. O «ius gentium» — O estudo histórico do direito implica, assim, a consideração de uma ordem jurídica que ultrapassa os governantes, de uma ordem suprapositiva que se estende a todos. Por isso mesmo (para lá da lei eterna cuja universalidade era óbvia), não faltou quem, a propósito do direito natural, o qualificasse como lei ou *direito comum*. Em tal sentido, escreve D. Durando Pais, *magister artium* pela Sorbona e aí catedrático, bispo de Évora, autor

1. Cfr. *infra*, volume respeitante aos *Grupos Sociais e Conteúdo do Direito* (1.º Período) e o volume relativo às *Fontes do Direito* (2.º Período), na parte respeitante à *Dispensa da Lei*. 2. V. *infra*, n.º 87, b). 3. V. *infra*, n.º 128 e s.

de um comentário ao tratado *Da Economia* atribuído a Aristóteles e falecido cerca de 1283, ao referir os deveres recíprocos de fidelidade entre marido e mulher: «*É esta a lei comum, ou, por outras palavras, a lei natural*». Por seu turno, em versão portuguesa da *Primeira Partida*, a expressão *derecho natural* do texto castelhano foi substituída, como já se viu, por *derecho comunal* (Cfr., nessa versão, o Título II, Lei 5). Para além disso, porém, haverá que ter em consideração, pelo que já atrás largamente ficou escrito, preceitos que, sendo de origem humana, contudo, se situam para lá do espaço nacional ou do espaço político concreto — o que se designará, abreviadamente, por direito *supra regna*, com o qual iniciaremos o estudo do primeiro período do nosso curso, servindo as considerações registadas sobre a justiça, o *direito divino* e o *direito natural*, como pano de fundo ou substracto comum.

Impõe-se, contudo, antes de o fazermos, ainda uma referência ao direito das gentes (*ius gentium*). Este situa-se, precisamente, entre os dois planos, na medida em que, consequência ou extensão do direito natural, é já direito humano, mas universal ou para-universal.

Do ordenamento jusnaturalístico provém, de facto, por via diversa, o *direito das gentes* e o *direito civil*. Quanto ao primeiro, deriva-se a modo de *conclusões*; o segundo, como *determinações*. Mas aquele constitui norma comum a todos os povos, havendo também quanto a ele que distinguir entre preceitos primários (*ius gentium primaevum*) e preceitos secundários (*ius gentium secundarium*), os primeiros apenas passíveis de *nuda interpretatio*, os últimos susceptíveis de abrogação *ex causa*.

Resta dizer que o *ius gentium* era concebido como direito cós-tumeyro (o costume da humanidade), posterior ao direito natural e anterior a toda e qualquer lei escrita (*ius constitutionibus*).

Se o direito natural existe desde os primórdios do género humano, o *direito das gentes* aparece depois do pecado original e em consequência dele.

BIBLIOGRAFIA: — MARTIM DE ALBUQUERQUE, *Santo António, o Direito e o Poder*, sep. do *Itinerarium*, 1983; G. AMBROSETTI, *Diritto Naturale Cristiano*, Roma, 1964; R. A. AMSTRONG, *Primary and Secondary Precepts in Thomistic Natural Law Teaching*, The Hague, 1966; AUBERT, *Le Droit Romain dans l'Oeuvre de Saint Thomas*, Paris, 1955; MOSES BENSABAT, *AMZALAK, D. Durando Pais e o seu Comentário ao Tratado «Da Economia» Atribuído a Aristóteles*, Lisboa, 1955; FRANCISCO CARPINTERO BENITEZ, *Del Derecho Natural Medieval al Derecho Natural Moderno: Fernando Vasquez de Menchaca*, Salamanca, 1971; *Historia del Derecho Natural*. Un Ensayo, México, 1999; R. W. e A. J. CARLYLE, *Political Theories of the Middle Age*, Cambridge, 1938, II; D. COMPOSTA, «Il diritto naturale in Graziano», in SG., II; ENNIO CORTESE, *La Norma Giuridica. Spunti Teorici nel Diritto Comune Classico*, Milão, 1962, I; S. COTTA, *Il Concetto di Legge nella Summa Theologiae di S. Tommaso d'Aquino*, Turim, 1955; PHILIPPE DELHAYE, *Permanence du Droit Naturel*, Louvain-Lille, 1967; A. P. D'ENTREVES, *Natural Law. An introduction to Legal Philosophy*, trad. ingl., London, 1970; JOSÉ DE AZEVEDO FERREIRA, *Alphonse X. Primeira Partida. Édition et Étude*, Braga, 1980; OTTO VON GIERKE, *Giovanni Althusius e lo Sviluppo Storico delle Teorie Politiche Giustinianistiche*, trad. ital., Torino, 1974; JAVIER HERRADA, *Historia de la Middle Ages*, trad. ingl., Cambridge, 1938; JAVIER HERRADA, *Historia de la Ciencia del Derecho Natural*, Pamplona, 1996, 3.ª ed.; EUSTAQUIO GALAN Y GUTIERREZ, *Los Navarros*, Madrid, 1961, I e II; HANS Kelsen, *A Justiça e o Direito Natural*, Coimbra, 1979; Ch. LEFÈVRE, «*Naturel (Droit)*», in *DDC.*, VI; O. LOTIN, *Le Droit Naturel Chez Saint Thomas et ses Prédecesseurs*, Bruges, 1931; ANA MARIA BRACINHA DE LIMA MACHADO, *Vicente Hispano. Aspectos Biográficos e Bibliográficos*, Lisboa, 1965; MONTEMAYOR, *Storia del Diritto Naturale*, Nápoles, 1910; F. OLGIATI, *Il Concetto di Giuridicità in San Tommaso d'Aquino*, Milão, 1955; OSBERNO, «*Epistola de Expugnatione Olisiponis*», in *Conquista de Lisboa aos Mouros. Narrações pelos Cruzados Osberno e Arnulfo*, Lisboa, 1936, 2.ª ed.; ALVARO PAIS, *SPE.*, Lião, 1517 e Lx., 1988-1997; RAFAEL GOMES PEREZ, *La Ley Eterna en la Historia. Sociedad y Derecho Según San Agustín*, Navarra, 1972; REGINALDO PRZORNI, *Diritto Naturale e Diritto Positivo in S. Tommaso d'Aquino*, 3.ª ed., Bolonha, 1999; MIGUEL LOPES ROMÃO, *A formação do conceito de Ius Naturale Pré Cristão*, separata de «*Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Raúl Venturas*», Lisboa, 2003; A. ROTTÁ, «*Il decretista Egídius e la sua concezione del diritto naturale*», in SG., II; FRANCISCO ELIAS DE TEJADA SPINOLA, *Las Doctrinas Políticas en Portugal (Edad Media)*, Madrid, 1943; LEO STRAUSS, *Natural Right and History*, Chicago, 1953; M. VILLEY, «*Le droit naturel chez Gratien*», in SG., II; HANS WELZEL, *Introducción a la Filosofía del Derecho. Derecho Natural y Justicia Material*, Madrid, 1971.

CAPÍTULO II

DIREITO POSITIVO «SUPRA REGNA». O DIREITO CANÓNICO E O DIREITO ROMANO

41. Noção introdutória — Entre os ordenamentos jurídicos que importa estudar nesta primeira época, o direito canónico tem lugar de relevo. Trata-se de um direito que poderemos designar por supra-estatal, tomando a expressão apenas com vista à comodidade expositiva e no sentido de algo que se encontra num plano superior ao dos reinos ou áreas políticas diferenciadas então existentes. Na verdade, e como já houve oportunidade de frisar, no primeiro período da história do direito em Portugal encontramos ainda longe da figura jurídico-política do Estado. Aparecem-nos, sim, figuras antecedentes e alternativas como «*regnum*», «*respublica*», «*satus rei publicae*», *coroa*...

Esta precisão terminológica e conceptual deve ter-se como presente e subjacente ao longo de toda a exposição, sob pena de se cair em distorções, equívocos, erros.

Numa primeira aproximação e de acordo com uma definição-corrente, o *direito canónico* pode ser genericamente apresentado,

como o conjunto de normas jurídicas relativas à Igreja. Mais exactamente, é, como diz Van Hove, autorizado *ius canonista*. O complexo de cânones ou leis estabelecidas, propugnadas ou aprovadas pela autoridade eclesiástica, para recta instituição da sociedade eclesiástica. Relativamente a estas e outras definições similares, impõe-se algumas observações. Uma terminológicas. Outras de fundo.

Começaremos introdutoriamente por registar que para designar a ordem jurídica considerada se usaram, por vezes, outras expressões: direito divino (*ius divinum*) — fórmula que se encontra, *verbi gratia*, em autores como Rufino ou Estêvão Tornacense; direito pontifício (*ius pontificium*) — por oposição ao direito imperial ou cesáreo (*ius caesareum*)¹; direito das Decretais (*ius Decretalium*) — tomando-se aqui a parte pelo todo, já que as Decretais representavam apenas um tipo normativo dentro da actividade legislativa da Igreja (aliás, objecto, como veremos, de sucessivas compilações)²; direito eclesiástico (*ius ecclesiasticum*)...

Seguidamente, impõe-se explicitar o significante cânone. Por cânone, significa-se norma ou regra — quer em sentido físico quer moral. Particularmente — e na acepção que temos aqui em vista — opõem-se as normas que são os cânones, às normas que são as leis civis ou seculares.

Na Idade Média, todavia, por cânones entendiam-se, consoante a lição fundamental de Graciano, os decretos do Sumo Pontífice e as estatuições dos concílios: «Os cânones, uns são decretos dos pontífices e outros estatutos dos concílios» (*Canonum alii sunt decreta Pontificum, alii statuta conciliorum*).

Posto isto, atentemos no facto de materialmente tais definições traduzirem sobretudo uma concepção normativista da ordem jurídica canónica, em prejuízo das concepções decisionísticas e sobretudo institucionalistas³ — ou, quando não, dos aspectos ou vertentes de cada uma destas naturezas correlativas, aceites,

1. V. *infra*, n.º 75-76.

2. Cfr. *infra*, n.º 46.

3. V. *infra*, n.º 202.

conexos ou encastoados no complexo normativo-abstracto. Nós incluímos-los na definição. O desenvolvimento cronológico do direito canónico ressalta quanto pretendemos exprimir.

Admitido geralmente pelos jushistoriadores canonicos, correspondentemente à ideia de ordem jurídica como conjunto de normas e com abstracção da juridicidade da Bíblia e dos preceitos evangélicos¹, poder falar-se de um ordenamento canónico só a partir do séc. IV, a periodificação respectiva é nos apresentada de diferentes maneiras. De acordo com uma orientação corrente haverá a separar o direito antigo; o direito clássico; o direito pós-clássico, também designado frequentemente por moderno, expressão usada ainda, de forma circumscrita, para designar o direito canónico posterior ao Codex Iuris Canonici (1917).

Se quanto ao primeiro período o termo inicial resulta da própria natureza das coisas, já o termo final (e inicial do segundo) não é fixado de forma unânime. Há quem o reconduza ao Decreto do Graciano², atentando sobretudo no facto de com ele se poder começar a falar de um esforço desenvolvido pelo papado para a compendiação das fontes, ou pelo facto de este monumento traduzir uma maior «cientificidade» no entendimento e organização das fontes — como há quem pretenda terminar o primeiro período, e começar consequentemente o segundo, com a publicação das Decretais de Gregório IX³, por se tratar da primeira compilação simultaneamente oficial e fundamental de direito canónico, preferindo alguns autores atender não às colecções de fontes mas a fenómenos institucionais profundos, que tanto vale dizer às causas e não a efeitos. Para quem assim pensa a separação entre o direito antigo e o direito clássico deve reconduzir-se ao movimento centralizador da Igreja, à fenomenologia da respectiva organização interna⁴, com a progressiva reclamação de independência institucional face ao

1. V. *supra*, n.º 33.

2. V. *infra*, n.º 46, b).

3. V. *infra*, n.º 46, a).

4. Cfr. *infra*, n.ºs 183-188 e 193-195.

poder civil, traduzida nomeadamente na luta pelas investiduras¹, movimentos estes que encontram expressão vinculada nas reformas gregorianas do séc. XI².

O termo de separação entre o segundo e o terceiro período coloca-o geralmente a canonística no Concílio de Trento — pelo que ultrapassa o âmbito temporal agora em consideração.

Uma outra linha, mais matizada, refere: a) os séculos I a III, aos quais nega a existência de fontes jurídicas em sentido formal, embora aceite a existência de elementos embrionariamente jurídicos e referidos nos textos posteriores da chamada *Traditio Apostólica*, onde se poderão apreender as formas institucionais da vida das Igrejas Orientais pré-niceanas, estruturadas localmente «em relações de comunhão», com exercício pelos bispos do «governo pastoral», podendo dizer-se que a disciplina se cria a si própria³, a partir dos ditames evangélicos; b) a «Idade dos Padres», (séc. IV-VI), período em que a «distinção entre organismos da Igreja e do Império ainda não é nítida» e no qual surge uma pluralidade de «normas novas», provenientes de várias categorias de concílios, bem como de origem pontifícia e episcopal, a que se agregaram normas editadas pelos imperadores sobre matéria eclesiástica (nomocanones), sendo tudo progressivamente reunido em colecções, tanto no Oriente como no Ocidente; c) A época dos reinos bárbaros (séc. VII-XI), com o céseropapismo de Carlos Magno, (cujas proporções nos parecem discutíveis), o isolamento das igrejas peninsulares e das ilhas de além Canal em relação a Roma, que desenvolveram disciplinas próprias, procurando a Sé Romana assegurar a respectiva influência na cristandade mediante o envio de legados pontifícios, a missionização, o combate às investiduras, a centralização papal, com reformas eclesiais profundas, como as de Gregório VII⁴, assistindo-se ao amadurecimento de uma nova mentalidade «sistemática e científica», conjunta à organização de colecções

1 e 2. V. *infra*, n.º 188.

3. V. *infra*, n.º 202.

4. V. *infra*, n.º 202.

canónicas e à revisão de texto anteriores, com o fabrico no séc. IX de textos apócrifos, colecccionados com autênticos, para afirmar a independência da Igreja face ao temporal e destinados a preservá-la em relação aos movimentos feudais¹; d) idade da síntese canónica da Europa (séc. XII-XIV) mediante a elaboração de um direito compendiado no *Corpus Iuris Canonici* e consagrante de formas processuais novas (processo inquisitorial e admissão de recursos), que disciplinou as enormes mutações e clivagens históricas da época: cruzadas, pressão do Islão, renovação artística e científica, nomeadamente traduzida no fenómeno universitário, crises heterodoxas, o cisma eclesial, afirmação da autonomia do poder civil, aparecimento dos mendicantes (S. Rodrigues, 2000, 74, ss.). Formalmente aparece-nos então, ou pelo menos é então divulgada (séc. XII), a expressão *ius canonicum*, invocando-se antes os cânones ou expressões como *canon statuta*, *forma*, *disciplina*, e, a partir do séc. IX, *canonica sanctio*, *lex canonica*, *canon iura*; e) séc. XV e XVI até ao Concílio de Trento (1545-1564), idade de sedimentação do direito anterior, do impacto das Descobertas, com uma nova conceptualização da Igreja, o fim do cisma e a eclosão da reforma protestante — período ultrapassante já dos presentes limites.

Le Bras toma como marco de separação do segundo período relativamente ao terceiro a consolidação e generalização da influência do direito romano no direito canónico, colocando-o cerca de 1190, ou seja num termo intermédio entre o Decreto graciano (*circa* 1140)² e as Decretais de Gregório IX (1234)³.

O alcance dos critérios referidos impõe o respectivo preenchimento com recurso à exposição relativa às fontes do direito canónico, a que seguidamente se procederá. Mas desde já se diga que a problemática inerente traduz, ao menos tendencialmente e pela multiplicidade de ângulos envolvidos, a problemática genérica do direito canónico.

1. Cfr. *infra*, n.º 46, a).

2. V. *infra*, n.º 48, c).

3. *Infra*, n.º 46, b).

42. Fontes do direito canónico — Estabelecida a noção de direito canónico, ocupar-nos-emos agora das suas fontes. Isto é, dos modos de formação e revelação deste direito. Os significantes «fonte de direito» designam vários significados. Assim, podem referir-se: aos órgãos de criação do direito (causas eficientes, na terminologia canónica, ou fontes *essendi*, *existendi* ou *materiales*); ao processo da sua elaboração (*modus*); aos textos ou documentos onde se regista o direito (*fontes cognoscendi*; *notitiae* ou *fontes formales*, assentos), cumprindo aqui referir que a autonomia desta categoria relativamente à anterior se reporta apenas a aspectos materiais, visto cada um dos respectivos monumentos constituir uma simples forma de consagração ou expressão de aqueles.

43. As causas eficientes do direito canónico são: Deus; os Apóstolos; as assembleias conciliares; o papa e o clero; a consciência colectiva dos fiéis; as autoridades leigas, quando as respectivas estatuições tenham objecto eclesial ou sejam recebidas e aprovadas pela autoridade eclesiástica.

Classificando-se os assentos relativamente às fontes de onde provêm é habitual enumerar-se a Escritura (Bíblia)¹, a tradição², onde se contêm os princípios estabelecidos por Cristo e pelos Apóstolos³; os cânones conciliares⁴; os princípios sancionados nas constituições pelos papas⁵; o costume, ou seja os princípios derivados directamente da consciência colectiva dos crentes⁶, fácil sendo ver nesta enumeração uma ideia de ordem jurídica canónica como ordem normativa abstracta e centralizada. Parece-nos, porém, muito unilateral e incompleta tal referência: assim havemos ainda de considerar as determinações de todos os membros da Igreja com poderes jurisdicionais⁷, sejam exercidos colectivamente em concílios nacionais, provinciais, em sínodos episcopais, arceidiagais e arceprestrais⁸, ou em capitulos regulares, sejam

1 e 2. Cfr. *infra*, n.º 43. 3. Cfr. *infra*, n.º 43. 4. Cfr. *infra*, n.º 44, b).
5. Cfr. *infra*, n.º 44, a). 6. V. *infra*, n.º 45, a). 7 e 8. V. *infra*, n.º 183-185.

praticados como *munus singulari*¹. Aqui caberá ainda referir os preceitos outorgados pelos fundadores de institutos regulares, como disciplina a ser observada pelos que a ingressam em tais corporações (regras)². Também as sentenças eclesiais³ nos parecem de mencionar, pois delas resultam igualmente normas, embora específicas. E não se poderão ainda omitir os *nomocânes*⁴ — em relação aos quais se pode discutir serem fontes de direito canónico, ou apenas fontes com objecto eclesial. Ademais haverá a registar a doutrina, entendido o termo como referido ao produto da actividade científica dos doutores⁵.

Relativamente às *fontes cognoscendi* a doutrina tradicional agrupa-as de acordo com a divisão em períodos acolhida (fontes de direito antigo, fontes de direito clássico — ou novo — fontes de direito moderno — ou novíssimo..., por exemplo), tomando em consideração uma visão normativa-legislativa do direito canónico, visto se reportar a colecções de «Leis da Igreja», i. e. cânones, decretos e decretais⁶, de acordo com o entendimento expresso já na Idade Média pelos decretistas, para os quais o direito canónico se identificava com o conjunto de «leis eclesiásticas» (Schulte, 1956, I, 29 e 255).

Uma outra classificação das fontes canónicas atende à territorialidade: ao direito universal, geral ou comum, aplicável em todo o orbe, contrapõe-se o direito particular, vigente apenas numa ou mais circunscrições determinadas⁷. O primeiro compreende além das estatuições de direito divino, os actos pontifícios de carácter eucuménico, as estatuições dos concílios eucuménicos, a tradição e o costume universal, as regras de institutos regulares com essa vocação; no segundo incluem-se as constituições papais de âmbito não universal, os cânones dos concílios nacionais, provinciais, diocesanos, os sínodos arceprestrais e arceidiagais⁸, as

1. V. *infra*, n.º 184 e s. 2. V. n.º 183-186, 189 e 190. 3. Cfr. *infra*, n.º 189, 190, 194 e 195. 4. Cfr. *infra*, n.º 50, 165, 166 e 183. 5. V. *infra*, n.º 45, b).
6. V. *infra*, n.º 44. 7. Cfr. *infra*, n.º 43-46 e 47. 8. Cfr. *infra*, n.º 183, 184, 185 e 192. 9. V. *infra*, n.º 184.

determinações fundadas em poderes jurisdicionais circunscritos seja a um território¹, seja a categorias delimitadas de fiéis, os costumes eclesiais locais, os estatutos capitulares não gerais, as concórdias e as concordatas².

O facto de parte do ordenamento canónico se aplicar a todos os fiéis em geral, ou somente a alguns, leva também a distinguir conforme o âmbito pessoal da respectiva vinculação. Por fim, separa-se no direito canónico o direito comum, entendendo-se por tal aquele que deve ser observado de maneira habitual, e o direito especial ou singular (*ius speciale vel singulare*), consagrante de uma excepção, restritiva ou extensivamente (Naz, DDC, IV, 1446).

Algumas das distinções referidas têm permitido falar de direito canónico das diferentes nações (direito canónico português, francês, etc.), tanto mais que durante a Idade Média não só se verificaram episódios de sujeição eclesial a diferentes príncipes, como se assistiu à progressiva nacionalização dos fenómenos eclesiais de natureza institucional, conforme aconteceu entre nós com a progressiva autonomia episcopal face aos bispos dos reinos vizinhos⁴ e a autonomia progressiva do nosso clero regular em relação às dignidades estrangeiras⁵. Trata-se, porém, de uma ideia controversa, em confronto com a concepção da Igreja como *corpus mysticum*, em si mesmo indivisível, havendo de julgar-se apenas como relativa a aspectos particulares de natureza jurisdicional (no sentido de poderes de governo eclesial⁶) correspondentes à necessária adaptação a comunidades determinadas.

Em si mesmo, como ordenamento global, o direito canónico é ecuménico.

Quanto fica referido há-de conjugar-se com o seguidamente exposto, de forma a preencherem-se materialmente algumas

1. V. *infra*, n.ºs 192 e s.

2. V. *infra* n.ºs 189, 190, 195 e 196.

3. V. *infra*, n.º 47.

4. V. *infra*, n.ºs 135, 183, 192, 195 e 196.

5. V. *infra*, n.º 183.

6. Cfr. *infra*, n.º 183.

noções formais antes enunciadas, bem como quanto se assinala nos locais subsequentes para onde remetemos já, a fim de se evitarem repetições escusadas.

Na exposição das fontes consideraremos o critério que as separa em fontes do direito comum ou universal e fontes de direito particular, como forma de articularmos a exposição com a relativa à «administração» da Igreja no nosso Reino¹.

43. Sagrada escritura e tradição. — Entre as fontes de direito canónico de direito comum ou universal em razão do autor revestem especial importância as *Sagradas Escrituras* e a *tradição*.

a) Aquelas abrangem o *Antigo* e o *Novo Testamento*. O primeiro contém *preceitos cerimoniais* (respectantes ao culto), *preceitos judiciais* ou *revelatio mosaica* (concernentes ao povo de Israel enquanto sociedade *qua tali*) e *preceitos morais*. No *Novo Testamento* há *preceitos de direito divino* (isto é, estatuições obrigatórias dos Evangelhos); de *direito divino-apostólico* (desenvolvimentos dos preceitos de direito divino levados a cabo pelos apóstolos — «*Praeceptum non ego, sed Dominus*»); e de *direito apostólico* (ditados pelos apóstolos na sua actividade evangelizadora e em virtude do seu poder legislativo, — «*sed ego dico non Dominus*»², Cor., VII, 9-12). As Sagradas Escrituras correspondem os livros seguintes, de acordo com a fixação do Concílio de Trento³: os quatro Evangelhos; Actos do Apóstolos; catorze Epístolas de S. Paulo; duas Epístolas de S. Pedro; três Epístolas de S. João; uma de S. Tiago; uma de S. Judas; o Apocalipse.

As disposições de Cristo valem para sempre. O Antigo Testamento só obriga quando a elas conforme, seja directa, seja fácticamente. Por isso já se tem dito que os Evangelhos constituem a lei fundamental da Igreja (*fons primarius iuris*). Os desen-

1. Cfr. *infra*, n.ºs 182 e s.; 192 e 196. 2. Cfr. *infra*, n.º 183.

3. V. *infra*, o volume correspondente à *Comunidade e Fontes do Direito* (2.º Período).

volumentos posteriores, estabelecidos pelas autoridades eclesiásticas, hão-de ser-lhe conformes, retirando a legitimidade da sua correspondência à verdade revelada. Quanto ao direito natural, dedutível pela razão e correspondente à natureza humana¹, tem-se discutido se faz ou não parte do direito canónico, pois, embora conserve o seu valor próprio e a respectiva vigência, manterá autonomia.

b) A tradição, conhecimento translático, escrito ou oral, de um acto de autoridade, classifica-se de várias formas. Nomeadamente, fala-se em tradição *inhesiva*, *declarativa* (ou *interpretativa*) e *constitutiva*, consoante se reporta a matérias *explícitas*, *implícitas* ou *nem implícitas nem explicitamente* versadas pelas *Sagradas Escrituras*—

Uma outra classificação separa a tradição em divino-apostólica — constituída pelos preceitos de origem divina, que os Apóstolos se limitaram a promulgar; em apostólica — cujos preceitos tem por autores os próprios Apóstolos; e em puramente apostólica ou eclesiástica — correspondente às regras jurídicas introduzidas nos primeiros tempos da Igreja, após a «idade apostólica». Sendo, por vezes, difícil separar estas três categorias, noutros casos há entendimento ao menos tendencialmente pacífico, como sucede com o respeito pelo domingo, em detrimento do *sabat*, atribuído à tradição apostólica.

Numa outra perspectiva reconduz-se a tradição às doutrinas que, estabelecidas primitivamente de viva voz, foram conservadas e transmitidas por meios diversos dos Evangelhos. Esta formulação da tradição assenta em duas considerações: a) de sete Apóstolos não possuímos qualquer escrito, sendo certo terem fundado Igrejas, que se mantiveram para além deles, conservando com a fé os respectivos ensinamentos, só tardiamente havendo alcançado o conhecimento do Evangelho, mediante a tradução nos respectivos idiomas; b) haver o cristianismo sido

1. Cfr. *supra*, n.ºs 31 e s.

estabelecido e divulgado pela pré-dica e de viva voz, transmitindo-se os seus ensinamentos oralmente e de acordo com a prática respectiva — o que obriga a atender à maneira como foram tradicionalmente observados.

Na pena de alguns autores um outro factor leva ainda ao respeito da tradição pela Igreja: só com recurso a ela se pode estabelecer a integridade e autenticidade dos livros santos, bem como suprir muitas dificuldades de interpretação.

Posto isto, importa referir o facto de livros dos Padres da Igreja serem a fonte principal da tradição, entendendo-se como Santos Padres «os escritores que ilustram a Igreja com as suas obras, distinguindo-se pela piedade e dedicação ao cristianismo e que a própria Igreja considera como tais» — ou seja, cujas obras hajam sido por ela tidas como expressão de comunidade com a fé, pois só assim tais autores poderão dar testemunho.

Em qualquer caso, deve prevenir-se que aos Santos Doutores não é devido assenso pleno. Só lhes corresponde autoridade doutrinária. Marcon-o o próprio Santo Agostinho numa epístola a S. Jerónimo. Seja qual for o peso da autoridade e santidade de tais autores, dizia o Bispo de Hipona, não julgo verdadeiro o que dizem só por o facto de o assegurarem — mas se me poderem convencer com recurso a autoridades santas ou mediante razões prováveis (*Epist. 97. V. tb. Epist. III ad Cresc. e cap. 32 Lib. ad Cres.*)¹. Daqui o recurso à unanimidade moral dos Santos Doutores como forma de provar a tradição. Daqui, também, a necessidade de uma crítica textual e histórica para estabelecer a genuinidade do texto, cuja enunciação dos severos preceitos está para além das possibilidades destas lições. Importa só dizer que sendo a tradição forma revelante do Novo Testamento, por si integrado — tal como as demais partes das Sagradas Escrituras — ela é também *fons primarius iuris*.

1. Sobre o sentido do termo *provável* e quanto a tal atitude crítica cfr. *infra*, n.ºs 87, b) e 4.

44. Decretais, Cânones — a) A necessidade de completar a Revelação com normas adaptadas aos tempos e às circunstâncias da Igreja, levou naturalmente ao recurso à autoridade do sucessor de Pedro, a quem Cristo confiou a Igreja, o papa¹, para prover conforme os casos, enquanto *fontes iuris*.

Na Idade Média designaram-se correntemente — v.g. entre nós — «decretos» os textos normativos pontifícios, *nomem* esse que corresponde à terminologia latina *epistola decretales*, expressão bem evidenciadora da ideia de comunicação rectora e que, sendo utilizada para designar uma ordem ou decisão obrigatória, serviu também para referir o texto respectivo (fonte formal ou assento).

Relativamente a tal significante, de sentido amplo e genérico, abriram-se, porém, distinções. Correntemente, separaram-se as *epistolae decretales*, *stricto sensu*, dos decretos pontifícios. Às primeiras correspondia a índole dos rescritos — resposta à consulta de alguém, fosse a estatuição determinada pelo papa sozinho ou com os cardeais. Ensinou-o, nomeadamente, a glosa ao Decreto de Graciano (*quiam statuit Papa vel solus vel cum cardinalibus ad consultationem alicuius*). As segundas, designavam um ditame pontifício por conselho dos cardeais, independentemente de qualquer consulta (*motu proprio*). Disse-o a mesma fonte: «*quod Papa statuit de consilio cardinalium suorum ad nullius consultationem*». A terminologia *decreta* foi, aliás, aplicada para designar os actos do papa por oposição aos estatutos conciliares.

A distinção entre decretal e decreto terá entrado em ocaso por volta do séc. XIII. Gaudemet, porventura de forma demasiado linear, ensina que ela não sobreveio aos primeiros decretalistas². O termo decretal passou então a designar genericamente a norma ou comando pontifício, consagrando a doutrina uma nova especificação. Conforme o âmbito da provisão e dos destinatários assim se qualificou a decretal em geral ou especial. A primeira era dirigida à generalidade dos fieis, a segunda a um

1. Cfr. *infra*, n.ºs 127-131, 134, 136 e 145. 2. V. *infra*, n.º 45, b).

círculo delimitado ou mesmo a uma pessoa individual, distinção esta que sendo já praticada pela Glosa nos finais do séc. XII se terá vulgarizada centúria imediata.

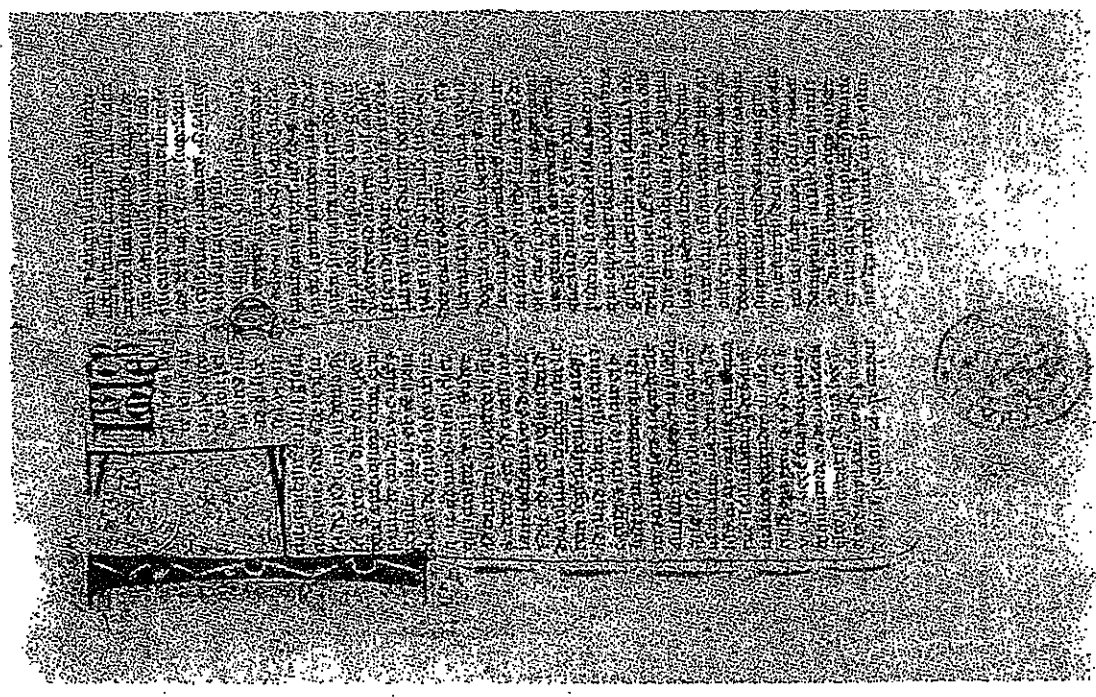
Também importada daquela centúria, no séc. XIII veio a dominar a sistemática e a terminologia respeitante aos ditames pontifícios uma outra nomenclatura. A *decretalis generalis* passou a designar-se *constitutio*, termo contraposto a rescrito, ou resposta a uma consulta particular. Denominada a lei geral como *constitutio*, o termo acabou, por extensão, por se aplicar também às resoluções conciliares de carácter geral.

