

Ou seja: para Figueiredo, a *façanha* retira a obrigatoriedade da sua natureza régia, enquanto para Duarte Nunes a respectiva força vinculativa decorre da autoridade do agente do feito e dos que o acreditam; a *façanha* gera-se para aquele nos *casos duvidosos*, não exigindo necessariamente um *feito notável*. De acordo com a lógica do seu raciocínio, José Anastácio de Figueiredo declara, inclusive, que os factos qualificados nas fontes anteriores às *Partidas* como *façanhas* mas que não constituem sentença dada por monarca, não possuíam *autoridade alguma* para servir de lei geral e tinham força apenas entre as partes ou representavam até mero conselho.

Há no modo de ver de José Anastácio de Figueiredo nítida confusão de planos. Não sofre dúvidas que as *façanhas* representavam julgamento por *exemplos* e que tal forma de julgamento tinha efeito de futuro nos casos semelhantes — o teor da versão portuguesa da *Tercera Partida*, Tít. 22, Lei 14, faz, a tal respeito, prova plena. A Lei 14 limita-se a vedar o recurso ao julgamento por *exemplos* que não fosse proferido pelo monarca, de acordo com a tendência do poder para a monopolização do direito e das suas fontes e com as directrizes do direito romano e do direito canónico. Dispunha aquele, numa lei que os comentadores das *Partidas* (com Gregório López) recordariam a propósito (L. Nemo 13, *Cod. de Sentent. et interlocut. omnium*=C. 7.45.13): «*cum non exemplis sed legibus iudicatum*». E no mesmo sentido se estatuiu no C. 12. C. 14. Q. 5. Assim, o que as *Partidas* fazem, como aliás o fazem muitos outros textos medievais peninsulares (*Leyes del Estilo*, 198; *Doctrinal de los Juizios*, V, 1, 11), é limitarem as *façanhas* à competência régia, única a que atribuem valor legal. Como é óbvio, isso não impede que anteriormente elas se derivassem de outra pessoa que não o monarca, embora sem força vinculativa. Então assemelhavam-se, pelo valor, como diz Joaquín Costa, aos precedentes no Reino Unido.

Passados em revista os problemas emergentes do conceito de *façanha* e fixado este, cumpre agora advertir que nas leis, cartas

de doação e confirmação até ao final do século XV é frequente a inserção de cláusulas revogatórias das normas de toda a espécie em contrário a tais cartas, incluindo as referidas *façanhas*. José Anastácio de Figueiredo exemplifica tipologicamente com as seguintes: «*sem embargo de quæsq[ue] Leys, grosas, ordenaç[ões], foros, façanhas, opiniões de Doutores, e Capitulos de Cortes;*» «*Não embargante quæsq[ue] direitos canonicos, civis, costumes, façanhas, estilos que contra o seu contheuido fossem;* *porque em quanto contra o mesmo fossem se ha tudo por revogado, annullado, e de nenhum vigor*». Outras, porém, seria possível invocar a título ilustrativo<sup>1</sup>.

**74. Os «alvidros»** — O *alvidro* ou *alvedrio* configurou entre nós instituto distinto, ao menos a partir de certo momento, do designado com tais palavras na generalidade da Península Hispânica. No foro de Iznatoraf dispõe-se: «*Empero si tal caso aviniere que la carta non determine, sea en alvedrio del juez o de los alcades*». E o preceito referido concorda com muitos outros (*Fueros de Teruel; Zorita de los Canes; Béjar; Baeza; Cuenca*). Daqui se retira que o *alvedrio* correspondia à faculdade da justiça (o juiz, o *homem-bom*...) integrar uma lacuna ou criar uma norma para suprir o defeito de um estatuto — não significando, aliás, possibilidade ilimitada de actuação, isto é, a *capricho* ou *livre arbítrio*, mas decisão por outros valores, como o *costume* e a *equidade*. Pelo que respeita a Portugal, preceitua o título dos *Juizes alvidros*: «*Juizes aluidros son aqueles que som feytos he elegudos a prazer das partes. E podem fazer hui Juiz ou dous ou tres ou mays aluidros sobre hui preyto soo. e sobre hũa demanda ou sobre mays*» (LLP, 107). E o mesmo título, dispondo que em princípio tais juízes «*nom poden seer Juizes firmes nem estauis*», consigna também: «*Estes Juizes*

<sup>1</sup> V. *infra*, n.º 117.

nom an mayor poder de quanto lhis he dado e outorgado das partes...» (LLP, 107, 108 e 109; ODD., 83 e s.). De tais juízes usavam também os homens do mar («aqueles que andam sobre mar»)¹ (LLP, 110, ODD., 4 e 85) e das suas sentenças se recorria para o sobrejuiz («pode aquel contra que a dicta sentença for dada apelar pera o sobre-Juiz» — LLP, 212). As sentenças dos juízes alvedrios; isto é, os alvidros, aliás, eram passíveis de serem alegadas em certos casos. «Costume he que se aleguem he dado por procurador a comporen que posa alegar alvidros» (LLP, 92).

Temos, assim, que:

- 1) Em Portugal os alvidros eram juízes livremente escolhidos pelas partes, os quais deviam julgar nos termos dos poderes por elas conferidos;
- 2) De tais juízes se apelava para os sobrejuizes; e
- 3) As sentenças dos juízes alvidros (os alvidros s.s.) eram suscetíveis de serem utilizadas em composições.

A seu lado, como espécie também do direito dos tribunais e entre as fontes do direito, compete referir a demais actividade decisória contenciosa.

**BIBLIOGRAFIA** — Cortes Portuguesas. Reinado de D. Afonso IV (1325-1357), Lisboa, 1982; LLP.; PHM., *Leges et Consuetudines*; Alphonse X, *Primeyra Partida. Édition et Étude*, por José de Azevedo Ferreira, Braga, 1980; Jesus LALINDE ABADIA, *Iniciación Histórica al Derecho Español*, Barcelona, Caracas, México, 1978; Alphonse X, *Primeyra Partida. Édition et Étude*, por José de Azevedo Ferreira, Braga, 1980; RAFAEL ALTAMIRA, *História del Derecho Español*, Madrid, 1903; RUI DE AZEVEDO, AVELINO COSTA e MARCELINO PEREIRA, *A Chancelaria de D. Sancho I*, Coimbra, 1980; BALDO, *Praelectiones In Tot. Codicem*, Lião, 1546; JOAQUIN COSTA,

1. V. infra, n.º 116, c).

«Requisitos de la Costumbre Jurídica Según los Autores» in *Estudios Jurídicos y Políticos*, Madrid, 1884; GUILHERME BRAGA DA CRUZ, *História do Direito Português*, Coimbra, 1955, e *O Direito Subsidiário na História do Direito Português*, Sep. da RPH, Coimbra, 1975; A. VIEIRA CURA, «O Costume como Fonte de Direito em Portugal», in *BFDC.*, LXXIV, 1998; J. ANTONIO ESCUDERO, *Curso de Historia del Derecho*, Madrid, 1990; BERTACHINUS DE FERMO, *Repertorium Iuris*, Lião, 1525, III; JOSÉ ANASTACIO DE FIGUEIREDO, «Memória Sobre Qual Seja o Verdadeiro Sentido da Palavra *Façanhas*, que Expressamente se Achão Revogadas em Algumas Leis, e Cartas de Doações e Confirmações Antigas, como ainda se Acha na Ord., Liv. 2, Tit. 35, § 26», in *Memórias de Literatura Portuguesa Publicadas pela Academia Real das Sciencias de Lisboa*, Lisboa, 1790, I, (2.ª ed.); PEDRO CARDADE DE FREITAS, *O estilo da corte - do século XIII à Lei da Boa Razão*, sep. de «Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Raúl Venturas», Lisboa, 2003; ALFONSO GARCIA-GALLO, *Manual de História del Derecho Español*, Madrid, 1978 e «Una Colección de Façanhas Castellanas del Siglo XII», in *AHDE.*, XII, 1934; JUAN ARIAS GOMEZ, *El Consensus Communitatis en la Eficacia Normativa de la Costumbre*, Navarra, 1966; JUAN GARCIA GONZALEZ, «Notas sobre Façanhas», in *AHDE.*, XXXIII; ALEXANDRE TARTAGNA IMOLENSIS, *Consilia*, Franc. ad Moenum, 1616, II; RAMON LORENZO, *Sobre Cronologia do Vocabulário Galego-Português (Anotações ao Dicionário Etimológico de José Pedro Machado)*, Vigo, 1968; J.A.A. DUARTE NOGUEIRA, *A Arbitragem na História do Direito Português*, sep. de *RJ.*, Lisboa, 1996; PANORMITANO, *Comentaria Super Decret. Lib.*, Lião, s.d. (1512?-1547?); ALFREDO PIMENTA, *Fuero Real de Afonso X, o Sábio*, versão portuguesa do século XIII, Lisboa, 1946; JOSÉ MANUEL PÉREZ-PRENDES Y MUNÓZ DE ARRACO, *Curso de História del Derecho Español*, Madrid, 1978; CLAUDIO SANCHEZ-ALBORNOZ, «La Curia Regia Portuguesa. Siglos XII y XIII», in *Investigaciones y Documentos sobre las Instituciones Hispanas*, Santiago do Chile, 1970; DANILLO SEGOLONI, «Praticae», «Praticae», in Bartolo e in Baldo, in *L' Educacione Giuridica*, II, *Profil Storici*, Perúsia, 1979; JOSÉ VERISSIMO ÁLVARES DA SILVA, «Memória sobre a forma dos juízos nos primeiros séculos da monarquia portuguesa», in *MLP.*; N. E. GOMES DA SILVA, *História do Direito Português*, Lisboa, 3.ª edição, 2000.

## SECÇÃO IV

### DIREITO PRUDENCIAL. INTRODUÇÃO. ENQUADRAMENTO GERAL

75. Direito prudencial. Noção — No quadro das fontes relativas à primeira época da *história do direito português*, o *direito prudencial* oferece interesse muito particular, já que representa, com o costume, um sector do ordenamento jurídico que se situa originariamente fora da esfera de *acção criativa do poder*. Enquanto o costume, porém, tende a ser dominado pelo príncipe, que limita o seu valor à conformidade ou à recepção pelas normas emanadas do poder, de si mesmo, o direito prudencial resiste-lhe, por vezes, de modo eficaz. Chega mesmo a sobrepor-se ao espírito e letra da lei mediante quer uma clara função criadora de normas jurídicas, quer um papel interpretativo e integrador da lei, que termina sendo ele também genésico, ou que pode ultrapassar consequentemente o dado legal, pela capacidade de invenção (*inventio*) do prudente.

Precisemos, todavia, e para melhor compreensão, o que se tem em vista ao falar-se de direito prudencial.

Trata-se da ordem normativa criada pelos *prudentes*, ou seja, pelos que conhecem o direito, o justo e o injusto; por aqueles

cuja *autoridade* (*auctoritas*) lhes permitia declarar a verdade jurídica nos casos concretos (Álvaro D'Ors)<sup>1</sup>.

A jurisprudência (*iuris prudentia*) baseia-se, pois, na autoridade, na *auctoritas*, no saber socialmente reconhecido, mas desprovido de *poder*. Distingue-se, assim, da lei, que repousa sobre este, sobre a *potestas*. Cai, portanto, debaixo da designação de *iurisprudência* a actividade de todos os que constroem o direito em termos científicos e independentemente de qualquer ligação ou dependência específica ao poder.

Nesta acepção, por exemplo, fica afastado do *direito prudencial* o que hoje designamos por *iurisprudência* — o resultado da actividade do juiz enquanto magistrado que dita a solução dos casos litigiosos munido do direito de império (*ius imperii*) do Estado. Compreende-se isto claramente tendo presente a diferença entre o juiz actual, funcionário do poder, e o juiz romano clássico, que era um privado. «O juiz», escreve Álvaro D'Ors, «é um particular, não é um funcionário, não é um magistrado. Teria sido um grave insulto à liberdade do cidadão romano (*civis romanus*) que um organismo oficial se lhe impusesse como juiz (*iudex*) num litígio privado. O magistrado, o pretor de Roma, insinuava a instância, autorizava o processo, e pré-julgava de certo modo; a isso chama-se *ius dicere*, e *iurisdictio* é a função do magistrado que administra a justiça. Formalizado o litígio no contrato processual chamado *litis contestatio*, o assunto passava ao juiz privado, que as partes haviam nomeado livremente. O juiz tinha de receber as provas apresentadas pelas partes, embora conservasse liberdade para as valorar sem imposições nem presunções fixas, e, finalmente, declarava a sua opinião com toda a simplicidade, sem necessidade de formalidades especiais. Com a sua opinião, com a sua *sententia*, a *res* (a questão) ficava julgada (*iudicata*) e o pretor podia conceder a execução. A função do juiz chama-se julgamento (*iudicatio*)».

1. Cfr. *infra*, n.º 87, c).

Para emitir a decisão, o juiz romano — que ao contrário do moderno juiz-burocrata não era obrigado a pronunciar veredicto certo, podendo limitar-se a declarar simplesmente a não liquidez do caso, um *non liquet* — tinha a possibilidade de recorrer ao parecer, à *sententia*, do prudente.

**76. O direito prudencial medieval como momento de um fenómeno perene. Consideração do «ius romanum» medieval como direito prudencial** — O *direito prudencial*, entendida a expressão de acordo com os conceitos referidos de *inventio* e *auctoritas*, conheceu na Idade Média alto grau de desenvolvimento e florescimento. É lícito mesmo asseverar, atendendo à importância relativa das fontes de direito em cada período, que este foi, por excelência, o do *reinado dos juristas*. Contribuíram para o facto diversas circunstâncias. Desde logo, a deficiência do direito existente — lembre-se como só gradual, progressiva e lentamente se vai caminhando no campo legislativo<sup>1</sup> —, e o carácter, a despeito de tudo, fragmentário e localista do costume. Era preciso colmatar as lacunas de um ordenamento jurídico escasso. Mais do que isso, ainda. Era indispensável construir um sistema jurídico que respondesse ductilmente às exigências de uma sociedade em desenvolvimento, político, social e económico; em suma, de uma sociedade em mutação e de crescente complexidade. Por isso, um ordenamento jurídico cada vez mais trabalhado e elaborado, dotado de capacidade de resposta.

O árduo trabalho de ultrapassagem e superação do exíguo e rudimentar ordenamento jurídico das diversas nações coube, na Idade Média, aos *prudentes*. Trata-se, pela forma como a tarefa foi levada a cabo, de um momento único na história do direito. Esse momento único, todavia, se não pode deixar de ser encarado na sua peculiaridade e singularidade, não deve também

1. Cfr. *infra*, n.º 57.

ser desligado do fenómeno perene a que pertence — a linha de luta pelo pluralismo jurídico e contra o «estatismo» atroficante e totalitarista da ordem jurídica legal.

Foi sobre o velho direito romano que os juristas medievais se desincumbiram do pesado encargo que sobre eles impendeu; que resolveram o problema que foram chamados a solucionar.

**77. Do direito romano do Lácio à vulgarização.** — Roma estendeu, a partir do núcleo inicial representado pela velha cidade de Lácio, o seu domínio a todo o Mediterrâneo, bem como à maior parte da Europa, e, com o domínio, o direito. A implantação do direito romano processou-se, contudo, de diversas formas e não muito rapidamente. O facto deve-se (em primeira linha) à concepção personalista que os romanos tinham do direito. O direito civil romano (*ius civile romanum*) era criado e estatuído para os cidadãos de Roma. O não-cidadão ou estrangeiro reger-se-ia pelo seu direito próprio.

Com a passagem de Roma da condição primitiva de *estado-cidade* a um espaço geográfico-político em expansão as coisas alteraram-se. E à medida que o núcleo da urbe e do Lácio vai perdendo importância frente à ideia romana de *orbe*, aparecem tendências para a generalização e uniformização. Por um lado, através do direito das gentes (*ius gentium*), direito comum aplicável a relações de diverso tipo: entre romanos e latinos, entre romanos e peregrinos ou entre latinos e peregrinos de vários povos. Por outro lado, mediante a concessão do estatuto pessoal dos Romanos a não-romanos, o que vem a culminar em 212 d.C.

Como escreve Juan A. Alejandro García: «Ao ser o direito romano o único oficial, teoricamente produz-se um afastamento ou aniquilamento dos direitos particulares ou indígenas ainda em vigor. Se bem se possa adiantar que a resistência que estes opõem à sua desapareição, unida à impossibilidade prática de

uma total difusão e aplicação do direito de Roma, amplo, complexo, em grande medida abstracto e não em consonância com certos níveis de cultura, daria lugar a outras soluções, entre as quais se inscreve a aparição e desenvolvimento do chamado direito romano vulgar» (1977, 48). Este constitui um fenómeno paralelo ao do latim vulgar — e com tal nome designou Brunner, em 1880, aquele direito romano aplicado nas províncias e distinto do direito romano puro quer pela contaminação (*contaminatio*) dos direitos indígenas, quer pela correcção e adaptação levada a cabo pelos práticos<sup>1</sup>.

Temos, assim, que o processo evolutivo da penetração do direito romano nesta primeira fase apresenta duas etapas. Uma de *romanismo directo* e outra de *romanismo vulgar* ou de *vulgarização*, produto esta da citação popular e da prática, oriunda das «instituições pré-romanas latentes», mas, sobretudo, dos elementos de estirpe germânica que constantemente se vão infiltrando em Roma, empapando pouco a pouco as suas instituições de um germanismo cada vez mais acentuado (Pérez Prendes)<sup>2</sup>.

A divisão do Império Romano em duas partes — o Império do Ocidente, com capital em Roma, e o do Oriente, com capital em Bizâncio, que se opera no tempo do imperador Diocleciano e que, com excepção de alguns períodos, tende a tornar-se definitiva desde então e se consagra irremediavelmente depois da morte de Teodósio (395) —, vai, porém, dar origem a duas ordens jurídicas distintas.

Na parte oriental do Império, mais influenciada pela cultura grega e helenística, o desenvolvimento do direito romano processar-se-á em conformidade com *altos padrões de técnica jurídica*, vindo a culminar no século VI com a obra legislativa do imperador Justiniano, que será o cerne do que depois se denominará por *Corpus Iuris Civilis* (*corpus iuris*, como nota Savigny, constitui «a expressão técnica empregue para designar

1. Cfr. *infra*, n.º 123. 2. Cfr. *infra*, n.ºs 122 a 124.

as fontes adoptadas pela escola de Bolonha», aparecendo, v. g. num catálogo de livros ingleses, de 1177, bem como em várias obras de Azão, e *Corpus Iuris Civilis* é forma utilizada já por Ugolino; todavia, a designação de *Corpus Iuris Civilis* aposta como título à colecção justinianeia, aparece só com a edição de Dionísio Godofredo ou Godefroy, Lião, 1583). Compunham a grande compilação justinianeia: o *Código* (*Codex*), colecção de leis dividida em doze livros, promulgada em 529 e, depois emendada em 534 — à segunda redacção, única que chegou até nós, dá-se o nome de *Código de Segunda Leitura* (*Codex Repetitae Praelectionis*); o *Digesto* (*Digestum*) ou *Pandectas* (*Pandectae*), promulgado em 533, constituído por *ura* (ou doutrina dos juriconsultos) e repartido por cinquenta livros: as *Instituições* (*Institutiones*), por vezes, também mas impropriamente, chamadas *Institutas* — manual escolar para aprendizagem do direito a que foi atribuída força legal em 533; e as *Novelas* (*Novellae*), conjunto de constituições posteriores de Justiniano, a que vieram juntar-se leis de outros imperadores.

Ao invés, no Ocidente, a vulgarização vai sempre aumentando até que a queda de Roma, em 476, lhe outorga direcção definitiva.

É certo que os Bizantinos, senhores do Império do Oriente, lograram temporariamente apropriar-se de uma faixa ao longo da costa oriental da Península Ibérica e da maior parte da Península Itálica, incluindo Roma. E sabemos que as leis justinianeias obtiveram em Itália aplicabilidade por uma sanção pragmática (*pragmatica sanctio*) de 554. Este facto — que representa, aliás, dado capital da história da civilização, pois permitindo a sobrevivência no Ocidente dos textos de direito justinianeus possibilitaria, seis séculos volvidos, a *redescoberta* na mesma Itália desse direito — não teve, ao tempo (de 554 a 621), grande significado. A verdade é que a memória da obra legislativa de Justiniano se apagaria quase por completo durante séculos e séculos, e o direito romano, no Ocidente, como escreve Paulo Merêa,

«até fins do século XI arrastava uma existência definhada, dominado e obscurecido pelas leis bárbaras, pelo direito canónico, pelo costume...»

*Introdução*

**78. Processo de «renascença» do direito romano** — É nesta conjuntura que precisamente em Itália se *redescobre*, passe o termo por significativo, embora bastante impróprio, o direito justinianeu e que sobre ele os juristas medievais erguerão um vasto labor exegético de adaptação e criação, com vista a ministrarem à sociedade do tempo os instrumentos jurídicos adequados.

Motivaram ou favoreceram o facto razões de diversa ordem: políticas, religiosas, económicas, culturais...

Em primeiro lugar, a recriação — restauração ou renovação — do Império (*restauratio* ou *renovatio imperii*) na pessoa de Carlos Magno (Natal do ano 800) e a sua transferência (*translatio*) para a linhagem dos Francos e, depois dos Germanos, com o consequente aproveitamento do direito imperial pelos novos Césares. Por outro lado, o desenvolvimento da estrutura eclesial e do respectivo direito — o canónico — que encontrará na ordem jurídica romano-justinianeia rico manancial técnico e conceptual de que podia abastecer-se. Factor importante a considerar é também a emergência da realidade política representada pelas *cidades-estados* em Itália e a que importava dotar de uma armadura normativa e constitucional a qual os direitos locais por si só não podiam fornecer. Por cima de tudo isto, importa considerar o movimento geral da cultura, no sentido de um alargamento de horizontes, e a inerente ânsia de saber e descoberta.

A enumeração dos factores determinantes da «renascença» do direito romano, pela *variedade* destes, sua complexidade, dilatada génese e sincronia muito relativa, logo mostra não estarmos perante um fenómeno histórico identificado com um momento concreto, mas sim face a um processo protraído no tempo.

*O que se viu realmente é a renovação do direito romano*

*esta não é uma questão de nome, mas de conteúdo*

Carece, pois, de restrições críticas a versão que atribui a uma descoberta ocasional, no século XII, de textos de Justiniano a potencialidade de haver determinado senão só por si, ao menos de forma tendencialmente exclusiva, o estudo do direito romano justinianeu.

Não merece, também, aceitação uma crença a ela conjunta e divulgada já na Idade Média que explicaria a forma como o *Digesto* se encontra disposto nas edições medievais. Ele apareceu-nos aí dividido em: a) *Digesto Velho* (*Digestum Vetus*), que abrange os livros I a XXIV; b) *Digesto Novo* (*Digestum Novum*), com os livros XXXIX a L; c) *Esforçado* (*Infortiatum* ou *Digestum Infortiatum*), que vai dos livros XXIV a XXXVIII — querendo-se fazer corresponder as três designações a um progressivo conhecimento deste monumento jurídico no Ocidente medieval. Assim, teria primeiramente aparecido o *Digesto*, mais tarde designado *Velho*, por causa dessa sua prioridade cronológica; depois, os livros XXXIX a L, que, por tal motivo e em contraste com aquela designação, receberam o epíteto de *Digesto Novo*; finalmente, os livros XXIV a XXXVIII. Quando do aparecimento dos últimos, Irnério teria exclamado: «*Ius nostrum infortiatum est*» (o nosso direito está reforçado) — razão de se chamar a essa parte do *Digesto*, o *Esforçado* (*Infortiatum*). Não obstante esta explicação tradicional encontrar-se ainda acolhida em historiadores do direito como Calasso, é, na verdade, imprecisa, consoante demonstrou Hermann Kantorowicz. As partes do *Digesto* corresponderiam não à sua descoberta (*inventio*), mas à ordem de elaboração e de estabelecimento (*decisum*). Como se explicava já numa glosa a que se reporta Kantorowicz: «Diz-se *Digesto Novo* porque foi separado novamente e por último dos outros livros do *Digesto*, e não porque foi novamente encontrado («*dictur novum quia noviter et ultimo decisum fuit ab aliis libris digestorum non autem quia noviter inventum fuit*»). De acordo com semelhante entendimento, *infortiatum* significará *medium*.

Abra-se aqui um parágrafo para elucidar, quanto ao *Digesto*, que numa primeira fase, o *Digesto Novo* começava a meio da Lei 82, do livro XXXV, Título 2, nas palavras *tres partes* e não no livro XXXIV<sup>1</sup>. Num segundo período, todavia, a massa que decorre desde a expressão *tres partes* até ao livro XXXIX foi destacada dele para ser ligada ao *Esforçado* de que era a natural sequência. Nesta última forma perdurou longos séculos.

Também o *Código* foi dividido na Idade Média. Os nove primeiros livros formaram um volume. Os três últimos (*Tres Libri*) integraram-se num outro, composto globalmente pelas *Instituições*, *Novelas* e os *Livros dos Feudos* — *Libri Feudorum* —, colectânea do direito feudal que na época se agregou ao texto justinianeu. A este último volume deu-se, por antonomásia, o nome de *Autêntico* (*Authenticum*) — por, das colectâneas de *Novelas* conhecidas ao tempo, figurar uma considerada *autêntica* —, sendo igualmente designado por *Volume* ou *Volume Pequeno* (*Volumen* ou *Volumen Parvum*), dadas as suas reduzidas dimensões.

#### 79. As escolas jurisprudenciais na Idade Média. Introdução

— É costume apresentar a jurisprudência medieval como duas escolas sucessivas: a dos glosadores e a dos comentadores. A primeira ter-se-ia iniciado com Irnério (princípios do século XII)<sup>2</sup> e terminado com Acúrsio, cuja obra máxima (a *Magna Glosa* ou, simplesmente, *Glosa*) elaborada entre 1220 e 1234<sup>3</sup>, se poderia tomar como respectivo termo. A segunda, cujos inícios se radicariam nas obras de Jacques de Révigny e de Pierre de Bèlaperche<sup>4</sup>, haveria atingido o apogeu nos séculos XIV, entrando em declínio com a crítica dos humanistas (séculos XV e XVI).

Esta visão tem sido, porém, acusada de excessivo esquematismo, com a sua pretensão de apresentar as duas escolas medievais como separadas uma da outra por um fosso bem-

1. V. *infra*, n.º 89.

2 e 3. Cfr. *infra*, n.º 80.

4. V. *infra*, n.º 81.

demarcado, quando é certo não se encontrar facto a que se possa atribuir tal virtualidade, existirem inúmeros pontos de contacto entre elas e só ser viável o estabelecimento de contrastes entre ambas quando se lhes referenciem estádios bem separados cronologicamente — o que de si evidencia haverem os factores de distinção operado de forma lenta, contínua e, por vezes, sem uma linha de desenvolvimento progressivo, mas até com hesitações e regressões. Também aqui haverá a reconhecer um valor apenas relativo aos elementos periodificadores...<sup>1</sup>

A este respeito, cumpre mesmo acentuar a revalorização pela historiografia moderna do evento tomado como elemento separador das duas escolas — a *Magna Glosa*. Enquanto translaticamente se tem visto nessa obra de Actúrsio um trabalho de mera compendiação, possível apenas numa altura já de fixação de resultados e, portanto, de perda de capacidade criadora, não faltam hoje autores que, em vez de nela encontrarem esse signo de decadência, esgotamento e ocaso, a encaram como um minuto de apogeu cujos efeitos hão-de ter perdurado. Ao contrário, pois, de determinar uma fractura entre a jurisprudência a ela anterior e a subsequente, a *Glosa* terá representado uma função de continuidade. Por isso, se contrapõe à divisão «glosadores-comentadores» o agrupamento dos prudentes medievais em *glosadores*, *pós-acursianos* e *comentadores*.

Fixado este quadro, impõem-se algumas indicações biográficas capazes de superarem a sua índole exclusivamente formal.

**80. Principais representantes (glosadores)** — A escola dos glosadores, segundo a tradição, teve como fundador Irnério, embora alguns textos nos façam admitir a existência de precursores, nomeadamente de um semidesconhecido Pepo, cuja importância real as fontes não deixam estabelecer.

1. V. *supra*, n.ºs 2 e 3.

Foi Irnério um *magister in artibus* a quem se atribui o mérito de haver emancipado o estudo do direito do ensino da dialéctica e da retórica, no qual até então se achava integrado. Virtude sua terá sido também a de centrar a atenção no direito romano fazendo deste um objecto autónomo de investigação. Cabe-lhe ainda a glória de, pela primeira vez, haver tomado o conjunto da obra justinianeia para tema de análise, pois, até ele, apenas se consideravam algumas das respectivas partes. Pelo escasso valor prático face às condições medievais, o segundo terço do *Digesto* — relativo aos direitos de família, sucessões e penal —, assim como os *Tres Libri* do Código, eram sistematicamente negligenciados. A acção de Irnério possuiu ainda o dom de conduzir ao exame directo dos textos, estudados até então — com excepção das *Instituições* — mediante epítomes e compêndios organizados para circunscritos fins práticos.

A obra escrita de Irnério — ao qual têm sido imputados vários trabalhos espúrios —, compreende uma recolha de *Quaestiones*<sup>1</sup>, um tratado *De Actionibus*, um formulário notarial<sup>2</sup> e numerosas glosas — ou seja, explicações singulares de temas, conceitos e passos de um escrito — feitas quer ao *Código* quer ao *Digesto*. Carece, porém, de fundamento a tradição bolonhesa de que teria sido ele a inventar este género literário, de si antigo e praticado também fora dos meios jurisprudenciais, nomeadamente, pelos teólogos.

Discípulos de Irnério foram Jacobo — que, segundo a tradição, terá por ele sido designado sucessor —, Hugo, Martin de Gosia e Búlgaro, havendo estes dois originado correntes doutrinárias, entre si polémicas, a *gosiana* e a *bulgariana*. Caracteriza a primeira o predomínio que atribua à equidade, a segunda a maior aderência ao texto legal. Hugo terá representado uma *media via*, identificada pela atracção do espírito do preceito<sup>3</sup>.

1. Sobre os géneros literários referidos neste número e seguintes cfr. o n.º 84.

2. V. *infra*, n.ºs 100 e 101. 3. V. *infra*, n.º 85.

Deixou-nos Búlgaro, além do seu trabalho como glosador, uma *Distinctio*<sup>1</sup> e uma *Summa* sobre o cômputo do parentesco. Hugo, uma coleção de *Distinctiones* e uma pequena *Sumula* relativa ao duelo judicial. A Jacobo deve-se o facto particularmente relevante da formulação de *Regulae*<sup>2</sup> quando da elaboração das suas *Glosas*.

Outro vulto a assinalar é o de Rogério — por haver sido, segundo se crê, o primeiro a elaborar umas *Dissenstiones Dominorum*<sup>3</sup>. Este aluno de Búlgaro escreveu ainda umas *Quaestiones*<sup>4</sup> dialogadas. Nelas, Rogério debate com a jurisprudência as dificuldades surgidas na prática. Seu continuador foi Placentino. Espírito original, pertencem-lhe as *Quaestiones de Iuris Subtilitatibus*; uma *Summa*<sup>5</sup> ao *Código* e outra às *Instituições*. Com ele polemizou João Bassiano, cognominado *Speculum Mundi*, também discípulo de Búlgaro, debatendo o problema lógico de saber se a excepção se contrapõe à regra ou se está nela incluída, como limite. Este autor deixou-nos uma *Arbor Actionum* e um trabalho de exegese de todo o *CIC* largamente aproveitado por Acúrsio. Por seu turno, Plínio ficou célebre por ter introduzido no campo do direito a espécie literária dos *brocarda* (ou *generalia*)<sup>6</sup>, além de lhe pertencerem um *De Testibus*, uma *Ordo Iudiciorum* e vários *Consilia*<sup>7</sup> esparsos. Azão, que repetidas vezes redigiu as glosas por si subscritas, numa ânsia de perfeição, elaborou uma *Lectura*<sup>8</sup> ao *Código* que em algumas edições vem rotulada de *Comentarius*<sup>9</sup> ou *Aparatus Magnus*<sup>10</sup> — e muitas outras obras. Ugolino escreveu uma coleção de *Quaestiones*, outra de *Dissenstiones*; trabalhos de direito feudal, aditamentos à *Summa* de Azão. Jacobus Baldovinus, várias obras de direito processual, de carácter mais ou menos monográfico, e uma exposição completa deste ramo do direito — o *Libellus Instructionum Advocatorum*. Tancredo, um *Ordo Iudicarius*, que é também uma exposição sistemática de processo. Bernardo

1, 2, 3, 4 e 5. Cfr. *infra*, n.º 84.