A distinção entre medida geral e medida individual levou, por aplicação dos métodos lógicos, retórico-dialécticos¹, a uma hierarquização da competência das normas pontifícias entre si — aliás, complementar à problemática que veremos ter correspondido à dicotomia decretais-cânones². Em situação de conflito entre a *constitutio* e a medida individual prevalecia esta última, no caso concreto, mas sem isso afectar a vigência da norma geral, aplicável aos demais.

Na hipótese de contradição entre duas normas genéricas entendia-se, ao contrário, que a posterior derogava a anterior. Estamos, porém, perante linhas tendenciais de interpretação, que não podem esconder a existência de uma múltipla e fina casuística, não isenta de contradições.

Particular referência entre as normas eclesiais merecem as regras respeitantes às ordens (institutos regulares), visto terem também elas vigência universal quando respeitantes a corporações com vocação ecuménica. Atribui-lhe tal qualidade o facto de se traduzirem não em direito territorial mas em direito pessoal. Um reputado canonista definiu «regra» nos seguintes termos, fundáveis com o de outras definições: «Complexo de preceitos que os fundadores dos institutos regulares derão e a Igreja aprovou, com o fim de dirigir as acções dos que abraçam os mesmos ins-

1. Cfr. *infra*, n.º 87, b). 2. Cfr. *infra*, n.º 44, a) e b).



Bernardo de Compostela, *Casos Abreviados ou Glosas Sobre as Decretais de Gregório IX* (códice da BNL.)

titutos...» (Araújo, 1857, I, 449)¹. O facto de só obrigarem mediante autorização pontificia abre o problema de saber se estamos perante normas papais — qualquer que seja a qualificação específica a atribuir-se-lhes — ou se esta se devemos falar em acto privado, reduzindo-se a aprovação a uma *conditio (conditio iuris? conditio facti?)* ou a qualquer outra forma de intervenção heterónoma. Trata-se de um delicado problema de qualificação jurídica que não podemos desenvolver. Conclua-se, porém, como se concluir, afigura-se-nos estarmos no domínio do direito comum, como resultará se fizermos o confronto com a noção da constituição regular², abaixo referido e tanto mais que a aprovação papal pode moldar-se seja na forma de decretal, seja de rescripto.

b) Cânones. Por este termos designaram-se as determinações conciliares, que assinalámos serem denominadas também decretos, assim como, foram referidas com os termos *statutum, editum, sanctio, constitutio synodalis*. A palavra *canon* é assim empregue num sentido restrito e por antonomasia.

Para precisarmos a noção, portanto, devemos-nos reportar à de *concilium*. Num primeiro sentido, *concilium* designa toda e qualquer assembleia, deliberativa ou consultiva, política, eclesiástica, ou mista. Num sentido imediatamente restrito, a palavra reporta-se à Igreja, tendo aqui designado a própria Igreja universal e ou uma agremiação de fiéis. Pouco a pouco, foi-se fixando como conteúdo do signifiante o de assembleia eclesiástica regularmente convocada e presidida para deliberar sobre assuntos religiosos, havendo ainda aqui precisar várias espécies. Normalmente distinguem-se os concílios em ecuménicos, nacionais, provinciais e diocesanos — contrapondo-se a outras reuniões eclesiais, como as convocadas sem ser por bispos (por arcebispos, arcepresbiteros, abades...)³.

1. V. *infra*, n.º 44, a) e 189. 2. Cfr. *infra*, n.º 185. 3. V. *infra*, n.º 189.

Agora interessam-nos apenas os concílios da primeira categoria. Correspondendo o âmbito das normas respectivas à jurisdição das assembleias promanantes, só se pode falar de direito universal ou comum, como estamos fazendo, relativamente aos concílios ecuménicos.

Começaremos a tal respeito por precisar que tais concílios são de convocatória pontifícia, embora na Antiguidade Clássica os imperadores se tivessem arrogado tal direito, convocando essas assembleias, assim como aconteceu no Oriente — tendo os imperadores medievais procurado outro tanto, em virtude de reivindicação a sucessão dos imperadores romanos¹. Todavia, e por relação ao período que estamos a estudar, só se pode falar de uma decisão jurídica de não reconhecimento do direito pontifício de convocar o concílio com o concílio de Constança (1414-1418).

Pôz esta assembleia termo ao cisma do Ocidente, que tinha dividido a cadeira de Pedro entre dois papas (o de Roma e o de Avinhão), primeiro e, depois, entre três. Um dos decretos do concílio estabeleceu a fixação de reuniões gerais do episcopado em épocas periódicas e fixas — o que foi aprovado — e emitiu como outra proclamação a de o concílio representar a Igreja militante, todos devendo obediência às respectivas deliberações, incluindo o pontífice.

Fixado o direito de convocação, a presidência decorre dele e é própria do pontífice, como cabeça da Igreja, carecendo as determinações conciliares de aprovação do papa, como foi particularmente sublinhado por Álvaro Pais (*SPE*, I, 338-340, 362, 368 *et pas.*), o que, se traduz considerações teológicas, representa também uma emancipação face a intervenções abusivas e ao poder civil, tendo os imperadores romanos e orientais pretendido o poder de dirigir o concílio.

Membros do concílio são os bispos — o que levou já alguém a definir o concílio ecuménico como «assembleia geral dos bispos» —, assim como os cardeais, os gerais das ordens religiosas

1. Cfr. *infra*, n.ºs 78, 128, 129 e 137 e s.

e os abades isentos¹. A ecumenicidade do concílio não deriva do número de bispos presentes — a história regista concílios não ecuménicos com uma participação numericamente superior ao de concílios ecuménicos — mas de o papa haver convocado todos quantos têm assento no concílio. Este deriva do poder de jurisdição, não de ordem², como resulta do facto de serem convocados os bispos confirmados mas não ordenados. Os bispos assumem nos concílios funções de juizes e de legisladores.

Até ao termo da época são geralmente admitidos como ecuménicos dezasseis concílios — havendo autores que enumeram ademais três outros, (Sardica, Trulès e Pisa). Desses dezasseis interessa-nos referir os correspondentes à época em estudo: Lateranense I, II, III e IV (de 1123, 1139, 1179, 1215); Lugdunense I e II (de 1245 e 1274); Vienense (1311-1312); Constantiense (1414-1418) — anotando, em relação ao penúltimo, não faltar quem lhe negue a ecumenicidade —, havendo também quem discuta tal característica no tocante a algumas sessões do último.

O facto do âmbito da legislação conciliar ser universal e de lhe caber aprovação pontifícia, levou naturalmente ao problema da hierarquia mútua entre as constituições pontifícias e as constituições conciliares. Foi altamente controvertida na Idade Média a questão de saber se o concílio tinha ou não primazia relativamente ao pontífice. Em virtude da primazia que os imperadores pretendiam face ao papado — pelo menos a isenção que reivindicavam³ —, os seus partidários adoptaram posições conciliantistas. Entre os respectivos teóricos figuram nomeadamente: Cusanus, Scotus, Ockham⁴, Zabarella⁵. Por outro lado, já vimos que o concílio de Constança, onde figuraram bispos portugueses, proclamou também tal supremacia conciliar, entendendo o poder conciliar como advindo directamente de Deus. A linha ortodoxa

1. V. *infra*, n.ºs 185, 190, 195 e 196.

2. V. *infra*, n.º 183.

3. Cfr. *supra* n.ºs

31, 33 e *infra*, n.ºs 124 e 131.

4. Cfr. *infra*, n.º 132 e o volume correspondente à *Comunidade e Conteúdo do Direito* (1.º Período), na parte relativa às heresias.

5. V. *infra*, n.º 45.

foi, porém, de sentido contrário. O valor das decisões conciliares dependia da aprovação pontifícia, não podendo falar-se de Igreja universal quando não figure a respectiva cabeça, isto é, o sucessor de Pedro.

Tal entendimento levou à proclamação sintética «*decretalis praevalet canonis*», ensinando a Glosa: «[*decretalis*] *praevalet canonis*, *ex quo papa promulgavit eam ex certa scientia secundum*», conforme ensinado por Le Bras. Mas isso não se fez sem tergiversações doutrinares e contradições patentes, mesmo entre os escritores insuspeitos de conciliarismo. Assim, vemos entrar no debate autores que sustentavam não poder a decretal estatuir em contrário dos cânones, (como Faventinus e Estevão de Tournai¹), militando opostamente Hostiensis², e Huggucius. Pois se o papa tinha o poder de dispensar relativamente aos cânones, como se poderia negar prevalecer a decretal relativamente a eles? (Gaudemet, 1994, 380).

Para o triunfo da doutrina há-de, aliás, ter contribuído o facto de o processo normal legislativo corresponder quotidianamente às constituições pontifícias, não às normas conciliares, cuja produção era intermitente e afastada no tempo. Os próprios decretistas assumiram o reconhecimento de a produção decretalista ultrapassar quantitativamente a dos cânones, conforme tem sido anotado pela historiografia moderna.

45. Costume e Doutrina — a) Entre as fontes do direito canónico figura igualmente o costume. Norma resultante dos usos da própria comunidade e acompanhada da convicção de obrigatoriedade³, vemo-la a ocupar lugar importante desde os tempos da Igreja primitiva, em que assumiu o papel de modo de suprimimento de lacunas da legislação (*cum deficiit lex*). Segundo alguns pontífices (Gregório VII e Urbano II, por exemplo), o costume estava subordinado à *razão*, à *fé* e à *verdade*, pois não prevalecia contra elas.

1 e 2. Cfr. *infra*, n.º 45, b). 3. Cfr. *supra*, n.º 68.

Os grandes problemas do costume vão aparecer, sobretudo, depois do renascimento do direito romano, nos séculos XII e seguintes. É então que se porá a questão da articulação do costume com a lei, debate que incidirá principalmente no costume *contra legem*. Se Graciano¹, repetindo a necessidade de o costume observar a *razão*, a *fé* e a *verdade*, rejeita também o costume contrário à lei, os decretistas posteriores (Rufino, Estêvão de Tournai, Hugúcio de Ferrara e Bernardo de Pavia...) admitem-no desde que consentido pelo Papa. Em, contrapartida, alguns sumo pontífices acolheram o costume *contra legem*, embora, por vezes, sob condição de ser *prescrito* — ou *legitimamente prescrito* — e *racional*.

De qualquer modo, não só a *antiguidade* e a *racionalidade* eram consideradas *in genere* requisitos do costume, mas também a *consensualidade* (isto é, a aceitação da comunidade), consoante se especificará ao tratarmos particularmente do costume no quadro das fontes do nosso direito².

b) Começaremos por explicar que não entendemos aqui o termo doutrina como referido às proposições dos doutores da Igreja, enquanto fontes da tradição³, nem reportando-o à ciência teológica ou à missão de magistério confiada à Igreja por Cristo («*Ide e ensinam*», Mateus, XXVIII, 19). O *nomen* designa a actividade científica dos juristas (doutores), cuja importância na elaboração do *ius canonicum* foi progressiva, principalmente depois da aliança ou conúbio entre a lei canónica (*lex canonica*) e a lei secular (*lex mundana*), pela revivência dos estudos de direito romano, operada a partir dos séculos XII e seguintes⁴. É no âmbito dessa aliança entre ambos os direitos (o *Utrumque Ius*) que a canonística terá o seu florescimento. O *Utrumque Ius* constitui o produto do superamento da concorrência ou rivalidade das duas grandes ordens jurídicas medievais. Representa, como diz Pierre Legendre, a sua *simbiose*.

1. Cfr. *infra*, n.º 46, b). 2. Cfr. *infra*, n.º 68 e 118.
3. Cfr. *supra*, n.º 43. 4. V. *infra*, n.º 46, b) e 78.

Ancharano, Francisco Zabarella, António de Butrio, Domingos de Sancto Geminiano e o Abade Nicolau de Tudeschis (chamado, por isso, simplesmente o *Abade* — ou o *Panormitano*), entre outros.

Observe-se que a partir da aliança entre o direito canónico e o direito romano, que se vai traduzir no *direito comum*, os grandes canonistas são também, em regra, grandes civilistas, dada a preparação simultânea em ambos os direitos — o canónico e o romano (*in utroque*).

A influência do direito canónico e da ciência jurídica dos canonistas no direito em geral e para a formação do direito moderno apresenta-se como fundamental. Certas zonas do jurídico receberam importante contributo da Igreja e do respectivo ordenamento. O direito da família (em especial, o casamento, a doutrina dos impedimentos e a respectiva liberdade, bem como o regime conjugal de bens)¹; as obrigações — estas através dos conceitos da *aequitas canonica*, da *bona fides*, da *conscientia honestas*²; o direito processual, no que respeita à racionalização da prova³, à admissão de recursos de apelação, à atribuição a estes de efeitos devolutivos ou suspensivos, à distinção entre sentenças definitivas e interlocutórias, à conciliação prévia das partes, à prática de anteceder o *dictum* decisório do sumário dos pleitos, etc.; o adocamento da ordenação laboral e do direito penal e processual criminal, humanizando as penas, lançando a ideia de regeneração do delinquent e — com isso, a de direito penitenciário — pela noção de *misericórdia*⁴, de um lado; e, de outro, instituindo o processo inquisitório; em matéria de direitos reais exigindo nomeadamente o requisito da boa fé no usucapião e ligando a posse a esta; as relações internacionais — mediante a arbitragem, a disciplina da *guerra justa*, o estabelecimento de tréguas... —, constituem alguns campos demonstrativos desse impacto do direito canónico. Não é só, todavia, através do reflexo concreto na dis-

1 e 2. Cfr. *infra*, vol. correspondente à matéria *Grupos Sociais e Condição do Direito* (1.º Período). 3. Cfr. *infra*, n.ºs 50, 125 e 144. 4. Cfr. *infra*, n.ºs 50, 125 e 144.

Os doutores canonistas dividem-se em dois grupos: os *decretistas* e os *decretalistas*. Aqueles escreveram sobre o *Decreto* de Graciano¹, estes sobre as *Decretais*. Podem ainda separar-se os intérpretes do direito canónico do *Decreto* de Graciano (1140) às *Decretais de Gregório IX* (1234), e destas ao Concílio de Trento, no século XVI. De qualquer forma, e atendendo ao método, durante toda a Idade Média distinguem-se, no campo do direito canónico, à semelhança do que acontece no campo do direito romano², duas grandes escolas: a dos *glosadores*, iniciada por Irénio, e que terá o seu apogeu com a *Glosa Ordinária* ou *Magna Glosa* de Acúrsio, espantosa obra de recolha e sistematização de dezenas e dezenas de milhares de glosas, que aparece designada, frequentemente, apenas por *Glosa*; e, a partir do século XIV, a dos *comentadores*, iniciada por Cino de Pistóia, também chamada *bartolista*, do nome do seu maior representante, Bartolo de Saxoferrato.

Entre os grandes escritores do *Decreto*, no período que vai até às *Decretais de Gregório IX*, podem assinalar-se: Paucapalea, seu primeiro glosador, Rolando Bandinelli (Alexandre III), Rufino, Estêvão Turnacense ou de Tournai e João Faventino. Dos primeiros decretalistas destacam-se: Bernardo Papiense (falecido em 1216), Pedro Hispano, Ricardo Anglico, Silvestre, Alão, Lourenço Hispano, João Galense, Vicente Hispano, Tancredo, Dâmaso, Hugolino, Martinho e João Teutónico...

Nomes a registar relativamente às *Decretais*, além de alguns dos anteriores, são também os de João Monge (*Monachus*), João André, «pai e tuba do direito canónico», Guido de Bayso, o *Arquidiácono*, Henrique Segusio, ou de Segusia, conhecido pelo *Hostiense*, ou *Cardenal Hostiense*, denominado «o monarca de ambos os direitos» (*iuristiusque monarcha*) e João de Deus...

Para o período que corresponde aos comentadores recortam-se os nomes de João de Lignano, Egídio de Bellamera, Baldo de Ubaldis (o mais famoso dos seguidores de Bartolo)³, Pedro de

1. Cfr. *infra*, n.ºs 251 e s. 2. Cfr. *infra*, n.º 79. 3. V. *infra*, n.º 82.

ciplina de certos institutos ou ramos da enciclopédia jurídica que isso se torna visível. É-o na própria metodologia jurídica¹, em resultado da interpenetração dos dois direitos — o canónico e o civil. Franz Wieacker chamou, precisamente, a atenção para o que designa princípio de mútua subsidiariedade (*ein gegenseitiges Subsidiaritätsprinzip*), traduzido na aplicação subsidiária do direito romano pelos tribunais eclesiásticos e na aplicação pelos tribunais civis, em idêntico plano, dos princípios gerais do direito canónico². Como escreve o autor citado, a fórmula *ius canonicum et civile sunt adeo connexa, ut unum sine altero non intellegi potest*, que revela a recíproca, profunda e íntima penetração dos dois direitos, expressa o «sentir dos contemporâneos». É bem reveladora da importância do direito da Igreja na formação do pensamento jurídico moderno.

Ensinou Le Bras que o direito canónico representa a conjugação de três factores ou elementos: a teologia — da qual retira os princípios ou fundamentos; o direito romano³ — de onde recebeu a técnica; o *trivium*⁴ — que possibilitou à razão os instrumentos necessários à construção de tal edifício. Por nós, diríamos que a compendiação de todos eles foi obra da doutrina, na qual o legislador encontrou a base para os ditames por si publicados. E nesta medida o respectivo papel entre as fontes do direito sobressai com peculiaridade. Evidenciá-lo-á o estudo dos processos técnicos adoptados na *ars iuridica*. A tal propósito remete-se para quanto escrevemos relativamente ao *ius romanum*⁵.

Admitida a doutrina entre as fontes de direito, a colocação sistemática no quadro das fontes de direito comum decorre do respectivo objecto — ou seja, pelo facto dela o tomar como tema, embora, naturalmente, a possibilidade de ela incidir, também ou alternativamente, sobre fontes de direito particular ilustrar bem a relatividade de tais classificações. Em qualquer caso, como género, trata-se de uma actividade virada para aquele, por excelência.

1. Cfr. *infra*, n.º 85. 2. Cfr. *infra*, n.º 85 e 165. 3. Cfr. *infra*, n.ºs 75 e s., *max* n.ºs 85-88. 4. V. *infra*, n.º 86(b). 5. Cfr. *infra*, n.ºs 86 e 87, *max*. 88 e 94.

46. Da compilação à pré-codificação das fontes do direito canónico universal — a) Protelou-se a formação do direito canónico por séculos, mediante fontes heterogêneas, pela natureza respectiva e pela origem correspondente a centros eclesiais diversificados e geograficamente distantes. Isso levou a uma plétora de textos, muitas vezes mal divulgados e de âmbito local, ditando incertezas de conhecimento da ordem jurídica. Poder-se-á avaliar a multiplicidade em causa dizendo-se que mesmo em relação a uma única fonte o número de monumentos jurídicos se pode considerar avassalador. Gaudemet (1994, 380) reporta só para o séc. XII — período, aliás, de produção relativa — mais de mil decretais. Desde o concílio de Elvira (300), o primeiro concílio ocidental local de que nos chegaram textos, até à reforma gregoriana (séc. XI) foram publicados milhares de cânones, votados muitas vezes por assembleias obscuras e cuja autoridade dos bispos componentes não dispunha senão para a própria diocese, conforme consignado por Le Bras (1964, 321). O Decreto de Burchardo de Worms é composto por cerca de três mil capítulos. O Decreto de Graciano contém aproximadamente quatro mil cânones.

Daqui a sentida necessidade de se coleccionarem as fontes e de as compendiar, devendo-se desde já anotar a circunstância de se ter caminhado progressivamente neste domínio, passando de colecções privadas a colecções oficiais, de obras que se têm de reconduzir ao direito particular para outras pertencentes ao direito comum e universal da Igreja e de nestas se incluírem textos daquele. Quanto agora se refere há-de, assim, de ser completado com as referências a ele respeitantes¹.

A proliferação de normas explica-se por vários factores.

Em primeiro lugar, a dimensão do povo cristão. Em segundo, o facto de a Igreja ter realizado a respectiva centralização relativamente tarde, só então havendo decaído a realização de concí-

1. V. *infra*, n.º 44.

lios — muitos dos quais publicaram legislação — que se verificou em toda a Europa. Em terceiro, o facto de, consolidado o poder pontifício, a actividade papal ter tido que se desdobrar pelos diversos aspectos da vida da época, sendo chamada a intervir nas mais variadas matérias, com a consequente emissão de decisões e normas. Neste aspecto haverá o particularizar o estabelecimento da apelação para Roma, no tocante a quase todo o género de causas¹, tanto mais premente quanto a introdução do processo romano-canónico, de superior complexidade, aumentou consideravelmente tal necessidade. Por fim o desenvolvimento da estrutura eclesial, com a introdução de novas ordens regulares², a separação nas dioceses entre o bispo e os cabidos³, a prática de reservas, dispensas da lei, excomunhões, indulgências, a supressão das investiduras⁴, etc.

A obtenção da certeza do direito ditou um prolongado esforço, traduzido na organização de colectâneas de textos — que culminaria em movimentos de codificação ou de pré-codificação, se se preferir. Está fora dos propósitos destas páginas historiar toda essas compilações — ou sequer enumerá-las cronologicamente. Tratar-se-ia de trabalho já rotulado de enfadado e cuja utilidade seria diminuta. Limitar-nos-emos ao estabelecimento de algumas linhas de força, como introdução e forma de enquadrar as grandes colecções de direito canónico comum.

Cabe aqui repetir preliminarmente a inexistência de colecções canónicas antes do séc. IV, não merecendo crédito e as Constituições Apostólicas, obra possivelmente dessa centúria e de um cristão sírio. A partir de então multiplicam-se, porém, as compilações de normas. Devido à diversidade de origem é habitual separar as relativas à Igreja Oriental (v.g. *Consequentia Canonum* — séc. IV; *Concordia Canonum*, de João Escolástico — séc. VI; *Collectio Canonum*, de Focio; *Synopsis Canonum* — de

1. V. *infra*, n.º 166.

2. Cf. *infra*, n.ºs 195-196.

3. V. *infra*, n.º 187.

4. V. *infra*, n.ºs 183-184.

1071; Colecção de Ansteno — de 1160; *Epitome Canonum* — também do séc. XII e atribuído a Simão Lagoteta, por exemplo) das pertencentes à Igreja Ocidental. Dentro destas podem estabelecer-se vários grupos, conforme os centros de produção, cujo ritmo de realização não se apresenta sincrónico, variando o respectivo grau segundo as épocas e as vicissitudes culturais gerais e as de cada Igreja. Assim fala-se de colectâneas provenientes ou respeitantes à Igreja africana, às Gálias, itálicas, britânicas e hispânicas. Destas últimas referiremos os *Capitula* ou *Excerpta Martini* e a *Hispanica* ou *Isidoriana*.

A primeira deve-se a S. Martinho de Dume, arcebispo de Braga, tendo sido aprovada pelo terceiro concílio de Braga em 572. A segunda data do século VII, havendo-lhe sido atribuída a designação de Isidoriana por se pensar dever-se a St.º Isidoro de Sevilha, o que, depois de ter sido repudiado pela crítica, está hoje em aberto, admitindo-se três versões: a Isidoniana, talvez correspondente ao III Concílio de Toledo e proveniente do círculo literário de St.º Isidoro; a Juliana, possivelmente do bispo Julião, onde se incorporam os *Capitula Martini* e textos conciliares toletanos até 681; a Vulgata, provavelmente de 694, em que se incluíram cânones dos concílios de Toledo, até ao XVIII, sobre ela se tendo redigido epítomes.

Outro vector relativo a estas colecções canónicas traduz-se no facto de nelas se recolherem muitas vezes cânones provenientes de diversos centros eclesiais. Na colecção de S. Martinho de Dume encontramos cânones vertidos do grego, outros ocidentais, nomeadamente hispânicos. O caso Hispana é igualmente elucidativo: integra cânones de concílios orientais, africanos, hispânicos e gaulenses. O mesmo sucede na *Arselema Dedicata* (séc. IX). Documenta-o também, o texto de Dionísio, o Exíguo, onde se recolhem textos orientais, traduzidos do grego para latim, do concílio de Sárdica e de outros concílios de África.

Inversamente o *Codex Canonum Ecclesiae Africanae* (séc. V) foi traduzido para grego, tendo encontrado larga aceitação no

Oriente. Acolhido largamente na colecção de Dionísio, o Exíguo, daí passaram muitos dos textos para as colecções canónicas anteriores ao Decreto de Graciano¹, monumento onde também encontram lugar. Da colectânea de textos conciliares orientais e gauleses denominada *Statuta Ecclesiae Antiqua* (séc. VI) transitaram para as colecções canónicas da baixa Idade Média muitos textos, onde, por sua vez, o Decreto de Graciano os encontrou.

Em repetidos casos, os textos recolhidos nessas colectâneas nem sempre provêm de fontes originais, passando frequentemente de umas para as outras. Relativamente à Isidoriana já se escreverem terem «quase todos os colleccionadores de cânones usado deste códices». A *Dacheriana* (séc. IX) baseou-se no trabalho de Dionísio, que tinha sido enriquecido com partes do *Hispana*. A *Anselmo Dedicata* recolheu muitos textos na colecção dionisiana e no Pseudo Isidoro. O Decreto, de Bucardo de Worms (séc. XI) importou cerca de metade dos cânones que aí se contem da colecção de Reginão de Prüm (séc. X) e da *Anselmo Dedicata* (séc. IX).

Complementarmente deve referir-se a circulação de muitas dessas compilações. A Isidoriana teve ampla difusão no reino carolíngio, onde foi mesmo aproveitada para a elaboração do *Pseudo Isidoro*, que adiante referiremos. O grau de respeito atribuído àquela colecção pode sintetizar-se no ensinamento de Gibert: «constituiu o *corpus* de fontes canónicas universais e nacionais até à recepção do direito canónico romano». O Decreto de Bucardo de Worms (séc. XI), obteve uma enorme difusão, em virtude da atenção dedicada ao instituto monástico², de repercussão europeia.

Finalmente, factor importante a assinalar é o caracter heterogéneo de muitas compilações, recolhendo-se nelas mais ou menos indiscriminadamente estatutos conciliares e normas de proveniência pontifícia.

1. V. *infra*, este número, b). 2. V. *infra*, n.ºs 189, 196 e 197.

Esta dicotomia tem, aliás, em algumas obras estrutura sistemática. A colecção identificada como *Statuta Ecclesiae Antiqua* (séc. VI), que foi elaborada nas Gálias, possivelmente na região arlesiana, com textos dos concílios gauleses e orientais, adoptou um plano sistemático, embora imperfeitamente aplicado. Uma outra, a de Dionísio, o Exíguo, divide-se em duas partes. A primeira corresponde a cânones; a segunda, a decretais. Na *Tripartita* (séc. XI) separam-se igualmente as decretais dos cânones, correspondendo a cada uma, uma parte — a terceira sendo composta por fontes retiradas do Decreto.

Em muitas compilações figuram ainda textos de índole diversa: litúrgicos, patristicos, de direito romano, e até de origem «bárbara». A *Anselmo Dedicata* integra não só cânones conciliares, gerais e particulares, romanos e não romanos, textos pontifícios, mas também textos de escritores eclesiásticos e de direito romano (do Código, das Institutas e das Novelas¹). A colecção de Reginão (séc. X), além de textos de concílios da França e da Germânia e de outros decretalícios, reúne sentenças dos Santos Padres, capitulares dos reis francos, leis burguinhonas, ripuárias², de vários príncipes e textos do Código Visigótico³. A obra de Ivo de Chartres — *Parnormia*, *Decretum Canonis e Tripartita* (séc. XI) — está permeada, em alto grau, de textos de direito romano. Sensivelmente contemporânea, a colecção denominada *Briannica*, deve assinalar-se pelo largo recurso nela feito às fontes jurídicas romanas, que ombeíam com textos decretalícios.

Se em relação a algumas destas obras nos podemos interrogar quanto ao rigor dos inventários de fontes sobre elas levantadas pela historiografia jurídica — visto algumas colecções não estavam ainda publicadas e outras não terem merecido uma divulgação crítica — havendo de se falar não em apuramento exaustivo, mas apenas tendencial, com atenção mais ao predomínio das diferentes espécies do que à sua integralidade, no tocante a outras podemos assentar conclusivamente.

1. V. *infra*, n.º 78. 2. V. *infra*, n.º 53. 3. V. *infra*, n.º 54.

É o caso do *Decretum* de Burchardo (séc. XI), mercê da investigação minuciosa de Fournier. Apurou este erudito autor compreenderem-se nele quinze núcleos de fontes: 1. textos provenientes da coleção Dionísio-Adriana (séc. VIII); 2. textos retirados das Falsas Decretais¹, tanto autênticos e recolhidos da Hispânia, como apócrifos, obra do falsário; 3. textos recebidos dos *Capitula Angilramni*²; 4. textos provenientes de epístolas papais; 5. textos correspondentes a cânones conciliares antigos; 6. textos pertencentes a concílios morovíngios; 7. textos de concílios carolíngios germânicos; 8. textos de concílios pós-carolíngios; 9. textos importados dos *capitula* episcopais do período carolíngio; 10. textos colhidos na *Collectio Hibernensis* (séc. VIII); 12. textos de origem penitencial, v.g. provenientes de Rabano Mauro; 13. textos de direito romano; 14. textos extraídos de capitulares; 15. textos bíblicos; 16. textos de origem literária. Em glosa diga-se apenas que o conhecimento e utilização destas fontes foi muitas vezes indirecto, como se verifica relativamente aos textos de direito romano, colhidos na *Anselmo Dedicata*, ou a alguns textos dos concílios bracarenses, transmitidos por S. Martinho de Dume, isto por um lado; por outro, que em várias das fontes utilizadas por Burchardo — como os *Capitula Angilramni* — coexistiam documentos conciliares com pontíficos, aí indo Burchardo buscar tanto uns como outros.

Frequentemente não existe fidelidade no material recolhido, seja por adulteração dos textos mediante cesuras, seja por errada imputação à fonte respectiva, seja ainda por impropriedade atribuição cronológica, ou mesmo por apocriofidade. Na Isidoriana encontramos entre as decretais atribuídas a vários pontífices — de Clemente até Gregório II — textos íntegros, textos mutilados, textos interpolados e textos espúrios. A crítica moderna apurou que o autor inventou inscrições das decretais espúrias, além de incluir documentos já então considerados fictícios.

1 e 2. *infra*, este mesmo número.

Em alguns casos estamos mesmo perante falsificações. Na época carolíngia (séc. IX) foram elaboradas várias colecções espúrias, com vista a legitimar as liberdades da igreja franca. Terá mesmo havido, entre 847 e 852, um *scriptorium* dedicado a tal actividade. A ele se imputam nomeadamente os *Capitula Angilramni*, os *Capitula Benedicti Levitae* e as *Decretais Pseudo Isidorianas*, vulgarmente designadas por antonomásia *Falsas Decretais*. O primeiro texto, dedicado à jurisdição eclesiástica, foi elaborado com recurso a textos canónicos, leis visigóticas¹ e ao Código de Teodósio. No segundo, composto de cerca de mil e trezentos capítulos, dos quais um quarto é tido por falso, invocam-se leis romanas, merovíngias e carolíngias, pretendendo-se com elas apoiar as determinações pontíficas correlativas às reformas gregorianas². Finalmente as *Decretais Pseudo-Isidorianas*, correspondentes a várias versões ou modelos, conforme os textos manuscritos, recebem a sua denominação de a compilação se atribuir a St.º Isidoro e pretender-se baseada na Hispana — sendo provavelmente obra de um falsificador de génio, Isidoro Mercator — nela se incorporando decretais pontíficas, de Silvestre (314-315) a Gregório II (715-731), tanto apócrifas como genuínas, mas frequentemente modificadas, textos conciliares e variados monumentos, como celeberrimo *Constitutum Constantini*³.