6, 7, 8, 9, 10. *Idem*.

Dorna, como Rodofredo e vários outros, compilou formulários processuais...

A todos avulta, porém, Acúrsio. Personalidade, como se disse, de valor controverso para a historiografia moderna, realizou, além de vários trabalhos menores, uma das obras capitais da história da jurisprudência — a *Magna Glosa*, *Glosa Ordinaria* ou *Glosa*, «*tout court*», formidável trabalho de compendiação das glosas dos seus predecessores ao *Corpus Iuris Civilis* que se estima compreender 96 000 delas, num acompanhamento contínuo do texto justinianeu. Acúrsio incluiu, aliás, algumas da sua própria autoria e não se furtou a conciliar textos antagónicos.

**81. Continuação (pós-acursianos)** — Entre os pós-acursianos podem citar-se, como nomes de maior relevo, o de *Odofredo*, autor, *verbi gratia*, de um comentário ao *Digesto Velho*, de adições à *Summa* de Azão, de uma *Summa de Libellis*, de diversas obras de carácter monográfico e de uma coleção de *Consilia*; o de *Alberto Gandino*, dito por algum fundador da ciência do direito penal e autor de umas *Quaestiones Statutorum* e de um *Tractatus de Maleficiis*; o de *Guilherme Durantel* (*Durandus*), conhecido como *Pater Practicae* e *Speculator*, por virtude do seu *Speculum Iudiciale*, exposição sistemática da ordem processual concebida como *Speculum* do direito em geral. Cabe aqui ainda o nome de *Martim de Fano* em razão de uma obra de metodologia jurídica (*De Modo Studiendi*), que constituirá o modelo dos posteriores trabalhos sobre o tema. E quantos outros doutores se poderiam nomear...

Comenta-se, apenas, a fim de ilustrar as características de transição desta escola — e com isso a dificuldade de a delimitar de forma rigorosa em relação à dos glosadores e dos comentadores — o facto de a historiografia moderna hesitar em nela

1. *Idem*.

incluir ou dela excluir certos prudentes. Assim sucede com Odo-fredo (m. 1265) — no qual uns querem ver um pós-acursiano típico, enquanto outros negam a justeza dessa classificação. O mesmo sucede com Alberico de Rosate (m. 1354). Autor de um comentário ao *Código* e de outro ao *Digesto*, muito apreciados pelo equilibrado sentido que revelam das orientações práticas com as teóricas, há quem o designe como um comentarista pré-bartoliano, ao passo que Gibert vê nele um «pós-acursiano e protótipo do jurista profissional com pretensões».

**82. Continuação (comentadores)** — A escola dos comentadores terá tido como figuras iniciais as dos doutores franceses Jacques de Révigny e Pierre de Belleperche<sup>1</sup>, ambos creditados pela larga e sistemática apropriação dos métodos dialécticos<sup>2</sup> cultivados pelos teólogos escolásticos. Ambos nos legaram diversificados trabalhos de literatura jurídica: o primeiro umas *Repetitiones*<sup>3</sup>, uma *Summa de Feudis*, comentários a alguns livros do *Digesto* e das *Institutionibus* (em várias edições designadas por *Lectura super Institutionibus*), um tratado *De Positionibus*; o segundo, umas *Quaestiones Aureae*, *Repetitiones* ao *Digesto Velho*, comentários ao *Digesto Novo* e às *Institutiones*, uma coleção de *Brocarda*, uma *Lectura* ao *Código*. Discípulo de Belleperche, Cino de Pistóia, que se exilou no sul de França, onde se ensinava o direito romano, proibido em Paris<sup>4</sup>, veio no seu regresso à Itália divulgar e consagrar aí as orientações dos dois mestres franceses, em breve entradas em ocaso na própria pátria, como se tem dito com algum exagero, e que, no tocante ao emprego da dialéctica, já eram, aliás, praticados, pelo menos em alguma medida, em Itália. Se no campo da literatura jurídica a sua obra principal foi um notável comentário ou *Lectura* ao *Código*, o grande veículo de difusão das ideias por si professadas residu na criação de um discipulato numeroso, no qual brilha a

1. Cfr. *supra*, n.º 79. 2. V. *infra*, n.º 87, b). 3. Cfr. *infra*, n.º 84, q). 4. Cfr. *infra*, n.º 138.

figura paradigmática de Bártolo, o maior dos juristas medievais e, talvez, de todos os homens que algum dia abraçaram o *métier* de jurista, aquele que mais influência exerceu<sup>1</sup>. Cognominado, elogiado e antonomasticamente pelos contemporâneos e seguidores, *Dux et Auriga Iuris*, *Monarcha Iuris*, *Lucerna Iuris*, pertence-lhe uma vastíssima obra elaborada no curto espaço de uma vida de quarenta anos (m. 1356): além de serem possivelmente seus alguns tratados de autoria duvidosa, reconheceram-se-lhe 45 obras desta espécie. Escreveu ainda várias *Quaestiones*, *Consilia* e incomparáveis e volumosos comentários<sup>2</sup> aos três *Digestos*, ao *Código*, aos *Tres Libri* e ao *Authenticum*. Vulto também de relevo indiscutível foi Baldo, o grande discípulo de Bártolo. De uma precocidade espantosa — aos quinze anos fazia a sua primeira *repetitio* — subscreveu ao longo de uma longa vida uma vastíssima obra: comentários ao *Digestum Vetus*, *Infirmitum* e *Novum*; às *Institutiones* e a todo o *Codex*, incluindo os *Tres Libri*; uma *Lectura* às *Decretales* — de índole exegética; numerosos *Consilia* — que em algumas edições impressas ocupam seis volumes in-fólio; grande quantidade de opúsculos; vários tratados; adições ao *Speculum*, de Durante; um *Repertorium Super Innocentium*, célebre glosador canonista que reinou como Papa, sob o nome de Inocêncio IV<sup>3</sup>; uma *Practica Iudiciaria*. Revelam estes trabalhos um lúcido espírito crítico, uma cultura diversificada, um pendor filosófico, um constante reexame de soluções preconizadas que «maravilham» — no dizer apreciativo de Calasso.

Sem a grandeza dos epígonos referidos, podem considerar-se ainda representantes de proa desta escola Bartolomeu de Saliceto, Fulgósio, Paulo de Castro e Alexandre Tartagna. A obra máxima do primeiro é o comentário ao *Código*, tendo deixado também um comentário ao *Digesto Velho*, uma coleção de *Consilia* e algumas produções menores. O segundo (1367-

1. V. *infra* o volume relativo às *Fontes do Direito* (2.º Período) na parte relativa às Ordenações. 2. V. *infra*, n.º 84, p). 3. V. *supra*, n.º 45.

-1427) comentou o *Código* e o *Digesto Velho*, afastando-se com independência das «opiniões comuns»<sup>1</sup> e impugnando frequentemente a *Glosa* — sob salvaguarda de aconselhar aos seus alunos a assim não fazerem em tribunal. O terceiro (m. 1481) assinou uma volumosa coleção de *Consilia* e um comentário aos três *Digestos* (com uma amplitude superior à comum no seu tempo), assim como um comentário ao *Código*, abrangendo apenas seis dos respectivos livros — tendo todas estas obras o signo de uma grande honestidade intelectual. Tartagna (1423-1477), por seu lado, também comentou os três *Digestos*, embora relativamente ao *Velho* o fizesse de forma muito lacunosa. O comentário ao *Código*, ainda que extenso, fica pelo sexto livro. Foi também responsável por comentários e alguns livros das *Decretais*, ao *Sexto* e às *Clementinas*.

A fase tardia da escola compreende ainda vários juristas sonantes: Caccialupus (m. depois de 1420) deve recordar-se pelo seu *De Modo Studenti*. Jasão de Mayno (1435-1519), cuja obra é considerada como uma síntese das dos predecessores, além de se haver dedicado a comentar o *Digesto* e o *Código*, escreveu ainda um tratado de direito processual (*De Actionibus*). *Consilia*, *Apothegma*... Filipe Décio (1454-1535), argumentador temível e iconoclasta, capaz de aniquilar qualquer adversário que com ele se atrevesse a disputar; admirado pelos alunos, invejado pelos colegas, requerido pelos governos, de uma sobrançeria intelectual tida como insuperável, foi um prolífico consultor: dos *Consilia* que emitiu — coligiu mais de setecentos. Publicou ainda um comentário ao *Digesto* e ao *Código* — muito parcelares — e em forma um tanto monográfica, um *De Regulis Iuris*, no qual comenta este título do *Digesto*. São ainda seus alguns opúsculos. Estamos já, contudo, para além das barreiras cronológicas que estabelecemos neste primeiro período. Uma vez mais se denuncia o carácter artificial da periodificação<sup>2</sup>.

1. V. *infra*, n.º 87, c) e 94.

2. Cfr. *supra*, v.g., 2 e 17.

83. **Ligação da jurisprudência à Universidade. Aspectos comuns e específicos das várias correntes** — A grande maioria dos juristas referidos — e de outros citáveis como significativos — é composta por professores. O fenómeno do renascimento do direito romano constitui, de um ponto de vista dos agentes da sua elaboração, processo essencialmente universitário. Bolonha, onde havia já antes de Irnério uma escola de notariado, converteu-se por acção deste e dos seus sucessores imediatos, no principal palco. Ao lado do estudo bolonhês devem citar-se, contudo, muitas outras escolas de direito, não só em cidades de Itália — Arezzo (1215), Pádua (1222), Nápoles (1224), Perúsia (1307), Pisa (1339), Siena (1357)... — como além dela: Oxford (c. 1170), Montpellier (1230-1240), Orléans (c. 1236), Lisboa-Coimbra (1288-1290)<sup>1</sup>, Avinhão (1303), Valladolid (1304), Viena (1365), Heidelberg (1388).

Os estudantes e professores transitavam, aliás, de umas para outras, ao sabor de conveniências pessoais, de acontecimentos de política externa dos respectivos estados, de questões internas das diferentes cidades e, por vezes, de conflitos académicos. Não faltam casos de migração de toda a universidade de uma cidade para localidade diferente, como casos há de cissiparidade. Daqui, uma rivalidade entre as cidades para captarem escolares — alunos e mestres —, nomeadamente com regalias para aqueles e melhores salários para estes. As grandes reputações universitárias eram factor de atracção de estudantes e, portanto, de desenvolvimento citadino.

Dentro deste quadro geral vamos encontrar Placentino em Montpellier, cuja escola de direito fundou; Vacário em Inglaterra, onde criou a de Oxford; Cino de Pistóia, como estudante em Orléans e mestre em Sena, Perúsia, Nápoles; Bártolo, depois de estudar em Perúsia e Bolonha, a ensinar em Pisa e Perúsia; Baldo mestre em Perúsia, Pisa, Florença, Pádua e Pavia; Saliceto

1. V. *infra*, n.º 91.

transitando de Bolonha para Pádua — e daqui para ali; Paulo de Castro a doutorar-se em Avinhão, onde começou a ensinar e aonde regressaria, após uma estada em Sena. E a leccionar igualmente em Bolonha e Perúsia... As universidades tinham, aliás, professores de várias nacionalidades — embora em alguns casos houvesse exemplos de chauvinismo — e estudantes de diferentes origens. Em Bolonha, por exemplo, deparamos com portugueses entre o corpo docente — caso de Vicente Hispano e de João de Deus<sup>1</sup> —, e os estudantes organizados por *nações*. Além das correspondentes aos citramontanos (romanos, toscanos, lombardos...), existiam as dos ultramontanos (a dos franceses, a dos ingleses, a dos catalães, a dos polacos, a dos espanhóis, na qual, até 1432, se compreendiam os portugueses, a dos alemães...).

Possibilitava este universalismo, que foi, aliás, factor decisivo da expansão do direito romano e, consequentemente, da unidade cultural da Europa, o facto de o ensino ser feito numa língua cultivada em comum — o latim — de versar sobre os mesmos textos — o direito justiniano —, anseios de unidade política, reminiscências da Roma Imperial. Expressão formal do ideário universitário como realidade ecuménica temo-la na *licentia ubique docendi*...

Nas linhas antecedentes reportamo-nos ao direito civil — que tanto vale dizer justiniano. Fizemo-lo, porém e apenas, por comodidade de exposição. A divisão entre glosadores e comentadores é aplicável também nos domínios do direito canónico, como assinalámos já<sup>2</sup>. Com efeito, a distinção entre canonistas e civilistas assenta nas fontes trabalhadas pelos doutores; a estabelecida entre glosadores e comentadores em orientações científicas de cada uma dessas escolas, facilmente se compreendendo a possibilidade de o trabalho doutrinal se desenvolver relativamente às normas canónicas nos mesmos moldes do realizado no tocante às civis. Deve, a propósito, vincar-se o facto de muitos doutores o serem *in utroque* (em cânones e em leis).

1 e 2. Cfr. *supra*, n.º 45.

Torna-se, todavia, menos nítida a possibilidade de operar entre os canonistas uma separação que permita dividi-los de forma a fazer entre eles corresponder um grupo ao dos acursianos. Os próprios autores que advogam a separação dos civilistas em glosadores, acursianos e comentadores, e simultaneamente enfatizam os caracteres comuns entre as escolas civilísticas e canónicas, como Leicht e Calasso, não ensaiam qualquer tentativa a tal respeito.

Não pode isso deixar de se tornar como uma prova do relativismo destes agrupamentos e da existência de uma real contiguidade sob as distinções referidas. Ela aparece-nos com tanto mais força quanto os pós-acursianos são caracterizados como idólatras da obra de Acúrsio e, portanto, dos seus pressupostos e implicações e no direito canónico as grandes manifestações que lhes correspondem se haverem verificado muito mais tarde, já em plena época dos comentadores, quando à generalidade dos canonistas se atribui ou reconhece a adopção dos novos parâmetros científicos comuns também entre os legistas. Se a chamada *Glosa Ordinaria* ao *Decreto* é pouco posterior a 1215, e não será muito mais tardia a *Glosa à Comp. IV*, já a *Glosa às Decretais* de Gregório IX, da autoria de Bernardo de Parma, embora acabada em 1241, foi remodelada pelo autor até 1266 — ano da sua morte; a *Glosa ao Sexto*, de João André, só a terminou ele entre 1336 e 1342 com as *Additiones* e as *Novella in Sextum*; e a *Glosa às Clementinas*, do mesmo autor, não se pode datar antes de 1326.

Outra circunstância a chamar a atenção é o facto de vários dos grandes nomes do século XIV haverem aditado os juristas anteriores. Assim, Baldo e João André escreveram *Additiones* ao *Speculum Iuris*, de Durante<sup>1</sup>. Baldo não desdenhou também remodelar parte da *Glosa à Pax Constantiae*, originariamente de Odofredo.

1. V. *supra*, n.º 45.

A sublinhada unidade entre canonistas e civilistas não deve levar, porém, ao esquecimento de algumas idiosyncrasias. Assim, enquanto os legistas tinham como objecto de indagação textos fixos, com séculos de existência, os canonistas trabalhavam sobre normas mais ou menos recentes, susceptíveis de serem esclarecidas ou alteradas pela Igreja e em relação às quais se não impunha, portanto, o papel actualizante ou de adaptação realizado pelos doutores do direito civil. Essa mesma contemporaneidade e novidade da norma explica o vigor da glosa, que vivemos.

Por outro lado, os canonistas não podiam abstrair dos ensinamentos teológicos e dos aspectos metafísicos da natureza humana. Daqui uma constante preocupação com as implicações morais das soluções jurídicas e uma permanente ponderação dos aspectos intencionais dos actos não apenas no foro íntimo mas quanto à respectiva relevância no foro externo. Por isso, comumente se atribui aos romanistas apenas o papel de súfragantes dos canonistas na eticização do direito.

**84. Os géneros literários nas escolas jurisprudenciais —** O quadro desenhado requer, para a sua inteligibilidade substancial, que delimitemos os géneros literários nele referidos. A isso se dedicam as páginas seguintes.

(a) *A Glosa.* Tivemos já ocasião de definir glosa como «explicação singular de termos, conceitos ou passos de um escrito». Na sua estrutura mais rudimentar a glosa pode reduzir-se a uma simples substituição de um vocábulo por outro. Seria, porém, um erro identificar a glosa, enquanto tipo literário, com um procedimento tão singelo. Muitas vezes as glosas apresentam uma patente complexidade, não só quanto aos problemas cuja solução visam, como quanto às formas literárias coenvolvidas, como ainda quanto aos instrumentos intelectuais a que nelas se recor-

re. São igualmente frequentes as glosas de tipo discursivo. Por isso, a catalogação habitual em glosas interlineares — isto é, escritas entre as linhas do texto — e glosas marginais — as exaradas nas margens das páginas respectivas — foi já qualificada por Cassandro de Ingénua — visto atender a meros aspectos externos e ocasionais sem qualquer correspondência material. Na *uris-historiografia* moderna e atentos aos factos consignados, propõe-se, pois, a respectiva arrumação separando as glosas ditas técnicas — as propriamente jurídicas — das de índole filológica, histórica ou retórica-dialéctica. Não falta também quem procure classificar as glosas em meramente declarativas — as de índole explicativa, em sentido amplo —, e em discursivas, assim ditas, pelos seus mais amplos propósitos interpretativos, pelo seu estilo dissertativo, por uma relativa autonomia material face ao texto, embora formalmente a ele se mantenham ligadas. Exemplo característico encontrá-lo-emos nas glosas de Azão, segundo Weimar.

Sendo o rigor destas classificações, em nossa opinião, apenas tendencial, não importa aprofundá-las aqui. O principal mérito que ostentam é o de chamarem a atenção para a riqueza e variedade dos aspectos contidos na literatura glosante.

Não se torna, também necessário abordar a polémica sobre possibilidade de se qualificar a glosa como verdadeiro género literário — pois melhor lhe caberia a designação de simples método de exposição consentâneo a vários tipos de obras jurídicas — desde que tenhamos presente, simultaneamente, o facto de todas as posições tomadas a este respeito importarem no reconhecimento da glosa como literatura ligada a um texto e à circunstância, posta em relevo modernamente, de muitas glosas se poderem reconduzir a outros géneros literários — ou englobarem pequenas produções a eles correspondentes.

Assim, tem-se detectado nas glosas não apenas a diluição de termos ou frases, a indicação do conteúdo de um título ou de uma lei, mas também a consignação das relações entre

vários títulos ou leis, feita com propósitos sistemáticos; o recurso a lugares paralelos, afins e antagónicos para com isso esclarecer antinomias; o uso de *casus*, *distinctiones*, *quaestiones*<sup>1</sup>; a formulação das *regulae*<sup>2</sup>, por vezes, a ponderação da *intentio* e a enunciação da *conclusio* da lei, em termos semelhantes aos adoptados nas sumas, como ensinou Ermini — motivo de alguns autores derivarem da glosa quase todos os outros géneros de literatura jurídica medieval, que «no fundo já estavam nela contidos» (como escreveu Cassandro).

Em consonância com estas conclusões, a historiografia contemporânea (Leicht, Kantorowicz, Ghellink, Wieacker, Coing, Paradisi, Cassandro, Bellomo...) tem posto em destaque o domínio pelos glosadores dos métodos lógico-dialécticos — nós vincaremos, retóricos também — da escolástica medieval, conforme fora, aliás, já ensinado, embora com limites mais restritos, por alguns autores do século passado, *verbi gratia*, Besta e Flach. São assim inaceitáveis as afirmações divulgadas ainda hoje de forma mais ou menos generalizada de que a exegese dos glosadores se circunscreveria à letra dos textos, tomados isoladamente, pertencendo aos comentadores a preocupação com o sentido ou espírito respectivo e o respectivo enquadramento sistemático<sup>3</sup>.

(b) *Apparatus*. Trata-se de uma forma literária tipicamente decorrente da *glosa* (como, aliás, evidencia a expressão *apparatus glossarum*). Compõe-se de uma série de glosas às palavras de um texto entre si ligadas pela ordem assumida por aquelas e «de forma a dar uma visão completada e uma interpretação coerente de uma parte de um livro legal» (Kantorowicz).

(c) *Summulae*. O mesmo se diga no tocante a este tipo. Pequenos escritos nos quais se sumaria sistematicamente o conteúdo

1. V. *infra*, respectivamente neste mesmo número as alíneas k), h), i).

2. V. *infra*, d).

3. Cfr. *infra*, n.º 85.

de todo um livro, de um título ou de parte deste, representam a evolução de uma forma originária ligada à glosa. Inicialmente resultaram da reunião de glosas a uma rubrica, a um texto integral, a um parágrafo de uma lei. Pela supressão das expressões formais representativas da autonomia das glosas ter-se-á chegado a um tipo mais homogêneo, sendo depois as obras correspondentes tomadas como modelos de outras.

(d) *Summae*. As sumas podem definir-se como exposição sistemática, feita com propósitos compendiares e ao menos tendencialmente integrais, de uma parte, de um título ou de um livro do *CIC*. Por isso, não faltam autores — como Leicht — que na respectiva caracterização atendem ao aspecto formal da extensão das sumas, dizendo-as longas exposições.

Na opinião de Kantorowicz as *summae* (originariamente referidas com o plural, como, aliás, as *summulae*), resultariam da agregação mais ou menos mecânica de *súmulas*, e completada por *exordia* — a nosso ver, frequentemente, de índole ou com a marca retórica — e por aditamentos instrumentais destinados a dar uma certa unidade ao todo: *continuationes titulorum* e *summulae* intercalares escritas com a finalidade de outorgar ao texto do comentário um tom contínuo, facilitante da exposição de conjunto.

Tese oposta à mencionada foi subscrita por Meijers. Para este erudito autor improcede a genealogia referida, distinguindo-se as *summulae* das *summae* pela amplitude dos temas considerados — o que não invalida obviamente a ligação deste tipo literário à glosa, embora se tenha de admitir, segundo nos parece, uma subsequente redacção de sumas feita com autonomia face ao processo descrito e por inspiração directa dos modelos com ele realizados, ou seja, através de uma influência apenas indirecta da glosa. Merece algumas reticências a opinião de Wieacker de que as sumas representariam apenas «uma interpretação corrida» de um texto justinianeu do *CIC* (ou de um texto canónico) desprovida de índole sistemática — sobretudo quando tomados em consideração os modelos mais tardios.

(e) *Solutiones contrarietatum*. Coleção de argumentos opostos sobre um tema, representam um produto identificável já ao nível da *glosa*, nomeadamente com Búlgaro. A *iuris-historiografia* tem, aliás, assinalado que sendo este género literário comum a todas as artes, *verbi gratia* à dialéctica, não surpreende o seu cultivo pelos glosadores — para mais dada a preocupação de resolver as contradições existentes nos textos, que foi dominante na escola.

(f) *Brocarda*. Opiniões formuladas em termos de regras gerais, muitas vezes com forma métrica. São também designáveis por *generalia* e *regulae iuris*.

(g) *Notabilia*. Coleções de aforismos distinguíveis dos anteriores pela circunstância de com eles se enunciarem conceitos jurídicos. Semelhantemente aos *brocarda* constituíram *sedes argumentorum* ou *topoi*<sup>1</sup>, no sentido que o termo possuía na retórica medieval. Como eles, deparamos com a sua consagração nas glosas, tendo depois constituído também obras autónomas.

(h) *Distinctiones*. Conforme escreveu Cassandro, trata-se, igualmente, de um género promovido ou consagrado nas glosas e correspondente, aliás, à propensão dominante do espírito medieval para dividir e subdividir, de forma a situar as noções correlacionando-as, a fim de suprir eventuais contradições. Por isso, conforme chamou a atenção o mesmo autor, elas implicaram um processo de «resolver as aporias e contradições» dos textos da lei concorrente com a técnica das *solutiones contrarietatum*. Kantorowicz, cuja investigação incorpora as conclusões da doutrina anterior e é ainda hoje tida como válida, descreve o *distinguere* dizendo-o consistente: a) num sucessivo estabelecimento de divisões e subdivisões de *factos* com relevo jurídico, de forma a individualizar com essa especificação eventos autónomos e, portanto, dotados de efeitos próprios, que tanto vale dizer diversos; ou b) numa divisão de *regras* — ou de *rela-*

1. Cfr. *infra*, n.º 87, b).

ções jurídicas — em espécies ou subespécies; ou, ainda, c) numa divisão dos conceitos correspondentes aos *nomina* jurídicos, por forma a atribuir a cada um deles uma aceção determinada entre as possíveis. Neste caso, como no anterior, às diferentes espécies estabelecidas cabe uma disciplina própria. Sirva de exemplo quanto Bártolo ensinou a respeito do *nudum pactum*. Simples convenção desprovida de formalidades necessárias para originar uma obrigação no direito romano (*ius civile*), o respectivo cumprimento não podia ser exigido por uma *actio*. Contra essa sequência militava, porém, o sentimento moral de que quem promete deve respeitar a palavra dada, independentemente do modo da sua prestação, e as particulares exigências do tráfico comercial medieval, em especial nas relações marítimas, onde o uso entre comerciantes de nações diferentes postulava a atribuição de efeitos jurídicos, independentemente da sua forma, aos acordos estabelecidos. Bártolo, servindo-se de uma série de distinções, limitou a regra romana (cujo âmbito circunscreveu ao direito civil) por tal forma que ela não compreendia a espécie diferente dos actos entre comerciantes, distintos dos demais. Àqueles correspondia, portanto, um regime próprio (o do *ius commercii*) — que lhes atribuía eficácia obrigatória, a despeito de carecerem da forma exigida pelo *ius (civile)*.

A possibilidade da *distinctio* funcionar de forma a estabelecer resultados equitativos ou justos levou Rémy de Gourmont a escrever que «o eterno distinguo da escolástica (...) constitui a fonte das liberdades modernas». Seja assim ou não, importa-nos agora acentuar a possibilidade de as *distinctiones* reportadas a conceitos jurídicos se disporem como uma árvore genealógica, embora já com Inério as encontremos expostas discursivamente. Quando a forma gráfica da *tabula* não era a escolhida, a *distinctio* traduzia-se numa sequência de proposições disjuntivas cada uma funcionando como *membro* de outra anterior (numa relação de género e espécie) e dispostas de maneira que esta última se decompunha em dois ou mais termos.

Importa também salientar a circunstância de as *distinctiones* já com Martinho de Gosia se apresentarem como género autónomo, havendo-se destacado do texto comentado. A este propósito interessa ainda referir que estamos, pois, ante um processo lógico, de carácter dedutivo — passagem do geral para o particular — convertido formalmente em género literário.

(i) *Quaestio*. Este género literário — talvez o mais complexo e interessante — corresponde, ao menos implicitamente, a uma forma dialogada e, portanto, ao princípio da *contradictio* como instrumento de apuramento da verdade. Praticado já pelos glosadores, discute-se hoje qual tenha sido a origem motivante da respectiva adopção: a influência das escolas francesas de lógica, nomeadamente do método do *sic et non* de Abelardo, ou precedentes romanos. Já no *Digesto* e no *Código* se encontram, com efeito, *quaestiones*, *disputationes* e *responsa* que poderiam ter sido os germes do modelo medieval. Não falta também quem o queira derivado do instrumental das artes liberais, em cujas escolas se praticava comumente o diálogo e a controvérsia. E se há quem diga que os juristas foram levados à prática da *quaestio* por influência dos teólogos — outros sustentam a conclusão inversa. Poder-se-á também tentar encontrar as origens do género nos *sententarii* que já antes de Abelardo praticavam o sistema da contraposição de argumentos como método de busca de uma solução.

A *quaestio* podia reportar-se a um facto (*quaestio facti*) ou dizer respeito à interpretação — tomada em sentido lato — do direito (*quaestio iuris*). Nas primeiras estava em causa a existência de um evento e, portanto, provava-se *«testibus et instrumentis et iudiciis quae lege non reprobantur»*. As segundas implicavam uma verdadeira disputa intelectual solúvel com o recurso a *leges, rationes e auctoritates*<sup>1</sup>. A ciência da época ilustrou a diferença

1. V. *infra*, n.º 87.

ensinando: «*Ad quaestiones facti non respondet legislator*», «*quia princeps non potest habere facta in scrinio suo.*» «*Quaestio iuris est, ubi est factum certum, sed dubitatur quid iuris*» (Cino — *Lect. in D. 1.5.15*). O facto pôde, aliás, dar origem a um problema de direito, quando não regulado por uma norma ou se não corresponde exactamente à previsão desta (*quaestio de facto emergens* que se resolve numa verdadeira *quaestio iuris*). Neste sentido, a *quaestio* é um elemento de actualização do direito, visto conduzir a um adequamento da norma — *max. romana* — às situações da vida da época.

Podiam as *quaestiones* dizer respeito a um conflito real de interesses ou a um exercício académico. As primeiras abordá-las-emos a propósito dos *consilia*<sup>1</sup>. As segundas identificam-se com o *liberaliter disputare* universitário e o seu submodelo da *quaestio redacta*.

No caso de uma *quaestio disputata* o mestre enunciava o problema jurídico em causa (*quaestio s.s.*) e comunicava-o com antecedência aos estudantes. Um deles deveria fazer de *actor*, outro de *reus*. No dia marcado cada um dos contendores enunciava os seus argumentos — em regra invocando textos favoráveis à tese fossem eles de lei ou baseados na autoridade dos doutores — e sugeridos frequentemente pelo próprio mestre. Este, que presidia ao debate, decidia a questão, determinando qual da série de argumentos *pro* e *contra* deveria ser acolhida (a sua sentença chamava-se, por isso, *determinatio*). Algumas vezes, o mestre fazia-o autoritariamente, outras impugnando os argumentos rejeitados-de forma a fundamentar a resolução mediante um novo *sic et non*.

A disputa académica não se restringia sempre ao círculo dos alunos. Muitas vezes eram admitidos a disputar todos os doutores de uma universidade ou até quem quer que fosse — as disputas públicas. Também nem sempre a iniciativa do tema

1. V. *infra*, alínea n).

pertencia ao professor. A universidade medieval conheceu a disputa *quodlibética* na qual era formulável qualquer *quaestio* dirigida ao mestre por qualquer assistente, aluno ou rival que fosse (de *quodlibet ad voluntatem cuius libet*). Por isso, se na Idade Média a *quaestio* representou o torneio dos intelectuais, como se disse, neste caso o campeão estava exposto aos mais sérios riscos, defrontando adversários desconhecidos e sujeitando-se às mais inesperadas perguntas, muitas vezes capciosas e feitas com intuito de denegrir, por rivais mais ou menos declarados.

Em função destas diferentes modalidades, a doutrina distingue nas *quaestiones* dois tipos de diálogo — o *catequístico*, entre mestre e aluno, informado pelo princípio da autoridade; o *controversístico*, forma de discussão entre pares. Estas modalidades apresentam espécies mistas, aliás. Um dos dialogantes pode ser mais culto e impor uma solução *a priori* contida *in scriptis suis* (diálogo tipo socrático). O aluno pode contra-atacar as razões do mestre, obrigando este a superar as objeções. É a espécie de diálogo catequístico encontrável nas *Quaestiones Iuris Subtilitatis* e no *Libellus Disputatorius*, de Pílo.

O reconhecimento do valor científico e pedagógico da *quaestio disputata* levou ao registo, inicialmente em forma de simples apontamentos do tema, dos argumentos *pro* e *contra* e da *determinatio* feito por um *raportator* (de hábito um aluno, assistente ao diálogo). Muitas vezes o *raportator* completava esse seu trabalho com a adição de novos argumentos por si excogitados, de críticas a uma ou às duas posições assumidas, frequentemente juntando um *exordium* ou um *titulus*. Estamos perante a chamada *quaestio raportata*.