A falta de genuinidade da *Compilatio Romana*, do deão de Lisboa, Bernardo Compostelano, colecção de decretais de Inocêncio III (séc. XIII), motivou mesmo, ao que admite, a iniciativa pontífica de promover uma colectânea oficial de decretais.

Em contraposição aos textos caracterizáveis pela heterogeneidade dos materiais recolhidos, encontramos o exemplo da Dacheriana (séc. IX), colecção baseada na de Dionísio, enriquecida esta já com textos da Hispana. Nela eliminaram-se todos os textos não jurídicos.

1. V. *infra*, n.º 54.

2. V. *infra*, n.ºs 187 e 193.

3. V. *infra*, n.º 147.

Outra característica a acentuar respeita à diversidade dos métodos de organização. Se em muitos casos, vulgarmente mesmo, se adopta o critério cronológico (caso da *Tripartita*, de Ivo de Chartres, cuja primeira parte, composta de decretais está organizada cronologicamente), noutros abandona-se a ordem dos tempos, procurando-se nomeadamente organização por matérias. A *Panormia*, também de Ivo de Chartres, está dividida em oito livros. A *Colectio XII Partium* (séc. XI), conforme o próprio nome indica, está-o em doze. A colecção conhecida como Capitular do Cardeal Atton de Verceil —, terceiro quartel do séc. XI (?) — dispõe por ordem metódica os seus trezentos capítulos.

Por fim, anote-se a circunstância de os propósitos dessas colectâneas não se limitar sempre à simples recolha de textos, passando o autor de colectar a interpretar, seja pelo recurso a modificações dos originais, seja ainda por aditamento de rubricas explicativas (como fez Burchard de Worms), seja mediante anotações e glosas¹, seja mesmo por uma aplicação mais larga dos métodos retórico-dialécticos², com vista nomeadamente à harmonização de textos e à supressão de contradições. Mencione-mos aqui a já referida colecção *Concordia Canonum*, de João Escolástico, assim denominado por pertencer ao colégio dos advogados, tanto mais interessante quanto o autor consignou expressamente ter seguido exemplos anteriores, hoje perdidos. A *Tripartita* e a *Panormia*, de Ivo de Chartres contêm um resumo interpretativo do *Decretum* do mesmo autor.

b) Neste inextricável quadro, um largo passo em direcção à certeza do direito foi dado, no segundo quartel do séc. XII, com a elaboração de um dos mais significativos monumentos jurídicos da história do direito: conhecido antonomasicamente por *Decretum*, em alguns dos mais antigos dos seus manuscritos aparece referido *Concordia Discordantium Canonum*, sendo certo que noutros não existe qualquer epígrafe designativa. Aos comen-

1. V. *infra*, n.º 84. 2. V. *infra*, n.º 87, b) (cont.).

tadores posteriores se deve, ao que parece de admitir, a designação *Decretum*, bem como a alternativa *Decreta* e a fórmula *Corpus Decretorum*.

Embora se duvide de constituir o resultado do labor exclusivo de Graciano, a autoria do Decreto pertence-lhe. A ter havido intervenção de terceiros eles haverão assumido o papel de seus colaboradores, o que não exclui, aliás, a hipótese de participação mais independente. Os manuscritos mostram uma fixação tardia do texto, que flutuou, a ponto da respectiva divisão em três partes não representar talvez a sistemática original. Algumas versões ilustram-nos uma divisão apenas em duas.

Quanto ao autor sabe-se relativamente pouco. Natural de Chiusi, foi monge beneditino, tendo pertencido ao Mosteiro de S. Félix e Sto. Nabor, da congregação dos camaldulos, em Bolonha. Para além disto nada parece claro. Por isso, Gaudemet fala do «misterio Graciano». Incerta é também a data do trabalho. Geralmente aponta-se a de 1140. Alguns historiadores matizam-na admitindo que possa ter sido publicado entre 1140-1150. O referido investigador francês recusa a possibilidade de se fixar uma data correspondente à conclusão de um texto primitivo, exprimindo-se nestes termos: «os mais antigos apresentam diferenças sensíveis. Isso prova a instabilidade do texto primitivo e talvez mesmo a impossibilidade de se falar de um texto primitivo. Partes importantes (...) foram inseridas de um jacto. O decreto formou-se progressivamente. Ele foi enriquecido ao longo de um período cujo fecho ocorreu em 1150. Como se pode falar de um texto primitivo e atribuir-se-lhe uma data?». Por seu lado, Vaullani, fundado num manuscrito de Danzing, de onde consta uma abreviação da obra, avança — sem grande audiência — uma data entre 1105 e 1120.

O *Decretum* constitui um longo texto. Nas mais autorizadas edições modernas compreende quatro mil capítulos — sem que daí se possa concluir constarem dele outros tantos textos. Alguns capítulos compreendem mais de um texto e vários textos foram

partilhados por vários capítulos. Formalmente corresponde a tal acervo uma sistemática tripartida. A primeira parte (*Ministeria*) versa as fontes de direito, a doutrina das pessoas eclesiásticas (organização eclesial, ordenação, hierarquia, estatuto episcopal, autoridade dos legados pontifícios e dos primazes). A segunda (*Negotia*) abrange a disciplina das acções e o processo judicial, o regime dos bens eclesiásticos, a regulamentação do matrimónio. A terceira (que alguns autores pretendem ter representado um acrescento) trata dos sacramentos e da liturgia.

A esta divisão correspondem várias subdivisões. A primeira parte encontra-se dividida em cento e uma distinções, sistemática esta atribuída a discípulos de Graciano. As distinções, por sua vez, compõem-se de cânones. A segunda parte terá sido dividida em trinta e seis causas, ao que se admite pelo próprio autor, por sua vez organizadas em questões, cada uma partida em cânones. A questão terceira da causa trigésima terceira constitui um tratado penitencial, diversamente das demais. Com a aparência de uma interpolação, discute-se se é da autoria do próprio Graciano, como parece admitido pela doutrina dominante.

Está ainda hoje em aberto a proveniência dos textos graciosos; não obstante investigações diversas, nomeadamente de Friedberg, e, antes dele, de Richter, e de muitos outros trabalhos mais parciais. Se quanto aos textos lateranenses de 1123 e 1139 terão sido utilizadas as fontes oficiais, no tocante à generalidade dos demais é controvertida a fonte do conhecimento, admitindo-se uma utilização de colectâneas anteriores — que vimos em muitos casos terem manipulado o respectivo material. Graciano coleccionou as fontes a partir da colecção de Dionísio, o Exíguo, do Pseudo-Isidoro, de Reginão, de Burchardo de Worms, de Ivo de Chartres (Decreto, *Panormia* e *Tripartita*), das Falsas Decretais, nomeadamente. No que toca às fontes peninsulares citem-se a colecção de bracaraense de S. Martinho (incluída quase totalmente no Decreto) e a Hispana.

Materialmente a tal conjunto corresponde uma heterogeneidade de materiais: textos escriturais (cinco centos de textos do Antigo

e do Novo Testamento); partes dos *Cânones dos Apóstolos*; textos de antigos concílios orientais, africanos, hispânicos, gauleses; textos conciliares dos fins do séc. XI e do séc. XII; decretais; textos patrísticos; fontes penitenciais; fontes da *Lex Romana Visigothorum*¹; fontes de direito romano, muitas recebidas das colecções anteriores, sustentando alguns autores, que os restantes — muito numerosos — foram introduzidas posteriormente à composição inicial do Decreto. Quem conjugar quanto agora anotámos com o registado relativamente às colectâneas canónicas anteriores evidenciará a continuidade de processos entre todas.

O trabalho de Graciano não teve uma índole puramente compilatória. Ele procurou dar-lhe cunho científico-doutrinário, correspondente à harmonização de textos, conforme a designação *Concordia Discordantium Canonum*. Frequentemente fontes apresentadas por Graciano são anteceditas de um sumário — designado rúbrica, por escrito a vermelho (*ruber*). Discutindo-se se tais rúbricas seriam de mão graciosiana ou de outrem, nomeadamente de Paucapalea, aceita-se hoje que se em alguns casos tais rúbricas foram transcritas de Ivo de Chartres, muitas são de atribuir ao próprio monge de Bolonha, correspondendo outras a frases dele próprio ou a autores por ele citados — pelo que, se lhe não pertencem formalmente, provindo do trabalho de escritas, não podem deixar de lhe serem materialmente atribuídas.

O trabalho interpretativo de Graciano, além de se traduzir nos sumários, vazou-se igualmente na elaboração de *dicta* — comentários, mais ou menos desenvolvidos, apostos aos textos. Cabe aqui referir alguns onde se citam textos escriturais; outros, referidos por Rambaud como reprodutivos de «pequenos tratados de direito romano».

Nas três partes do *Decreto* encontram-se passagens designadas com o termo *palea*, vocábulo este cuja origem e significado permanecem obscuros. Há quem o explique como abreviatura de *post alia* (*P. alia*); quem traduza tal vocábulo por *palha*, palavra

1. Cfr. *infra*, n.º 54.

destinada a distinguir os capítulos redigidos por Graciano dos de outros autores, como do grão se diferenciava a palha; quem derive tal nome do grego — *palin* — significando *iterum*, ou seja uma forma de marcar a sequência dos textos; quem faça derivar *palea* de Paucapalea, cuja autoria assinalaria. A crítica textual tem procurado fixar a que versões manuscritas do decreto correspondem tais fragmentos, como forma de determinar o significado desse epíteto e se é atribuível, ou não, efectivamente ao próprio Graciano. Por nós, aceitando serem todas as *paleae* conhecidas já de uso corrente na segunda metade do século XII, admitimos que mesmo a imputarem-se a discípulos de Graciano, nomeadamente a Paucapalea, corresponderam ao espírito e propósitos interpretativos do próprio Graciano.

Segundo Calasso (1954, 397), cuja lição tem sido aceite e divulgada em Portugal, Graciano recorreu a quatro critérios ou processos para realizar a concordância dos textos opostos: a) *ratione significationis*: a concórdia realizava-se com recurso ao espírito das normas em presença; b) *ratione temporis*, determinando-se o tempo de cada norma em presença, com aplicação do princípio de revogação da norma anterior pela posterior; c) *ratione loci*, evidenciado o originário âmbito territorial das normas, a norma particular derogaria a geral; d) *ratione dispensationis*, demonstrada a excepção de uma norma em relação a outra, a conciliação far-se-ia por recurso à relação lógica espécie-género, sem se atender a outras *rationes*.

Salvo o devido respeito pelo grande *juris*-historiador italiano, não nos parece aceitável tal quadro, como o compreenderá quem atentar no processo de formação do *Decretum* e recordar a heterogeneidade das suas fontes. Representando uma aplicação parcial dos tópicos da lógica retórico-dialética¹, a lição de Calasso implica uma distorção redutora da problemática exegética da época, uma generalizante simplificação dos processos respectivos. A proposição de que a norma posterior derroga à norma

1. Cf. *infra*, n.º 187, b).

anterior, esquece a distinção entre normas gerais e especiais, não bastando a equação cronológica de ambas para se afirmar tal efeito. Vimo-lo já a propósito da articulação entre as normas pontifícias¹. Ademais, só é possível verificada, pelo menos, igualdade de fonte entre a norma posterior e a norma anterior. A afirmação de, *ratione loci*, a norma particular derogar a norma geral é também impropriedade com tal extensão. Implicaria sobrepor-se o direito subordinado ou secundário, de carácter local, ao direito comum, em contradição com o axioma de o direito emanado das diferentes dignidades eclesiais não se poder opor à de proveniência pontifícia ou às regras dos concílios ecuménicos — nem à de estes as dos concílios particulares. Numa palavra: tal enunciação é contraditória com a própria estrutura hierárquica da Igreja. Quando muito caberá quando reportada às mesmas fontes. A terceira proposição carece igualmente de ajustamento, pois a excepção não se traduz necessariamente numa relação de dispensa, palavra com um significado preciso. Quanto ao recurso ao espírito das normas enquanto forma de conciliação dos respectivos ditames, se constitui uma mais valia para rebater a concepção da escola dos glosadores como caracterizada pelo culto da lei², contraditoriamente adoptada por sufragantes das proposições calassianas, não nos parece enunciada com correcção, visto adoptar a contraposição *littera-sensus*, quando a letra era entendida como um dos meros sentidos possíveis³.

Em nosso entender, a conciliação graciana de textos operou-se com recurso genérico ao completo arsenal analítico tónico-retórico da cultura da época, nomeadamente com recurso a sucessivas *distinctiones*⁴. E nisso estará um dos mais aliciantes aspectos do respectivo estudo.

Ao Decreto foi tributado um generalizado respeito e uma reverência generalizada. Para isso contribuiu um grau maior dos intentos interpretativos do direito do que o perseguido nas com-

1. V. *supra*, n.º 46, a). 2. Cf. *infra*, n.ºs 79, 80, 84, 85, 87, c).
3. Cf. *infra*, n.º 85. 4. V. *infra*, n.ºs 83, 85, 87.

pilações anteriores, representando a nosso ver um factor secundário o facto do acervo de textos ultrapassar o daquelas. Para isso, terá ainda contribuído a circunstância de haver sido elaborado e divulgado no mais elevado ambiente universitário da época, o de Bolonha. Para isso, terá também contribuído o aprego e o apego demonstrados pelo papa — ele próprio canonista — ao trabalho realizado por Graciano. A abundância de manuscritos respectivos, de diversa origem geográfica, testemunha a rapidez e profundidade do sucesso do Decreto. Prova provada temo-la no facto de a colectânea haver sido objecto de estudo nas universidades, não faltando a expressão «faculdades de Decreto» para designar as escolas universitárias de direito canónico. Aos respectivos estudiosos coube, aliás, uma designação própria — decretistas, como vimos¹. Naquilo que veio a ser chamado *Corpus Iuris Canonici*² a primeira colectânea de textos é constituída pela obra de Graciano. Compilação madura do direito de um milénio, disse Gaudmet da obra de Graciano. Do nosso lado, referiríamos que só em 1917, com o primeiro código de direito canónico, ele saiu de cena, quase novecentos anos mais. Mas tendo dela saído assumiu o papel de ponto deste legislador — em tantas matérias — fazendo-o sem que a cortina tivesse caído para o esconder.

Alcandorado a tal cume, foi-o o Decreto pelo consenso dos doutores. A tradição bolonesa trecentista de uma aprovação oficial da Igreja, dada pelo papa Eugénio III no seguimento de uma aprovação pelos professores de Bolonha —, tendo o papa determinado o respectivo ensino em tal universidade e determinado a precedência dos estudantes desse monumento relativamente aos outros juristas — não merece hoje crédito, de acordo com críticas levantadas já no séc. XIX.

c) Não obstante a importância e respeito pelo Decreto, o desenvolvimento da acção e da autoridade pontifícia, levou a um exame crítico traduzido no preenchimento de lacunas, reais ou

1. Cfr. *supra*, n.º 45.

2. V. *infra*, alínea c).

aparentes. Isso fez-se ajudando-lhe sucessivamente decretais. Iniciada a prática de se inscreverem no próprio corpo do Decreto as mais importantes das não consideradas por Graciano, daí se passou para a elaboração de *Appendices* ao *Decretum*, — já de grandes proporções, com divisões internas, em rubricas ou títulos — transitando-se para a formulação de colectâneas mais autónomas, compostas por decretais anteriores ao próprio Graciano, seguindo-se-lhes outras com textos contemporâneos e pouco posteriores. Todas de iniciativa privada, tiveram origem geográfica diferente: França, Inglaterra... Progressivamente foram estas colectâneas afastando-se da índole de meros complementos actualizantes do Decreto. A chamada *Parisiensis II.*^a obedece já a um plano sistemático que virá a ser consagrado no futuro, predominando geralmente nessas produções os textos pontifícios em detrimento dos conciliares.

Menção específica neste quadro merecem as *Quinque Compilationes Antiquae*, cuja datação se admite entre 1187-1216, e que estiveram, em parte, na origem de uma grande compilação posterior, em cinco livros, as *Decretais de Gregório IX* (*Decretales Gregorii IX*). Das *Compilationes Antiquae*, a primeira é devida a Bernardo de Pavia e contém essencialmente decretais de Alexandre III a Clemente III (i.e. de Papas que regeram a Igreja de 1159 a 1191); a segunda, da autoria de João Galense, concluída entre 1210 e 1215, contém decretais de Alexandre III ao início do pontificado de Inocêncio III; a terceira, redigida por Colivacinus *circa* 1210, e glosada v.g. por Tancredo, recolhe decretais também daquele Sucessor de Pedro; a quarta abrange cânones do Concílio de Latrão de 1215 e certas decretais de Inocêncio III, por último, a quinta, enviada por Honório III à Universidade de Bolonha, para ser objecto do ensino, encerra decretais suas e uma constituição imperial de Frederico II Hohenstaufen.

O facto de haver sido ordenada pelo papa e por ele promulgada confere a esta compilação carácter oficial — carácter que se discute a respeito da *Compilatio Tertia*, pois se no tocante a esta há autores que lhe reconhecem tal índole (Naz, por exemplo),

não falta quem ignore tal característica (v.g. Gaudemet). Seja como for, reputa-se o primeiro «código oficial da Igreja» uma outra compilação, devida a Raimundo de Peñafort, que a realizou por decisão pontifícia. Dividida em cinco livros, na esteira do plano adoptado já nas compilações anteriores — embora se tenha aumentado o número de títulos de cada um —, os diferentes artigos dos títulos foram dispostos por ordem cronológica, talvez em imitação do Código de Teodósio e do de Justiniano¹.

Raimundo de Peñafort assumiu como critério do seu trabalho a supressão de decretais reproduzidas em outras posteriores e as abrogadas por mais recentes. Adoptou também a prática de suprimir nos textos recolhidos a parte expositiva, mantendo apenas a parte dispositiva, assinalando as eliminações (*partes decisae*) com as palavras *infra*, processo este acolhido já nas compilações precedentes. Na compilação, composta essencialmente de decretais, estão igualmente incluídos cânones conciliares, textos patristicos e seculares (de direito romano e de direito germânico).

A compilação raimundiana recebeu força legal, visto ter sido aprovada por Gregório IX. Enviou-a o papa às universidades de Bolonha e de Paris, impondo pela bula *Rex pacificus* o uso de tal colectânea «*in iudiciis et in scholis*», com a proibição da realização de qualquer outra, salvo autorização pontifícia.

Tal facto levou a dizer-se estarem todos os textos constantes da colecção juridicamente unificados, tanto no âmbito territorial, como no cronológico, como no fundamento. As fontes menores ficaram equiparadas às maiores, o direito do local ao universal, todos obrigando pelo mesmo fundamento. Numa palavra: o carácter preceptivo de textos inscritos na obra não resultava já do que tinham sido mas do que passaram a ser.

Trata-se, porém e a nosso ver, de uma visão demasiado esquemática. A *iuriscientia* e a *iurispractica*, na análise interpretativa e

1. Cf. *infra*, n.º 72.

na aplicação, continuaram a distinguir as diferentes categorias, mediante a consideração dos processos retórico-dialécticos¹. A unificação entre o direito particular e o direito universal da Igreja, pela elevação de parte daquele a este, corresponde apenas a um fenómeno parcial.

Aos cinco livros de Gregório IX veio acrescentar-se um sexto livro, no tempo de Bonifácio VIII. Posteriormente ainda, Clemente V mandou proceder a nova compilação, as *Clementinas* (*Clementinae*). Por último, existem recolhas de decretais que andavam dispersas (*vagantes extra*). Ao conjunto de textos referidos — do *Decreto* às *Extravagantes* — deu-se, mais tarde, o nome de *Corpus Iuris Canonici*, que lhe foi aplicado por Chapuis.

O *Corpus Iuris Canonici* integra, pois:

- a) O *Decretum* (ou Decreto de Graciano) também chamado *Concordia Discordantium Canonum*, coligido por Graciano cerca de 1140;
- b) As *Decretais* (1234), reunidas sob o pontificado de Gregório IX (1234) e recolhidos em texto oficial por S. Raimundo de Peñafort (estas decretais aparecem citadas por vezes com a designação de *Decretales Novas*);
- c) O *Sexto*, isto é, o *Livro Sexto das Decretais* (*Liber Sextus Decretalium*), colecção de decretais posteriores a 1234 e promulgadas por Bonifácio VIII;
- d) As *Clementinas*, recolha de decretais subsequentes, publicada por Clemente V, em 1313, e que, por vezes, aparecem também designadas por *Sétimo* ou *Livro Sétimo* (como acontece, por exemplo, no formal de partilhas entre Eatalina Annes e seus filhos por morte do marido da mesma, Váscio de Sousa, datado de 23 de Fevereiro da Era de 1397);
- e) As *Extravagantes* (*Extravagantes* de João XXII e *Extravagantes Comuns*).

1. Cf. *infra*, n.º 77.

Estamos então e já perante um consagrado ideal de *ius certum*, embora não de direito monístico, como veremos. Estamos, também, já nos primórdios da codificação — e, com isso, numa plena consagração de como o direito canónico de proveniência não pontifícia ou não conciliar ecuménico, ou seja, o direito particular, se perfilava perante o direito universal da *ecclesia*.

47. Direito particular — a) Pelo âmbito de aplicação contrapõe-se ao direito comum, geral ou universal, o direito particular, cujas fontes não são todavia inteiramente específicas. Desde logo, entre as normas pontifícias, como entre as conciliares, encontramos disposições de âmbito não geral, mas relativas a uma circunscrição clerical — metrópole, província, bispado...¹ — ou a certas pessoas, singular ou colectivamente consideradas, v.g. institutos religiosos ou pessoas morais autónomas². Também a tradição se pode reportar não à Igreja enquanto tal, mas a igrejas determinadas. A doutrina pode tomar como objecto o direito geral ou o direito particular, como mencionámos.

Assente, porém, isto deve perfilar-se a existência de fontes cuja natureza as liga a um direito circunscrito. Os progressos da evangelização e a fundação sucessiva de centros eclesiais levaram ao estabelecimento de múltiplas jurisdições³ — o mesmo acontecendo por virtude do desenvolvimento sucessivo de funções⁴ — e com isso a uma multiplicidade de fontes (em sentido formal).

Não cabe naturalmente aqui historiar todo o processo. Atemo-nos apenas a algumas referências.

Desde logo, importa aludir a espécies conciliares para além dos concílios ecuménicos: os concílios nacionais, provinciais e episcopais, também designados sínodos, terminologia que se foi impondo, apesar de controversa, não faltando autores impugnantes da legitimidade respectiva. Esta justifica-se considerando-se

1. Cfr. *infra*, n.ºs 183 e 192-193.

2. Cfr. *infra*, n.ºs 183, 184, 185, 186, 192 e 194.

3. Cfr. v.g. *infra*, n.ºs 189, 190, 191, 195-197.

os concílios como assembleias de bispos presididas por um «príncipe da Igreja», enquanto os sínodos são assembleias do clero de uma diocese presididas por um bispo. Em qualquer caso, contrapõe-se serem todas elas assembleias de pastores, reunidos para deliberarem sobre matérias eclesiásticas, não representando as diferenças senão notas acidentais quanto à composição e ao âmbito das normas.

Pelo que respeita à Península Ibérica, assinalam-se, em virtude da sua grande importância, os concílios nacionais de Toledo¹, sob a dominação visigótica, e os concílios de Braga, nos séculos V e VII, no tempo dos Suevos.

Significado especial adquiriram os concílios da monarquia visigótica, pela influência no desenvolvimento do direito público deste povo, que em parte constituirá o fundamento das instituições políticas portuguesas iniciais. As grandes assembleias conciliares visigóticas tentaram, na verdade, uma ordenação jurídico-política, definindo e fixando o carácter da monarquia, as regras da sucessão, os poderes dos monarcas, os direitos e deveres dos súbditos. O chamado Título primeiro (*Titulus primus*) do *Código Visigótico*, em certas formas da versão rotulada *vulgata*, serve de testemunho da maneira pela qual os concílios legislaram nestas matérias. Aí se encontra como que corporificado o direito público do reino toletano.

De reter, ainda, são também as várias Cúrias ou Concílios de Leão (1017-1020 a 1091), de Coiança (1055) e de Oviedo (1115), de natureza convertida², cujos preceitos normativos obtiveram, ao que parece, projecção no nosso país. As leis gerais do Concílio de Leão de 1017 foram reflectir-se no chamado *Fuero de León*³.

Concílios nacionais portugueses podem apontar-se dois: o de Braga (1262), onde se deliberou requerer ao papa a sanção do casamento de D. Afonso III com Dona Beatriz, a fim de se legitimar o novo soberano, e o de Santarém (1381), que decidiu manter a obediência nacional ao papa de Roma, recusando-se

1. V. *infra*, n.º 56.

2 e 3. Cfr. *infra*, n.º 56.

seguir Clemente VII, pontífice de Avinhão, a despeito das instâncias de D. Pedro de Luna, decisão que agravou as relações com Castela, reino seguidor deste último.

Concílhos provinciais no período em referência houve também só dois: em Braga (1148) e em Coimbra (1163). Deve, porém, assinalar-se a presença de bispos portugueses em concílhos provinciais sediados em Castela, por virtude das suas dioceses serem sufragâneas de dioceses castelhanas¹. Assim sucedeu no concílio de Valhadolid, em 1143 (onde se promulgaram as resoluções do concílio de Latrão e onde se admite haver sido tratada a paz entre D. Afonso Henriques e o monarca castelhano) e o de Salamanca, em 1310, tendo aí votado os bispos portugueses a inocência dos templários. Pelo cunho político que tal presença envolvia², conhecem-se protestos castelhanos por ausência de bispos portugueses em concílhos provinciais sediados em tal reino³.

Os concílhos provinciais deveriam ser convocados anualmente, segundo o estabelecido no concílio de Latrão (1215). Cabia ao metropolitano fazê-lo, pertencendo-lhe a presidência, mas sem possuir poderes superiores aos dos bispos convocados. A competência da assembleia identificava-se com a dos bispos, não podendo prejudicar a dos pontífices ou a dos concílhos superiores. Nos concílhos provinciais deviam publicar-se mesmo as normas aprovadas nos concílhos gerais.

Realizaram-se múltiplos sínodos diocesanos entre nós — cerca de noventa. Não obstante esse número, foi muito relativa a observância da disposição do concílio de Latrão II determinando a reunião anual de tais assembleias, que antes devia ser bi-anual. Foi também muito desigual o ritmo de realização dos sínodos, variando conforme as dioceses.

Como quer que tenha sido, a produção legislativa sinodal é importantíssima e de objecto variado⁴, correspondendo materialmente à jurisdição⁵ episcopal. Por isso, não careciam as determi-

1. V. *infra*, n.ºs 183 e 192. 2. V. *infra*, n.ºs 135 e 192. 3. V. *infra*, n.º 135.
4 e 5. V. *infra*, n.º 183.

nações desses concílhos de aprovação pontifícia, conforme o direito das Decretais, tornando-se obrigatórias mediante aprovação do prelado — mas a prática portuguesa atesta-nos casos de apelação para o papa¹.

Ao lado das decisões e normas editadas pelo bispo no concílio, em virtude do seu poder judicial e legislativo², deve referir-se o exercício pessoal (com ou sem conselheiros) de tais funções. Aqui cabe menção às constituições diocesanas, cuja autonomia face às normas sinodais se radica na diversidade do processo de produção, confundindo-se ambas as espécies no fundamento e âmbito (a diocese). Por analogia podemos dizer que tal como os cânones se contrapõem as decretais, assim os estatutos sinodais se separam das constituições episcopais.

A importância dos concílhos episcopais não pode esconder a existência de outras fontes: nomeadamente, capítulos, sínodos arcepresbiterais e arceidiaais³, colegiadas, pessoas morais autónomas ou institutos, para falar com terminologia moderna. Para além dos capítulos gerais das ordens⁴, devem enumerar-se regras estabelecidas pelos diferentes órgãos e correspondentes à respectiva organização, cabendo aqui falar das denominadas constituições regulares, cuja natureza e função foram ilustradas por um autor do século XIX, afirmando que elas estão para a regra⁵ como as leis regulamentares estão para a lei fundamental no domínio civil-político e nas palavras de quem constituem «o complexo dos preceitos, que se ajuntão à Regra com o fim de explicá-la e desenvolvê-la para sua melhor observância, preceitos dados pelos capítulos gerais das Ordens, ou por quem tem autoridade (...)» (Araújo, 1857, I, 449).

Relativamente à generalidade das normas antes mencionadas impõe-se referir que sendo variadas não só em função do autor — abades, priores, mestres, comendadores capítulos, tribunais... — são-no também pelo âmbito do seu propósito (para um mosteiro,

1. V. *infra*, n.º 166. 2. V. *infra*, n.º 183. 3. Cfr. *infra*, n.ºs 184, 185, 192, 195 e 196.
4. V. *supra*, n.º 42. 5. Cfr. *supra*, n.º 45, a).

para uma província, etc.) e pelo objecto ou conteúdo do commando. Aqui haverá a lembrar o facto ilustrativo de a mais antiga das regras, de vasta implantação entre nós¹, a de S. Bento, recomendar a variação das leis particulares.

Estamos perante um diversificado xadrez, resultante de múltiplas especificidades, impossíveis de referir agora. Relativamente a ele impõem-se, todavia, duas notas: a primeira, para vincar encontrarmos-nos frequentemente não perante o direito geral mas perante o direito particular; a segunda, respeitante ao factor comum existente em todas as produções de tais fontes, sejam elas genéricas e de tipo legislativo, sejam inter partes e de índole contenciosa, da sua necessária conformidade ao direito comum e universal da Igreja. Por isso, se tem falado a propósito do complexo normativo de todas englobante de direito subordinado ou secundário — ou mesmo regulamentar.

O mesmo se impõe mencionar no tocante às diferentes espécies de costumes particulares, distinguindo a canonística v.g. entre costumes monásticos², capitulares³, nacionais, provinciais, diocesanos, paroquiais⁴. Lembremos aqui o facto se reclamar ao poder civil para se ater ao respectivo respeito, enquanto direito da Igreja, como resulta das queixas apresentadas em 1309 pelos clérigos a D. Diniz. A prática régia seria «*contra costume do Bispado de lizboa*» (LLP., 160).

Resta-nos, em matéria de fontes de direito canónico, aludir às *concordias* e *concordatas*. Com esta nomenclatura se designam acordos entre o rei e a Cúria Romana ou entre o rei e o clero, tentando definir os direitos e deveres recíprocos das duas partes.

Os primeiros acordos conhecidos são do tempo de Afonso II e, de hábito, apontam-se como principais concordias e concordatas actos dos reinados de D. Dinis, D. Afonso IV e de D. Pedro I. Na verdade, porém, segundo sustentou Marcello Caetano, nem a todos os actos que têm sido designados de uma ou outra

1. V. *infra*, n.º 184.

2. Cfr. *infra*, n.º 189.

3. V. *infra*, n.º 184.

4. V. *infra*, n.ºs 183, 192 e 193.

forma caberiam semelhantes designações. Assim, por exemplo, se o acordo celebrado entre representantes do Pontífice e de D. Dinis, em 1289, formado por quarenta artigos constantes da bula *Cum Olim*, e ratificado pelo Papa e pelo monarca português, reveste a forma de autêntico tratado, pelo que lhe quadra a designação de *concordata*; se os onze artigos assentes entre os bispos portugueses e o mesmo príncipe no referido ano constitui acordo negociado que mereceria, por isso, o qualificativo de *concordia*; já o mesmo não se verificaria noutros casos em que houve uma resolução arbitral de conflitos (LLP., 129-136 e CC., II), ou nos quais o rei acedeu em cortes a agravamentos do clero (LLP., 128 e 371). Na hipótese da arbitragem, trata-se não de um acordo negociado, mas de decisão judicial. Também na reparação de agravamentos em cortes não se estaria ante forma negocial, mas de definição imperativa do direito (visível na própria fórmula de desembargamento: «*mando...*»), embora a requerimento. Semelhante equação do problema afigura-se, todavia, extrema. Por um lado, arbitragem pressupõe um acordo quanto à resolução por árbitros; de outro lado, ver no desbargo dos agravamentos em cortes simples definição imperativa do direito equivale a esquecer, em nome de uma interpretação meramente literal das fórmulas, o possível carácter pacífico das deliberações. Impõe-se nestes casos ir mais fundo e descortinar a própria intenção e substância das coisas.