Da *quaestio raportata*, se distingue a *quaestio redacta*. Assumindo a forma do *pro* e *contra* daquela, é da autoria do mestre que aproveita as virtualidades do método para ensinar certa matéria, numa figuração de um diálogo controversístico e com o fito de acentuar, *verbi gratia*, o carácter apenas *provável*<sup>1</sup> da

1. V. *infra*, n.º 87, b).

solução. São seus, com efeito, a identificação do tema (*quaestio s.s.*), os argumentos excogitados e a *determinatio*. Substancialmente pois, a *quaestio redacta* distingue-se da *raportata*, embora na forma sejam semelhantes. A primeira formulada como simples incidente da *lectura*<sup>1</sup> é, portanto, com a maturação desta, acabou também por ser dela autonomizada e apresentada como correspondendo à forma literária assumida pela *disputa*.

O esquema formal da *quaestio* pode enunciar-se da seguinte maneira: 1. Enunciação dos factos em causa; 2. *Quaestio*, *s.s.*, quer dizer o problema a resolver, introduzido por certas fórmulas que se tornaram clássicas: «pergunta-se», «duvida-se», «disputa-se», «há controvérsia» (*«quaeritur»*); «dubitatur», «disputatur», «controversia est»; 3. Argumentos, da parte negativa e da parte afirmativa; 4. Resolução (*solutio*, *determinatio*).

O esquema traçado é o dos juristas medievais bolonheses, de Búlgaro e seguidores, passando por João Bassiano e Azão, aos juristas da escola de Toulouse do fim do século XIII e princípio do século XIV, para não falar já dos autores bolonheses do início do século XV. Obviamente, porém, que, à medida da progressão no tempo, a linearidade das *quaestiones* vai sendo substituída, via de regra, por aspectos sempre mais complexos.

Na actualidade, tem-se destacado a contaminação retórica da *quaestio*. O estilo da redacção — sobretudo na *quaestio redacta* — contrasta com o tom seco e sintético da *glosa*, das *summulae* e mesmo das *summae*, numa evidente preocupação de alicenciamento intelectual em favor de uma tese mediante a forma ou exposição<sup>2</sup>. Muitos dos argumentos adoptados — *verbi gratia*, na *determinatio* — são meramente persuasivos ou baseados na *aiuctoritas* do mestre<sup>3</sup>. Finalmente, duvida-se de que o factor da generalizada adopção das *quaestiones* como processo de exposição doutrinária tenha consistido numa superior eficácia do método para expor problemas jurídicos, melhor sendo filiá-lo na aptidão da *quaestio*

1. Cfr. *infra*, q).

2. Cfr. *infra*, n.º 87, b).

3. Cfr. *supra*, n.º 75 e *infra*, n.º 87, c).

para consentir ao autor expor as próprias opiniões de maneira mais persuasiva para facilmente rebater as razões adversas. Tal se poderá já documentar com a obra de Rogério. Seja como for, a *quaestio* liga-se essencialmente a uma forma de pensar probabilístico e, portanto, ao entinema ou silogismo retórico-dialéctico<sup>1</sup>. Já Gilbert de la Porré ensinou que nem toda a contradição se identifica com a *quaestio*. Esta só existe quando as duas teses em presença se apresentam como provavelmente verdadeiras: «*Cuius vero utraque pars argumenta veritatis habere videtur quaestio est.*»

(i) *Quare*. Escritos, afins dos anteriores, nos quais se confrontam dois princípios enunciados nas fontes perceptivas e aparentemente contraditórios, não com a finalidade de resolver casos práticos, mas unicamente com propósitos teóricos. Enquanto a *quaestio* partia de um caso concreto, aqui examinam-se regras abstractas.

(k) *Casus*. Confundidos frequentemente com as *quaestiones*, os casos reportam-se, como demonstrou definitivamente Bellosmo, a hipóteses de facto, cuja regulamentação se encontra expressa nos textos romanos — e, portanto, sem suscitar uma disputa.

(1) *Dissensiones dominorum* ou *disputationes*. Recolhas de controvérsias entre mestres célebres, organizadas já em relação a debates entre glosadores, mas mais comuns a partir do século XIII.

(m) *Tractatus*. Corresponde este tipo de obras ao que hoje chamamos monografias. Os glosadores perfilharam o género quando a matéria a tratar apresentava relativa vastidão ou se encontrava esparsa por mais de um título do *Digesto* ou do *Código*, não consentindo o acompanhamento do texto justinianeu típico de *summa*. É comumente aceite como primeiro exemplo

1. Cfr. *infra*, n.º 87, b).

o *Ordo Iudiciorum* de Búlgaro, podendo citar-se muitas obras processuais. Isto pela circunstância de a teoria do processo se adaptar mal aos outros géneros literários, visto nomeadamente o exame de actos sequentes que implica.

O *tractatus* tem sido apresentado como um género literário sistemático e globalizante, caracteristicamente cultivado pelos comentadores. Há, todavia, que atentar na circunstância de encontrarmos exemplos deste género já no tempo dos glosadores (tendo mesmo o *De Computatione Gradum*, de Martim de Gostia, nascido como glosa, depois destacada do texto e tratada com autonomia), isto por um lado; por outro, o facto de a historiografia moderna ter observado que vários tratados foram compostos pela reunião de *quaestiones* sobre um tema unitário, acrescidas de *consilia* e de algumas passagens destinadas a unificar essas diferentes partes.

(n) *Consilia*. Os *consilia* equivalem aos modernos pareceres. O jurisconsulto pronuncia-se neles sobre uma consulta que lhe é feita, muitas vezes por escrito — e que funciona como *quaestio*. A sua estrutura é normalmente a da *quaestio*, aliás: adição dos argumentos justificantes da *solutio* proposta e a impugnação dos adversos. Falta, porém, o debate verídico das *quaestiones disputatae* e o tom desinteressado e academicamente imparcial da *quaestio redacta*. Por isso, se discutia, a partir de Bártolo generalizadamente, se a opinião de um jurisconsulto dada num *consilium* pesava mais ou menos do que a emitida *in legendo*<sup>1</sup>.

O facto de o *consilium* se destinar a solucionar um caso prático e, portanto, a repercutir-se em interesses reais, implicava a necessidade de garantir a sua idoneidade material e formal. Daqui serem os *consilia*, por vezes, jurados e normalmente escritos sob a invocação do nome de Deus e da Virgem. Daqui, também, formalidades como a aposição do selo do autor, a intervenção de notários da universidade a que o mestre pertencia, a

1. Cfr. *infra*, alinea q).

presença de testemunhas. Ilustra-o um caderno pergamináceo que possuímos, datado de 1408, e no qual professores de Bolonha e de Pádua — Benedictus de Puteo Plumbino, Francisco Zabarella, Pedro de Ancharano, Jacobo e Bartolomeu de Saliceto, António de Butrio, Floriano de Sancto Petro e Bernardino de Zambeccharis, grandes nomes da época, contemporâneos ou discípulos de Baldo — se pronunciam sobre a sucessão do morgadio de Góis, em Portugal. Tem ele muito interesse neste aspecto, pois todos os pareceres obedecem às formalidades referidas, o que não podemos comprovar na maioria das colecções de *consilia* publicadas, visto aí se suprimir naturalmente o selo e quase sempre o formulário, inútil do ponto de vista do registo do respectivo conteúdo, motivo da sua divulgação.

Merece a pena frisar ainda, que, destinando-se normalmente o parecer a determinar uma convicção num jurisdicente, a sua eficácia dependia, como é óbvio, da *auctoritas* do respectivo subscritor. Isso nos explica o facto de o mesmo consulente pedir, como sucede no caso referido, pareceres em simultâneo a mais de um jurista.

Dissemos normalmente, pois, se de hábito são as partes num processo que solicitam o *consilium* — ou até o próprio juiz, preso de hesitações! —, não faltam casos de a solicitação ser feita por um príncipe em circunstâncias graves, por motivos políticos ou a fim de ultrapassar escrúpulos, decidindo em consciência e com conhecimento de causa. Exemplos temo-los no tempo de D. Dinis, monarca que ouviu doutores de Bolonha por causa de uma controvérsia com o bispo de Lisboa (OA., II. 7. 57.2); com D. João I, que igualmente se socorreu do saber dos mestres bolonheses, circa 1430, D. Duarte ouviu os professores de Bolonha e doutores in *utroque* António Pratovechio e António Rosellis sobre a legalidade da guerra contra os mouros da Barbéria (*Mon. Henr.*, IV, docs. 140 e 141). Nas suas diferentes

1. Cfr. *supra*, n.º 75.

2. V. *infra*, n.º 100.

expressões, os *consilia* foram cultivados quer pelos glosadores, quer pelos juristas posteriores, tendo alcançado um superior desenvolvimento com os comentadores.

(o) *Allegationes*. Trata-se de escritos de parte elaborados para apresentar as razões destas a um decidente, *max. juiz* — e nos quais se pode tratar, além dos aspectos de direito, da matéria de facto, neste último particular diferindo dos *consilia*.

(p) *Commentarius*. Não obstante se partir deste género para se caracterizar a última das escolas medievais, não deixa de ser difícil a respectiva individualização. Lombardi vê em tais obras trabalhos elaborados com o intento de estabelecer «*uma visão sintética de um instituto*» — pela consideração exaustiva de todos os seus aspectos — feita «*sobre uma base lógica e não exegética*», separando-os da glosa por corresponderem a uma forma específica de ensino. Não falta quem os caracterize como longas dissertações organizadas segundo regras da lógica escolástica em torno de um tema, com despreendimento da ordem justificativa e de forma a poder mesclar com os preceitos romanos os dos diferentes *iura propria* dos estados italianos, do direito feudal e do direito canónico. Entre nós, tem-se distinguido o comentário da glosa ligando estas à *letra* das normas, aquele ao seu sentido, buscado pelo método escolástico dialéctico — ensinamento a que por vezes se acrescenta o de os comentários versarem sobre institutos concretos, isto é, delimitados por considerações dogmáticas *a priori* e não em conformidade com as divisões do *CIC*. Não colhe, porém, a contraposição glosa-letra, comentário-sentido, sendo, aliás, também impropriedade a ideia de que o método lógico-dialéctico tenha constituído atributo da escola dos comentadores. Quanto até aqui frisámos sobre a continuidade dos géneros literários nas diversas correntes da jurisprudência medieval e, como veremos, a unidade dos métodos e instrumentos de análise, é suficiente para o ilustrar<sup>1</sup>. A ideia do

1. Cfr. *supra*, n.ºs 82, 84, a) e 84 i) e *infra*, n.ºs 85 e 87, a).

*licção universitária – comentário.*

(q) *Lectura*. Sob o termo designam-se as lições universitárias. Estas obedeciam a um esquema que Weimar reconstituiu da seguinte forma, a partir de textos de João Bassiano (m. 1197), Hostiense (m. 1294) e Peregrissi: 1. Ilustração sumária do título em que se inscreviam as *leges* ou os *iura* objecto da exposição; 2. Resumo do conteúdo de cada lei ou passo do título — operação que Bassiano designava como «*ponere casum simpliciter et nude*»; 3. Leitura do texto, intercalada das necessárias explicações: «*Legendo litteram et exponendo et etiam construendo si difficilis appareat*» (Hostiense); 4. Confronto com os passos paralelos e com os contrários, com vista ao superamento das contradições, mediante a *solutio ou distinctio*; 5. Formulação de conceitos jurídicos contidos no texto (*brocarda, generalia*) — operação esta que Hostiense coloca no fim da lição; 6. Elaboração de *distinctiones*; 7. Discussão das *quaestiones* relativas

(a) *Lectura*: Sob o termo designam-se as lições universitárias.

Estas obedeciam a um esquema que Weimar reconstituiu da seguinte forma, a partir de textos de João Bassiano (m. 1197), Hostiense (m. 1294) e Peregrini: 1. Ilustração sumária do título em que se inscreviam as *leges* ou os *iura* objecto da exposição; 2. Resumo do conteúdo de cada lei ou passo do título — operação que Bassiano designava como «*ponere casum simpliciter et nude*»; 3. Leitura do texto, intercalada das necessárias explicações: «*Legendo litteram et exponendo et etiam construendo si difficilis appareat*» (Hostiense); 4. Confronto com os passos paralelos e com os contrários, com vista ao superamento das contradições, mediante a *solutio ou distinctio*; 5. Formulação de conceitos jurídicos contidos no texto (*brocarda, generalia*) — operação esta que Hostiense coloca no fim da lição; 6. Elaboração de *distinctiones*; 7. Discussão das *quaestiones* relativas

aos textos já lidos e comentados: «*Ad ultimum, quaestiones movere et discutere consuevimus (...)* pro sui difficultate *prolixiori disputatione reservare differendo*» (Bassiano).

Tal esquema coincide, aliás, com a reconstrução que Besta fez do adoptado pelo próprio Inério, assim como é substancialmente análogo ao seguido pelos comentadores, conforme o atestam não só as proposições metodológicas que nós legou Cino de Pistóia, mas também uma síntese mnemónica a tal respeito elaborada por Mateus Mofa, jurisconsulto do século XVI — nem sempre interpretada, aliás, de maneira inteiramente uniforme pela historiografia contemporânea. Pode, assim, ter-se por comum a toda a época.

Como a generalidade dos géneros literários anteriormente referidos, a *lectura* constitui-se a partir de uma exposição oral. O mesmo se deve assinalar relativamente à *repetitio*, que dela se distingue apenas pela circunstância de corresponder a uma lição dada em desenvolvimento daquele — o que chamaríamos hoje aula prática —, muitas vezes registada por um simples *raportator*:

(r) Coleções de fórmulas de actos jurídicos recolhidas com o intuito de facultar modelos a serem reproduzidos ou adaptados em ocasiões futuras — conforme as circunstâncias. —, fórmulas especialmente de natureza processual ou negocial e que pouco a pouco foram sendo antecédidas de explicações ou introduções de natureza teórica<sup>1</sup>. Obras de natureza eminentemente prática e empírica, ao menos os exemplos mais recuados, têm sido apontadas como expressão de direito real equotidianamente observado<sup>2</sup>.

**85. Caracterização e relação das escolas medievais de jurisprudência** — O comum cultivo dos diferentes tipos de literatura jurídica pelas escolas jurisprudenciais e as correlações

1. Cf. *infra*, n.º 101. 2. Cf. *infra*, n.º 102.

entre elas existentes — que temos vindo a destacar — consentem pôr em causa a visão tradicionalmente adoptada a respeito destas. De acordo com ela, os glosadores caracterizar-se-iam por uma actividade interpretativa meramente literal, de índole gramatical, e por um progressivo afastamento dos textos legislativos, recobrando-os de glosas, por sua vez tomadas objecto de estudo e de outras sucessivas (*Glossare glossarum glosas*). A obra dos glosadores terá sido, também, essencialmente teórica-sistemática. A idolatria que se lhes imputa haverem professado perante o *CIC* levá-los-ia a recuar perante qualquer actividade crítica em relação aos textos, ficando presos da respectiva letra.

Aos comentadores se atribuiu a ultrapassagem da *littera* da lei e a consideração do *sensus* respectivo. A eles se lhes reconhece, igualmente, uma liberdade perante o texto legislativo, ditada pelo sentido prático, susceptível de o adaptar às circunstâncias da época e francamente inovador.

A crítica moderna — pela pena de Astuti, Chiazzese e Orestano, entre outros — tem posto em causa a atribuição aos glosadores de uma feição meramente teórico-científica. Não merece, igualmente, acolhida a ideia de que glosadores se terão limitado a determinar a letra da lei, só os comentadores se tendo alancorado até ao sentido. Funda-se ela em alguns textos medievais, é certo, nos quais os intérpretes hodiernos a têm visto expressamente consignada. Só que essas fontes não consentem tal conclusão. Impedem-na o facto de elas não poderem encarar-se como rigorosas descrições históricas de um estado de coisas generalizado, traduzindo antes posições polémicas e, portanto, insusceptíveis de serem tomadas na expressão da sua literalidade. Só uma consideração dos glosadores como personalidades culturalmente fungíveis, hoje em causa, mas dominante a partir de Savigny (m. 1861), permitiu esse entendimento — quando é certo que entre eles se encontram múltiplas individualidades bem marcadas (como procurámos ilustrar)<sup>1</sup>, divergências doutri-

1. Cf. *supra*, n.ºs 45, 48, 80, 81, 82 e 83.

nárias, controversias, que destroem qualquer possibilidade de encerrar os doutores da escola como um todo cientificamente homogéneo. Se está hoje feita a história da polémica humanista contra as escolas medievais, resta ainda por fixar a travada dentro de cada uma delas e a das mais modernas contra as mais antigas. Quanto a seu respeito se conhece, porém, é suficiente para excluir a possibilidade de aceitar como verdadeiras, justas e susceptíveis de serem tomadas por depoimentos rigorosos todas as afirmações depreciativas da actividade dos juristas fornecidas pelos textos medievais.