Uma última observação se impõe. Integrando-se tanto as concordias, como as concordatas na categoria do direito especial ou particular, diferenciam-se, todavia, pelo facto de aquelas serem de direito subordinado ou secundário, enquanto estas, envolvendo a *auctoritas superlativa* do papa, titular da suprema jurisdição eclesial, se integram no direito primário, cuja essência corresponde à do direito comum, geral ou universal.

48. Penetração do direito canónico na Península. A ciência canonística portuguesa — O direito canónico penetrou e foi

recebido na Península Ibérica desde os seus alvares. Situando-nos apenas nos tempos imediatamente anteriores à fundação da nacionalidade, podemos assinalar mais de um documento em que se refere o direito canónico na fase pré-graciança. Numa doação de D. Maurício, bispo de Coimbra, ao presbítero Afonso (14 de Fevereiro de 1103) estatui-se (DP, III, doc. 101) que o objecto da doação não será retirado ao beneficiado se não actuar com culpa pela qual segundo os cânones deve perdê-la (*si tu non feceris culpam per quam secundum canones debeas eam perdere*). Noutro documento, de 12 de Março de 1112, Unisca Eriz, contemplando o Mosteiro do Paço de Sousa com os bens de raiz que possui em várias localidades, bem como todos os seus bens mobiliários (DP, III, doc. 393), dispõe que aquele que por palavras repelir seu testamento pague o dobro do que dele consta «e sofra a sentença do livro do cânone da parte do bispo ou do arcebispo, ou conde ou rei ou autoridade que naquela terra mandar, e além disso seja anatematizado quer dos homens quer das mulheres» (*et insuper componat sententia libri canonis ab episcopo vel archiepiscopi a comite vel a rege siue potestas qui illa terra imperauerit et insuper sedeant anatematizatus siue viris siue feminis*). Numa carta de couto outorgada pelo conde D. Henrique aos 31 de Março de 1108 (DR, I, I, doc. 13), contém-se alusão aos «decretos dos santos cânones sobre as ordens eclesiásticas e as liberdades das igrejas» (*sicut in decretis sanctorum canonum de ecclesiasticis ordinibus et de ecclesiarum libertatibus...*). De 1122 (14 de Outubro) temos um documento titulando certa doação de bens do Mosteiro de S. Pedro de Cete (DP, IV, 1, doc. 288) em que se fala na «autoridade e regra do santo cânone e na deliberação do livro judicial», isto é, do *Código Visigótico*¹ (*«secundum auctoritatem et regula sancti canonis et secundum deliberacionem libri iudicialis deseruiat»*). Finalmente, numa doação de bens do bispo de Coimbra, lavrada em 10 de Outubro de 1123 (DP, IV, I, doc. 379), aparece a menção: «*secundum decreta canonum*».

1. Cfr. *infra*, n.º 55.

Também em várias bibliotecas medievais portuguesas figuravam exemplares de colecções de cânones anteriores à fundação da nacionalidade. O bispo Crescónio legou à sua igreja, a Sé de Coimbra, um *librum canonum*, em 1094, e em 1139 faleceu uma tal Frandine, que, com seu marido Alvaro Recamondiz, legou à mesma uns *canones veteres*. Trata-se, como anotou o Prof. Isaias da Rosa Pereira, de uma «das muitas colecções canónicas anteriores ao *Decreto* de Graciano», talvez a *Collectio Hispana*, à qual se refere igualmente, decerto, uma deixa do bispo D. Paterno (1090), em que se cita um *librum canonicum arabice* (sabe-se, aliás, que a *Hispana* foi vertida em árabe).

Posteriormente à fundação da nacionalidade e, por isso, já da fase graciança, são outros instrumentos ou referências *mortis causa* a colecções de *Decretais* que precederam as *Decretais de Gregório IX*. Aparecem aquelas simplesmente sob o nome de *Decretales* (1234, testamento de Martinho Gonçalves), ou com outras menções: *Decretales primas et medias*, isto é, as *Compilações Antigas*, I e II (5 de Agosto de 1228, testamento do arcebispo de Braga D. Estêvão Soares); *Decretales veteres* (1255, testamento de Pedro Pais, cônego bracarense; Fevereiro de 1257, testamento de Mestre Gil de Leiria); *Decretales Antiquae* (1264, testamento de D. Afonso Pais, deão de Lamego).

Anote-se que chegaram mesmo até nós (Fundo Alcobacense da BNL) exemplares da I, II, III e IV *Compilações Antigas* (da I em letra do século XIII e das restantes do século XIV). Particularmente no que respeita ao *Decreto*, D. Fernando Martins, bispo do Porto, falecido em 1185, dispôs testamentariamente de diversos livros de direito a favor da igreja portuense, entre eles, uns *Decreta* e uma *Summa Decretorum*. Por outro lado, em documento datado de 1195, refere-se um *Magister Decretista*.

A partir destes dados iniciais multiplicam-se em actos e documentos medievais as alusões aos livros de direito canónico. Conhece-se, inclusive, graças aos trabalhos de alguns eruditos, com menção especial para o Prof. Isaias da Rosa Pereira, o con-

estavam a sanar grandes riquezas
então em 727 - O Pedro fez 5
grandes feis

teúdo de várias bibliotecas da época abundantes em tais obras, quer ligadas ao *Decreto* quer às *Decretais*. As *Decretais de Gregório IX* circularam também largamente e, já em 1359, se achavam traduzidas para português, como resulta de um documento do Convento de Pendorada relativo às partilhas de Vasco de Sousa, cidadão do Porto, em que se fala de «*humas Degrethas em lingoagem*», o que foi assinalado a primeira vez por João Pedro Ribeiro.

A penetração do direito canónico era tal que nas cortes ou cúria alargada de 1211 houve necessidade de hierarquizá-lo em relação ao direito do rei. A ordenação estabeleceu-se, segundo o entendimento geral, com prevalência daquele¹. Estamos face a um reconhecimento de supremacia eclesiástica, traduzida aqui na superioridade — aliás afirmada no *Decreto* — das normas jurídicas da Igreja sobre os vários monarcas. «O Governo temporal», sublinha Otto von Gierke, sintetizando esta posição ideológica, «quando constituído permanece subserviente da Ordem Eclesiástica. É um meio ou instrumento da finalidade específica eterna da Igreja. Por esta razão todas as leis humanas (*leges*) encontram os seus limites e esferas de competência circunscritas pela ordem espiritual».

D. Pedro I, contudo, pôia em vigor o *beñeplácito*, ou seja, determinaria que as leis e actos autoritários da Igreja apenas seriam aplicáveis e obrigatórios no território nacional depois de aprovados pelo rei².

Portugal não apenas conheceu e recebeu desde cedo o direito canónico como foi pátria de alguns canonistas de renome, aqui tendo vivido vários outros. Entre eles, têm direito a menção: Pedro Hispano (fins do século XII, princípios do século XIII), que exerceu a sua actividade em Bolonha e que escreveu, por volta de 1170, um *Aparato (Apparatus)* à primeira *Compilatio Antiqua*; Pedro Hispano Portugalense, que compôs, cerca de

1. V. *infra*, n.º 51 e 57.

2. Cfr. *infra*, n.º 49.

1220, uma *Notabilia* à quarta *Compilatio Antiqua*, bem como dois pequenos tratados de direito civil; Silvestre Godinho (m. em 1244), autor de glosas ao *Decreto*, às I e III *Compilationes Antiquae*, à compilação de Alão Anglico e à *Decretal Pastoralis Officii*; Vicente Hispano, professor de Bolonha (m. em 1248), que deixou glosas ao *Decreto*, e *Apparatus* à I e III *Compilationes Antiquae*, bem como às constituições do IV Concílio de Latrão, *Casus e Compilatio III Antiqua*, *Casus e Apparatus* ou *Lectura às Decretais*, glosas à *Compilatio II Antiqua* e às *Arbores Consanguinitatis et Affinitatis*, uma *Summula* ou *Questiones de Exceptionibus*, um escrito *De Discordia Testium et de Consonantia et qualiter debeant recipi et repelli*; João de Deus (m. em 1267), igualmente professor de Bolonha, a quem se atribuem numerosas composições jurídico-canónicas, de que poderemos recordar a *Arbor Versificada*, a *Summa Super Quatuor Causis Decretorum*, *Casus Versificati*, *Breviarium Decretorum*, *Liber Iudicium*, *Liber Cavillationum Advocatum*, *Liber Opinionum*, *Prologus e Glosulae Arbor Actionum* de João Bassiano, obra relativamente à qual elaborou várias glosas, a ser sua esta obra, como se tem pretendido...; Bernardo, designado o Compostelano, pelos seus direitos à Sé de Compostela, que foi deão de Lisboa, organizou uma colecção de Decretais de Inocêncio III — a *Romana* — deixando-nos um comentário às Decretais de Gregório IX e *Notabilia*; João Egitanense, redactor de um comentário à *Arbor Actionum* de João Bassiano — que vimos também atribuído a João de Deus — e de uma *Lectura* sobre as *Arbores Consanguinitatis et Affinitatis*; Domingos Domingues, de quem se conhece uma *Summa Dictaminis*¹; Martinho Martins, que elaborou, nos fins do século XIII ou início do século seguinte, um comentário às *Decretais de Gregório IX*, intitulado *Candelabrum Iuris*; D. Egas de Viseu (m. em 1313), de quem existe uma *Summa de Libertate Ecclesiastica*; Martin Pérez, autor de um livro de con-

1. Cfr. *infra*, n.º 101.

fissões; Álvaro Pais (ou Álvaro Pais Gomes Charriño), que não foi português, mas ocupou a diocese de Silves, onde compôs parte da sua obra, da qual se destaca o *De Placitu Ecclesiae*, o *Speculum Regum* e o *Collyrium Fidei Contra Haereseis*; André Dias de Escobar (m. centenário em 1450 ou 1451), autor de múltiplas obras...

49. Restrições à recepção do direito canónico — A penetração do direito canónico não se processou, contudo, sem resistência. Esta evidenciava-se à medida em que o poder dos monarcas aumenta pela consolidação. Alguns factos podem servir de prova. Teremos oportunidade de a eles voltar. Para já, e como mais sintomático e directo, deve citar-se o *beneficium régis*, isto é, o instituto pelo qual os reis se arrogam o direito de controlar a publicação das letras apostólicas no reino.

De origem controversa, não falta quem o sustente instituído em França, quando das lutas de Filipe, O Belo, com Bonifácio VIII, e o ligue, consequentemente, às denegações da *auctoritas* pontificia. Introduzido, possivelmente, entre nós no reinado de D. Pedro I, embora se tenha sustentado já origem mais remota, declarando-o proveniente da Alta Idade Média, não tem em Portugal a mesma carga ideológica, a avaliar por uma posterior justificação de D. João I, soberano que argumentou com a liberdade da Igreja e a tradição. Merece a pena recolher aqui os dois textos fundamentais a este propósito, um dos quais refere quanto antes se registou. O outro deixa o problema numa posição de facto, carente de justificante teórica. A constatação dessa lacuna constitui o comentário mais adequado para se situarem as implicações de quanto no documento se refere. Isso, sobretudo, se o conjugarmos com as demais fontes relativas à posição recíproca dos *cânones* e dos preceitos de origem laica.

Questionaram os prelados D. Pedro I nas Cortes de Elvas de 1361 sobre a proibição de se publicarem letras pontificias sem

1. Cf. *infra*, n.ºs 128 e 136.

consentimento prévio do príncipe, fazendo-o nos seguintes termos: «(...) que Nós hordenamos em sendo Infante aa petiçom dalguũs, que por comprirem suas vontades, porque podessem teer Benefícios, que tinham occupados sem direito, e nos demoveram pera o fazer, que nenhũu nom fosse ousado de poblicar lettras do Papa, quaaesquer que fossem, sem Nosso mandado, pola qual razom diziam, que o Papa estava agravado contra os Prelados do nosso Senhorio, teendo que polo seu aazo se embargarom, e embargam suas lettras, que se nom poblicam, como devião o que se nom fazia em todolos outros Regnios; e pediam-nos por mercee, que quizessemos revogar a dita Hordenaçom, ca nom era nosso serviço, nem prol do nosso Regno, e que tirariamos os Prelados do nosso Senhorio da culpa, que lhes o Papa poeem por esta razom».

A resposta do monarca foi como se segue: «A este artigo respondemos que nos mostrem esses escriptos, e lettras, e veellas-emos, e mandaremos que se pobliquem pela guisa, que devem».

Embora já de 1427, por isso do segundo período abrangido nas presentes lições, merece a pena citar quanto sobre o assunto se suscitou nas Cortes de Santarém — até pelo facto de o monarca referir na resposta o problema dos benefícios, que vimos estar por trás, ao menos parcialmente, da questão como foi suscitada nos tempos de D. Pedro I. Foram estas as palavras dos prelados: «(...) que se empetram lettras Apostolicas pera Benefícios, ou pera suas demandas, ou ham sentenças sobre Benefícios, nõ sem ousados de as poblicar pola defesa, e pena da Hordenaçom do Regno, ataa que hajam Carta de licença d'El Rey; e que ente que a ajam, lhes fazem citar as partes, contra que som, pera dizerem contra as ditas lettras do seu direito perante a Justiça secular; o que he contra direito conhecer dos autos da igreja, sobre sentenças, e feitos do Papa; e conhecem de sorreição, e falsidade».

Mereceu tal requisito uma extensa resposta ao rei: «A esto respondeu El Rey», lê-se no texto recolhido nas Ordenações

Afonso, «que elle não fez esta cousa de novo, ante se acustumou sempre em tempo dos Reys, que ante elle foram antigualmente; e este he mais por conservaçon da jurdição, e liberdade da Igreja, que em seu prejuizo, por manter aquelles, que estão em posse de seus Benefícios, e não lhes seer feita força per alguãos falsos, ou sorretícios que a miude vem: e ainda porque poderia seer que viriam alguãos leteras em prejuizo do Rey. E porque achou, que sempre se assy usou, e que não hia contra liberdade da Igreja, ante era em seu favor, mandou que assy se guardasse; e assy o entende daqui em diante guardar; e assy se guarda nos outros Regnos, e Terras: e que a Hordenaçom, a maneira, que em esto tem, he boa, e esto não pertence a elles».

Não foram, contudo, apenas os monarcas a oporem forte resistência à penetração do direito canónico. O anticlericalismo de parte da população, por um lado, e, por outro, a existência de numerosas heresias em relação ao credo religioso¹ constituíram também obstáculo de relevo. As lutas do clero com a realza, aliás, serviram para acentuar o primeiro dos aspectos acabados de mencionar. Haja em vista o anticlericalismo que ressalta da própria poesia trovadoresca em torno da contenda gerada pelo caso de Sancho II. Os poetas toman decididamente posição pela facção nobiliárquica apoiante do rei e contra o clero e a Igreja de Roma. Em parte, a resistência à penetração do direito canónico é, na verdade, um aspecto da resistência ao próprio clero e às suas pretensões de imunidade e hegemonia.

50. Aplicação do direito canónico nos tribunais. Aplicação nos tribunais eclesiásticos, em razão da matéria e em razão da pessoa — Como se disse já, e não obstante todas as restrições, o direito canónico foi aplicado em Portugal. Não apenas nos tribunais civis ou seculares, mas também em tribunais eclesiásticos.

1. Cfr. *infra*, volume correspondente à Comunidade e Fontes do Direito (1.º Período).

186

187

Página das Ordenações de D. Duarte relativa ao beneplácito régio.

De facto, paralelamente com a organização judiciária civil existiu uma organização judiciária eclesiástica, ou seja, de tribunais da Igreja.

Os tribunais eclesiásticos conheciam as causas em *função da matéria ou em função da pessoa*. Certas matérias eram consideradas da competência especial da jurisdição eclesiástica; da mesma forma, entendia-se que certas pessoas só podiam ser julgadas pelos tribunais da Igreja. O costume gradualmente desenvolveu de que o clero não podia ser levado perante um tribunal civil foi reconhecido oficialmente pelo imperador Justiniano, que o consagrou como privilégio¹. Mas não deixou de ser motivo de hesitação e dúvidas doutrinais a contradição entre a lei canónica e a civil. Poder-se-ia entender que a Igreja, *maxime* o Papa, teria querido abrogar uma lei? No direito justiniano vários exemplos submetiam as leis aos capítulos eclesiais, conforme consignado por Le Bras, em resposta à interrogação anterior. Não parece que se possa dar uma resposta genérica a tal respeito, sendo preciso atermo-nos a opiniões diferenciadas conforme os doutores. Também aqui, porém, ir-se-á caminhando no sentido de limitar ou circunscrever o regime de excepção. No *Livro das Leis e Posturas* encontra-se já uma rubrica dos «*casos em que os clérigos som da Juridicòm del Rey e devem responder perante (sic) el ou perant seu Juiz*» (LLP, p. 380).

51. Aplicação nos tribunais civis; enquanto direito preferencial ou como direito subsidiário. O critério do pecado — Nos tribunais civis o direito canónico aplicou-se também, primeiramente, como direito preferencial. Seria o próprio monarca que assim o determinaria. Com efeito, na cúria de Coimbra de 1211, decidiu D. Afonso II que as suas leis não valessem se feitas ou estabelecidas contra os direitos da Santa Igreja de Roma: «*Outroy estabeleço que as leys sseiam guardadas e os dreytos da sancta Egreia de Roma Conuem a ssaber que sse*

1. Cf. *infra*, vol. correspondente à Comunidade e Conteúdo do Direito (1.º Período).

forem factas ou estabelecidas contra eles ou contra a sancta Egreia que nom ualham nem tenham», lê-se no *Livro das Leis e Posturas*. É certo que este passo sofreu interpretação restritiva por parte do Prof. Braga da Cruz. Escreve ele: «Cremos que se tem exagerado o significado da lei, quando se pretende ver nela uma total subordinação da vigência das leis pátrias ao requisito da sua concordância com o *direito canónico*, embora seja fora de dúvida que os canonistas — sempre com pouco êxito — pretenderam difundir e fazer valer a doutrina da subordinação total das leis civis às leis canónicas. Repare-se, com efeito, que a referida lei de D. Afonso II não fala do *direito* da Santa Igreja (que poderia entender-se — então, sim — ser o *direito canónico*), mas dos «*dereitos* da Santa Egreia de Roma», o que pode querer significar apenas, genericamente, as suas *regalias e privilégios*. A ser assim, as *leis pátrias* só não valeriam contra os cânones que estabelecem especiais privilégios em favor da Igreja; mas nada obstará à sua aplicação, de preferência ao *direito canónico*, nos casos de mera diversidade de regulamentações dada pelos dois direitos a problemas jurídicos idênticos». Trata-se de posição ao arripio da interpretação unívoca que desde Melo Freire vem sendo feita e baseada, aliás, apenas numa das versões não originais da lei de Afonso II, inicialmente redigida em latim (texto que hoje se desconhece), sendo certo existirem outras duas versões (nos *Foros de Santarém* e nas *Ordenações de D. Duarte*), as quais não parecem favorecer o entendimento do Prof. Braga da Cruz.

Mais tarde, o direito canónico foi relegado para a posição de direito subsidiário, isto é, apenas aplicável quando faltasse o direito nacional. Aqui iria, aliás, entrar em concorrência com o direito romano ou imperial. O critério de ordenação relativa do ordenamento canónico e do césareo seria o critério do pecado. A prevalência do primeiro sobre o segundo seria o critério do pecado. A ou não de matéria de pecado¹.

1. Cf. *infra*, n.ºs 165 e 166. V. também n.º 183 e o volume correspondente às *Fontes do Direito* (2.º Período).

52. O «ius romanum». Remissão — Ainda no que respeita ao direito *supra regna* haveria que versar o direito romano. Remetesse, porém, o assunto para quando se tratar do direito prudencial, na medida em que a sua vigência foi devida não à superioridade do Império sobre Portugal, mas à recepção voluntária pelo príncipe e à actividade dos prudentes¹.

BIBLIOGRAFIA: — Da inesgotável, citamos v.g., GIUSEPPE ALBERIGO (org.) *Historia dos Concílios Ecueménicos*, S. Paulo, trad. port. de 1995; J. SANTOS ABRANCHES, *Fontes do Direito Eclesiástico Português*. I. *Suma do Bullário Português*, Coimbra, 1895; FORTUNATO DE ALMEIDA, *HIP.*, I; D. MANOEL DO M. RODRIGUES D'ARAÚJO, *Elementos de Direito Eclesiástico Público e Particular em Relação à Disciplina Geral da Igreja e com Aplicação aos Usos da Igreja do Brasil*, Rio de Janeiro, I, II e III, 1857, 1858 e 1859; J.-C. BESSE, *Histoire des Textes du Droit de l'Eglise au Moyen Age de Denys à Gratien*, Paris, 1960; PEDRO LUIS BLANCO, *Noticia de las Antiguas Colecciones Canónicas Inéditas de la Iglesia Española*, Madrid, 1798; BAR-RAULOUGH, V.º «Benard de Compostelle le Jeunes», in *DDC.*, I; F. CARPENTERO BENTEZ, *Historia del Derecho Natural. Un Ensayo*, México, 1999; GABRIEL LE BRAS, «Resolution et Désaccords entre le Droit Romain et le Droit Canon dans l'Oeuvre des Grands Classiques», in *SV.*, I; P. FOURNIER e G. LE BRAS, *Histoire des Collections Canoniques en Occident*, Paris, 1931, I e II; *Histoire du Droit et des Institutions de l'Eglise en Occident publiée sous la direction de (...) L'Age Classique 1140-1378. Sources et Théorie du Droit*, por G. Le Bras, Ch. Lefebvre, J. Rambaud, Paris, VII, 1965; LIBÂNIO BORGES, *Concordatas entre a Santa Sé e Portugal e Concórdias entre os Prelados e os Reis de Portugal*, Vila Real, 1951; EDUARDO BRASÃO, *Colecção de Concordatas Estabelecidas Entre Portugal e a Santa Sé*, de 1238 a 1940, Lisboa, s/d.; JAMES A. BRUNDAGE, *Medieval Canon Law*, Londres e Nova Iorque, 1995; MARCELLO CAETANO, *Historia do Direito Português (1140-1495)*, Lisboa, 1981; CALASSO, *Medioevo del Diritto*, Milão, 1954; I; CARLO CALISSE, «I Concordati del Siglo XV», in *Chiesa e Stato. Studi Storici e Giuridici per il Decennale della Conciliazione tra la Santa Sede e l'Italia*, Milão, 1939; CHAVES E CASTRO, *O Beneditino Régio em Portugal*, Coimbra, 1885; Ribeiro Coelho, *O Beneditino Régio em Portugal*, Coimbra, 1885; AVELINO DE JESUS DA COSTA, *A Biblioteca e o Tesouro da Sé de Coimbra nos Séculos XI a XVI*, Coimbra, Sep. do «Bol. da Bibl. Univ.», Coimbra, 1983; A. *Biblioteca e o Tesouro da Sé de Braga nos Séculos XV a XVIII*, Braga, Sep. da «Revista Theologica», 1985; «Fragmentos Pre-ciosos de Códices Medievais», Braga, Sep. do «Boletim do Arquivo Municipal», 1949; MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA «Para a História da Cultura Jurídica Medieval em Portugal», in *BFDC.*, 1959; A. D. SOUSA COSTA, *Mestre*

Silvestre e Mestre Vicente, Juristas da Contenda entre D. Afonso II e suas Irmãs, Braga, 1963; «Concordatas Portuguesas», in *Itinerarium*, 1966 e *Um Mestre Português em Bolonha no Século XIII — João de Deus. Vida e Obras*, Braga, 1957; SÉRGIO COTTA, *Il Concetto di Legge nella Summa Theologiae di S. Tomaso d'Aquino*, Turim, 1955; GUILHERME BRAGA DA CRUZ, *O Direito Subsidiário na História de Direito Português*, Coimbra, Sep. da *RPH.*, 1975; MARTINEZ DIEZ, *La Colección Canónica Hispana*, I, II, III e IV, Madrid, 1966-1984; «Concilios Españoles Anteriores a Trento», in *RHCEE.*, V, 1976; P. FOURNIER, *Études Critiques sur le Décret de Burchard de Worms*, Paris, 1910; F. L. GANSHOF, *Recherches sur les Capitulaires*, Paris, 1958; ANTONIO GARCÍA Y GARCÍA, *Historia del Derecho Canónico*, Salamanca, 1967, I; «Los Concilios Particulares en la Edad Media», in *CB.*; *Estudios sobre la Canonística Portuguesa Medieval*, Madrid, 1976; «La Canonística Ibérica Medieval Posterior al Decreto de Graciano», in *RHCEE.*, I, 1967, V, 1976; *Synodicum Hispanum. II. Portugal*, Madrid, 1982, obr. col. dirigida por (...); «Derecho Canónico y Vida Cotidiana en el Medievo», in *RPH.*, XXXIV, 1990; «Fragmentos de Manuscritos del Decreto y de las Decretales de Gregorio IX en Portugal», in *RUC.*, 1989; «Los Comentarios de los Canonistas a las Constituciones del IV Concilio de Latrán (1215)», in *Congrés de Droit Canonique Médiéval. Louvain et Bruxelles*, Louvain, 1969; *Derecho Comun en España, los Juristas y Sus Obras*, Murcia, 1991; JEAN GAUDENET, *Les Sources du Droit de l'Eglise en Occident du I^{er} au VII^e Siècle*, Paris, 1985; e *Eglise et Cité. Histoire du Droit Canonique*, Paris, 1994; R. GIBERT, *Elementos Formativos del Derecho en Europa, Germanico, Romano, Canónico*, Granada, 1975; J. A. MARTINS GIGANTE, «Ambiente e Significado da Legislação Particular do Concílio de Braga», in *CB.*; W. HOLTZMANN, *Studies in the Collections of Twelfth Centuries Decretals*, ed. de C. R. Cheney e M. G. Cheney, Cidade do Vaticano, 1979; A. VAN HOFVE, *Prolegomena ad Codicem Iuris Canonici*, Maastricht, 1945; IVAN C. IBAN, *Derecho Canónico y Ciencia Jurídica*, Madrid, 1984; E. F. JACOB, *Essays in the Conciliar Epoch*, Manchester, 1976; S. KUTTNER, *Repertorium der Kanonsistik (1140-1234). Prodomus Corporis Glossarum*, Vaticano, 1953; M. RODRIGUES LAPA, *Lições de Literatura Portuguesa. Época Medieval*, Lisboa, 9.ª ed., 1977; ANA MARIA BRACINHA DE LIMA MACHADO, *Vicente Hispano — Aspectos Biográficos e Bibliográficos*, Lisboa, 1965; MÁRIO MARTINS, «Constituições Sinodais Medievo-Portuguesas», in *Estudos de Literatura Medieval*, Braga, 1956; P. MICHAUD-QUANTIN, «Remarques sur l'Oeuvre Legislative de Grégoire IX», in *EHDCLB.*, I; JOSÉ MATOSO, *Identificação de um País. Ensaio sobre as Origens de Portugal*, 1096-1325, Lisboa, 1985, II; PAULO MERÊA, *Domingos Domingues Canonista Português do Século XIII*, Coimbra, Sep. do *BFDC.*, 43, 1967; CARLO GUIDO MOR, «Le Relazioni tra la Chiesa e gli Stati della Caduta dell'Impero al Concordato di Wormes», in *Chiesa e Stato...*, cit.; CH. MUNIER, «Droit Canonique et Droit Romain d'après Gratien et des Décretistes», in *EHDCLB.*, II; NAZ, v.º «Droit Canoniques», in *DDC.*, IV; J.A. DUARTE NOGUEIRA, *Sociedade e Direito em Portugal na Idade Média*, Lisboa, 1990; EDUARDO NUNES e MARTIM DE

1. Cfr. *infra*, n.ºs 165 e 166.

ALBUQUERQUE, *Parecer do Doutor Valasco di Portugallo sobre o Beneplácito Régio* (Florença, 1454), Lisboa, Sep. do Tempo e da História, 1968; MIGUEL DE OLIVEIRA, *História Eclesiástica de Portugal*, Lisboa, 1968; S. MOCHI ONORY, «Eclesiástica Libertas e Concordati Medioevales (Da Worms a Constança)», in *Chiesa e Stato...*, cit.; ISAIAS DA ROSA PEREIRA, *Livros de Direito na Idade Média*, Lisboa, Sep. de LS., 1966 e 1970; *Manuscritos de Direito Canónico Existentes em Portugal*, (I), Funchal, 1959, Sep. do AHF., e (II), «idem» cit., 1961-1963; «O Canonista Petrus Hispanus Portugualensis», in AHCP., 1968, II; Pablo Pinedo, «En Torno al Título del Decreto de Graciano "Decretum seu Concordia Discordantium Canonum"», in AHDE., 1955; PAIVA E PITTA, «História do Beneplácito Régio em Portugal», *Instituto, Direito Natural e* (1887-1883) e XXXVII (1980-91); REGINALDO PIZZORNI, *Diritto Naturale e Diritto Positivo in S. Tommaso d'Aquino*, Bolonha, 1999; A. PRIETO PRIETO, «El Marco Político-Religioso de los Concilios Bracarense I e II», in CB.; JEANNE QUILLLET, *Les Clefs du Pouvoir au Moyen Âge*, Paris, 1972; QCA.; SAMUEL RODRIGUES, v.º «Direito Canónico», in DHRP., I; G. ROSSI, «Per una Edizione dell' Arbor Actionum. Un Prologo di Giovanni de Deo e un Grupo di Glosse di Incerto Autor», in SMSUB., XVIII, 1950 (= *Studi e Testi di Storia Giuridica Medievale*, Milão, 1997); CONDE DE SAMODÂES, *Beneplácito Régio*, Porto, 1884; SCHENKL, *Instituições de Direito Eclesiástico*, trad. port. de 1887; J.F. VON SCHULTE, *Die Geschichte der Quellen und Literatur des Canonischen Rechts. Von Gratian bis auf Papst Gregor IX*, Graz, 1956; PAUL SÉJOURNÉ, *Saint Isidore de Séville. Son Rôle dans l'Histoire du Droit Canonique*, Paris, 1929; N.E. GOMES DA SILVA, «Sobre a Lei da Cúria de 1211 Respetante as Relações entre as Leis do Reino e o Direito Canónico», in *Rev. Jurídica*, I e *História do Direito Português*, Lisboa, 2000, 3.ª ed.; L. R. SORILLO «Las Fuentes Ibericas del Decreto de Graciano», in SG., II; MARNO-CO E SOUZA, *Direito Eclesiástico Português*, Coimbra, 1910; A.M. STICKLER, «Il Decretista Laurentius Hispanus», in SG., IX e *Historia Iuris Canonici Latini*, I, *Historia Fontium*, Roma, 1974; WALTER ULMANN, *The Church and the Law in the Earlier Middle Ages*, Londres, 1975; *Medieval Political Thought*, s.l., 1975; *The Growth of Papal Government in the Middle Ages. A Study in the Ideological Relation of Clerical Law Power*, Londres, 1955; ANTONIO GARCIA RIBEIRO DE VASCONCELOS, «Nova Chronologia das Constituições Diocesanas Portuguesas até Hoje Impressas», *O Instituto*, 58, 1911; MARGARDA GARCEZ VENTURA, *Igreja e Poder no Século XV. Dinastia de Avis e Liberdades Eclesiásticas (1383-1450)*, Lisboa, 1987; A. Veitlani, «Le Décret de Gratien et les Premiers Décretistes à la Lumière d'une Source Nouvelle», in SG., VII; R. WEHRLÉ, *De la Coutume dans le Droit Canonique*, Paris, 1928; F. WERNZ, *Ius Decretalium*, Roma, 1898; WERNZ-VIDAL, *Ius Canonium*, Roma, 1938; FRANZ WIEACKER, *Privatrechts Geschichte der Neuzeit*, Göttingen, 1967 (há trad. esp. e port.).

CAPITULO III

«IUS REGNI»

SECÇÃO I

DIREITO LEGISLADO

53. Os ordenamentos jurídicos anteriores à constituição da nacionalidade portuguesa — Neste capítulo torna-se imprescindível começar por aludir ao direito dos povos que se estabeleceram na Península Ibérica, com eles estiveram em contacto ou, ainda, que pertencem a uma mesma família jurídica. De um prisma cronológico, a primeira referência deveria ir para os chamados povos primitivos da Península — íberos, tartessos, lusitanos, —, mas das suas instituições jurídicas pouco se sabe. Sobrelevam, pela importância que tiveram no nosso direito ou que têm para o seu estudo, o direito romano² e os, por vezes, impropriamente chamados direitos germânicos. Entre as leis germânicas mais notáveis destacam-se a *Lei Salica*, dos Francos Sálidos (século V), a *Lex Ribuaria* ou *Pactus legis Ribuarie*, dos Francos Ribúarios (550-650), a *Lex* ou

1. V. *infra*, n.º 123. 2. Cfr. *infra*, n.ºs 89 e s., 119 e 123.

Pactus Baiuvariorum, dos Bávaros (séculos VII e VIII), a *Lex* ou *Pactus Alamanorum*, a *Lex Chamavorum*, a *Lex Burgundiorum* ou *Lex Gundobada*, que teve a última redacção em 507, as leis lombardas, de que a mais antiga é o *Edicto de Rothario* (643) e em que se salientam as *Leis de Liutprando* e o *Liber Papiensis*; as *leis suevo-góticas* ou *escandinavas*...

Menção especial cabe às leis dos Visigodos, povo que dominou a Península durante séculos e cujo Império apenas terminou com as invasões muçulmanas.

Aos Visigodos se ficaram devendo alguns famosos monumentos jurídicos. Os mais importantes, considerados do prisma cronológico, são:

— o *Código de Eurico* (*Codex Euricianus*), redigido cerca de 476, atribuído ao rei Eurico (mas talvez, em verdade, da autoria do irmão daquele rei, Teodorico II) e de que se conhece apenas um fragmento, o chamado *Palmpesto de Corbie*, hoje na Biblioteca Nacional de Paris, devendo-se a reconstituição hipotética da parte desaparecida ao labor crítico de Álvaro D'Ors;

— o *Breviário de Alarico* (também chamado *Breviário Aniano*, *Lex Romana Visigothorum*, *Lex Theodosii* e *Liber Legum*), promulgado em 506, que teve por fontes constituições imperiais retiradas dos Códigos Teodosiano, Hermogeniano e Gregoriano e de novelas de vários imperadores, bem como escritos de juristas romanos, *verbi gratia* do *Liber Gaii*, das *Sententiae* de Paulo e das *Responsa* de Papiniano;

— o *Código de Leovigildo* (*Codex Revisus Leovigildianus* ou *Codex Revisus*), hoje desaparecido, devido ao rei Leovigildo, escrito entre 572 e 586, e que foi, sobretudo, objecto de investigação de Rafael Gibert;

— o *Código Visigótico*.

Se a ordenação temporal destas diversas fontes em relação umas às outras não apresenta problemas, a articulação, quanto ao respectivo âmbito de aplicação e quanto ao conteúdo tem suscitado larga polémica.

O primeiro grande monumento legislativo visigótico foi, como se disse, o *Código de Eurico* ou *Codex Euricianus*. Nele transparece já a influência jurídica de Roma, pelo que as suas normas estão muito longe de representarem direito germânico puro, antes pelo contrário. Álvaro d'Ors qualifica-o mesmo de *direito romano vulgar*¹.

Uma tese antiga sustentava que este *Código*, como as restantes leis visigóticas, era de aplicação territorial; quer dizer: que se applicava a todas as populações senhoriais por Eurico e sucessores.

A referida tese, contudo, permaneceu durante longo tempo quase esquecida, tendo-se generalizado através de obras como as de Brunner, Zeumer e Ureña, a chamada *doutrina da dualidade legislativa* ou da *personalidade do direito*. Segundo ela, o *Código de Eurico* seria aplicado apenas às populações visigodas, ao passo que as populações romanas se regeriam pelo *Breviário de Alarico*.

No esquema clássico, ensinava-se ainda que lentamente se teriam esbatido as diferenças entre o direito godo e o romano e promulgado leis e nomocânones (leis de carácter secular estabelecidas nos concílios e aprovadas pelos monarcas), aplicáveis às duas raças. Discutia-se, todavia, se o *Codex Revisus*, ou seja, o *Código de Eurico* reformado por Leovigildo (que, como se disse, hoje desconhecemos) seguia ainda o *princípio da personalidade* ou antes a *regra da territorialidade* (tese de Ureña).

A construção tradicional foi abalada por Alfonso García-Gallo (professor da Universidade de Madrid) ao sustentar o carácter territorial das diversas leis visigóticas, incluindo o *Código de Eurico*, que teria sido revogado pelo *Breviário*.

1. Cfr. *infra*, n.ºs 77 e 123.

Godos em matéria de processo, dada a rápida romanização do direito processual que o próprio García-Gallo põe em relevo». O que Merêa repudia em absoluto, e com maior energia, é a afirmação de García-Gallo de que o *Breviário* revogou o *Código de Eurico*. O problema foi depois retomado por Álvaro D'Ors e Guido Astuti, aos quais se deve o balanço do debate. O primeiro destes historiadores, nomeadamente, concluiu pela territorialidade da legislação visigótica, mas negou-se a aceitar, como Paulo Merêa, que o *Código de Eurico* tenha sido revogado pelo *Breviário Alariciano*. O *Breviário* teria tido por fim, não revogar aquele *Código*, mas pôr ao alcance dos magistrados uma colectânea das principais e mais citadas leis romanas, e haveria sido precedido por um *Pré-Breviário*.

Posição idêntica à perfilhada por García-Gallo fora enunciada entre nós, no século XIX, por António Ribeiro dos Santos (1745-1818), com argumentos em parte comuns, em parte diversos. Merece a pena relacioná-los pois reforçam a tese do ilustre Mestre espanhol com elementos ponderosos.

São em número de nove as razões de Ribeiro dos Santos:

- 1.ª Os Godos quando chegaram a Itália, segundo Procópio (*De Bell. Gothor*, Liv. II) não tinham leis escritas e conservavam as leis romanas «e o seu governo de maneira, que nem de Theodorico, nem d'outro algum ficara Ley escrita ou tradicional», sendo «pois verosímil, que [...] os Godos de nossa Espanha como os de Itália se governassem a princípio pelas Romanas, que achavam no Paiz»;
- 2.ª Alarico, na *Constituição ao Povo Romano*, publicada no 3.º Tomo da colecção de Goldast, prometeu que os godos e romanos a si sujeitos «usarão de hum mesmo direito commum, que não podia ser outro senão o Romano»;
- 3.ª Ataúlfo conservou as leis romanas e fez um edicto, em Narbona, no ano de 412, para um e outro povo — *Utrumque populum* (Goldast, III, 586);

A posição de García-Gallo assenta, pelo que respeita a este código, na falta de qualquer afirmação expressa da vigência simultânea dos dois ordenamentos jurídicos e no facto de ele (cap. 327 e *Lex Visig. Antiqua*, III, I, 1) derrogar normas romanas. O cap. 327 declara revogada uma *prior lex*, que García-Gallo identifica com a Constituição de 389 (*Cód. Theod.*, V, I, 4); quanto à *Antiqua*, derrogaria a Constituição de Valentiniano I e Valente relativa aos casamentos mistos (*Cód. Theod.*, III, 14, 1). Pelo que toca ao *Breviário*, o professor espanhol argumentava com a expressão *utilitates populi nostri spectantes*, usada ao decretar-se a proibição de se alegarem fontes romanas a qual se não poderia referir apenas a não-visigodos; e, bem assim, com o facto de Teudis ter mandado incluir a sua lei sobre as custas processuais no *Breviário* e em contrapartida nada dispor em relação ao *Código de Eurico*. A posição defendida por García-Gallo deu origem a vivo debate em que participaram vários grandes historiadores do direito (Heymann, Schultze, López-Amo, Leicht e outros). E. Heymann e A. Schultze repudiaram as suas conclusões; López-Amo perfilhou-as sem hesitar, mas depois inclinou-se novamente para a tese clássica; e Silvério Leicht aderiu a elas apenas parcialmente, defendendo que com o *Breviário* se teria voltado à dualidade, pelo que o *Código de Eurico*, a partir deste e até Leovigildo, se aplicaria apenas a visigodos. Um dos grandes impugnadores de García-Gallo foi Paulo Merêa (1889-1977). Para este, a *prior lex* a que se aludiu seria talvez uma das *leges Theodoriciane*, mas nunca a Constituição de Valentiniano e a *Antiqua III*, 1,1, não se deveria a Eurico, antes a Leovigildo. Por outro lado, a frase invocada para demonstrar que o *Breviário* se aplicava a todos os súbditos de Alarico nada significava a favor da tese da territorialidade, pois é empregada a propósito de uma medida determinando que se não aleguem mais as fontes romanas, isto é, de interesse geral. Por fim, e a respeito do argumento extraído da lei de Teudis, lembra Paulo Merêa ser bom «não esquecer que o *Breviário* era correntemente utilizado pelos

4.^a O mesmo rei «em outro edicto determinou, que com as Leys Romanas se observassem os costumes antigos Gothicos»;

5.^a Teodorico, sucessor de Turismundo, aprendeu o direito romano em Tolosa por conselho de Avito, propagando-o para agradar aos Romanos, «de quem tinha obtido tudo quanto havia sido dos Suevos em nossa Espanha» — por isso, Sidónio Apolinário se lhe refere dizendo: «*Mihi Rómula dudum/Per te lura placens*»;

6.^a «Tanto se usava entre os Godos do direito romano que os Reis Chindasvindo e Recesvindo o proibiram depois»;

7.^a Nas leis dos diversos povos de origem goda foi «admitida a Ley Theodosiana/que he a Alaricana/a saber, no Código dos Borgonhezes, tit. 55. L. 2. e no dos Ripuarinos, tit. 55. L. 1. e Tit. 61. L. 2, etc.»;

8.^a Vários autores testemunham a difusão e a aplicação do direito romano aos povos germânicos das Gálias: Hincmar de Reims diz que o direito romano era vulgar na sua época; S. Gregório de Tours afirma que Godos e Francos o aprendiam; Agathias, contemporâneo de Justiniano, declara «que os Povos germânicos, ou godos na Gallia viviam segundo a policia e Leys Romanas» (a elas se referem frequentemente, aliás, as fórmulas de Marculfo e as capitulares dos reis francos);

9.^a O Código de Alarico «hé concebido em termos geraes para toda a Nação, como traz o seo Commonitorio, ou Prefação: ... *Utilitates populi nostri propipitia divinitate tractantes*; que na interpretação à Ley un. de *Reponis Prudentum*, se falla em geral — *quae necessaria causis praesentium temporum videbantur eligimus*; que a não ser o Código também para os Godos, não havia neces-

sidade de fazer esta nova compilação; que as interpretações mostrão, que a legislação se accomodou aos Godos; e que finalmente não apparece outro Código proprio, senão muito depois o de Chindasvindo».

Seja como for, tenha começado ou não pela *personalidade*, na sua última fase, a legislação visigótica era de aplicação territorial. Assim aconteceu com a derradeira compilação legal dos Visigodos — o *Código Visigótico*.

54. O Código Visigótico — O *Código Visigótico*, também denominado, por vezes, *Liber Iudiciorum* ou *Iudicum*, *Forum Iudicum*, *Lex Visigothorum* ou *Lex Visigothorum Recesvindiciana* ou *Ervigiana*, foi publicado em 654 pelo rei Recesvindo; após correção, ao que se supõe de S. Bráulio, e com a aprovação do VIII Concílio de Toledo (633). Este Código representa, de certo modo, o *terminus* da evolução legislativa do reino visigodo.

No *Codex Visigothicus* deparam-se leis (cerca de três quintos) com a menção de *antiquae*, as quais fariam parte do *Codex Revisus* de Leovigildo ou do *Breviário* (as demais a partir de Recário, têm o nome do respectivo monarca). De qualquer modo, discute-se se o *Código de Leovigildo* seria virtualmente um novo código (tese de Zeumer) ou representaria, em larga medida, o *Código de Eurico*.

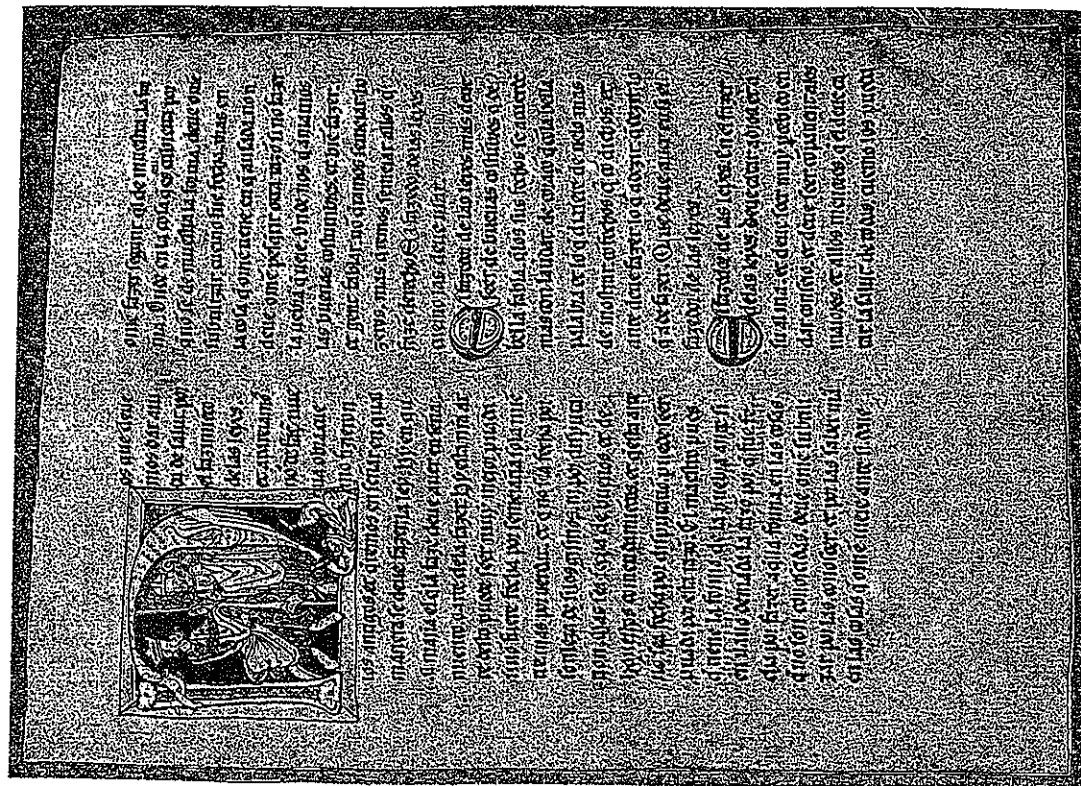
Depois de Recesvindo, Ervigio (680-687), no segundo ano do seu reinado, submeteu o *Codex Visigothicus* a uma revisão oficial, de que foi encarregue o XIII Concílio de Toledo. O texto, assim fixado, é conhecido por *Forma* ou *Fórmula Ervigiana*. Encontra-se distribuído por doze livros, que se repartem em títulos e estes em leis (*eras* ou, consoante a fórmula de muitos documentos medievais da região portuguesa, *sentenças*).

A tais formas há ainda que acrescentar outra, resultante da *revisão não oficial*, em que, além de uma nova lei (*novela*) do

próprio Ervígio, quinze ou dezasseis leis posteriores de Egica (687-702), e também leis de Vitiza (700-710) se encontram adicionados um título introdutório (*titulus primus* ou preliminar), verdadeiro tratado de direito público, da maior importância para os historiadores, e ainda outros textos, incluindo textos doutrinários: é a *Forma Vulgata*, que apresenta certas flutuações, e que, consoante escreveu Guido Astuti, «representou a base fundamental do direito vulgar espanhol e ainda no século XII e XIV, traduzida em castelhano e outros dialectos ibéricos, constituiu a fonte do chamado *Fuero Juzgo* (*Forum Iudicum*)», depois de ter exercido geral influência sobre a formação dos *foros* e *costumes* locais, antes e a seguir à Reconquista¹. De acordo com o juízo de Cárdenas, subscrito por Salvador Minguijón, o *Código Visigótico* surge como «uma transição entre as fórmulas e o rigorismo do direito romano e os costumes próprios do povo godo», consagrando, porém, em certos aspectos, «o triunfo legal do direito romano e da cultura latina-ecclesiástica».

55. A aplicação do «Código Visigótico». Testemunho da sua vigência no território português— Temos, aliás, testemunhos da vigência do *Código Visigótico* no início da monarquia portuguesa, mas que se vão progressivamente esbatendo. A este respeito escreve o Prof. Guilherme Braga da Cruz: «o *Código Visigótico* (sob as designações de *Lex Gothorum*, *Liber Iudicialis*, *Forum Iudicum*, etc.) continua a ser citado em alguns documentos portugueses do século XII, nos mesmos termos em que o vinha sendo anteriormente nos documentos leoneses (isto é, já sob a forma de uma vaga reminiscência, mantida apenas rotineiramente em formulários notariais ou com pruridos de erudição a que não correspondia uma verdadeira *vis legislativa*); mas no século XIII, essas citações desaparecem e o próprio fenómeno do renascimento do *Código Visigótico* operado em Castela através

1. Cfr. *infra*, n.º 123.



Página do *Fuero Juzgo*.

da sua tradução para romance (*Fuero Juzgo*) já não tem repercussões visíveis (pelo menos, directas) em Portugal».

A opinião do ilustre Mestre no que toca à vigência do *Código Visigótico* em território português durante o século XII deve ser entendida restritivamente. Por um lado, é sabido que as populações cristãs sob o domínio muçulmano — os moçárabes — continuaram, à semelhança das que não caíram sob o jugo dos invasores, a reger-se pelo *Código Visigótico* nos séculos da reconquista antecedentes da fundação da nacionalidade portuguesa; por outro lado, conhecem-se numerosos documentos do século XII respeitantes ao território português em que o *Código Visigótico* continua sendo invocado — o que tudo demonstra uma linha de continuidade. E se em alguns casos se poderia asseverar, pela generalidade da fórmula e noutros pela repetição das normas ou disposições especificamente invocadas (assim nomeadamente em *DP*, III, docs. 18, 128, 141, 189 e 206), tratar-se de mera repetição de uma prática notarial, de simples formulação rotineira e translaticia, noutros casos isso já não acontece. Por exemplo, num documento de 4 de Outubro de 1111 (*DP*, III, doc. 382) e noutro de 8 de Julho de 1128 (*DR*, I, doc. 92), citam-se palavras do *Liber Iudicum*: «*Et quia dictum est in libro Godorum "omne quis a te non abuerit aut non abueri faciam de rem suam quod voluerit"; "Et dicit in liber iudicum et lex Godorum "valeat donatio sicut emptio"*». Por outro lado, não faltam também documentos em que se afirma aplicável o que estiver determinado no *Código Visigótico*, remetendo-se, em consequência, para a estatuição nele fixada e limitando-se o instrumento jurídico, depois da previsão a proceder a uma remissão em branco — desta forma, por exemplo, em documento de 30 de Março de 1135 (*DR*, I, 1, doc. 145, e disposições idênticas se podem ver em muitos outros, v.g., em *DR*, I, doc. 146) determina-se que se deverá fazer certa composição segundo o que contiver no *Liber Iudicum* («*secundum quod in libro iudicum continetur componat*»). Acresce ainda que em mais de um docu-

mento se diz, como aferimento da legalidade, que um dos firmantes tem a *Lex Gotorum* e que comprovou ou confirma por ela (DP., III, docs. 215, 359, 368). Finalmente, num documento de 9 de Novembro de 1111 (DP., IV, 1, doc. 211) conjuram-se os juizes que costumam comprovar pela lei dos Godos («*uos iudices que lex Gotorum solent comprobare*»).

Só a partir do século XIII, e em concomitância com o progressivo crescimento da legislação nacional e com a «redescoberta» do direito justinianeu, as menções ao *Código Visigótico* principiam a desaparecer. Mesmo assim importa considerar que na lei em que se problem os célebres Decretos de Soeiro Gomes¹ se escreve serem eles «*contra aquele livro que diz que não recebamos nova lei no nosso reino e pelo qual livro e pelo qual foro devem ser julgados os filhos de algo de Portugal*», o que, consoante escreveu Alexandre Herculano nos *PMH.*, sem dúvida alguma se refere à Lei VIII do Livro II, do T. I do *Código Visigótico*.



Passo da provisão régia contra os Decretos de Soeiro Gomes

Q-56. Leis de Leão, Coiança e Oviedo. Presunções e provas da sua vigência em Portugal. Dúvidas quanto à classificação do órgão proeminente: cúrias ou concílios? — Dentro da rubrica de que nos vimos ocupando, cumpre agora aludir às disposições de três assembleias — Leão, Coiança e Oviedo — que parecem haver logrado vigência em Portugal. As primeiras datam do reinado de Afonso V de Leão (1017) e vieram a fazer parte do chamado *Fuero de Leon* ou *Forum Legionensis*. As

1. V. *infra*, n.ºs 57 e 140.

segundas do tempo de Fernando I (1050). As últimas de D. Urraca (1115). Parte dos decretos da assembleia de Leão foram inseridos num cartulário bracarense — o *Liber Fidei*. Por seu turno, as estatuições de Coiança acham-se incluídas no *Livro Preto da Sé de Coimbra*. Finalmente, as leis de Oviedo foram juradas pela condessa-rainha D. Teresa e pelo nosso primeiro monarca. Destas circunstâncias, e ainda do facto de o capítulo VIII das leis de Coiança referir a sua aplicabilidade ao território português, tem-se retirado uma presunção de vigência de tais normas em Portugal. Contudo, pelo menos o último facto recebe contestação, pois não faltou quem desde cedo (é o caso de António Caetano de Amaral e João Pedro Ribeiro (1758-1839)) sustentasse o passo onde se menciona tal aplicabilidade como uma interpolação ao texto primitivo.

Por outro lado, suscitam-se dúvidas quanto à classificação das assembleias em que as normas em causa foram elaboradas, isto é, quanto à natureza do órgão proeminente. Trata-se de autênticos concílios, quer dizer, de assembleias eclesiásticas¹ ou de cúrias extraordinárias, de reuniões alargadas da cúria régia, órgão consultivo normal da realza?²

Os historiadores falam hoje, preferentemente, em *Cúria de Leão* e *Concílios de Coiança e Oviedo*. A verdade, porém, é que a distinção se afigura algum tanto artificial, pois quer os concílios, reuniões eminentemente eclesiásticas, contavam com a colaboração de laicos, quer as cúrias, congregações políticas não religiosas, com a intervenção de membros do clero; a isto acresce que umas e outras assembleias legislavam em ambas as matérias: da Igreja e civil. Para se ver até que ponto este tipo de assembleias era indefinido bastará lembrar com Coelho da Rocha ter-se estabelecido na de Leão que nelas «*em primeiro lugar se tratassem das coisas eclesiásticas, depois as concernentes ao rei e à política e daí se passasse às particulares dos cidadãos*».

1. Cfr. *supra*, n.º 44. 2. Cfr. *infra*, n.º 148.

Modernamente, García-Gallo, a propósito da assembleia de Coiança, defendeu que a qualificação como concílio ou como cúria deverá depender do elemento originariamente promulgador das normas (autoridade eclesiástica ou secular) e da natureza das sanções (espiritual ou civil).

57. Leis gerais portuguesas. Noção. Nomenclatura. Progressivo desenvolvimento da legislação régia — No quadro das fontes de direito relativas ao primeiro período estudado, as leis gerais começam por ocupar um papel modesto. Conhecem-se, de facto, poucos diplomas contendo normas gerais e abstractas de imposição coactiva. Se temos notícia de actos dotados de força cogente relativos a casos concretos e individualizados, faltam, em contrapartida, as disposições *tipo regra*.

A lei aparece denominada variamente neste período — de *decreto* ou *decredo*, de *ordenação*, de *carta*, de *postura*, de *enconto*, de *constituição*...

Do tempo de D. Afonso Henriques resta apenas a memória de uma lei sobre as barregãs e do de Sancho I conhece-se somente uma provisão. Aos poucos, todavia, foi-se processando crescente actividade legislativa dos nossos monarcas. Inicia-se a marcha lenta, mas segura, para a monopolização do direito positivo pelo príncipe. A função legislativa, o poder legislativo (*potestas legis condendae*), torna-se *normaliter* do rei. Decerto, ela será também exercida na cúria (ou conselho régio) e ou pelas cortes juntamente com o rei. Decerto, as cortes e, por vezes, os municípios e outras formas de organização política conseguirão delimitar relativamente a esfera da competência legislativa dos soberanos em razão da matéria. Decerto, em alguns casos, o rei não pode alterar ou revogar unilateralmente as leis. Decerto, o seu poder legislativo está subordinado aos preceitos das outras ordens-jurídicas, a começar pelo *direito divino* e pelo *direito natural*¹. De qualquer forma, porém, torna-se cada vez mais

¹ Cfr. *supra*, n.º 34.

acentuada a propensão para referir o monarca como centro legislativo por excelência. Por outro lado, este, na luta pela supremacia e pela superioridade jurídico-política da Coroa, vai assumindo e reclamando para si o *monopólio legislativo* e o papel de *arbitro* entre as diversas ordens-jurídicas em presença. Torna-se, em suma, a fonte do poder e do direito. Na primeira ordenação que D. Afonso IV fez nas suas audiências, depois de se ter definido o rei como cabeça do corpo que é o reino diz-se da Corte: «*ella he fonte de que naçeam E hi se emçarram todos los conprimentos de direito E de justiça*» (ODD., 311).

Frisante a tal respeito é o caso dos decretos de Soeiro Gomes, prior dos dominicanos¹. Este ordenou ou estabeleceu (*posuit*) certos decretos laicos (*decretos laicales*) cujo conteúdo hoje se ignora (Herculano viu neles a legislação promulgada pelo imperador Frederico II na altura da coroação), o que levou de imediato D. Afonso II a reagir com energia, fundando-se, nomeadamente, nos foros dos portugueses e nas prerrogativas régias — «porque tais decretos são em quebra grande dos meus foros, de minha corte e dos reis meus sucessores, e dos meus fidalgos, e em suma de todas as pessoas do meu reino, fidalgos, vilãos, seculares e eclesiásticos» («*quare ista decreta sunt grande meum desaforamentum et de mea curia et de illis qui post me regnaverint et de meis filiis de algo et villanis laicis et de ordine...*») — CLS., 18.

O progressivo crescendo da legislação régia corresponde ao fortalecimento sempre constante do poder real, para o que não pouco contribuíram os juristas educados na tradição e-n-e-ult-do *direito romano justinianeu*². Trata-se da direcção ideológica contida no célebre princípio de que o que aprouve ao príncipe tem força de lei (*quod principi placuit legis habet vigorem*).

Ao estudar as primeiras leis portuguesas, Gama Barros procurou exactamente detectar nelas o reflexo concreto de várias normas do direito justinianeu. E se não pôde subscrever um veredicto terminante para os tempos anteriores a Afonso III, é taxativo para os tempos de D. Dinis e subsequentes.

¹ Cfr. *supra*, n.º 55 e *infra*, n.º 140. ² V. *infra*, n.ºs 77 e 78.

A impossibilidade sentida por Gama Barros deriva do escasso número de leis promulgadas até ao reinado de *Bolônhes* e da circunstância de parte desses diplomas não ter sobrevivido na versão original (*latina*), antes em tradução (*portuguesa*), bem como à sua colocação cronológica. Em verdade, e no que toca à escassez, para além das duas leis já citadas de Afonso Henriques e D. Sancho I, até Afonso III apenas se dispõe da produção legislativa de Afonso II, pois de D. Sancho II não há vestígios de quaisquer leis. E se a Afonso II cabe a glória de ter sido verdadeiramente o *primeiro rei legislador português* — é notável, considerada em termos relativos aos predecessores, a sua elaboração normativa, sobretudo na cúria de Coimbra de 1211¹ —, mesmo assim apresenta-se ainda, do prisma quantitativo, modesta a obra legislativa por ele realizada. É verdade que no célebre diploma em que este rei proíbe a circulação dos já mencionados decretos do prior dos dominicanos Soeiro Gomes se menciona o *Livro das Leis* pelo qual se devem julgar os filhos de algo de Portugal. «Estes decretos», lê-se aí, «são contra aquele livro das leis que diz que não recebamos lei nova no nosso reino; pelo qual livro e pelo qual foro devem ser julgados os filhos de algo de Portugal» (*ista decreta sunt contra illum librum legum qui dicit quod non recipiamus novam legem in regno nostro per quem librum et per quale forum debent judicari filii de algo Port.*). Mas, e independentemente do conteúdo dos Decretos de Soeiro Gomes (questão controversa²), o *Livro das Leis* referido deve ser tido como o *Código Visigótico*³, consoante se frisou.

Note-se, por outro lado, que, relativamente à época posterior a D. Dinis, a penetração do direito justiniano⁴ e seu reflexo na legislação nacional acentua-se naturalmente, dada a fundação por este monarca do *Estado Geral*⁴, em cujo currículo o direito romano figurava.

1. Cfr. *infra*, n.ºs 152 e 165. 2. V. *supra*, n.ºs 54, 55 e 140. 3. Cfr. *infra*, n.º 78.
4. V. *infra*, n.º 91.

A intensificação da função legislativa levou até à compilação das respectivas normas. Existiram colecções de leis, das quais apenas possuímos, redigido no período que vai até 1415, o texto de uma, hoje publicado pela Faculdade de Direito de Lisboa: o *Livro das Leis e Posturas*¹, onde se contêm leis de Afonso II a Afonso IV, bem como uma referida apenas como do infante D. Pedro. Na verdade, outras compilações contendo leis destes e outros monarcas, como as chamadas *Ordenações de D. Duarte e Ordenações Afonsinas* são já posteriores a 1415². Neste código consignou-se a lei do reino — isto é, simultaneamente posta pelo rei e comum a todos os seus sujeitos — como prevalecente a qualquer outra fonte do direito, marcando o ponto de chegada da progressiva actividade legislativa anterior e uma afirmação política correspondente ao desenvolvimento da realza³.

58. Fundamento da força vinculante da lei, sua natureza, finalidade e requisitos — Como fundamento da força vinculante da lei no período que se vem estudando aparecem quer fórmulas reveladoras do sentido autoritário da vontade régia, quer de um conselho (*LLP*, 185, 209 e 287) ou das cortes. No que respeita ao *conselho*, aliás, por vezes, não é o rei que decide, ouvidos os conselheiros, mas eles que deliberam e estatuem com o acordo do monarca: «*Mandarom e estabeleceram os do Conselho d'El Rey com seu acordo e autoridade...*» (*OA*, IV, 65.1.)⁴. Frequentemente, também, a força dos decretos régios surge-nos baseada — o que não deixa de ser sintomático do processo evolutivo — na *razoabilidade* ou na *antiguidade*⁵ dos mesmos.

Com o problema do fundamento vinculante da lei andam intimamente conexos os da sua natureza, da sua finalidade e dos requisitos a que ela deve obedecer ou das características que há-de possuir.

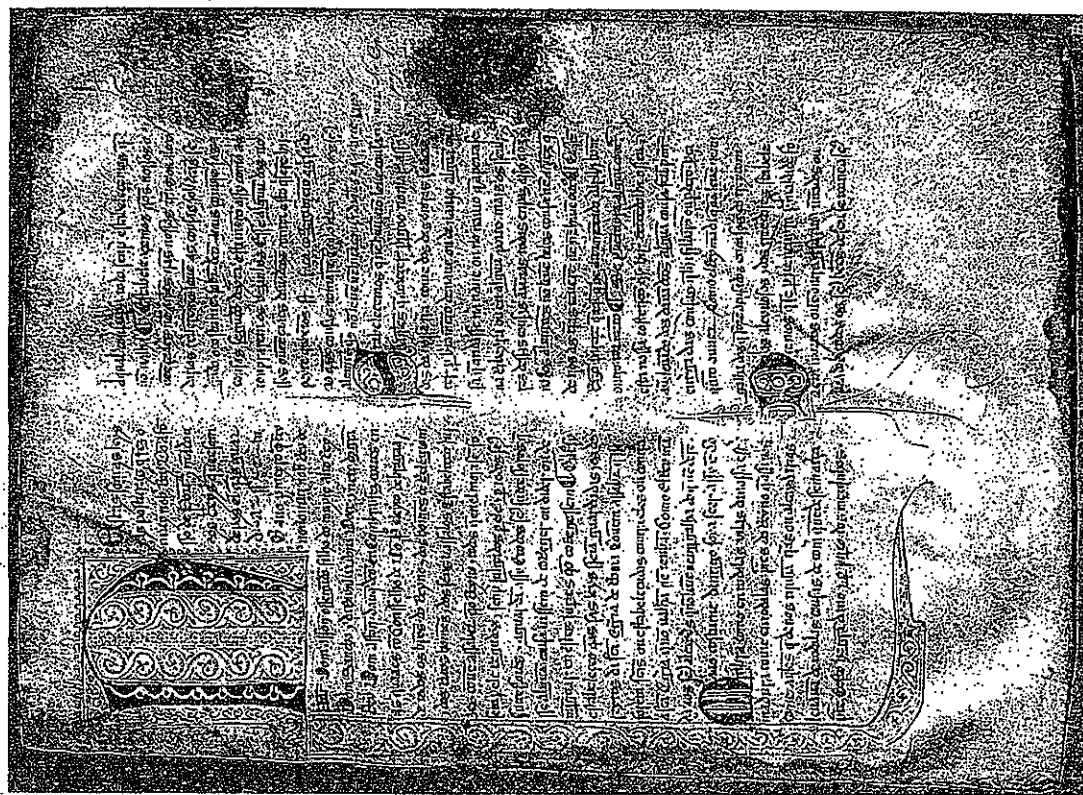
1. V. *infra*, a parte relativa às *Fontes do Direito* (2.º Período). 2. *Idem*.
3. V. *infra*, n.º 144. 4. Cfr. *infra*, n.º 169. 5. V. *infra*, n.ºs 117 e 118.