O mesmo se deve dizer no tocante àquelas fontes nas quais se baseia a opinião generalizada na moderna historiografia de haverem os glosadores trocado os textos legislativos, como objecto de estudo, por glosas a estes mesmos. Os levantamentos de fontes citadas em múltiplos textos a que temos procedido obrigam a repudiá-la sem margem para dúvidas.

O entendimento referido sobre a literalidade da exegese da glosa encontra outro motivo de rejeição — o da sua contradição com os parâmetros da hermenêutica medieval. Nestes, a letra não se contrapõe ao sentido, como hoje sucede. Em conformidade com os ensinamentos do mundo antigo, transmitido pelos teólogos, a *littera* constitui um dos *sentidos* do texto.

Na cultura medieval admitiu-se generalizadamente a possibilidade de um texto apresentar quatro sentidos: o literal — ou seja, o histórico-positivo (*littera gesta docet*); o moral ou tropológico, isto é, o relativo à sua consideração ética; e, portanto, às implicações pragmáticas (*moralis quid agas*); o alegórico, respeitante ao significado oculto, resultante de cada objecto constituir um símbolo ou signo da realidade transcendente (*quid credas allegorias*); o anagógico, reportado à projecção na futura vida além-terrena, em função da qual tudo tem de ser entendido (*Quo tendas anagogia*). Era consequência daquela concepção, por nós já registada, de que toda a acção tem implicações metafísicas.

O método da descoberta dos quatro sentidos de cada texto, que tinha nas artes do *trivium* — a gramática, a retórica e a dialética — os instrumentos respectivos, encontrou nestas três vias do saber medieval um factor daquela generalizada difusão por nós assinalada. Vemo-lo, com efeito, praticado por homens de todos os quadrantes — literatos, enciclopedistas, moralistas, teóricos do Estado, políticos, apologetas, teólogos — e, como não podia deixar de ser, pelos juristas, sobretudo os canonistas. Estes, preocupados como estavam com a eticização do direito e influenciados pela cultura dos teólogos — qualidade que muitos possuíram também — praticaram-no largamente, *verbi gratia* na construção da ideia de Igreja, poderes do Papa, relações do poder eclesial com o civil, na construção da figura das pessoas colectivas, na análise da vontade, seja nos negócios jurídicos, seja nos delitos e crimes!... Domínios onde tais métodos encontraram ainda larga aplicação foram os relativos à justiça e equidade, aos direitos divino e natural. De resto, a exegese bíblica praticava-os generalizadamente, contando-se as Sagradas Escrituras entre as fontes do direito canónico<sup>2</sup>. A contaminação dos *dois direitos* (o canónico e o civil)<sup>3</sup> não podia deixar, portanto, de introduzir uma hermenêutica metaliterar nos arraiais dos civilistas, tanto mais que a sua preparação trivial (gramatical-retórica)<sup>4</sup> tornava a isso propenso o terreno. Assim se explica aparecer aos olhos dos primeiros glosadores a consideração predominante do *sensus* da *littera* em prejuízo dos sentidos metaliterais, consentâneos à equidade, como algo estranho aos parâmetros da cultura cristã. Martin de Gosia criticará Inrénio, que «*adhaerabat litterae tanquam iudeus*», mal-grado a sua «*aequitates bursales*» (cf. Azão, *Lect. In Cod.*, 7.5.2.) — crítica esta insusceptível de ser tomada como simples particularização de um pensamento individual sobre os ditames da hermenêutica. Com efeito, a própria *Glosa* censurou em termos

1. Cfr. *supra*, n.º 45, *in fine*. 2. Cfr. *supra*, n.º 43. 3. V. *infra*, n.º 88.

4. V. *infra*, n.º 91.

semelhantes o intérprete cuja exegese não ultrapassasse — empreguemos o termo sem compromissos — o simples literalismo: «*A verbis tanquam iudeus recedere nolit*», (gl. *Amplexus*, C. *De legibus*, l. *Non dubium*). Por seu turno, Alberto de Gandino ensinou outro tanto, não já relativamente aos textos do *CIC*, mas aos dos *iura propria* (os estatutos). Segundo ele, seria um judaísmo uma interpretação «*iuxta grammaticalem intellectum*» (Tract. *De Maleficiis*, Rub. — *De Observ. Statutorum*, 12). Eram posições que decorriam directamente dos mais inconcristáveis parâmetros da cultura cristã. Mesmo nos Evangelhos se encontram repetidos ensinamentos sobre a primazia do espírito em relação à expressão e S. Paulo repetiu-o várias vezes: «*a letra mata; o espírito vivifica*» (2.<sup>a</sup> Cor., III, 6)<sup>1</sup>.

O significado, proclamado pelos juristas, destas proposições metodológicas melhor se alcançará se tivermos presente que muitos outros textos mandam atender à *mens legis* e, ainda, o facto de elas terem sido comuns à escola dos pós-glosadores. Álvaro Pais, por exemplo, acolheu-as de forma mais ou menos expressa (Cf. v.g. *SPE*, V, 22, 316, VI, 36, 76, 192, 246); Baldo repudiou qualquer «*interpretatio iudaica*» exaltando a por si reputada «*anima legis*» (*In textum Cod. Lib.*, Rub. *De serv. fugi.*, l. *Quicumque*, n.º 17). Paulo de Castro ensinou, por seu lado, que «*magis sit inspicienda mens et intentio (...) quam verba, licet ignorantes e grossi homines, ut plurimum, faciant contrarium, adherentes verbis sicut iudei*» (*In Sec. Digesti Nov.*, Rub. *Ad Treb.*, l. *Ubi § Te rogo*, n.º 2). A consideração do puro teor do texto não representava, assim, senão a inépcia do intérprete. Por isso, um autorizado escritor nosso contemporâneo — Nicolini — pôde escrever com referência a toda a jurisprudência medieval que «a doutrina intermédia não cessa de fixar e estudar a regra segundo a qual o intérprete deve procurar a verdadeira *mens legis*, não fixar-se na expressão, que pode encontrar-se bem distante da intenção do legislador».

1. Cfr. *infra*, n.º 105.

Se o quadro descrito veda a caracterização da escola dos glosadores através de uma metodologia identificada pela atenção à letra com prejuízo do sentido dos preceitos, considerando estes termos na moderna acepção, ou seja, a letra enquanto expressão vocabular do texto e o sentido enquanto espírito do preceito, impede igual e consequentemente de interpretar as fontes nas quais se emprega o vocábulo *littera* como referidos sem mais a uma hermenêutica contraposta à consideração do sentido respectivo. De resto, mal se compreenderia que, distinguindo-se conceitualmente entre *letra*, por um lado, e *sentido* (espírito), por outro, se atentasse apenas naquela com alheamento deste. O estabelecimento de tal antítese intelectual levaria, por força, a considerar o espírito, visto ser irracional o procedimento contrário. À *littera* era, pois, inerente um *sensus* específico em relação aos demais comportáveis pelos textos.

Aliás, a oposição moderna entre *letra* e *espírito* exprimia-se tecnicamente na Idade Média por *littera* e *sententia* e não *littera* e *sensus*.

Nestes termos, temos por inviável a caracterização das escolas prudenciais da Idade Média com recurso a tais pretensas orientações metodológicas. De um ponto de vista de metodologia jurídica a diferença entre elas é apenas — conforme o acentuado já por Astuti e Otte — de grau ou progressão, não de essência. Por isso Cassandro pôde mesmo considerá-la como evanescente face à própria maneira pela qual na Idade Média se separou a metodologia da *Glosa* da do *Comentário*. É o seguinte o texto de Hugo ao qual aquele *iuris*-historiador se reporta: «*Distat inter commentum et glosam (...) Commentum est expositio sententiarum et ipsius littere, que non solum sententiam, sed etiam verba attendit; glosa est expositio sententie, litterarum quoque continens et exponens*» (A diferença entre o comentário e a glosa (...). Comentário é a exposição em que se considera não a ligação das palavras, mas o sentido (...). Glosa é a exposição da sentença e da sua letra, e nela olha-se não só ao sentido, mas

também às palavras; glosa é a exposição do sentido que também contém a exposição da letra).

Segundo pensamos, o factor verdadeiramente distintivo entre a escola da glosa e a dos comentadores reside na valoração dos *iura propria*.

Os glosadores identificaram o direito positivo com o direito romano-canónico — ou tenderam a fazê-lo. Contemporâneos dos esforços do Império para a assunção de uma efectiva *potestas* relativamente ao orbe cristão no auge das lutas com o papado<sup>1</sup>, viram no ordenamento romano-canónico o direito dos dois gládios que governariam a cristandade, a ordem jurídica por excelência, à qual todas se deveriam conformar e, consequentemente, objecto de um estudo autónomo e preferencial. Fora dele não havia *lex* ou *ratio*, conforme a síntese expressa por uma fórmula genérica.

Ao contrário, os pós-glosadores — os acursianos e sobretudo os comentadores — assistiram ao ocaso do partido gibelino.

Concomitantemente com a vitória do papado, afirmou-se a recusa de uma série de príncipes e cidades reconhecerem a *iurisdictio* imperial<sup>2</sup>. Isso obrigou os juristas à conciliação e adaptação do direito romano — exaltado pela maioria dos glosadores como expressão do poder imperial — em função das novas condições de facto e dos ordenamentos jurídicos de todos esses «estados»<sup>3</sup>.

Esteve, portanto, em causa não uma diferença da metodologia hermenêutica das escolas — o instrumental e propósitos da execução —, que variou apenas de grau, mas a diferente maneira de encarar o objecto de análise em consequência de circunstâncias estranhas às próprias normas, ou seja, de vicissitudes políticas. De umas escolas para as outras mudaram não os processos de acção, mas o ponto de partida respectivo — e com isso naturalmente os objectivos de cada uma. Enquanto os glosadores

1. Cfr. *infra*, n.ºs 138 e s. 2. Cfr. *infra*, n.ºs 137 e s. 3. Cfr. *infra*, n.º 88.

visaram, em consequência das premissas adoptadas, uma consagração consagrante do *ius commune* como direito por antonomasia, as escolas subsequentes, sobretudo os comentadores, sem teoricamente renunciarem a essa concepção, privilegiaram a mútua integração entre ele e os *ius propria*.

A atenção dedicada pelos comentadores aos *ius propria* (estatutos), por nós tomada como característica da escola, apresenta-se tão vinculada que tem mesmo levado alguns autores a interpretações excessivas — mas, por isso mesmo, evidenciadas de tal facto. É o caso da tese subscrita por Molitor-Schlösser. Influenciados por uma pretensa hegemonia genérica dos direitos municipais e do direito canónico relativamente ao direito romano, de si legitimadora de uma aplicação de tais complexos jurídicos como direitos principais, estes autores sustentaram o reconhecimento pelos comentadores do carácter subsidiário do direito romano, enquanto princípio absoluto postulado pela necessidade de compatibilização com ordenamentos de formação posterior. O direito civil só se aplicaria quando não «predominasse» uma norma de direito estatutário (que deveria ser interpretada restritivamente, conforme o exposto na máxima «*statuta sunt stricte interpretanda*») ou em caso de lacuna do estatuto («*ubi cessat statutum, habet locum ius civile*»), (Molitor-Schlösser, 1980, 27). Improcedente pela demasiada simplificação e esquematismo que atribui ao pensamento da escola, esta construção não pode, porém, ser repudiada senão por isso mesmo; devendo reconhecer-se-lhe a preocupação de atentar em problemas que áquela se levantaram em função de fenómenos de índole política, correspondentes a pretensões de diversos graus das *civitates superior non recognoscens*, — e às quais se contrapunha a tradição imperial, configurada na *iurisdictio imperii*<sup>1</sup>, e a rejeição pelo direito romano, expressão tecnicamente superior da juridicidade.

1. Cfr. *infra*, n.ºs 137-140.

Em função de quanto fica escrito parece-nos preferível, para contrapor as escolas medievais, substituir por uma linguagem de conotação meramente cronológica, como é a de glosadores e pós-glosadores (com possível distinção dos acursianos), a terminologia hoje dominante de pós-glosadores e comentadores. Pelas mesmas razões, julgamos de rejeitar outras nomenclaturas tradutoras não de diferenças de acentuação entre as escolas, mas de uma pretendida essência. É o caso das aventadas designações de *práticos* ou *consulentes* propostas na doutrina para designar os comentadores.

86. «*Ars inveniendi*». Metodologia do operar das escolas medievais. Introdução — A metodologia dos glosadores e pós-glosadores apresenta-se nos predominantemente analítico-problemática. Vejamos cada um destes aspectos.

Relativamente ao primeiro: o jurista medieval aproximou-se da lei com o intuito essencial de determinar os preceitos não pela consideração da globalidade do ordenamento jurídico, através do qual e mediante processos de dedução lógica e pressupostos de coerência, correlativos à ideia de sistema, se chegaria à delimitação dos diferentes comandos — cuja enunciação constituiria apenas uma expressão particularizante do conjunto total —, mas vendo nestes algo de imediato, dotado de individualidade, a apreender em si mesmo. Os processos de correlação dos diferentes normativos não constituem, portanto, algo a atentar à partida, mas um simples instrumento mediato para fixar o preceito. Traduzem apenas expedientes exegéticos da individualização dos comandos. Numa palavra — o dado *a priori* para o jurista medieval não é o sistema jurídico, é a norma concreta.

Com esta afirmação não se pretende naturalmente repudiar a consideração de elementos sistemáticos na mentalidade jurídica medieval<sup>1</sup>. Quer-se, apenas, acentuar que eles correspondem a

1. Cfr. *supra*, n.º 84, a).

operações de segundo estágio ou grau, representando a aproximação em relação ao preceito individualizado o fenómeno imediato (pelo menos na expressão típica do operar dos juristas da época). Ao princípio era, pois, o preceito.

A fórmula que consignámos pode, aliás, esclarecer-se e documentar-se com quanto escrevemos sobre os diferentes géneros literários — e quer isso seja tomado na descrição histórica da passagem de uns para os outros, quer no próprio processo de composição dos mais amplos e globalizantes. No primeiro aspecto haverá a recordar o facto de, na sua grande maioria, serem eles derivados da *glosa*, em si mesma analítica e reportada a passagens e textos específicos. No segundo, a circunstância de as sumas, tratados e comentários, frequentemente e mesmo em épocas já tardias, resultarem da justaposição mais ou menos formal de textos de âmbito parcial ou limitado<sup>1</sup>. De resto, dever-se-á ter presente o facto de cronologicamente a fase inicial da jurisprudência medieval ter correspondido à hegemonia da *glosa*.

No tocante à segunda característica, que de certo modo é correlativa à primeira, explicá-la-emos com o exemplo de Bártolo. Segundo uma fonte medieval, este grande jurista primeiro decidia e depois de apurada a solução socorria-se de um amigo (*memoriosus*) para encontrar as fontes legais justificativas. Por isso, um autor moderno — Lombardi —, interrogando-se sobre se o trabalho dos juristas se traduzia em determinar as normas de conduta pelo reenvio para o repertório legal preexistente, ou seja, para as compilações legislativas, ou na respectiva «invenção», pronunciou-se decididamente pelo segundo termo da alternativa.

Para o jurista medieval a solução não se obtinha a partir da subsunção do facto à norma legal, mas pela ponderação das soluções possíveis. Em função destas era «achada» a norma aplicável, determinado o seu âmbito, estabelecida a interpretação competente<sup>2</sup>. A aplicação das leis tinha de ser controlada em

1. Cfr. *supra*, n.º 84, d), q). 2. Cfr. *supra*, n.º 84 e *infra*, n.º 87, b).

função das respectivas consequências face a critérios de justiça de direito natural e de conveniência ou utilidade. A legitimidade da solução, além de sempre estar dependente da pertinência e correlação dos processos com que fora encontrada, deveria ceder perante outra considerada como justificação superior, *verbi gratia* pela sua utilidade prática. Quanto escrevemos anteriormente em relação às *distinctiones*<sup>1</sup>, *quaestiones*<sup>2</sup> e *solutiones contrarium*<sup>3</sup> ajudará a compreender este aspecto. Importa mesmo assim determo-nos nele um pouco mais.