Em verdade, as questões do fundamento vinculatorio da lei, da sua natureza, da sua finalidade e das suas características são distintas, a despeito das intimas relações entre elas. Na Idade Média, porém, encontram-se tratadas misticamente, isto é, sem autonomia.

«As leys (lê-se no Livro I, *Título das leys e dos seus stabelimentos* da tradução portuguesa no *Fuero Real*) amã e — *deyña* as cousas que sã de Deus e demandã e de — *mostrã dereyto e iustiça* e — o ordiãmẽto dos boos/custumes e son guyamẽto do pobou e a — *inda e — sã tã — ben pera os omees come peras molles — e assy pera mance — /bos come pera uellos e — tanbẽ pera os sabedores come pera os insabes e tãben pera os das — cidades come pera os das — aldeyas e sã aguardamẽto del rey e dos poboos. A — ley deue seer moostrada que todo ome o possa entender que nengui on seya enganado per ella e — que seya conuenhauil aa terra e ao tẽpo e seya onesta e boa e dereyta e ygual e profeyosa a — todos ensembra — a cada hui per sy». Por seu turno, lê-se em versão portuguesa da primeira Parida que as «leys som estabelecimento per que os homẽs sabhã uiuer bẽ e ordĩnhadamẽte segundo ho prazer de Deus e outrossy bẽ e ordĩnhadamẽto aa bõa vida deste mundo» (Título I, pr.) e que «Ley tão quer dizer come leenda en que iaz ensinamẽto e castigo e que lega a aaprene a uida do homẽ que nã faça mal e anosira e ensina o bẽ que deve fazer e husar e outrossy som ditas leys por que todos los mandamẽtos dellas deũ seer leaes e dereytos e cõpridos segundo Deus e segundo iustiça» (Título I, Lei 2).*

Quanto aos requisitos da norma legal, a versão portuguesa do Código Alfonsino¹ ensina: «Conpridas debuẽ a seer as leys e muy conteudas e muy cuidadas e catadas de guisa que seĩa feytas cõ rrazõ e sobre cousa que possa seer segundo natura e as palauras dellas que seĩa bõas e chaas e declaradas de maneyra que todo homẽ as possa bẽ entenler ena memorya. E outrossy am de seer ssem escatima e ssẽ pontaria per que nã possam sair os homẽs do dereito nẽ sacar rrazom tortiçeira per

1. Cfr. o relativo às *Fontes do Direito* (2.º Período).



Página do Livro de Leis e Posturas.

seu mau entendimento querendo mostrar a mēira por uerdade e a uerdade por mēira» (Partida I, Título I, Lei 6). Dispõem ainda as Partidas que a lei deve ser feita «a seruiço de Deus e a louvor e aa onra dos sseñhores que as mādārō fazer e a prol e a bē daqueles que sse per ellas ouuerem a julgar» (idem, Lei 7).

59. Ignorância e conhecimento da lei. Publicidade, Registro. Entrada em vigor — A questão da força vinculatória da lei anda, por igual, ligado o que respeita à possibilidade de escusa por virtude de ignorância da norma. O *Fuero Real* dispunha, no título já citado, que «*nenguu nō pense de — malfazer porque diga ca nō sabe as leys nem dereyto, que se fezer contra a — ley non — se pode escusar de culpa por nō saber a — ley*». E no mesmo sentido estatuiu a Partida I (Tít. 2, Lei 18): «*Escusar se nō pode nē hūu de pea das leys por dizer que as nō sabē. Ca poy se per ellas ā de mēteer rreçebendo dereyto e fazēdo, rrazō he que as sabhā pelas leer ou per tomar dellas con entendimēto dos que as leerē ou per ellas meesmo se souber rrazōar ou en outra maneyra sem leer*».

Postula, necessariamente, o problema da ignorância do preceito o do respectivo conhecimento. Só é, de facto, congruente exigir o cumprimento da lei e não atender à alegação de ignorância se o conhecimento for viável, ao menos em princípio. Aqui, a problemática reconduz-se ao tema da publicidade do preceito.

Sintomaticamente numa lei de D. João (1375? 1385?) diz-se: «*E por nom averem razom de dizer, que esta minha Carta e defeza nom sabiam, ha mandei pubricar nas Audiencias; e mando aos Taballiaões das Comarcas, hu esta minha Carta for mostrada, que a registem nos seus Livros, e a leam em cada huū anno no Concelho, ao dia que fezerem Algoziz, ou Juizis*» (OA., V. 47. 14.). Noutra lei, dispõe-se que «*pera nō allegarem ignorancia, mandamos que esta Hordenaçom se publique nas audiencias por primeiro dia do mez*» (OA., II. 22. 14). Já por isto

se vê que inexistia sobre a publicação das normas qualquer princípio fixo. Neste capítulo e para o período de que nos ocupamos permanece ainda hoje essencialmente válida a síntese de Gama Barros: «Não havia sobre a publicação uma regra invariável. Os procuradores dos concelhos em cortes¹ costumavam pedir cópia, que pagavam, daquelas resoluções em que tinham algum interesse. E esta prática mostra ou que não era regular a publicação quando se deixava entregue somente à iniciativa dos oficiais da coroa, o que é crível sobretudo quando a conveniência da execução estivesse principalmente do lado dos concelhos, ou que estes entendiam necessário precaver-se contra os abusos, munindo-se do transumpto fiel das disposições legais. Mas geralmente a publicação das leis e de quaisquer ordens do soberano estava a cargo dos tabeliães, que, depois de as registarem nos seus livros, as deviam ler no tribunal do concelho, ordinariamente uma vez em cada semana, durante um certo período que chegava não raro até um ano. Além disso publicavam-se também as leis na chancelaria da corte²; mas parece que esta prática nem sempre se observava. Nas *Ordenações Afonsinas* (Liv. I, Tit. 2.º) não se encontra ainda, entre os deveres do chanceler-mor, a obrigação de publicar as leis, que nas *Ordenações Manuelinas*³ é expressa no Liv. I, Tit. 2, § 9».

Exemplo de uma lei publicada pelo chanceler-mor é-nos fornecido pelas OA., III. 64.19. Aí se diz relativamente à lei 22 de Maio de 1444, que Álvaro Gonçalves, chanceler-mor do rei, «mandou publicar estas *Hordenações aqui escriptas*, as quaes logo forão publicadas; e leudas perante elle, e perante Fernam Rodrigues Mestre de Cavallaria d'Aviz, e os Doutores Gomes Eannes Juiz de Feitos d'El Rey, e Lançarote Esteves, isso mesmo Doutor, e presente os Licenciados Fernam Gonçalves, e Vasquo Gil de Pedroza do Desembarguo do dito Senhor, e

1. Cfr. *infra*, n.º 154. 2. V. *infra*, n.º 160, a). 3. Cfr. o volume respeitante às *Fontes do Direito* (2.º Período).

Rodriguo Annes Ouvidor da Raynha, e outros muitos boões, homees, que hi presentes estavam». E o texto continua: «A qual publicacam o dito Chanceller mandou a mim Johan Fernandes Escripvan do dito Senhor que o escrepvesse. E eu por seu mandado assi o escrepvi».

Se a leitura pública das leis era, em geral, feita todas as semanas (v.g. aos domingos), em certos casos, todavia, a própria lei estabelecia periodicidade diversa para a realização de tal solenidade; nomeadamente, conhecem-se casos em que se estatuiu apenas a obrigação de leitura *aneude* ou *muyto ameude* (LLP., 442), ou ainda de leitura mensal (LLP., 201, 202, 204). Na *Ley das cartas e dos stromentos como os devem de fazer e quantas testemunhas hi devem a pôer em eles*, D. Dinis ordena que a leitura mensal se efectue no primeiro conselho de cada mês: «e que a leam hua vez en cada hũu mes no primeyro concelho que fezer en esse mes» (LLP., 204).

Por vezes, a oralidade precedia mesmo o registo da lei. Em certos casos, de facto, o registo era feito na chancelaria régia pela simples transcrição do texto que servia de base à leitura pública. Na *Chancelaria de D. Pedro I*, por exemplo, há mais de uma prova disso: «*Ouijde mandado de nosso senhor el rrey que nom seia nelũm tam ousado que...*». É inequívoco aqui o registo da fórmula de pregação.

Em matéria de registo — anote-se também — ordenou-se, em alguns casos, não apenas os tabeliães que procedessem a transcrição nos seus livros, mas às autoridades locais. Numa lei de D. Afonso III relativa a custas (datada erradamente de 1340, mas certamente de 1310) dispõe-se do seguinte modo: «*Mando que cada hũu de vos em vossas vilas que façades escrever todas estas cousas compridamente E uos tabeliões escrevede esta postura en vossos Registros*». A nível da corte foi a ordem de registo por vezes dirigida aos sobrejuizes. Na «*Ley per que el Rey tauusou aos escriptuaes das suas audiencias e da ssua corte quanto leuassem das cartas e das outras escripturas que*

fazessem. E como fossem delligentes ao sseu ofeeo», dispõe o monarca: «Pera este sseer guardado mando que sse pobrique esta mjnha hordenaçom nas audienças. E que cada huũ ssobreJuiz o faça escprever em huũ livro» (ODD.).

60. Aplicação e interpretação da lei — No capítulo da teoria e prática da lei importa ainda equacionar dois aspectos da maior relevância: o da sua aplicação no espaço e no tempo e o da sua interpretação.

Relativamente à aplicação da lei no espaço, devemos considerar que nem todas são de âmbito geral. Ao lado das normas aplicáveis à escala do país e dimanadas do poder central — isto é, do rei, só ou em cortes —, outras existiam igualmente dele oriundas, mas de aplicação geográfica restrita. Para além delas, contudo, existiam ainda preceitos cogentes estatuídos pelas comunidades inferiores — como os concelhos¹ — e a tais comunidades restritas. Sobrelevam as *posturas*, regras jurídicas dos municípios, com natureza policial. A palavra *postura*, aliás, não designou apenas semelhantes normas particulares, mas também se aplicou, consoante foi referido², para designar a lei geral emanada do rei. É este o valor da fórmula «*postura da Corte*» (OA., v.g. III. 46. 1; IV. 11.1.).

A aplicação da lei no tempo desdobra-se em dois aspectos: a) o da sua entrada em vigor; b) o da aplicabilidade retroactiva. De facto, não basta saber qual a data da entrada em vigor de uma lei. É imprescindível determinar se se aplica a factos em curso à data do início da vigência ou a situações ou consequências jurídicas fixadas com base em factos produzidos à sombra do direito anterior. Trata-se da questão essencial da retroactividade ou não retroactividade da norma legal.

Em matéria de retroactividade, numa lei de 1349, é ela expressamente salvaguardada: «*E esta nossa lei nom estendemos aos*

1. V. *supra*, n.º 64, 65, 172, 182, 197, 200, et *pas*. 2. Cfr. *supra*, n.º 57).

contrautos que ata aqui foram feitos mais tam solamente aaqueles que depois da pobricaçam desta nossa ley foram feitos (sic)» (LLP, 448; ODD., 522).

Sobre a interpretação da lei ensinavam as Partidas (Partida I, Título I, Lei 11): «*Entender sse deũe as leys bẽ e dereytamẽte parando senpre mẽtes eno uerdadeiro entendimẽto dellas tomando [o] mays sãao e o mais profeytoso e segundo as palauras e as rrazões que lhy forõ postas E porende nõ sse deuẽ escreuer per aliuamento de scriptura nõ per rrazões minguaadas per que os homẽs cajã en erro entendẽdoo e hũa maneyra ssegundo a letera e sseendo doutra segundo razõ. Ca saber as leys nõ he tan solamẽte en aprender e decorar as leteras dellas mays saber o sseu uerdadeyro entendimẽto*».

Este é, realmente, um princípio interpretativo que veremos consagrado no período de que nos estamos ocupando (cfr. ODD., 491 e 492) e ainda consagrado no período imediatamente subsequente àquele de que nos ocupamos. D. Duarte, então infante, estabelecerá que a lei deve ser interpretada de acordo com a sua letra e recto espírito, pois condena os que se afastam daquela alterando enganosamente o sentido: «*As Leyx e Posturas dos Reyx e Princepes em vaão som postas, e feitas, se nom forem guardadas, e usadas, e aquelles, a que he cometido que as fação guardar e comprir segundo a letera, mudando ho entendimento, e effeito dellas com engano, merecem d'aver pena...*» (OA., II. 22.16).

A interpretação autêntica encontra-se expressamente afirmada no período em análise mais como obrigação do que como faculdade do legislador: «*e porque os Papas, e os Emperadores, e os Reyx, que fazem as Leyx, devem declarar qual foi o entendimento, que ouverom as Leyx, que fezerom — são palavras de D. Dimis a propósito de certa lei —; por este querendo eu tolher estas duvidas, que nacam sobre a Ley sobre dita, outorgo, e declaro que tal foi o meu entendimento...*» (OA., II. 15.5.). Não faltam, aliás, casos de declaração. D. Afonso IV, por exemplo,

esclarece concretamente por tal meio o alcance da lei sobre os empréstimos entre os seguidores das diversas crenças religiosas (ODD., 521).

61. Monumentos jurídicos castelhanos vertidos em português. Problemas relativos à sua vigência. Aplicação das *Partidas* como direito subsidiário. Sua observância abusiva em prejuízo de outras fontes. — Na Idade Média foram traduzidos para a nossa língua vários textos de direito castelhano. Referem-se, de hábito, a *Suma* ou *Flores de Derecho*, *Suma* ou *Flores de las Leyes*, e os *Nueve Tiempos del Juicio*, da autoria de Jácome Ruiz ou Jacobo das Leis, havido durante longo tempo, mas por erro, como ao do infante D. Afonso, que viria a reinar com o nome de Afonso X, o Sábio, bem como o *Fuero Real* e as *Partidas* (*Siete Partidas*), obras tradicionalmente imputadas àquele monarca.

Desta circunstância se têm retirado conclusões quer relativamente à difusão dos textos em causa no nosso país, quer quanto à sua aplicabilidade e vigência efectiva. Semelhantes inferências, contudo, devem ser devidamente ponderadas.

As *Flores de Derecho* são um pequeno tratado de direito processual, escrito circa 1235 e de que se conhece tradução portuguesa feita, segundo Paulo Merêa, entre 1237 e 1282, constante de um código do ANTT (Forais Antigos, maço 6, n. 4). Neste código, vulgarmente designado por *Caderno dos Forais da Guarda*, se transcreveram também em versão portuguesa os *Nueve Tiempos del Juicio* (*Tempos dos Preitos*) e o *Fuero Real*. O respectivo conteúdo (sendo o concernente à primeira alínea em caracteres cursivos e muito mais modernos que o restante, que se apresenta redigido em letra caligráfica francesa) desdobra-se da seguinte forma:

a) Certidão, datada de 1449, do foral latino da Guarda e de outros documentos respeitantes ao concelho em causa;

- b) As *Flores de las Leyes*, em versão portuguesa;
- c) Tradução em vulgar do foral da Guarda;
- d) Costumes municipais do mesmo concelho;
- e) Algumas leis gerais;
- f) *Tempos dos Preitos*;
- g) Uma lei de D. Dinis;
- h) Tradução em português do *Fuero Real*;
- i) A lei da avoenga de D. Afonso III.

Refira-se ainda que no alto do primeiro fólio se lê em cursivo do século XV: «*Ysto sã leis nõ necessarias pelas do Reyno*»; e no final do fólio em que terminam as *Flores de las Leyes*: «*Todo ysto destas leis nõ aproveita Ateequy*.»

Coube ao Prof. Paulo Merêa editar em 1918 o texto português das *Flores de las Leyes*, subscrevendo então a ideia (já admitida por Herculano) da vigência desse texto em Portugal — mas reconhecendo a impossibilidade de fixar com segurança o âmbito geográfico de tal vigência: «A circunstância de a versão se encontrar, como as leis gerais de Afonso III, junta ao *Caderno de Costumes da Guarda*», são palavras de Paulo Merêa, «mostra que ela devia servir aos alcaides deste município e nada nos proíbe de acreditar, antes tudo leva a crer, que estivesse divulgada pelo país, fornecendo precioso subsídio numa época em que era ainda escassa a legislação processual». A compilação de Jacobo das Leis teria caído em desuso por virtude do incremento da legislação geral. «Isto explica, em parte, o não se conhecer outro exemplar, e, porventura, o ter desaparecido o original, se é que se trata dum apógrafo. Que no concelho da Guarda a compilação de Mestre Jacobo foi suplantada pela legislação do reino, mostram-no à evidência as já citadas indicações em cursivo. Sabemos, em todo o caso, por um apontamento manuscrito lançado pelo erudito João Pedro Ribeiro na margem do seu exemplar dos *Inéditos* (da Academia das Ciências), que numa sentença do século XV, do Cartório da Câmara do Porto, se citam ainda as

Leis Jacomeas — título pelo qual, sem dúvida, se pretendem designar as *Flores de Direito*».

O Prof. Paulo Merêa retirava ainda do carácter grosseiro ou defeituoso da tradução — cheia de erros e deslizes — um argumento eventual a favor da difusão das *Flores de las Leyes* entre nós, pois isso indicaria que se tratava de má cópia de um original português.

O problema suscitado por Paulo Merêa quanto ao âmbito de aplicabilidade das *Flores de las Leyes* é real. As razões do mestre para o demonstrar não são, porém, muito convincentes. Ele próprio admite, como se viu, que a tradução poderá ou não ser um apógrafo, isto é, não rejeita que seja original. Mais: desconhece-se em que termos as *Leis Jacomeas* vêm mencionadas na sentença do Cartório da Câmara do Porto, pelo que não sabemos se de tal sentença resulta a sua vigência no território português e em que condições. Por último, as notas quatrocentistas sobre a ausência de interesse dos textos *sub iudice* são pouco esclarecedoras. Limitam-se a afirmar que não importam face às leis do reino, mas sem especificarem se desde sempre ou a partir de quando.

A questão da aplicabilidade coloca-se, pois, igualmente para os *Tempos dos Preitos*, que corre editado, desde o século XVIII, pelo abade Correia da Serra no Tomo V da *Colecção de Livros Inéditos de História Portuguesa* (págs. 448-453) e que Herculanano reeditou nas *Leges et Consuetudines dos Portugaliae Monumenta Historica* I (págs. 330-332). E, por maioria de razão, para o *Fuero Real*, que conheceu duas edições no nosso século (em 1946, devida a Alfredo Pimenta; e em 1982, graças ao saber crítico do Prof. José de Azevedo Ferreira).

É que o *Fuero Real* apresenta-se, por natureza, com carácter localista. De feito, esse corpo legal, redigido entre 1252 e 1255, não foi promulgado com carácter genérico, mas para integrar o direito local das comunidades que carecessem de foro e julgassem por façanhas¹, árbitros e costumes e por outras formas de

1. Cf. *infra*, n.º 73.

justiça rudimentar. Nesta qualidade supletória foi ele outorgado como foro municipal a vários lugares (e num ou outro caso mesmo com interpolações, no sentido de acrescentos e modificações, ou refundido com um foro antigo).

Ora, o prómio do Livro I da versão portuguesa mantém precisamente o passo em que o carácter local e integratório vem expresso:

«Porque os corações dos omees son départidos por naturalmete natural cousa é que os entendimẽ-/tos nẽ as obras non acordẽ en huu. E por esta razõ auen muytas descordias e — muytas contendas ant'ros omees. Vnde conuen a — todo rey que ha de teer os pobos en justiça e en dereyto que faça — l(e)les per que os pobos sabyã como an de uiuer e — as desa — /ueenças e os preytos que nasçerẽ anr'elles seyã de — /partidos de guisa que aquellos que mal faze recebã pẽa e os boos uiuam seguramente en paz. E porende nos//dõ Affonso pella graça de Deus rey de Castella e de Tuledo e — de Leõ e — de Gualiza e — de Seuilha e — de Cordoua e de Murça e de Beeça e de Jahẽ e de Badalhouce e da Andaluzya, enfẽdendo que muytas cydades e muytas uilhas e castellos de nossos reynos non ouuerõ foro ata o nosso tempo e juygassẽ per faça-/nhas e por aluidros departidus dos omees e — per usos des — /guysados e — sen — dereyto de — que uiã muytos danos e — muytos maees aos omees e — aos pobres e — a — todo o poboo, pedido —/nos mercee que lhys enmendassemos os usus seus que acha-/ssemos que erã sen dereyto e — que — lhys dessemos foros per que iulgassẽ dereytamẽte des — aqui adeante, nos ouuemos consello cũ nossa corte e cõ os sabedores de dereyto e demushys este — foro que é scripto eneste liuro per — que se juygẽ cõmunal-/ment baroes e — molheres e mandamos que este foro seya aguardado per todo sempre. E nengui seya ousado d'ir contra el en nulla maneyra so pea do corpo e de quanto ouuer.»

A manutenção do passo acabado de transcrever e a ausência de qualquer referência a uma recepção do *Fuero Real* como lei

geral do país parece indicar que:

- a) A versão portuguesa do *Fuero* constitui mera tradução particular, sem qualquer valor legal entre nós; ou
- b) Quando muito, a exemplo do sucedido em Castela, foi apenas integrar o regime jurídico local — aqui o do concelho da Guarda.

Esta segunda hipótese, porém, afigura-se pouco plausível, visto que representaria um caso absolutamente isolado. Desconhece-se, na realidade, se o *Fuero Real* foi conferido como estatuto local no nosso país a qualquer outro concelho.

Importa salientar que nem da tradução portuguesa das *Flores*, nem dos *Tempos dos Preitos*, nem do *Fuero Real* se conhece qualquer outro exemplar além do contido no manuscrito dos *Foros da Guarda*, o que parece tanto mais estranho quanto das *Partidas*, subsistiram, como veremos, numerosos fragmentos. Aparentará, acaso, a circunstância para uma tradução meramente esporádica feita por algum jurista local? Para isso nos inclinamos.

De qualquer forma, as dúvidas expostas militam no sentido de se proceder com as mais severas reservas quanto aos juízos sobre a influência dos referidos textos no nosso país, visto, por um lado, não termos provas da sua aplicabilidade e, por outro, da existência de um só exemplar parece difícil inferir algo sobre a respectiva difusão, considerada em termos quantitativos.

Se a respeito da difusão e aplicabilidade em Portugal dos três monumentos jurídicos referidos parece legítimo e cremos aconselhável proceder com bastante reserva, já o mesmo não se diz quanto às *Partidas*, um dos padrões jurídicos da Idade Média, «*el intento de sistematización de derecho, mas formidable en los tiempos medios*», como escreveu Menéndez Pidal — isto a despeito de elas suscitarem numerosas questões que vão desde a sua autoria ao início e processo da feitura e à sua vigência em Castela. Admitido tradicionalmente que se tratava de obra de Afonso X e que a redacção das *Partidas* havia começado em

1256, pouco depois de terminada a do *Fuero Real*, aceitavam-se também como datas prováveis do termo da elaboração da obra os anos de 1263 ou 1265 (não faltando quem advogasse a existência de duas redacções, uma terminada naquela primeira data, outra, mais simplificada, na segunda). Em estudos de 1951 e 1963, o Prof. García-Gallo veio, não obstante, contestar quer a autoria — elas seriam produto de um grupo de juristas do tránsito do século XIII ao século XIV, cujos nomes hoje se desconhecem —, quer o processo de elaboração — ter-se-ia este prolongado no tempo, passando por sucessivas revisões (chegou a admitir cinco) que se protraíram muito para cá do reinado do *Rei Sábio*. Polemizando com o Prof. Arias Bonet, em 1976, García-Gallo procedeu a uma revisão simplificadora da sua tese, mas mantendo essencialmente três pontos:

- 1.º — Que a obra se deveria a um grupo de juristas da corte de Afonso X;
- 2.º — Que dela houve várias redacções; e
- 3.º — Que o processo elaborativo se estendeu para além do passamento do mesmo Afonso X, ocorrido em 1284.

Mais recentemente (1981), o tema foi retomado *ex professo* pelo Prof. Jerry R. Craddock, que, debruçando-se principalmente sobre aspectos cronológicos, intenta refutar as posições de García-Gallo, as quais, aliás, haviam levantado adversativas de alguns historiadores, como Camacho Evangelista, Pérez-Prendes, Tomás y Valiente. Para além da cronologia proposta por García-Gallo, Craddock recusa-se a aceitar as teorias deste, porque supõem nos princípios do século XIV a actividade de uns eminentes génios jurídicos totalmente desconhecidos, de cuja existência não resta o mínimo vestígio, sendo elas, por suposto, mera consequência lógica do argumento: «se não mandou compor Afonso X as obras que levam o seu nome, deve tê-las composto outro».

A tese de García-Gallo recebeu também críticas de R. A. MacDonald.

aq. fac omneq. lino. comense ofegendo.
 2º meyo titulo do lino seguinte. 3º meyo
 to titulo as mizes atreq. deve responder
 do demand. 4º quinto titulo to demandamento
 as allegados. 5º sexto titulo to demandamento qd
 a resposta. 6º uarto titulo to assentamento qd
 do algue para synal para responder. 7º unton
 nulo to diac das feyras enq. deve arer preytas.
 8º nulo a resposta p que omnea q preytas.
 9º nulo das conuentas dese aune elemora.
 10º nulo das testemunhas estas pnyas
 11º nulo das curas e de traslados.
 Demos nullo de como se fahia responder.

De toda esta problemática interessa-nos destacar a existência de versões diferentes das *Partidas*, o que os textos portugueses das mesmas evidenciam e reflectem também — e o facto de elas estarem permeadas de direito romano e de direito canónico.

As *Partidas* circularam largamente em Portugal. O Prof. Ave-lino de Jesus da Costa encontrou onze fragmentos medievais das *Siete Partidas* em português e cinco em castelhano ao proceder ao levantamento dos fragmentos de códices antigos nas bibliotecas e arquivos do nosso país (sendo os primeiros relativos às *Partidas* I, II, III e VII e os segundos às *Partidas* II, III, IV e VI). E com estes fragmentos não se esgotam os conhecidos. Um fragmento de tradução portuguesa da *Segunda Partida* foi publicado por Pedro de Azevedo; um fragmento da *Terceira* (T. XVI, leis 37, 38, 39 e 40, e T. XVII, leis 3, 4, 5 e 6) foi dado a conhecer por Paulo Merêa; outro fragmento da *Terceira Partida* encontra-se em mãos particulares; um outro ainda, contendo o T. XVIII, leis 59 (final), 60, 61 (início), 69 (final) e 70, pertence ao arquivo paroquial de S. João de Souto (Braga); desta mesma *Partida* existe o texto completo no ANTT. (n.º 3 do Fundo Antigo), que foi editado recentemente pelo Prof. José de Azevedo Ferreira, isto para não falarmos já num fragmento galaico-português dado a lume em 1975 por José Luís Pensado. É também ponto geralmente aceite que as *Siete Partidas* foram glosadas e já vertidas para a nossa língua ainda em tempo de D. Dinis, visto o seguinte passo do testamento do conde de Coimbra, João Gonçalves (1285): «*Item quemdam librum de VII^m partibus glosatum per linguam /.../ Item alium librum de VII^m partibus glosatum per latinum.*» Alguns querem mesmo, mas sem razão, que por este rei. A tudo acresce que, pelo menos da *Terceira Partida*, houve duas versões portuguesas diferentes. Sabe-se ainda que as *Siete Partidas* obtiveram aplicação no nosso território com prejuízo até da legislação canónica e da legislação pátria, o que suscitou os protestos do clero (Cortes de Elvas de 1361, OA., II, 24) e dos estudantes da Universidade.

Desses protestos resultaria, aliás, que tal aplicação era feita abusivamente e à margem do poder.

Nas *ODD.*, porém, ao enumerarem-se «os casos da santa escriptura per que a egreia nom uall nem deue defender os que se colherem a ella», regista-se um — o sexto — do seguinte modo: «E com estas sentenças sobredictas acordam muytos direitos e ourosy a lley iij^a da Primeira Partida Titullo xb. E diz assy homens hi a que nom deuem ser emparados em na igreja. E os podem ende sacar sem coima nhã, assy como os ladrões manifestos e pubricos que teem os caminhos....».

Uma última observação sobre a influência das *Partidas*: Nas *OA.* encontram-se leis copiadas do Código castelhano de forma integral.

BIBLIOGRAFIA — 1. Para os direitos «bárbaros», em especial para o direito visigótico: MARTIN DE ALBUQUERQUE, «Codex Euricianus», in *Verbo. Enciclopédia Luso-Brasileira de Cultura*, Lisboa, 1977, V; LOPEZ AMO, «La Polémica en Torno a la Territorialidad del Derecho Visigodo», in *Arbor*, I, 1944; GUIDO ASTRUTI, «Note sull'Origine e Attribuzione dell'Edictum Theodorici Regis», in *Tradizione Romanistica e Civiltà Giuridica Europea*, Nápoles, 1984; J. BASTIER, «Droit Visigothique et Droit Germanique», in *Mélanges Offerts à Jean Dauvillier*, Toulouse, 1979; H. BRUNNER VON SCHERUN, *Historia del Derecho Germánico*, Trad. esp., de 1936, Barcelona; J.-M. CARBASSE, *Introduction Historique au Droit*, Paris, 1999; M.J. DE ALMEIDA COSTA, *História do Direito Português*, Coimbra, 1992; GUILHERME BRAGA DA CRUZ, *História do Direito Português*, Coimbra, 1955, pol.; *O Problema da Personalidade ou Territorialidade da Legislação Visigótica, Anteriormente a Recesvindo*; e *Aditamentos de História Direito Português*, Coimbra, 1958, pol.; LUIS FERNANDO DE CARVALHO DIAS, «Algumas Cartas do Doutor António Ribeiro dos Santos aos seus Contemporâneos», Coimbra, sep. da *RPH.*, 1975; J.A. ESCUDERO, *Curso de Historia del Derecho*, Madrid, 1990; FERNANDEZ ESPINAR, *Las Fuentes del Derecho Histórico Español*, Madrid, 1985; H.F.W.D. FISCHER, *Leges Barbarorum in usum studiorum I (Pactus Legis Salicae) e II (Lex Ribuarie - Lex Saxonum Eua Ad Amorem)*, Leiden, 1948 e 1951; M. FUENTESECA, «La Polémica entre Romanismo y Germanismo en el Derecho Visigótico o la Posesión en Derecho Español (Código Civil, art. 464)», in *Règle et Pratique du Droit dans les Realités Juridiques de l'Antiquité*, Cantasaro, 1999; ALFONSO GARCÍA-GALLO,

«Nacionalidad e Territorialidad del Derecho en la Época Visigoda», in *AHDE.*, XIII, 1936-1941; «La Territorialidad de la Legislación Visigoda», *Ibid.*, XIV, 1942-1943; «Discurso de Posse [na Academia Portuguesa da História]», in *Recepção Académica aos Profs. Doutores Alfonso García-Gallo e Rafael Gibert*, Lisboa, 1985; «Consideración Crítica de los Estudios sobre la Legislación y la Costumbre Visigodas», *AHDE.*, XLIV, 1974; GAUDEMET, «Le Breviaire d'Alaric et les Epitomes», in *IRMAE.*, IP., 2b. aa. β; RAFAEL GIBERT, «Fuentes del Derecho Visigótico», in *ASD.*, III-IV, 1959; *El Código de Leovigildo*, Granada, 1968; JUAN GARCIA GONZALEZ, «Consideraciones sobre la Fecha del Código de Eurico», in *AHDE.*, XXVII, 1956; KING, «The Alleged Territoriality of Visigothic Law», in *Authority and Power*, Cambridge, 1980 e *Law and Society in the Visigothic Kingdom*, Cambridge, 1972; *Society in the Visigothic Kingdom*, Cambridge, 1980; RENZO LAMBERTINI, *La Codificazione di Alarico II*, Turim, 1990; E. LEVY, *Gesammelte Schriften*, Colônia-Graz, 1963; PAULO MERÊA, *A Legislação Visigótica. Exposição Sucinta para Uso dos Alunos de História do Direito Português*, Coimbra, 1921; *Textos de Direito Visigótico*, I, Coimbra, 1920; II, 1923; «Sobre o Codice da Lex Visigothorum Existente em Lisboa», in *BFDC.*, VII, 1921-1923; «Um Novo Manuscrito do Breviário de Alarico», in *BFDC.*, XIV, 1937-1938; *Resumo de Hist. do Dir. Port.*, Coimbra, 1925; «Uma Tese Revolucionária a Propósito de um Artigo de García-Gallo», no *BFDC.*, XVIII, 1942; «Para uma Crítica de Conjunto da Tese de García-Gallo», *Ibid.*, XX, 1944; «Ainda Sobre a Tese de García-Gallo», *Ibid.*, XX, 1944; «Sobre a Tese de García-Gallo», *Ibid.*, XXII, 1946; «Sobre os Casamentos Mistos na Legislação Visigótica (Nova Contribuição para uma Crítica de Conjunto da Tese de García-Gallo)», *Ibid.*, XXIII, 1947; «Ainda a Tese de García-Gallo. Estado da questão», *Ibid.*, XXIV, 1948; *Estudos de Direito Visigótico*, Coimbra, 1948; Recensão a Álvaro D'Ors, «La Territorialidad del Derecho de los Visigodos», in *BFDC.*, XXXI, 1955; «Edictum Theodorici e Fragmenta Gaudenziana — A Propósito de um Recente Trabalho do Prof. Vismara», *Ibid.*, XXII, 1956; ALVARO D'ORS, «La Territorialidad del Derecho de los Visigodos», in *Estudios Visigóticos*, Roma, 1956. I; BRUNO PARADISI, «Crítica e Mito dell'Edito Teodoriciano», in *BIDR.*, 1965; J. ALVARADO PLANAS, *El Problema del Germanismo en el Derecho Español (Siglos V-XI)*, Madrid, 1997; R. MORAN MARTIN, *Materiales para un Curso de Historia del Derecho Español*, Madrid, 1999, I; P. RASI, «Sulla Paternità del C.D. Edictum Theodorici Regis», in *AG.*, 1953, «La Legislazione Giustinianea e il C.D. 'Edictum Theodorici'», in *Studi De Francisci*, Milão, 1956, IV; «Ancora sulla Paternità del C.D. Edictum Theodorici», in *ASD.*, 1961-1962; W. REINHART, «Sobre la Territorialidad de los Codigos Visigóticos», in *ADHE.*, XVI, 1945; SANCHEZ-ALBORNOZ, «Tradición y Derecho Visigodos en León y Castilla», in

Investigaciones y Documentos sobre las Instituciones Hispanas, Santiago do Chile, 1970; «Pervivencia y Crisis de la Tradición Jurídica Romana en la España Goda», in *Il Passagio dall'Antichità al Medio Evo in Occidente, Settimane di Studio del Centro Italiano di Studi sull'Alto Medioevo*, IX, Spoleto, 1962; e «Tradición y Derecho Visigodos en León y Castilla», in *CHÉ.*, 1959, XXIX-XXX; A. SCHULZE, *Über Westgotisch-Spanisches Ehrerecht*, Leipzig, 1944; NUNO J.E. GOMES DA SILVA, *História do Direito Português*, Lisboa, 2000, 3.ª ed.; A. THOMSON, *The Goths in Spain*, Oxford, 1969; GIULIO VISIMARA, El «Edictum Theodorici», in *Estudios Visigóticos... cit.*; «Edictum Theodorici», in *IRMAE*, IP, 2 b a a, 1967; «Edictum Theodorici», in *Scripta de Storia Giuridica*, Milão, 1987, I; e Rec. a «Álvaro d'Ors, Estudios Visigóticos, II. El Código de Eurico», *Idem*, VIII, Milão, 1996; UREÑA, *La Legislación Gótica-Hispana*, 1905; WOHLHAUPTER, «Das germanische Element in altpansischen Recht», in *Zeit. der Savigny Stiftung*, (Germ. Ab), 66, 1948; KARL ZEUMER, *Historia de la Legislación Visigoda*, Barcelona, 1944.

2. Quanto aos concílios ou ólias de Leão, Coiança e Oviedo: *El Concilio de Coynaza (Miscelanea)*, León, 1951; *Liber Fidei Sanctae Bracarensis Ecclesiae. Edição Crítica pelo Padre Avelino de Jesus Costa*, Braga, 1965, I; *Livro Preto da Sé de Coimbra*, Coimbra, I; *PMH., Leges et Consuetudines*, I; A. CAETANO DÓ AMARAL, «Memória IV para a História da Legislação e Costumes de Portugal», in *Memórias da Literatura Portuguesa Publicadas pela Academia Real das Ciências de Lisboa*, Lisboa, 1806, VII; A. UBIERTO ARTETA, «Qué año se celebró el Concilio de Coynaza?», in *Archivos Leoneses*, 1951; MARTINEZ DIEZ, «Concilios Españoles Anteriores a Trenton», in *RHCEE*, V, 1963; ALFONSO GARCÍA-GALLO, *El Concilio de Coynaza. Contribución al Estudio del Derecho Español en la Alta Edad Media*, Madrid, sep. do AHDE, 1951; PAULO MERÊA, «De Portucale (Civitas) ao Portugal de D. Henrique», in *História e Direito*, Coimbra, 1967, I; J. M. PÉREZ-PRENDES, «La Potestad Legislativa en el Reino de León. Notas sobre el Fuero de León, entre el Concilio de Coynaza y las Cortes de León de 1188», in *El Reino de León en la Alta Edad Media. I. Cortes, Concilio y Fueros*, León, 1988; JOÃO PEDRO RIBEIRO, *Dissertações Chronologicas e Críticas sobre a História e Jurisprudência Ecclesiastica e Civil de Portugal*, Lisboa, 1867, T. IV, P. I, Dis. X.

3. Relativamente às leis portuguesas e problemática da lei: *PMH., Leges et Consuetudines*; *Ch. DP.I.; LLP.; ODD.*; OA.; GAMA BARROS, HAP., I; MANUEL BENTO, *Subsídios para a História do Direito Português (Notas dos Portugaliae Monumenta Historica)*, Lisboa, 1941; BRIGITTE BASDEVANT-GAUDEMET-JEAN GAUDEMET, *Introduction Historique au Droit, XIII-XV^e Siècles*, Paris, 2000; ANTONIO P. BARBAS HOMEM, *A Ciência da Legislação:*

Conceptualização de um Modelo Jurídico no Final do Antigo Regime, sep. da LCCL., 16, 1996; e *Introdução Histórica à Teoria da Lei - Época Medieval*, sep. de LCCL., 25, 1999; A.H. DE CARVALHO HOMEM, «Dionísus et Alfonso, Dei Gratia Reges et Communis Utilitatis Legiferi», in *RFLP*, 1994; «Estado Moderno e Legislação Régia: Produção e Compilação Legislativa em Portugal (séc. XII-XV)», in *A Gênese do Estado Moderno no Portugal Tardo-Medieval*, ob. col., Lisboa, 1999; FANZ-PAUL LANGHANS, *Estudos de Direito Municipal. As Posturas*, Lisboa, 1938; J. SOUSA MONTEIRO, «Uma Lei de D. Afonso II», in *Rev. Port. Colonial e Marítima*, 1897-98; TERESA MORAIS, «Leis Gerais desde o Início da Monarquia até ao Fim do Reinado de D. Afonso III. Levantamento Comparativo entre os Portugaliae Monumenta Historica; o Livro das Leis e Posturas e as Ordenações de D. Duarte», in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Manuel Gomes da Silva*, Coimbra, 2001.

4. Sobre os monumentos jurídicos castelhanos: AFONSO X, *Fuero Real. Edição, Estudo, Glosário e Concordância da Versão Portuguesa*, por José de Azevedo Ferreira, Braga, 1982, I; *Fuero Real de Afonso X, o Sábio. Versão Portuguesa do Século XIII, publicada e Comentada por Alfredo Pimenta*, Lisboa, 1946; ALPHONSE X, *Primeira Partida. Edição et Étude*, por José de Azevedo Ferreira, Braga, 1980; ODD.; JESUS LALINDE ABADIA, *Iniciación Historica al Derecho Español*, Barcelona, Caracas, México, 1978; J. SANCHEZ-ARCILLA BERNAL, *Historia del Derecho*, Madrid, 1995, I; e «Introducción», *Las Siete Partidas*, Madrid, 2004; R. BIDÁGON, «El Derecho de las Decretales y las Partidas de Afonso el Sabio de España», in *ACIL*, III; JERRY R. CRADDOCK, «La Cronología de las Obras Legislativas de Afonso X, El Sabio», *AHDE*, 51 (1981); J.A. ESCUDERO, *Curso de Historia del Derecho*, Madrid, 1990; R. FERNANDEZ ESPINAR, *Las Fuentes del Derecho Historico Español*, Madrid, 1985; AZEVEDO FERREIRA, «Dois fragmentos da Terceira partida de Afonso X», *Cahiers de la Linguistique Hispanique Médiévale*, 5 (Paris, 1980); *Subsídios para uma Edição da Terceira Partida de Afonso X*, Lisboa, 1984; «Uma edição do Fuero Real de Afonso X», in *Critique textuelle portugaise. Actes d Colloque* (1981), Paris, 1986; «A obra legislativa de Afonso X em Portugal», *Diacrítica*, n.º 1 (1986) e ainda as suas eds. do *Tempo dos Preitos* (1986) e das *Flores de Dreyto* (Braga, 1989), bem como vários outros estudos; Afonso X, *Foro Real*, I (Edição e Estudo Linguístico), II *Glosário*, Lisboa, 1987; IGLESIAS FERREROS, «Afonso X el Sabio y su Obra Legislativa», in *AHDE*, 1981; e «Fuero Real y Especulo», *Idem*, III, 1982; ALFONSO GARCIA-GALLO, *Manual de Historia del Derecho Español*, Madrid, 1979, I; «El Libro de Leis de Afonso el Sabio Del Espéculo a las

Partidas», *AHDE*, 21-22 (1951-52); «Los Enigmas de las Partidas», in *Instituto de España, VII Centenario de las Partidas del Rey Sabio*, Madrid, 1963; «Nuevas Observaciones sobre la Obra Legislativa de Alfonso X», *AHDE*, 46 (1976); *Los Libros del Rey Alfonso el Sabio*, Madrid, 1984; «La Obra Legislativa de Alfonso X. Hechos e Hipótesis», in *AHDE*, 1984; A. GARCIA Y GARCIA, «Fuentes Canónicas das Partidas», in *Glossae, Rev. de Hist. de Derecho Europeo*, 1992; *Historia General del Derecho Español*, Madrid, 1978; R.A. MACDONALD, «Notas sobre la Edición de las Obras Legales atribuidas a Alfonso X de Castilla», in *AHDE*, 53, 1984; e «Problemas Políticos y Derecho Alfonsino considerados desde Tres Puntos de Vista», 54, 1984; MARIA MANUELA FIALHO CAVALHEIRO DE MIRANDA, *Estudo fonético, morfológico e sintático acompanhado de um glossário da versão portuguesa de «Flores de las leyes»*, diss. de licenciatura em Filologia Românica apresentada à Faculdade de Letras de Lisboa, 1958 (dact.); MARTINEZ MARINA, *Ensayo Historico-Critico sobre la Legislacion y Principales Cuerpos Legales de los Reinos de Leon y Castilla Especialmente sobre el Código de las Siete Partidas de D. Alfonso el Sabio*, Madrid, 3.^a ed., 1845; ANTONIO PÉREZ MARTIN, «Las Siete Partidas. Obra Cumbre del Derecho Común en España», in *DCE*; R. MORAN MARTIN, *Materiales para un Curso de Historia del Derecho Español*, Madrid, 1999, I; PAULO MERA, «A Versão Portuguesa das Flores de las Leyes de Jacome Ruys», in *RUC*, 1917 e também in *Estudos de História do Direito*, Coimbra, 1923; «Um Novo Fragmento das Sete Partidas», in *AHDE*, III, 1926; «Fuero Real de Alfonso X, o Sábio, Versão Portuguesa do Séc. XIII, pub. e coment. por Alfredo Pimental», in *BFDC*, 21, 1945; JOSÉ MANUEL PÉREZ-PRENDES Y MUÑOZ DE ARRACO, *Curso de História del Derecho Español. Parte General*, Madrid, 1978; JOSÉ SANCHEZ-AYLLA, *Las Siete Partidas* (versión de) Madrid, 2004; RAFAEL DE UREÑA Y SMENIAUD e A. BONILLA Y SAN MARTIN, *Obras del Maestro Jacobo de las Leyes, Jurisconsulto del Siglo XIII*, pub. port., Madrid, 1924.

SECÇÃO II

DIREITO OUTORGADO E PACTUADO

62. Cartas de privilégio. Características gerais — Por *cartas de privilégio* entendem-se, em sentido lato, documentos que atribuem prerrogativas, liberdades, franquias e isenções de qualquer ordem, mas, em sentido estrito, com aquela nomenclatura, designam os historiadores documentos que, embora de índole muito diversa, têm como denominador comum a circunstância de traçarem um regime jurídico específico para certo território ou certa comunidade, isto é, uma disciplina própria e diferenciada. Consubstanciando um regime particular, as cartas de privilégio possuem âmbito delimitado que possibilita diferenciá-las da lei, a qual contém, ao menos em princípio e no sentido moderno, uma regulamentação geral e abstracta.

É enorme a variedade das cartas de privilégio, nelas se contando, por exemplo, a *carta de liberdade de uma população* (*charta libertatis* ou *liberationis*), a *carta de doação* (*charta donationis*), isto é, a carta de concessão de uma terra, a *carta de franquia* (*charta franquitiatis*). Nelas se incorporam também e habitualmente as *cartas de povoação*, os *forais* e *foros*, não obstante e quanto às primeiras Jesús Lalinde Abadía contestar que se lhes possa aplicar tal designação em sentido próprio.

63. Cartas de povoação — A *carta de povoação* (em latim, *charta populationis*; em castelhano, *carta puebla* ou *carta de población*) visava atrair habitantes para certas zonas — escassamente povoadas ou despovoadas (*ermadas*). O monarca, um senhor ou a entidade que exercia a autoridade sobre território nessas condições fixava na *carta de povoação* conjunto de normas definindo o estatuto dos futuros colonos, especialmente quanto às condições de exploração da terra e tendo, pois, em primeira linha, uma *fisionomia essencialmente económica*. Aí se estabeleciam quais as prestações patrimoniais (*cânonas*) ou pessoais a que os povoadores ficavam obrigados, e os modos de detenção e ligação à terra.

Eduardo de Hinojosa, para expressar a natureza das *cartas de povoação*, utilizou a fórmula *contratos agrários colectivos*, vindo a ideia contratual já afirmada, aliás, desde Martínez Marina.

O carácter contratual das cartas de povoação tem, não obstante, sido impugnado nos nossos dias. Peréz-Prendes contesta, implicitamente, o contratualismo das *cartas de povoação*, ao escrever que «são comparáveis a *leges dictae* romanas». Tomás y Valiente, por seu turno, argui contra a qualificação das cartas de povoação como *contratos agrários colectivos* dois argumentos básicos: 1.º As cartas de povoação em geral não costumam adoptar a forma contratual, representando antes um acto unilateral do senhor; 2.º De qualquer forma, ostentam sempre aquilo que Font Rius chamou «a sua *dimensão normativa*» — «o seu carácter de estatuto ou conjunto de condições que regerão as relações de assentamento e cultivo» e «que afectam e obrigam não só aos primeiros povoadores (que acaso tivessem intervenido na negociação das condições), mas também aos que no futuro se incorporarem no lugar». Conexamente com estas reservas, Tomás y Valiente observa ainda que a carta de povoação, «enquanto núcleo da relação senhorial, colocava os povoadores debaixo da dependência pessoal do senhor, com o que o conteúdo de tais

cartas excedia a esfera jurídica privada e afectava a situação jurídico-pública do homem, do senhorio, submetido desde o seu assentamento na terra a relações de sujeição e serviço a favor do senhor».

Tem de reconhecer-se que, em geral, a carta de povoação constitui acto unilateral ou outorgado unilateralmente, revertendo até, como diz Lalinde Abadía, *forma imperativa* e apenas raramente assume, à partida, carácter de pacto (*foedus*); tem de reconhecer-se, igualmente, que a carta de povoação contém regras para futuro; e é de reconhecer, por último, que elas entram no domínio da disciplina senhorial.

Tudo isso não obsta, porém, à sua natureza contratual e assim que, aqui, como aliás, noutros pontos versados neste capítulo, se possa falar em *relação pactuada*.

É hoje corrente a inclusão na área dos contratos daqueles actos em que se oferece genericamente a todos, presentes ou futuros, um modelo apresentando um conjunto determinado de cláusulas, que os interessados têm liberdade de aceitar ou não, mas apenas na totalidade, através de uma manifestação inequívoca de adesão. E nem interessa que não exista a liberdade de discussão e fixação do conteúdo, pois a essência do contrato não reside tanto na *liberdade de estipulação*, como na *autonomia* da vontade, à qual é dado regular os seus interesses como melhor entender e, por isso, ajustar-se ou não aos modelos que lhe são propostos. Por outro lado, não há irredutibilidade necessária entre o aspecto *negocial* e o aspecto *normativo*. O negócio jurídico (que é o contrato) e a norma colocam-se em planos diferentes e, portanto, são susceptíveis de articulações diversas. Assim, do contrato podem resultar efeitos não meramente individuais, mas também genéricos.

Tudo visto, as cartas de população assumem o carácter simultâneo dos chamados *contratos de adesão* e dos chamados *contratos normativos*.

64. **Forais** — Com as cartas de população se confundem, por vezes, as cartas de foral ou forais (*forum* em latim; em castelhano *fuero breve*), pois a linha divisória entre estes dois tipos de documentos não é, frequentemente, muito nítida e a terminologia aparece também flutuante. Não faltam casos em que os documentos vêm autoqualificados como cartas de povoação ou como forais, quando os historiadores, em muitos desses casos, invertem a nomenclatura. Quer isto significar que a qualificação a si própria outorgada pelos documentos e a qualificação historiográfica nem sempre se encontram de acordo. Serve como exemplo de quanto se diz o documento emanado do Mosteiro de Lorvão para o povoamento das vilas de Santa Comba e de Treixede (era de 1140) que se intitula carta de povoação (*Carta morum populatorem* ou *carta moris habitatorum siue populatorem*) e que, modernamente, os editores do *Livro Preto da Sé de Coimbra* identificam como foral.

Em regra, os forais são mais extensos que as cartas de povoação e abarcam também maior número de matérias. Aqui reside, certamente (embora com possível grau de subjectivismo), o elemento diferenciador básico, não procedendo a definição de foral apresentada por Herculano, que via neste a carta constitutiva de um município. Realmente, certos municípios preexistiam às cartas de foral e, algumas vezes, foram outorgadas a localidades que nunca chegaram a lograr existência jurídica como municípios. Enquanto o cerne das cartas de povoação se restringe às condições de *assentamento* na terra — regime agrícola local e relações entre o senhor e o habitante —, os forais contêm, para além disso, preceitos ou disposições de direito *processual, militar, fiscal, penal e administrativo* (abrangendo a organização local e a competência e atribuições dos respectivos magistrados). Não faltam, também, embora quantitativa e qualitativamente menos importantes, *regras de direito privado*, com prevalência para as *instituições sucessórias e familiares*.

As várias normas que integram os forais têm, ou podem ter, origens muito heterogêneas: nas cartas de povoação e outras cartas de privilégio — em certos casos reproduzidas mais ou menos integralmente —, nos costumes e no direito judicial (incluindo as *façanhas*), nos foros de outras localidades, no direito comum, no direito prudencial... Estudo ainda a fazer respeita a determinar se as normas forais traduzem modificações, e qual o seu grau, ou são mera reprodução de tais fontes. De algumas destas realidades nos ocuparemos em outra sede, bastando, por agora, vincar a pluralidade de origens das disposições forais e que, como moldura, impõe-se, sempre, considerar o direito geral, o qual funciona, aqui e relativamente a elas, como direito subsidiário. Ou seja: no território a que respeita o foral rege este, como direito especial ou particular¹, com prejuízo do direito geral, sendo, todavia, o direito geral chamado a integrar as disposições forais, sempre insuficientes e lacunares.

Esta é a regra. O problema da articulação entre as normas forais e o regime geral surge², todavia, com carácter problemático nos casos em que, dimanando o foral de um senhor ou outra entidade particular, nele se inserem estatuições de âmbito não local. Gama Barros observou, na verdade, que de alguns forais, adoptando aliás outros como modelo, resultam direitos para os vizinhos além dos limites do território municipal. Assim, no de Sarzedas (de 1212), dado por D. Egídio e pelo arquidiácono Plágio, dispõe-se que os moradores não pagarão *calúnia* em todo o reino senão de acordo com esse foral e que o gado da terra não pagará *montado* em nenhuma terra mais. «É óbvio», escreve Gama Barros, «que tais concessões e outras de igual natureza, se as entendermos realmente extensivas a todo o reino, não cabiam no poder do senhor da terra».

Para o grande historiador, os comandos acabados de referir e outros da mesma índole hão-de entender-se restritivamente —

1. Cf. *supra*, n.º 60 e *infra*, n.º 116. 2. Cf. *infra*, n.º 116.

de Nomam istud forum ed istam cartam quam Fernandus menendiz uobis fecit».

Os forais de uma primeira fase encontram-se redigidos em latim vulgarizado, isto é, alheio a toda a sintaxe clássica e com bastantes corruptelas, de alguns se tendo, porém, procedido, mais tarde, a tradução em romance (nomeadamente, os forais de Soure 1111, Penela 1139, Tomar 1162, de Lisboa 1170, Tomar 1174, Santarém 1179, Lisboa 1179). Numa segunda fase, passaram a ser redigidos na nossa língua.

Os forais podem arrumar-se segundo certas categorias. Assim: 1) por um lado, haveria que distinguir entre os *forais régios* e os *particulares*; 2) por outro lado, costumam eles classificar-se pelo respectivo molde ou matriz; 3) Herculano e Torquato de Sousa Soares separaram-nos ainda olhando à maior ou menor complexidade da instituição concelhia; 4) é possível também alinhá-los tomando em conta o grau de originalidade.

Foi Gama Barros quem, partindo da origem dos forais — régia ou não régia —, procurou traçar uma distinção quanto ao seu conteúdo relativamente à posse da terra. Esta era entregue com natureza hereditária, mas nos forais das terras da Coroa as relações entre o concedente e o concessionário aproximam-se do regime do *censo reservativo*, ao passo que nos demais casos assumiam o modelo da *enfiteuse*. Quer dizer: ali a terra é cedida com a simples reserva de certa pensão ou prestação periódica saída dos seus frutos ou rendimentos; aqui dá-se o desmembramento do domínio directo e útil da terra.

Quanto ao segundo critério, toma em linha de conta a circunstância de existirem *famílias de forais*, resultantes de alguns terem servido de *padrão* ou tipo. Os outorgantes, muitas vezes por simplicidade, pela força de condicionaismos de vária ordem (política, social, económica, geográfica...), por deliberada intenção unificativa, limitavam-se a dar a uma terra o foral de outra. Desta forma, são frequentes os forais tipo Santarém, Salamanca e Ávila (ou Évora).

quis-se apenas significar que valiam quanto às outras terras do senhor espalhadas pelo reino — ou representam, tão-só, o decalque mecânico de um modelo, estando destinadas a ser mera letra morta, isto é, a não alcançarem aplicação. A segunda parte da alternativa parece-nos mais curial e aceitável, desde que salvaguardemos os casos em que o foral obteve confirmação régia. De facto, poderá então ser essa precisamente a razão da intervenção do monarca.

Os forais eram outorgados quer pelo monarca — hipótese mais usual —, quer por um senhor eclesiástico (por exemplo, o foral do Porto de 1123, que foi concedido pelo bispo D. Hugo) ou um senhor secular (como o de Sernancelhe de 1124, o de Numão de 1130, o de Arganil de 1175), quer ainda por uma instituição religiosa (estão nesta situação, o de Ferreira de 1156, o de Redinha de 1159, os de Tomar de 1162, 1174 e 1176, os de Pombal e do Castelo da Foz do Zêzere de 1174, todos oriundos de uma ordem militar)¹.

Além do senhor, intervêm outras pessoas para dar maior força e validade ao acto. Assim no já referido foral concedido ao Porto pelo bispo D. Hugo figura o clero local a dar o consentimento — «*done et concedo cum consensu clericorum nostrorum et consilio proborum*» —, roborando-o e confirmando-o outros bispos; e nos forais de Sernancelhe e Numão são outorgantes, com o senhor, os filhos deste, o mesmo sucedendo em muitos forais régios, em que, com o monarca, actuam os descendentes, a outorgar e confirmar. Também nos das ordens militares, além do mestre, intervêm os respectivos freires².

Em certos casos, os forais senhoriais ou eclesiásticos, para maior firmeza, vêm confirmados pelo monarca, a mulher e mesmo seus filhos. No de Numão lê-se: «*Ego Alfonsus II.º dei gratia Port. Rex una cum uxore mea Regina donna Vriaca et filiis nostris Infantibus domno Sancio et domno Alfonso et donna Alionor concedo et confirmo firmiter vobis popularibus*

1. V. *infra*, n.º 197.

2. Cfr. *infra*, n.ºs 190 e 196.

Herculano, classificando os concelhos em *rudimentares*, *imperfetos e perfeitos* e Torquato de Sousa Soares em *rurais*, *urbanos e distritais*, conforme a simplicidade ou complexidade das estruturas locais, fornecem correlativa e implicitamente uma tipologia e uma classificação foraleira¹.

Quanto ao último ponto, os forais agrupam-se em três espécies: *originários*, *ampliativos* e *confirmativos*.

65. Foros, costumes ou estatutos municipais — Com as *cartas de povoação* e com os *forais* («*fueros breves*») devem ser aqui referidos os *foros*, *costumes* ou *estatutos municipais* («*fueros extensos*»). Consoante resulta da própria oposição de qualificações, os foros municipais desde logo se separam dos *forais* pela extensão ou dimensão. Contêm um acervo de normas muito superior em quantidade aos forais. Por vezes, alinham-se centenas de rubricas, não raro distribuídas por capítulos, o que revela inquestionável intuito abrangente e de sistematização. Esse aspecto de tendência abarcante é, aliás, também visível na circunstância de nos estatutos se inserir muito maior número de disposições de direito privado, cobrindo uma gama mais vasta de áreas. A presença do direito privado aparece tão nítida nestes documentos que Alexandre Herculano chega a acautelar a tal respeito. Escreveu ele, nos *Portugaliae Monumenta Historica*, que «*não consistiam, às vezes, exclusivamente num complexo de regras de direito privado*» e julgou seu dever lembrar que «*os limites entre este e o direito público eram incertos, ou antes, não existiam cientificamente*». De qualquer forma, importa vincar bem que, ainda aqui, se não encontra compendiada a totalidade da disciplina jurídica relativa ao território a que se aplica o estatuto municipal. Martínez Marina definiu os estatutos municipais como *cadernos de leis civis, criminais, pólticas,*

1. Cfr. *infra*, n.ºs 164 e 172.

administrativas e processuais outorgadas aos municípios para sua constituição e governo. Se, pelo que toca à pluralidade de zonas englobadas na ordenação jurídica da comunidade, a definição de Martínez Marina é verdadeira e até reveladora, já não procede, contudo, no concenente à origem dos estatutos. Paulo Merêa, recordando o conceito de Martínez Marina, observou, com razão, que ele não se adapta a todos os casos. «*Há estatutos*», são palavras suas, «*que não foram propriamente outorgados, resultando da reunião de diferentes fontes de direito local empreendida pelo próprio concelho*. A par de normas consuetudinárias, encontram-se nos costumes ou foros regras derivadas de origens inenunciatas e mais recentes: tais são as que provieram de deliberações das assembleias populares do concelho, as posturas dos magistrados, as que têm por base *façanhas* dos juizes municipais, etc.» E em nota acrescenta que os cadernos municipais «*inserem muitas vezes o foral propriamente dito e leis gerais*». Em tudo isto, Merêa, aliás, apenas subscreeve e reedita a visão herculaniana do assunto, expressa nas palavras que o grande historiador exarou a propósito na Divisão II das *Leões et Consuetudines* dos *PMH*.

Se os foros, costumes ou estatutos se perfilam relativamente aos forais, pela sua dimensão, deles se separam ainda epocalmente, visto, entre nós ao menos, surgirem mais tardiamente. As recolhidas em causa datam dos finais do século XIII ou mesmo do século XIV. Mas se a compilação dos estatutos apenas se verifica então, neles se registaram normas muito anteriores. Afloram nos foros municipais reminiscências e prolongamentos dos antigos ordenamentos que se sucederam ou sobrepueram na Península e, em particular, no território que hoje nos corresponde: de direito romano¹, de direito germânico², de direito muçulmano³... Em regra, os historiadores do direito ressaltam neles especial-

1. V. *infra*, n.ºs 76 e s. e 119 e 123.

2. V. *supra*, n.º 54 e *infra*, n.º 124.

3. V. *infra*, n.ºs 108 e s. e 126.

mente as repercussões do direito germânico. Institutos como o *co-juramento*, ou a *penhora extrajudicial*, ou a *vingança privada*, ou a *perda de paz* são invocáveis a título exemplificativo¹.

Também para os foros municipais, por causa do parentesco entre alguns deles, se fala de *famílias*, resultantes, em grande parte, da *comunicação dos costumes* ou levando a tal comunicação entre territórios diversos².

García-Gallo, que à matéria dos foros municipais dedicou larga atenção, discerne, a nível peninsular, quatro áreas dentro das quais se distribuem as várias famílias de foros extensos: a aragonesa-navarra, a da Estremadura-leonesa, a da Estremadura-castelhana e a catalã. Pelo que toca a Portugal, interessam-nos sobremaneira a da Estremadura-leonesa, a que pertencem os foros de *Cinã* ou *Ribacoa*. São estes, quatro — o de Castelo Bom, o de Alfaiates, o de Castelo Rodrigo e o de Castelo Melhor, os dois primeiros redigidos em latim bárbaro e os demais em vulgar. Estes foros, estudados entre nós especificamente por Luís Lindley Cintra, foram mais recentemente objecto de investigação de Martínez Díez (1971) — o último insere-os na «*família de Ciudad Rodrigo*» por considerar o foro desta localidade a base ou origem dos foros de Estremadura-leonesa: Alfaiates, Coria, Castelo Bom, Castelo Rodrigo, Castelo Melhor, Cáceres e Uságr. Ciudad Rodrigo, que terá constituído o texto modelo ou o *centro da família dos foros* referida, teve, de facto, um foro extenso, redigido posteriormente a 1190 e com mais de uma versão desaparecida. Diversa é, porém, a opinião de García-Gallo. Em seu entender, os mencionados foros proviriam, talvez, de um, igualmente desaparecido, foro de Ávila.

Ainda em sede de foros municipais, têm os historiadores portugueses vincado e lamentado o escasso número de que há notícia quanto ao nosso território. Herculanio que, no

seguimento dos *Inéditos* da Academia das Ciências, os reuniu nos *PMH.*, realçando o seu valor — considera-os dos «monumentos históricos que melhor nos fazem conhecer, além das relações jurídicas da vida civil, as usanças, hábitos e ideias, o grau de civilização moral e material do primeiro período da nossa Idade Média» —, anota, porém, que diminutos pelo número quantos nos restam, «nem por isso eles deixam de ter pertencido a uma vasta porção do território habitado nos primórdios da monarquia».