Enquanto o aspecto analítico antes referido por conexo, pelo menos num primeiro momento, ao texto legislativo parte de uma consideração gramatical deste, a vertente problemática do pensamento jurídico arranca de um conflito de interesses, senão real e explícito, pelo menos figurado ou pressuposto, para o qual se busca solução. Há, assim, que ponderar o caso por todos os ângulos e «controversisticamente», sopesar cada uma das posições no seu próprio mérito e em relação à que lhe é contraposta, saber se o ditame a propor deve sacrificar uma à outra ou tentar entre elas uma conciliação — e neste caso como e em que medida ou proporção prevalecerão as posições antagónicas. Daqui aquele procedimento de Bártolo antes referido e que não é senão um procedimento intuitivo. No tocante a ele será, porém, errado concebê-lo como algo de irracional ou desprovido de motivações. A intuição, enquanto conhecimento imediato; contrapõe-se, é certo, ao raciocínio ou conhecimento discursivo — mas não deixa de incorporar os parâmetros da lógica, valores, o quadro geral de que a solução constitui um aspecto ou fenómeno particular. Demonstra-o ainda o mencionado exemplo de Bártolo: a posterior fundamentação da solução representa o estabelecimento, ao invés, do raciocínio dela justificante. De resto, os estudiosos do processo mental dos juristas romanos — como Kaser — têm destacado o facto de a experiência e

1. Cfr. *supra*, n.º 84, h), i), d). 2. V. *supra*, n.º 84. 3. V. *supra*, n.º 84, e).

o estudo do direito constituírem uma das fontes da intuição jurídica.

As linhas anteriores não permitem a conclusão de todo o processo mental dos juristas medievais se haver radicado na intuição. Com elas quer-se apenas salientar a circunstância de isso ter sido facilitado em virtude de partirem, frequentemente, da análise de casos concretos (problemas) e de muitas vezes assim ter acontecido — mesmo quando na aparência se adopta o modelo do raciocínio discursivo — mediante a fusão intelectual de processos literários e lógicos com autonomia formal. Mas estes constituíram um frequente instrumental do jurista e, embora tenham sido muitas vezes utilizados em conjunto ou com certa mescla, podem, ao menos para efeitos de análise didáctica, serem considerados com independência. Antes de os referirmos, faremos ainda uma prevenção: eles correspondem aos processos que ainda hoje se utilizam tanto na prática como na ciência da construção jurídica.

**87. Elementos da «ars inveniendi»** — São essencialmente estes os elementos ou ingredientes da *Rechtsfindung* (*ars inveniendi*): a) *Leges*; b) *Rationes*; c) *Auctoritates*. Vejamos esquemáticamente cada um por si.

a) *Leges*. A ciência jurídica medieval — como, aliás, a nossa — é uma ciência de textos. A ideia de fonte formal<sup>1</sup> apresenta-se em si mesma elucidativa. O preceito encontra a sua expressão num texto, ou seja, tem uma forma escrita — o que tanto vale dizer: só se pode apreender o respectivo significado mediante os significantes. Estes obedecem, nomeadamente, às regras da gramática — a *ars* pela qual o espírito se exprime. Detenhamo-nos assim um pouco para melhor compreensão deste ponto essencial à superação daquelas posições que atribuem a séculos

1. V. *supra*, n.º 42.

de exegese jurídica medieval uma simples função literal, feita com divórcio do sentido e apenas de acordo com regras sintácticas. A isto acresce a necessidade de vincarmos que a separação entre *leges*, *rationes*, *auctoritates* é essencialmente formal. Numa ponderação substancial não se verifica essa simplicidade esquemática, pois a inteligibilidade das *leges* pressupõe operações mentais nas quais aqueles outros dois termos se encontram coenvolvidos ou que lhe são afins. A *lex* constitui, assim, apenas um elemento alcançável mediatamente.

Conforme tem sido destacado pelos estudiosos modernos da gramática, esta, como era concebida na Idade Média, não coincidia com a noção que dela temos hoje, bastante mais restrita, circumscrita como está à sintaxe e morfologia da frase. Várvaro aponta o facto de a tradição medieval haver acentuado na definição de gramática dada por Quintiliano («*recte loquendi scientiam et poetarum enarratione*», ou seja, «Ciência de falar correctamente e interpretação dos poetas»), o respectivo segundo termo, dizendo Rabano Mauro: «*Grammatica est scientia interpretandi: poetas atque historicos et recte scribendi loquendique ratio*» (a gramática é a ciência de interpretar os poetas e os historiadores e a disciplina de escrever e falar correctamente.)

Só a partir da segunda metade do século XIII esta concepção veio a ser posta em causa por uma visão logificante da gramática, hoje designada por gramática especulativa, falando a seu propósito Chenu de «*Sprachelehre*, (...) *disciplina típica à conjugação da gramática e da lógica*», e Curtius de «*lógica idiomática*».

Esta gramática especulativa visava, como escreve Vignaux, «para lá das particularidades linguísticas, dos acidentes, uma estrutura universal e trata das maneiras de significar — *de modis significandi*». Chega-se, assim, à ideia de uma gramática universal, comum a todas as línguas «porque a língua é a significação visível do espírito, e o espírito é idêntico em todos os tempos e em todos os lugares», segundo a síntese que Régis faz de tal orientação. Ela encontra, aliás, apoio e pode exprimir-se com

algumas proposições medievais consideradas modelares por Garin: «*Grammatica una et eadem est secundum substantiam in omnibus linguis licet accidentaliter varietur*» (a gramática é substancialmente uma e a mesma em todas as línguas, embora varie accidentalmente), «*sciens grammaticam in uno idiomate, sciant eam in alio*» (sabendo a gramática num idioma sabemo-la noutro), «*inventio grammaticae grammaticam praecedat; non ergo grammaticus sed philosophus proprie essendi appropriati diversis gener considerans, ex quibus modi essendi appropriati diversis rebus cognoscuntur; grammaticam inventi*» (a descoberta da gramática é anterior ao gramático; não foi, com efeito, o gramático, mas o filósofo aquele que — ao considerar com diligência a natureza das coisas, das quais se conhecem as formas de ser apropriadas — encontrou a gramática).

Neste quadro não admira que se tenha já escrito haver a Idade Média promovido a gramática à «*dignidade da disciplina filosófica*». Podê-lo-emos compreender melhor se atentarmos no ensinamento de John of Salisbury, autor cuja influência nos juristas está hoje comprovada, segundo o qual as regras da gramática nos permitem «*tanto receber como transmitir a sabedoria*» — visto consistirem em métodos directos e sintéticos para utilização da linguagem, dividida pela razão para facilitar a comunicação verbal, conforme ele próprio acentuou —, com elas se preparando o espírito para «compreender quanto pode ser significado com palavras», isto por um lado; por outro, tendo em atenção também os ensinamentos de um dos maiores lógicos medievais, Abelardo (m. 1142), cuja influência nos juristas está igualmente documentada. Numa distinção — «*ao gosto moderno*», como recentemente escreveram os Kneale — Abelardo separava a física, estudo dos factos, da lógica, estudo do sentido das palavras. Para Abelardo a lógica tratava da *oratio* enquanto veículo do raciocínio, nela se reflectindo sobre as convenções que «dão às palavras os sentidos que têm» e como estes variam nas diferentes posições.

A concepção descritiva da gramática dominou sobretudo até meados do século XIII, como dissemos já. A partir daí é o reino da gramática especulativa. Seria, porém, um erro conceber a predominância das escolas como uma verdadeira sucessão, a substituição total de uma pela outra.

Já na *Ars Disserendi* de Balshan (escrita em 1132) se apontava como objectivo da lógica o domínio da linguagem, de modo a não sermos enganados pelos sofismas. Em Bolonha, tomável como modelo das universidades nas quais predominava o ensino do direito, manteve-se sempre um pendor para incluir o estudo dos autores — poetas e prosadores — na gramática, ou seja, deu-se a esta uma feição descritiva, conforme o ensinado nomeadamente por Dalhaye. Para isso contribuiu, segundo crenos, o influxo retórico e a possibilidade de os autores fornecerem uma tónica interpretativa abundante e poderem ser utilizados como *auctoritates*<sup>1</sup>.

Desta forma a gramática ligava-se à lógica, dialéctica e retórica, tendo, a propósito da última, escrito Nicolau Tibin: «*(...) rethorica scientia, quae presupponit grammaticam*». Outro tanto vale dizer que o conhecimento da gramática pelos juristas, impossível de negar no quadro medieval, não só os levava à consideração lógica dos textos, mas lhes consentia dominá-los e abarcar as virtualidades do respectivo significado literal mediante o estudo dos modos significantes.

Chegados aqui, interessa ainda chamar a atenção para um ponto conexo, por relativo, também ele, ao carácter mediato das *leges* na *ars inveniendi*. Brugi — e, na sua esteira, Lombardi — vincou a circunstância de a própria invocação do preceito legal poder decorrer de um processo argumentativo paralelo à análise dos significantes, se tomarmos esta como a vimos. Com efeito, os preceitos legais podem ser citados «pura e simplesmente (*simpliciter*) quando decidem de modo expresso o caso; ou em

1. Cfr. *infra*, alínea c).

via de argumentação (*in argumentum*) quando a decisão aí fosse implícita», disse o primeiro daqueles autores. Nós preferíamos substituir as palavras «quando a decisão aí fosse implícita» pela ideia «quando tais textos pudessem ser utilizados para a descobrir», que tanto vale dizer, quando são tidos como meros meios ou instrumentos. Neste estádio as citações legais aproximam-se consideravelmente das *rationes* e *auctoritates*. Lombardi escreveu que elas constituem «qualquer coisa de intermédio entre as *leges* e as *rationes*». Pelo nosso lado, chamaríamos de novo a atenção para o esquematismo da separação dos elementos da *ars inveniendi*.

b) *Rationes*. Com este termo *rationes* designa Lombardi os argumentos de equidade — nós, anteportamos, de justiça —, de direito natural, de oportunidade e de lógica que «*não encontram o seu apoio num texto de lei humana e divina*». Para este escritor as *rationes*, frequentemente inerentes à argumentação espontânea dos juristas, formam «*a matéria da tópica ou ars inveniendi que é a parte mais conspícua dos tratados tardios de dialéctica legal*». Se nos parece certa a subsequente afirmação de Lombardi de que quanto maior for o recurso às *rationes* mais o ordenamento jurídico será *prudencial* e menos será *legal*, já temos dúvidas sobre a integral correcção do seu ensinamento quando apresenta as *rationes* como carentes de apoio em texto legal e quando as reconduz integralmente à tópica<sup>1</sup>. No tocante ao primeiro ponto, se, em certos casos, as *rationes* fundamentam uma solução *ilegal*, construída em sede exclusiva de justiça, utilidade ou racionalidade; se, noutros, é através delas que se censura o preceito textual, sobre o qual incide o juízo de desfavor e se justifica, portanto, um ditame *contra legem*; se, noutros ainda, se vai para além da lei mediante as operações discursivas morais e lógicas; se é, ainda, possível conceber as *rationes* como instrumentos interpretativos da própria lei — é também viável a

1.V. *infra*, alínea c).

utilização de preceitos legais de forma discursiva e, portanto, como elementos do raciocínio, desde que não aduzidos *sic et simpliciter*, mas argumentativamente. Neste sentido as *rationes* apoiam-se em citações legais.

Quanto ao segundo ponto: os elementos do discurso jurídico não se reduzem à tópica<sup>1</sup>. Eles implicam igualmente a consideração dos argumentos topicamente estabelecidos, mediante processos de lógica analítica e de lógica persuasiva. São temas que trataremos de seguida.

Desde a Antiguidade que se distingue ao lado do conhecimento certo e indiscutível, baseado em evidências necessárias de natureza objectiva (*ciência*), o conhecimento provável, não no sentido moderno e estatístico do que deve acontecer, mas na aceção de plausível e aceitável.

Provável era, assim, o que se ligava à opinião (*opinio*) concebida por Platão como faculdade de julgar segundo as aparências. Para o filósofo grego a opinião correspondia a um grau intermédio entre a ciência e a ignorância, esta incidindo sobre o *não ser*, aquela sobre o *ser*. Daqui o poder afirmar-se, de forma muito simplificada, corresponder o domínio da *opinio* ao do *talvez* (o que *pode ser*, *pode não ser*). Isso dava-lhe carácter hipotético, cabendo, consequentemente, ao conhecimento *opinativo* um grau inferior ao do científico.

Foram estas premissas acolhidas também por Aristóteles. O *Etagirita* contrapôs a uma lógica do indiscutivelmente necessário, e portanto necessariamente verdadeiro, a lógica de quanto não possuindo essa qualidade era apenas contingente, embora intrinsecamente apresentasse por si razões sérias de credibilidade. A primeira correspondia a quanto se tinha como provado; a segunda, ao que cumpria provar (*provável*) e susceptível, em consequência, de contradição. Nesta última «lógica» teorizavam-se os caminhos que permitiam à razão concluir por um

1. Cfr. *infra*, alínea c).

terno possível, embora sem certeza indiscutível da falsidade do termo antagónico (antes aceitando mesmo a possibilidade de ele ser verdadeiro), conforme ensinou um dos maiores discípulos medievais de Aristóteles, S. Tomás, assumível como paradigma da sua época. Sem a convicção moderna — hoje, aliás, em via de abjuração, se não já abjurada — da possibilidade de reduzir todo o conhecimento válido a proporções certas e necessárias, o pensamento medieval aceitou o conhecimento provável como insito a vastas zonas de actividade intelectual, delimitando-o pelo *necessariamente verdadeiro* e pelo *necessariamente falso*, aos quais se contrapunha. Consequentemente com tais premissas desenvolveu uma lógica probabilística (*ratio probabilis*), legitimante da *verdade provável* e determinante dos respectivos limites.

Interessa-nos, por agora, salientar desses cânones técnicos do pensamento que eles incidiram fortemente na teoria da *prova*, termo com o qual se queria designar todos os argumentos intelectuais (*preuves de raison*) susceptíveis de determinar o raciocínio e qualquer que fosse a respectiva força cogente. Esta dependência, quando o debate se deslocasse do plano intra-subjectivo, íntimo, para o plano intersubjectivo, do interlocutor ou do auditório-imaginário ou real —, pelo que a valoração da prova, como em última análise o conceito respectivo, resultaria da sua eficácia (aprovação ou credibilidade do argumento). Uma proposição provável não pode ser, portanto, «expressa em termos de *verdade ou falsidade*: ela admite vários graus de probabilidade e não está nunca excluída a probabilidade contrária», conforme escreveu Giuliani. «Nem todas as probabilidades estão no mesmo plano, não existe um princípio como que de equiprobabilidade; algumas probabilidades são preferidas por razões de carácter ético e a sua *preferência resulta* em relação a um sistema de valores, ao empenhamento na solução» — outro tanto se podendo dizer, no tocante a critérios de sentimento, economia ou similares. Partindo deles, como premissas apriorísticas de carac-

ter opinativo — note-se — é possível o recurso à prova (argumento) e, por isso, os procedimentos probatórios (argumentativos) inserem-se no campo da especulação filosófica pelo que «a própria filosofia se pode conceber — neste sentido — como uma *scientia probabilis*».

Quanto se diz para a filosofia, pode dizer-se para a teologia e para o próprio direito. Também este parte — ao menos em larga medida — de um sistema de valores opinativos, não se identificando com um somatório de proposições certas e necessárias. Está assim dominado por uma lógica do provável e não do necessário, pelo que as *verdades* respectivas carecem de *prova* (argumento).

Partindo do provável — e, portanto, em contraposição ao apodítico —, o pensamento clássico-medieval teorizou duas vias: a *retórica* e a *dialéctica*, cuja caracterização mútua e os respectivos limites nem sempre são fáceis de traçar, dependendo das épocas, e até mesmo dos autores, a maneira de os conceber. O quadro comum é, porém, enunciável *grosso modo* nas linhas que se seguem.