BIBLIOGRAFIA — *CLHP.*, III e V; *PMH.*, LC.; ANON., *Os Forais de Fontes*, Lx.^a, s.d.; JESUS LALINDE ABADIA, *Iniciación Histórica al Derecho Español*, Barcelona, Caracas, México, 1978; RUI PINTO DE AZEVEDO, «O Foral de Santarém, de Maio de 1179, Padrão dos Forais de Lisboa e Coimbra da Mesma Data», in *ACHPM.*, I; RAFAEL ALTAMIRA, *Historia del Derecho Español*, Madrid, 1903; HENRIQUE DA GAMA BARROS, *HAP.*, I; MANUEL BENTO, *Subsídios para a História do Direito Português (Notas dos Portugueses Monumenta Historica)*, Lisboa, 1941; TEOFILO BRAGA, *História do Direito Português (1140-1495)*, Lisboa, 2000, 4.^a ed., I; L.F. LINDLEY CINTRA, *A Linguagem dos Foros de Castelo Rodrigo*, Lisboa, 1959; MARIA H. CRUZ COELHO, «A Propósito do Foral de Coimbra de 1179», in *Homens, Espaços e Poderes (Sécs. XI a XVI)*, Lisboa, 1990, I; MARIO JULIO DE ALMEIDA COSTA, *Temas de História do Direito*, Coimbra, 1970; GONZALO MARTÍNEZ DÍEZ, «Los Fueros de la Familia de Coria Cima-Coa», in *RPH.*, XIII (1971); J.A. ESCUDERO, *Curso de Historia del Derecho*, Madrid, 1990; FRANCISCO NUNES FRANKLIN, *Memoria para Servir de Índice dos Forais das Terras dos Reinos de Portugal e seus Domínios*, Lisboa, 1816; ALFONSO GARCÍA-GALLO, *Manual de Historia del Derecho Español*, Madrid, 1979, I; RAFAEL GIBERT, *Historia General del Derecho Español*, Madrid, 1978; JOHN GLISSSEN, *Introduction Historique au Droit*, Bruxelles, 1979 — trad. port. de 2001, 3.^a ed.; ALEXANDRE HERCULANO, *História de Portugal desde o Começo a Monarquia até ao Fim do Reinado de Afonso III*, Lisboa, 7.^a ed., VII; CAIRO DA MATA, *Collecção de Textos de Direito Português*, I. *Forais*, Coimbra, 1914; MIGUEL PINTO DE MENESES, *O Foral de Vila Flor*, Vila Flor, 1986; PAULO MEREIA, *Resumo de História do Direito Português*, Coimbra, 1925; Rec. a «J. Pinto Loureiro, Forais de Coimbra», in *BFDC.*, 16, 1939-1940; Rec. a «C. Sanchez-Albornoz — Ruína y Extinción del Municipio

1. Cfr. *infra* volume respeitante aos Grupos Sociais e Conteúdo do Direito (1.^o Período).

2. V. *infra*, n.^o 67.

Romano en España e Instituciones que le Reemplazan», in *BFDc.*, 20, 1944; M. CARVALHO MONIZ, «O Foral Afonsino de Beja. 1254», sep. do *Arquivo de Beja*, 1953; H. BAQUERO MORENO, *Os Municípios Portugueses nos Séculos VIII a XVI. Estudos de História*, Lisboa, 1986; ALEXANDRE M. FLORES-ANTONIO I. NABAIS, *Os Forais de Almada e seu Termo. Subsídios para a História de Almada e Seixal na Idade Média*, Seixal-Almada, 1983; JOSÉ ARTUR ANES DUARTE NOGUEIRA, *A Organização Administrativa da Riba Coa nos Séculos XII a XIV, I. A Municipalização. Estrutura Municipal, BFDc.*, 1982; JUAN ANTONIO SARDINHA PARAMO, *El Concepto de Fuero. Un Analisis Filosófico de la Experiencia Jurídica*, Santiago de Compostela, 1979; JOSÉ MANUEL PÉREZ-PRENDES, *Curso de Historia del Derecho Español*, Madrid, 1978; ANTONIO MATOS REIS, *Fundação de Viana: O foral de D. Afonso III, Viana do Castelo*, 1994; GALO SANCHEZ, *Curso de História del Derecho. Introducción y Fuentes*, Valladolid, 1980 (10.ª ed.); FRANCISCO TOMAS Y VALIENTE, *Manual de Historia del Derecho Español*, Madrid, 1979; Margarida Garcez Ventura, *O Foral da Ericeira no Arquivo Museu*, Lisboa, 1993.

SECÇÃO III

COSTUME E DIREITO JUDICIAL

66. Costume: conceito e amplitude da noção medieval de costume — Os historiadores do direito, em geral, e os portugueses, em particular, para o período medievo, sobrevalorizam o *costume* como fonte de direito. O costume (*mos; usus; usus terrae; consuetudo...*), traduzindo-se na repetição habitual de uma conduta havida por juridicamente vinculante, surge nas fontes romanas como «*tacitus consensus Populi longa consuetudine inveteratus*» (Paulo) e Santo Isidoro, um dos padrões doutrina-rios da época visigótica, define-o como «*ius moribus institutum*», conceito este que o *Decreto de Graciano* viria a recolher (*D. 1, c. 5*).

Ao lado da aceção referida, as fontes registam-no, também, no sentido de direito não reduzido a escrito. Assim, na versão castelhana das *Partidas* aparece como «*derecho ó fuero non escrito que han usado los homēs largo tiempo*», texto a que corresponde na versão portuguesa da *Primeyra Partida* (Tit. 2, Lei 4): «*Custume ou foro he dereyto que nõ he scripto o qual hã usado de longo tẽpo os homēs...*».

E na lei de Afonso IV proibindo aos filhos de algo a prática da vindicta¹ contrapõe-se o *costume* ao *direito escrito*, dizendo-se que não somente o acoinar era contra «*costume antigo*» como «*ainda seeria contra direito scripto*» (LLP, 287).

Neste conceito alargado de costume caem mesmo certas aporções cuja verdadeira natureza as fontes não deixam entrever claramente (doutrinal? judicial?): «*he direito per cantorem elborensen e costume*», «*he costume per ipsun cantorem alborensen e de direito*», «*he costume ipsius cantoris*», «*he costume per magistrum Julianum, e per magistrum petrum*» (LLP, 103 e 104).

Para os recuados tempos da nossa Idade Média, os modernos historiadores do direito têm, com frequência, presente a última significação. É o caso do Prof. Guilherme Braga da Cruz. *Costume* designa, quer: a) tudo quanto representa uma formação espontânea do direito; quer: b) toda a norma jurídica formada por qualquer modo que não pelo processo legislativo. Portanto, e de acordo com semelhante entendimento alargado, o costume abrange o direito de criação não intencional e ou o direito não escrito.

67. Causas do prestígio do direito consuetudinário. Âmbito de aplicação — Tomando o *costume* sobretudo no sentido res- trito (e ainda mesmo em sentido amplo), afigura-se verdadeira, em termos gerais, a proposição de hábito enunciada pelos histo- riadores de que ele é, no período da fundação da nacionalidade e nos tempos directamente subsequentes, a *fonte jurídica por excelência*. A sociedade da Reconquista nesses tempos distantes reveste, em não poucos aspectos, carácter bastante rudimentar. E o *costume* surge, exactamente, no quadro das fontes como a mais antiga delas, portanto como a que corresponde aos estádios de civilização material mais lineares. Só adquire mesmo pujança

1. Cfr. *infra*, n.º 118.

onde não exista um aparelho de autoridade, administrativo ou burocrático, relativamente forte e largamente desenvolvido. É que, além do mais, ele resulta de uma prática confirmada e criada *espontaneamente* pelos membros da comunidade, obri- gados a auto-ordenarem-se. Daí, corresponder, na essência, ao sentimento natural desta. Só de tal forma se explica a observân- cia uniforme da conduta (*elemento objectivo*) e a ideia generali- zada do carácter obrigatório da regra que tal adopção pressupõe (*opinio necessitatis* ou *elemento subjectivo*). Porque traduz o sentimento comum do meio social, o costume tem, aliás e fre- quentemente, por base a *tradição*. Daqui, o duplo interesse aos olhos do historiador para o conhecimento e compreensão do passado.

O *costume* é na origem, pelo mesmo carácter espontâneo que o caracteriza, um processo de formação jurídica oral. Quer isto dizer, que surge com o carácter inflexo ou flutuante, com a fluidez de tudo quanto é meramente verbal. Por isso, era preciso prová-lo. Em tempo de Afonso III legislou-se mesmo sobre o modo de o demonstrar: «*como deve seer provado o Costume*» é um dos capítulos do tempo deste monarca que integram «*os cus- tumes E a hordenaçom que [...] ffez nas Suas audiencias E no rregno*» (ODD., 123). E para evitar as incertezas que decorrem do próprio processo de revelação do costume se procurou, muitas vezes, fixá-lo por escrito.

A redução dos *costumes* a escrito feita com índole meramente privada, como simples colectânea particular, não lhes retira características específicas. Na medida, porém, em que se trata de consagrar o costume através de outra fonte perde ele a sua idiossincrasia para se diluir em norma diversa, pelo menos quanto à obrigatoriedade.

Por isso, os costumes recolhidos nas cartas outorgadas e pactuadas, não espontaneamente assumidos, e pelo legislador — «*Costume foi d'antigamente usado em estes Regnos em tempo dos Reyx que ante nós foram e ainda achamos que foi*

de *lrbõa*» (Cortes de Santarém, 1331), «*custume he da corte del Reij*» (ODD., 79), «*Costume he de sobre mar*» (ODD., 85), «*Custume he em Cassa del rrej mais nom alhur*» (ODD., 119) — quer, facto não menos revelador, a certos grupos, sociais e étnicos. Numa lei de D. Dinis alude-se aos «*boôs custumes, que som entre os Filhos d'algo*» (OA., V. 101. 1.). E na confirmação do mosteiro de S. João de Tarouca feita por D. Pedro I afastam-se, com a lei feudal, os «*custumes dos fidalgos de espanha*».

68. Requisitos do costume — Tema de que se ocuparam largamente os autores medievais foi o do número de actos necessários para se gerar o costume. Acúrsio e Baldo¹ diziam indispensáveis dois actos, mas postulavam, com alguma contradição, a frequência destes; Bártolo e sequazes, por seu turno, deixavam a questão ao arbítrio do juiz. De qualquer modo, os glossadores entendiam que, além do número de actos, em matéria cível se devia levar em consideração o transcurso do tempo, isto é, a *antiguidade*.

Baseia-se a ideia de que o *costume* há-de ser *antigo* ou *prescrito* numa falsa analogia entre ele e a prescrição, que não interessa aqui discutir. A tal respeito, basta lembrar a observação de um grande iuris-historiador, Joaquín Costa, a respeito do costume: que ele se subtrai à acção das leis biológicas, tinha de nascer perfeito, maduro, velho, «*como nem sequer nasceram na fábula Vénus e Minerva*».

De qualquer modo, todavia, era o ensinamento do direito romano, traduzido em mais de um passo do *Digesto* — costume antigo observado por muitos anos, costume diuturno («*longa consuetudine per annos plurimos observata*», «*diuturna consuetudo*») — e das *Instituições* («*diuturni mores*»). Como vimos, também as fontes canónicas exigiam, entre outros requisitos da

1. Cfr. *infra*, n.º 80 e 82.

norma consuetudinária, que fosse legitimamente prescrita («*legitime prescripta*»). Quanto aos grandes doutores e juristas medievais, discutiam o sentido da fórmula «*annos plurimos*». Azão¹ e Acúrsio² fixaram o número de anos em dez e vinte, conforme contra presentes ou ausentes. João André e o Panormitano³ optaram por dez anos, visto o costume se originar no povo, o qual se considerava presente de forma constante. Dez anos e vinte anos eram também, sem especificação, os prazos estatuídos nas *Partidas* (P. 1, Tit. 2, Lei 5). Nas fontes jurídicas portuguesas deparam-se-nos formas como: «*custume antigo*» (LLP., 287) «*custume antigo*» (ODD., 44); «*custume antigo en purtugal en tempo del Rey nosso padre e dos outros Reis que daniel foram*» (LLP., 286); «*costume usado (...) per longos tempos...*» (ANTT., Gav. III, maço 5, n.º 1); «*Custume que sepre no noso tempo E dos nosos antecessores foy guardado per quarenta anos*» (LLP., 428); «*Custume geral he que a memória dos homees nom he em contrario...*» (OA., IV. 73. 1.); «*Foy costume antigo en tempo de nosso padre E aynda ora Nosso...*» (ODD., 421).

Cumulativamente com a antiguidade, requeria-se a *racionalidade*, ou seja, a conformidade do costume com a *razão*. Deduzia-se isso de um rescrito de Constantino e de uma decretal de Gregório IX. Também as *Partidas* dispunham, no passo já assinalado, que ele deve obedecer à *derreya razão*.

O consenso da comunidade (*consensus communitatis*) era, igualmente, olhado como condição essencial da norma costumeira; os partidários deste requisito (S. Raimundo de Peñafor, por exemplo) argumentavam que é o povo quem introduz o costume, pelo que se requer o consentimento da maioria. A partir de João André⁴, o *animus* ou *consensus populi* é qualificado como *causa eficiente* do costume. Bártolo designa-o como «*causa proxima*». Ora o *consensus populi* obriga ao conhecimento do costume que, por vezes, é publicado, tal como a lei. De certo

1 e 2. Cfr. *infra*, n.º 80.

3. V. *supra*, n.º 45.

4. V. *supra*, n.º 46.

costume imemorial, escrito nos livros da Câmara de Lisboa, dizem as Ordenações Afonsinas: «E esto he estabelicido e acustumado de longo tempo, por se averem de tirar brigas, e contendas antr as pessoas, e por boõ pagamento. E foi publicado no Paaço do Concelho da Cidade de Lixboa em Juizo perante Affonso Martins Alvernaz Alguazil geeral em a dita Cidade, estando hi Lopo Affonso das Regras Procurador do Concelho da dita Cidade, que fez publicar o dito costume per mandado de Fernam Rodrigues, e de Pero Esteves, e de Affonso Rodrigues Vereadores, e Regedores por ElRey em essa meesma Cidade polo dito Senhor, e o publicou em Juizo aos vinte dias do mes d'Outubro Era de mil e quatrocentos e onze annos» (OA., IV. 73. 5.).

Com os decretalistas requer-se também o *consensus legislatoris*, que pressupõe conhecimento consciente do costume e aprovação voluntária, excepto se o costume for legitimamente prescrito (*legitime praescripta*). O *consensus communitatis* e o *consensus legislatoris* podiam coincidir, quando à comunidade pertencia a potestas legis condendae¹.

Por sobre tudo quanto se vem referindo, o costume tinha de ser ajustado à lei de Deus, ao direito natural e à utilidade pública².

Não obedecendo aos requisitos apontados era o costume julgado não como bom, «mays danameto del e de toda a justiça», para empregar uma fórmula da versão portuguesa das Partidas. Não era costume direito — *directo costume* (LLP., 287).

69. Valor jurídico do costume — A articulação do *consensus communitatis* com o *consensus legislatoris* coloca-nos perante o problema das relações entre o direito costumeiro e o direito legislado, tema que se insere na problemática mais vasta do valor e da posição do costume dentro do quadro das fontes jurídicas da época. De acordo com o *Decreto de Graciano*

1. Cf. *supra*, n.º 57.

2. Cf. *supra*, n.º 43 e *infra*, n.º 118.

(D. 1. c. 5), que reproduz a lição de Santo Isidoro, o costume vale como lei na falta desta («*pro lege suscipitur cum deficit lex*») e mais de uma decretal refere-o como o melhor intérprete da lei ou como confirmador dela, não faltando as que lhe atribuem igual força. Algumas destas formulações obtiveram, aliás, expresso acolhimento nas fontes portuguesas medievais, onde o costume figura expressamente reconhecido como direito: «*Custume he e des hi he dereyto*» (LLP., 28, ODD., 140 e 141, 216), «*he custume E de direito*» (ODD., 112), «*Qum (ou Quoniam ei) consuetudine, que pro lege suscipitur*» eis uma fórmula que aparece em documentos de Sancho I, e mais tarde regista-se a fórmula: «*Consuetudine approbata quae pro lege suscipitur*». Esta segunda fórmula faz depender o valor do costume da aprovação, isto é, do *consensus legislatoris*, alterando essencialmente a sua força intrínseca. Numa lei de D. Afonso IV faz-se declaração de uma outra anterior devida a D. Dinis, afirmando-se «*que per custume antigo esta Ley foi entendida e praticada de certa guisa*» (OA., V. 7. 3.).

É na versão portuguesa da *Primeira Partida*, porém, que se depara o tratamento mais completo sobre a matéria. Aí se lê que o costume vale apenas quando observe os requisitos exigidos. Então, «*pódesse tornar e fforo, sol que seia cõ acordo dos da terra ou com mandamento do ssenhõr*» (P. 1, Tit. 2, Lei 6). Também pode integrar o foro nas suas lacunas, corrigi-lo ou mesmo revogá-lo, quando, sendo o mesmo anterior à norma consuetudinária, «*ourvesse en elle mjugua ou erro ou outra cousa tã ssem rrazõ por que deuesse a seer desfeito*» (idem). O foro, por seu turno, se «*he feito como conuẽ de boõ uso e de boõ custume ha tã grã força que sse torna ao tẽpo assy como ley per que sse mantẽ os homes e uiuẽ huũs cõ outros en paz e en justiça*» (P. 1, Tit. 2, Lei 8).

Frisando a necessidade de os homens acatarem as leis, diz a Lei 11 do já mencionado Título 2 da *Primeira Partida*: «*Pero per o huso e o custume podẽ mjuguar dellas ou t[so] l[he]-lhas de*

todo segundo de suso dissemos. Outrossy como quer que estes derytos se tornẽ d'hutu en outros assy como en saindo do uso costume, e fforo do costume, e do foro ley, e en descendendo da ley foro, e do foro costume e do costume vso. Todavia a ley ha estas onrras assinadas demays que estas outras ca depoyos que a ley he feyta ha de seer foro conselheyro e publica Outrossy rreçebe en ssi costume pera seer costumada pera sempre. E outrossy deve seer husada por que en outra maneyra nõ sse poderyã apofeytar della as gentes.»

O tratamento conferido pelas *Partidas* à posição do costume relativamente à lei configura já sintomaticamente a linha tendencial de subalternização daquele, que se irá sempre acen-tuando, no plano doutrinal como no plano dos factos, embora não sem retrocessos momentâneos. A tal respeito é ilustrativo quanto se passou relativamente ao costume de acóimar e às providências legislativas de Afonso IV¹.

70. Direito costumeiro e direito judicial — Problemática que suscita opiniões díspares é a das relações entre o costume e o direito judicial, ou seja, o sector jurídico-normativo emergente da actividade judicial, da actividade dos tribunais, enquanto definem os casos concretos que lhes são submetidos ou em que se têm de pronunciar. Em suma: a acção criativa do direito pelos tribunais. O que hoje se refere como *jurisprudência* (termo, como já se viu e adiante de novo se verá, historicamente susceptível de confusões).

Reportando-se, exactamente, às sentenças judiciais do primeiro período da monarquia, o Prof. Guilherme Braga da Cruz assevera que elas apenas difficilmente podem ser olhadas como fonte jurídica de carácter autónomo. «Na verdade essas senten-

1. Cfr. *ibídem*, n.º 118.

ças (da cúria régia, dos tribunais municipais e dos tribunais arbitrais), apesar do peso que possutam no estabelecimento de correntes *jurisprudenciais* e de se revestirem por vezes — pelo menos, de facto — de força vinculativa para a decisão de casos similares, erati sempre tidas e havidas, tão-somente, como uma definição autorizada de costumes anteriormente vigentes e não como um modo autónomo de criar direito novo», escreve o Prof. Braga da Cruz. E o eminente historiador do direito assevera ainda: «Elas próprias entravam, de resto, nesta época, no conceito amplo de costume, como sucede na consagrada expressão *costume da corte* e (mais tarde), na expressão "*costume he en casa d'El Rei*", para designar a *jurisprudência da cúria régia*».

O entendimento referido depende, como é óbvio, do alcance outorgado ao costume no plano conceptual. Para lá, todavia, de tal circunstância, e reportando-se ao costume em sentido restrito, tem sido debatido se as decisões judiciais são, ou não, elemento indispensável para o estabelecimento de um direito consuetudinário. Esta opinião (contra a qual pugnam Bártolo e o Panormitano) parte da ideia de que a norma jurídica só existe na medida em que se efectiva pelo aparelho de coerção. Ora, o recurso à autoridade entra já, por assim dizer, na *patologia* jurídica.

A regra é o acatamento espontâneo e voluntário do preceito jurídico, sem necessidade de intervenção concreta das estruturas que detêm o poder. Não é pois, assim, necessário que os tribunais criem os princípios em que se traduz o costume. Em geral, limitam-se a declará-los, aceitá-los e registá-los como fundamento das suas decisões. De tal forma, os órgãos judiciais não só os fortalecem, como os revelam. Pode dizer-se que constituem, então, as decisões judiciais *fontes cognoscendi* do direito. Fora disso, todavia, elas assumem, por vezes, verdadeira função criadora do direito, enquanto estabelecem um precedente, que nuns casos se torna vinculatório e noutros, embora não sendo obrigatório, suscita no futuro a adesão espontânea dos tribunais.

1. Cfr. *supra*, n.º 45.

Tais precedentes habitualmente seguidos vêm, é certo, nas fontes, muitas vezes, qualificados de *costume*, mas também — e isso afigura-se bem significativo de se encontrar em jogo um novo dado — de *estabelecimento*, *juulgamento* e mesmo *lei*. Nestas expressões não está, de facto, tanto em causa o carácter consuetudinário, mas a actividade judicial (*juulgado é*), a estatuição do direito (*estabelecido é*) e até um carácter normativo. Quer dizer: ao *costume* acresce *algo*, que lhe *modifica a força*, ou que *lhe altera a natureza*.

Quanto se acaba de mencionar, documenta-se, por exemplo, através do exame da actividade do órgão judicial a que cabia em Portugal na hierarquia da época o lugar supremo: à *cúria régia* (*corte* ou *casa de el-rei*)¹. As fontes referem, a propósito dela, fórmulas como estas: «*Costume (ou Custume) he en casa del Rey*», «*huso e costume da Corte*» (LLP, 125, 217, 222-223, 224, ODD, 102, 118, 119, 120; ANTT, Gav. XIII, m.4, n.º 7) face às quais têm os historiadores do nosso direito olhado, por vezes, a actividade da *cúria* mais do prisma da norma consuetudinária que do direito judicial. Em verdade, porém, as fórmulas mencionadas são pouco rigorosas ou precisas e com elas se podem confrontar outras em que sobreleva o aspecto judicial — «*Julgado he en casa d'El Rey*» (LLP, *passim*; PMH., *Leges et Consuetudines*, 271) — ou a definição autoritária do direito — «*Estabelecido he en casa d'El Rey*» (PMH., *Leges et Consuetudines*, 259) —, não faltando mesmo expressões como esta: «*Costitecom geeral he fecta en casa d'El Rey*» (LLP, 223); ou, ainda, sob uma rubrica de *Constituição*, a referência a costume: «*Costume he em cassa del Rey*» (ODD, 117 e s.), «*Costume he geeral E he feito em Cassa del Rey*» (ODD, 118). O que sobreleva — repete-se — em algumas das fórmulas assinaladas é a ideia de norma reforçada ou fixada pela via do julgamento. Este acrescentava algo ao carácter consuetudinário de base.

1. Cfr. *infra*, n.º 148.

Num documento do ANTT, já trabalhado por Sánchez-Albornoz, recortam-se dizeres elucidativos relativamente ao *uso* e *costume* julgado: «*segundo o uso e o costume usado e iulgado per longos tempos*» (ANTT, Gav. III, maço 5, n.º 1).

Mais frisante é ainda um passo das OA (V. 18. 3.) no qual se lê que «*El Rey Dom Affonso o Quarto com acordo do seu Conselho approvou e louvou por costume*» a inculpabilidade do marido, no caso de matar a mulher adúltera, isto a despeito de lhe ter sido dito tal não constituir «direito comum». O rei deu sentenças de absolvição com fundamento em semelhante costume que «*he ja tornado em Ley, e tal força ha*».

71. **Estilo** — Porque ostenta algo de peculiar em relação ao costume tomado em sentido específico — que dimana da própria comunidade em si — o costume judicial, produto de um órgão que é privativo, não tardará em autonomizar-se conceptualmente, libertando-se, em consequência, da velha nomenclatura, para adquirir expressão terminológica própria. Assumirá, então, o nome de *estilo*, conceito que, adoptado desde cedo pela doutrina medieval, representa qualificação corrente noutras fontes a partir da segunda metade do século XIV (na Catalunha, por exemplo, regista-se o *estilo* da corte desde 1374).

No entendimento de Cino de Pistóia (1270-1336)¹, o *estilo* era uma espécie do direito não escrito, introduzido pelo uso de determinado pretório, diferindo, por esta última nota, do costume consagrado pela generalidade das pessoas ou pela sua maioria (*usibus pluribus*). O fundamento dos costumes identificava-se, pois, com a conduta da comunidade. O do *estilo* com a prática de um tribunal (juízo). Seria esta uma concepção que Bártolo (1314-1356) havia de subscrever. Para o *Monarcha et Dux*, o *estilo* identificava-se com a norma consuetudinária de direito

1. Cfr. *infra*, n.º 82.

processual. Os preceitos de criação judiciária, mas de carácter substantivo, ficavam, pois, fora dele.

Nenhuma destas doutrinas lograria aceitação generalizada e sem reservas ou restrições — divergindo os autores quanto à necessidade de circunscrever o estilo a um único juiz e à pertinência de excluir dele quanto respeitasse ao fundo da causa. Factor comum a todas as posições foi, todavia, a consideração do *estilo* como costume judiciário. As divergências incidem sobre o respectivo âmbito ou extensão.

A doutrina disputou sobre os requisitos e atributos do estilo — número de actos necessários para se poder ter por consagrado; qualidade e poderes do agente; eficácia obrigatória. Foram temas particularmente debatidos o de saber se quem não tinha faculdade ou poder legislativo (*potestas legis condendae*) poderia consagrar um estilo e se qualquer estilo poderia dispor em contrário da lei.

Nos documentos portugueses de trezentos assiste-se a declarações do monarca determinando que certo ou certos actos valerão sem prejuízo do estilo contrário, que se tem por *nenhum*¹.

Embora estudado pela historiografia nacional apenas por referência ao período seguinte do nosso curso e como consequência da sua inclusão entre as fontes de direito enumeradas pelas *Ordenações*², o estilo figurava, assim, já no elenco dos factos normativos dos últimos lustros de trezentos, nada tendo as *Ordenações* inovado sobre este aspecto. Pelo contrário, marcando ao estilo o lugar relativo no quadro das fontes, consagravam, não só a sua eficácia vinculante³, como operavam de maneira oficial a recepção do complexo doutrinário que lhe estava inerente.

Era, de forma sistemática, quanto denunciavam casuisticamente as cláusulas derogatórias da eficácia do estilo.

1. Cfr. *infra*, n.º 117. 2. Cfr. *infra*, volume relativo às *Fontes de Direito* (2.º Período).

3. Cfr. *infra*, ver o volume correspondente às *Fontes de Direito* (2.º Período).

Numa primeira análise, evidencia-se nas cláusulas citadas a sua consideração de facto normativo com carácter mais ou menos genérico. Num segundo passo, e sob pena de se admitir ter o estilo constituído um continente sem conteúdo, o acervo preceptivo fixado pelos autores é essencial para a respectiva funcionalidade. Num terceiro exame, a fixação da posição relativa ao estilo na hierarquia das fontes. Ao denunciarem a necessidade de o monarca cominar que o estilo não prevaleceria, no caso concreto, sobre a sua própria declaração, tais cláusulas evidenciam a apetência daquele para valer *contra principem*, isto é, contra o poder normativo dos monarcas e a maneira como estes a encaravam¹. Fácil se torna dividir sob as duas posições o labor disquisitivo dos juristas de Bolonha e respectivos seguidores. Tratava-se, afinal, das teses em presença nas suas obras.

72. Façanhas e alvidros — Em sede do direito judicial, merecem especial referência as façanhas e as decisões dos juizes arbitrais (os *alvidros*). Jesús Lalinde Abadía entende mesmo que as sentenças dos juizes de *albedrio* representam um ensaio *precoce* do que designa por direito *judicialista*, isto é, o direito «cuja origem não se encontra na lei, mas na resolução judicial»². Começa ele por mencionar que os Castelhanos, durante o período de ligação aos Leoneses, no caso das lacunas do *Liber Iudiciorum* recorriam a árbitros que julgavam sem recurso à lei e com base na submissão voluntária de quem a eles recorria, lembrando, depois, que «ao considerarem-se independentes do reino de Leão» repudiam o *Liber Iudiciorum*, alguns exemplares do qual queimam simbolicamente em Burgos e o substituem pela livre decisão ou *albedrio*. Consoante se verá, pelo que nos toca, o instituto do *albedrio* ou *alvidro*, embora ostente uma configuração evolutiva diversa, ao menos em certos aspectos (o

1. V. *infra*, n.º 117.

2. V. *infra*, n.º 202.

alvídrio fica restrito à instinção arbitral e não se reportará à livre decisão), não deixa de se enquadrar na problemática do *direito judicialista*.

73. Conceito e natureza das façanhas — A palavra *façanha* (do latim *facinus*) designa vulgarmente uma acção heróica, singular, assinalada, fora do comum ou do normal. Com tal sentido se nos depara em numerosos textos medievais de índole literária: por exemplo, nas *Cantigas de Santa Maria*, de Afonso X, o Sábio («dizei un miragre, onde grande façanha fillaredes», «pera fillardes façãya», «agora oyredes todos a mui gran façanna/que ali mostrou a virgen») ou na tradução galega da *Crónica Geral* («das façayas antigas»). No campo da *história do direito*, porém, o exacto alcance do termo *façanha* foi objecto de opiniões divergentes, que José Anastácio de Figueiredo se deu ao trabalho de recolher e criticar numa das *Memórias de Literatura Portuguesa*. Para Duarte Nunes de Leão — seguido nomeadamente por Rafael Bluteau —, *façanha* «*he hum juizo sobre algum feito notável, e dividido, que por autoridade de quem o fez e dos que o approvãrão, e louvarão ficou dell hum direito introduzido para se imitar, e seguir como ley quando outra vez acontecesse*». Jorge de Cabelo (e na esteira dele Bento Pereira), por seu turno, atribui-lhe, para além da ideia de comando (determinação) proveniente de um caso notável, a acepção de *opinião altercada*. Finalmente, D. Rodrigo da Cunha vê na *façanha* «*hum tal, e tam generoso feito, que assi pela estranhese e valor com que foy obrado, como pela autoridade da pessoa, que obrou, e daquellas, que louvarão e celebraraõ, mereceo e alcançou hum prudencial juizo de ser tido, e avido por ley, onde coressem iguaes, ou semelhantes circunstancias. De maneira que não seja Façanha, o juizo, que ao feito illustre se segue, se não o mesmo feito, e açaaõ, a quem segue o juizo, que pelas fontes dõde nasceo, ficou como em ley, e determinação*».

Três foram, pois, os significados conferidos, até José Anastácio de Figueiredo, à palavra *façanha* em contexto jurídico:

- a) Juízo sobre acção notável que fica como padrão normativo para o futuro, por virtude da autoridade de quem o praticou ou aprovou;
- b) Opinião altercada ou controvertida;
- c) A própria acção de que decorre o juízo.

Partindo do enquadramento conceptual das *façanhas* na *Terceira Partida*, Tít. 22, Lei 14 («*Como non vale el juizio que es dado so condicion, o por fazañas*»), José Anastácio de Figueiredo sustentou, não obstante, que as *façanhas* eram sentenças que valiam não só para o respectivo processo onde eram pronunciadas, mas para todos os outros semelhantes, por:

- a) Serem decisões régias;
- b) Se tratar de casos duvidosos ou omissoes na legislação pátria.

É do seguinte teor o passo das *Partidas* invocado por José Anastácio: «*Outrosi dezimos que non deve valer ningũ juizio que fuesse dado por fazañas de outro, fueras ende si tomassem aquella fazaña de juizio que el Rey ouvesse dado. Ca estonce bien puede julgar por ella; porque la del Rey ha fuerça e deve valer como ley en aquel pleyto sobre que es dado, en los otros que fueren semejantes*».

A este passo equivale, aliás, na versão portuguesa da *Terceira Partida* (Tít. 22, Lei 14: «*Como nõ val o juizo que he dado so cõdição ou por façanhas*»), que pertenceu ao Convento de Santo António da Mercêana e que se encontra no ANTT.: «*Outrosy dizemos que nõ deve valer nõ hui juizo que fosse dado por exẽpro doutro saluo sse recõtasse aquel eyxemplo do juizo que lly ouvesse dado elRey entõ se podya julgar per el porque o juizo delRey ha força e deve valer como ley em aquel sobre que he dado e nas outras que forem semelhantes del*».