A dialéctica consiste na arte da discussão (*ars disserendi*). Assume uma feição dialógica, traduzindo-se no debate controversístico (*ars opponendi et respondendi*). Formalmente reveste um enunciado de proposições breves destinadas a conseguir a adesão do interlocutor para uma conclusão *prática* relativamente a «matérias de conduta humana social de carácter controverso» — de acordo com a síntese de Racasens Siches.

A retórica é a arte da persuasão, conforme resulta, aliás, de algumas definições célebres: «*Rhetorica*», escreveu Santo Isidro, Et. 2.1.2., «*est bene dicendi scientia, in civilibus quaestionibus [eloquentia copia] ad persuadendum iusta et bona.*» «*Rhetorica*», ensinou outro dos grandes divulgadores medievais da cultura antiga, Cassiodoro (2.2), «*dicitur a copia deductae locutionis influere. Ars autem rhetorica est (...) bene dicendi scientia in civilibus quaestionibus.*» Formalmente apresenta-se

sob a forma de discurso, susceptível de longos encadeados de conclusões (*epiqueremas* e *sortes*), incorporante de elementos de natureza psicológica — *verbi gratia* emocional — e atento ou moldado por considerações e regras estéticas.

A sua eficácia depende também da ausência de contradições internas à própria argumentação e «da força ou grau de probabilidade dos argumentos aduzidos», ou seja, da respectiva adequação à *forma mentis* dos destinatários.

A retórica pode, assim, ter-se como uma teoria da comunicação, quando reportada ao seu objecto formal, conforme o ensinado por Florescu. Mas traduz, como também acentua o mesmo autor, uma lógica de valores. Isto não só pela circunstância, já assinalada, de a eficácia do discurso depender materialmente dos tópicos aduzidos, mas ainda pelo facto de estes serem ou não relevantes em função do quadro axiológico aceite em cada época — e, portanto, histórico. Além disso, enquanto arte da persuasão, os limites da retórica só podem ser estabelecidos valorativamente. A aceitação como legítima de uma argumentação enganosa, mas susceptível de provocar um resultado postulado pela justiça e inalcançável de outro modo, é a este respeito elucidativa.

Na filosofia grega — de Zenão — a dialéctica foi comparada a um punho fechado, a retórica a uma mão aberta. A imaginação medieval representou a primeira com o vulto de uma imaculada mulher armada de agressivo punhal; a segunda, sob a forma de uma amena e sedutora figura feminina. Estas comparações ajudarão a compreender a diferença entre duas artes que têm de comum o prosseguirem o estabelecimento de regras relativas à extracção de consequências a partir de premissas meramente prováveis.

Quanto fica dito, carece, todavia, de algumas precisões. Normalmente, aponta-se à dialéctica um rigor superior ao da retórica. Aquela não elidiria nenhum passo da argumentação e teria a expressão dedutiva paradigmática no silogismo (divergente do

silogismo analítico apenas no facto de partir de premissas cuja verdade ou falsidade não podem ser verificadas) e a indutiva na chamada indução total. A retórica operaria dedutivamente com o entimema ou silogismo imperfeito — o qual, ao pressupor apenas a premissa maior e prescindindo de a enunciar, não se reveste da mesma precisão — e utilizaria, como instrumento indutivo, o mero exemplo. Por isso, a dialéctica foi concebida enquanto arte de exercício reservado para os sábios ou iniciados e o retórico como o cultor de uma via cujo destinatário era o vulgo. Neste sentido Platão declarou a dialéctica prévia à retórica e consistente numa demonstração de conclusões privadamente estabelecidas. Aristóteles, por seu turno, justificou o uso do entimema pelo retórico como forma de poupar ao *demos* as longas demonstrações para que se não encontrava habilitado, dando-se como adquirido *a priori* quanto por ele se pressupunha aceite.

Sem contraditar o superior carácter formal da dialéctica, parece-nos imprecidente a consideração do silogismo como a ela exclusivo. Algumas fontes, quer clássicas quer medievais, atribuem o uso desse instrumento também à retórica (silogismo retórico) e mesmo à poesia, arte antistrófica daquela. A retórica não reduziu igualmente a indução ao uso de exemplos. Por outro lado, não é possível circunscrever a dialéctica a uma combinação de premissas prováveis com meios analíticos. Demonstra-o o facto de Rogério Bacon ter apresentado sob o *nomen* dialéctica, além da argumentação que parte de *premissas* prováveis, a construção de juízos fundados em *argumentos* simplesmente prováveis. É ponto que não podemos analisar em detalhe por isso implicar uma análise da terminologia dos textos incompatível com o âmbito destas páginas, importando apenas salientar o facto de a conclusão dialéctica não impor a exclusão de outra contrária ou a formação de um diverso silogismo.

b) *Rationes*. (Cont.) — A historiografia jurídica moderna tem posto em destaque o conhecimento da dialéctica tanto pelos

glosadores como pelos juristas posteriores — e a aplicação das respectivas regras nos seus escritos<sup>1</sup>. Não faltam hoje, também, vozes que proclamam mesmo um uso imoderado desta arte por parte dos juristas, que aliás debateram entre si a legitimidade e os limites de tal procedimento. Alberico de Rosate<sup>2</sup> e o seu contemporâneo Lucas de Penna denunciaram os exageros da aplicação da dialéctica no raciocínio jurídico. O segundo criticou mesmo a elevação da dialéctica, praticada no seu tempo, de simples *modus sciendi* a *scientia*. Era um protesto contra a demasiada formalização do pensamento jurídico, em prejuízo dos valores (virtudes).

Ao contrário, a influência da retórica no discurso jurídico medieval está ainda longe de suficientemente investigada, apesar de se apontar com frequência na biografia dos prudentes coevos à realização de estudos e a posse de conhecimentos retóricos.

O facto de, a partir do século XVI, — e em virtude de Ramus ter atentado sobretudo na sua vertente estética — a retórica ser progressivamente entendida como uma teoria literária, aliás sediciosa para o nosso gosto contemporâneo pelo funcional e pela originalidade, levou ao esbatimento da sua índole material de lógica de valores, — para o que contribuiu também, de forma decisiva, a posterior hegemonia do positivismo, de si avesso às preocupações axiológicas. Só modernamente os estudiosos da lógica probabilística encetaram a reabilitação da retórica como elemento insito no pensar dos juristas.

No campo da historiografia, não obstante alguns reflexos de tais orientações, é, assim, relativamente escasso o pectúlio retórico reconhecido nas obras medievais. Normalmente a influência retórica é identificada com a redacção dos prólogos e dedicatórias, proclamações dos autores nos finais das obras, alguns tropos literários, citações de escritores não juristas, sobretudo representantes da cultura antiga, para fundamentar, mediante o

1. Cfr. *supra*, n.ºs 84, 84 e), 84 i), *et passim*. 2. Sobre este jurista cfr. *supra*, n.º 80.

respectivo exemplo, uma ou outra asserção. O juízo emitido pelo grande Savigny (n. 1779 — m. 1861) sobre o processo mental dos juristas medievos — cujas obras acusava de leitura odiosa pela constante prática dos processos dialécticos — não encontrará muitos críticos para o repudiarem.

Sém contestarmos o saldo retórico que fica descrito — parecem-nos que ele atenta no menos importante. Embora quanto possuímos sobre as peças dos advogados e o registo de audiências seja muito escasso e as sentenças da época não contenham exposições de motivos (fundamentação jurídica), alguns documentos forenses revelam-nos um uso dos processos retóricos que as necessidades da persuasão judicial levam a admitir por manifestações de uma metodologia decerto generalizada. Aquele superamento da interpretação literal que assinalamos como praticado pela jurisprudência medieval<sup>1</sup> há-de ter sido também influenciado pela retórica. Por um lado, o tipo de argumentação retórica não era de molde a consentir o acompanhamento de textos *pari passu*, como seria exigido por uma exegese meramente literal, consideração esta tanto mais relevante quanto o ensino universitário se configurou de forma essencialmente oral e, como vimos, muitas obras escritas nele se baseavam ou o reproduziam<sup>2</sup>. Por outro lado, a preocupação retórica pelos valores (ou seja, na terminologia da época, as virtudes) que conduzia a contrastar pelos seus ditames os resultados da hermenêutica dos textos — afastando-a ou não em conformidade com o postulado pela justiça, pela prudência, etc., e pelo direito natural — levava necessariamente à consideração mais da *ratio* dos textos que da sua expressão. De resto, a tradição herdada dos precedentes retóricos clássicos — qualquer que haja sido a influência directa da arte retórica nos prudentes romanos, matéria hoje em discussão — consagrava a dicotomia *littera-espirito*, como actualmente se diria (*littera e sententia*)<sup>3</sup>.

1. V. *supra*, n.º 85. a), 84, q) e 85.

2. Cfr. *supra*, n.ºs 84 i) e 84 q).

3. Cfr. *supra*, n.º 84.

A tudo acresce a circunstância de a adequação do raciocínio jurídico, à justiça e às demais virtudes não poder deixar de introduzir nela uma consideração retórica, pois estas são insusceptíveis de demonstração analítica — ou seja, da lógica da pura inferência — requerendo uma argumentação metalógica, baseada nomeadamente no paradigma das grandes figuras e exemplos históricos — tendo o exemplo constituído, conforme assinalámos, um instrumento retórico. Para isso já chamou a atenção o ius-filósofo espanhol Racasens Siches, ao evidenciar a impossibilidade de conceber o direito como um sistema lógico, assim se explicando a enumeração de episódios sentenciosos e de máximas de vultos clássicos e de padres e doutores da Igreja frequente nas dissertações jurídicas.

De resto, a retórica pode também ser comprovada nos textos jurídicos com o frequente uso de epígrafos, sôites e, sobretudo, entimemas. Aqui o facto de os juristas compartilharem um património comum historicamente aceite permitia a suposição de premissas, sem a necessidade formal da respectiva enunciação.

Muito do que se atribui à dialéctica é, na realidade, retórico, cabendo àquela, sobretudo em matérias polémicas. Kriele chamou mesmo recentemente a atenção para o papel dominante da retórica na argumentação jurídica medieval.

Mediante a dialéctica e a retórica a *lectio* dos textos converte-se — como recentemente se escreveu entre nós — em *quaestio*, abrindo o caminho para a *solutio* determinativa (*determinatio*)<sup>1</sup>. Isso nos explica a prudencialização do direito e a sobreposição do jurista ao legislador.

Cícero, cuja lição vai ser repetida pela Idade Média, definiu a argumentação como desenvolvimento de argumentos, «*explicitio argumenti argumentatio*» (PO., XII. 46). Isto evidencia-nos que tanto a dialéctica como a retórica, enquanto lógicas do provável, pressupõem e arrancam de um arte prévia e comum: a

1. Cfr. *supra*, n.º 84, i), 84, q).

tópica, ou arte de encontrar argumentos (*ars inveniendi*) (Top. II. 6), seja qual for a matéria a deliberar. Reportando-se à noção ciceroniana, um autor alemão dos nossos dias — Zielinsky — desenvolveu-a em termos que para melhor compreensão aqui reproduzimos: «Arte de invocar em qualquer situação da vida as razões que aconselham ou dissuadem certo passo, ponderadas as razões num e noutro sentido, ou seja, as razões positivas e as negativas.» A tónica liga-se, assim, ao domínio do deliberativo e, portanto, a problemas — ou seja, a questões que consentem mais de uma resposta. Daqui a sua radicação no provável. Cícero ensinou-o também expressamente ao definir *argumento* como uma razão plausível de convencimento construída a partir de tópicos (PO., II. 5).

A consideração tónica do problema implica, portanto, o levantamento de todas as razões que ele é susceptível de motivar. Numa linguagem figurativa diríamos importar isso no encará-lo de todos os modos e por todos os lados. Em virtude de tal circunstancialismo se diz frequentemente que a tónica resulta numa recolha de materiais colhíveis no andar à volta das questões. Esta ideia melhor se evidenciará referindo que a maneira como se vê depende da posição de onde se vê. O réu não vê o tema do processo da forma pelo qual o vê o autor. Cada um aduz tópicos diferentes de solução — o que simultaneamente ilustra o estabelecimento da equivalência entre tópico (*topos*) e lugar (*locus*), por um lado; e, pelo outro, o carácter pré-lógico ou alógico da tónica, destacado por alguns autores modernos como Viehweg e Kriele. Com efeito, a selecção de entre os argumentos possíveis daquele que será argumentativamente desenvolvido (isto é, dialéctica ou retoricamente trabalhado), depende de considerações pertinentes à própria finalidade da argumentação (nomeadamente de razões de utilidade, de juízos ditados pelas virtudes, etc.). Por isso, se tem destacado igualmente que a premissa do silogismo dialéctico-retórico condiciona a respectiva conclusão — e que esta determina a escolha daquela.

Para explicar a adopção do termo lugar (*locus*) como sede de argumentos tem-se, aliás, usado uma outra ideia. Assim como no mundo físico quem procura um objecto perdido o encontrará rapidamente se souber onde procurar, também quem busca um argumento o descobrirá com facilidade indagando no *síto* certo. Qual ele seja traduz-se na teoria dos *loci* (lugares) ou tópicos. Por tal razão Cícero — e depois dele a Idade Média — fala indiferentemente em *locus* (lugar) como argumento e «depósito» de argumentos.

É esta última aceção que por agora nos interessa. Quais são esses «depósitos» de argumentos usados pela retórica e dialéctica medievais e adoptados pelos juristas coevos — e que continuamos a usar quotidianamente? A tónica separa os relativos à *matéria* em análise dos que lhe são extrínsecos. Estes respeitam à *auctoritas* (que trataremos na alínea seguinte), aqueles respeitam ao todo ou a determinadas *relações* dele. No primeiro caso, ou se toma o todo em si mesmo (definição) ou a sua designação (consideração etimológica). Quando se ponderam as *relações* ou se atenta nos nexos linguísticos (afinidades terminológicas) ou em conexões de: a) género; b) espécie; c) similitude; d) diferença; e) opposição (*ex contrario*); f) analogia; g) antecedência e consequência; h) causalidade (*ab efficientibus*); i) efeito (*ab effectis*); j) comparação (mais, menos e igualdade). Cícero ensinou que estes *lugares* permitem encontrar ou descobrir todos os argumentos, como as letras consentem formar todas as palavras (*Top.*, IV. 25).

A tónica que referimos traduz-se numa metodologia do processo de encontrar as premissas da argumentação («*ein praemissensuchendes Verfahren*», como disse Viehweg). É, por isso, uma tónica essencialmente formal (*formal Topik*), podendo qualificar-se os respectivos *loci* como *lugares-comuns*. A seu lado perfila-se, todavia, uma tónica material, específica de cada tipo particular de discurso, nomeadamente do discurso jurídico. Os respectivos lugares são como que o fruto de uma *cristalização*

daquela, algo que translaticia e paulatinamente se vai adquirindo. De forma imaginosa poderíamos dizer que ela é a recolha de resultados empiricamente comprovados, provenientes da aplicação da tónica formal em casos jurídicos concretos e que, guardados em «depósito», aumentam de credibilidade pela sua utilização, transformando-se em argumentos (*inhaltliche Topik*). Neste sentido, cada tópico é o produto de uma cultura e, portanto, de um momento histórico determinado, conforme o acentuado por Degadt e Broekman. Isso ilustra-nos a adição de tópicos feita pelas diferentes épocas ao património anterior, a supressão de outros, a diversa hierarquia que se estabelece entre os coexistentes e explica-nos, também, a alogicidade desses lugares próprios do pensamento jurídico — «o lugar próprio é uma forma de inferência composta de constantes extralógicas», escreveu Degadt.

Em síntese: enquanto a tónica formal constitui um procedimento de descoberta de premissas dialéctico-retóricas, ou seja, uma fórmula de investigação de si intemporal, a tónica material, essa, representa a reunião de máximas de carácter perceptivo e, portanto, rectoras da conduta (*verbi gratia* brocardos) de acordo com o salientado por Pater. Daí a elaboração de listas respectivas, muitas vezes organizadas alfabeticamente e designadas sob o nome de *reportorium*, ou outro semelhante: *thesaurus*, *collectanea*, *synagma*, *liber oppinionum*, etc.

O jurista medieval, como o jurista romano ou o dos nossos dias, utiliza no seu operar, além de motivos lógico-formais, correspondentes a matérias extrajurídicas sobre as quais exerce o seu raciocínio ou postulados pela necessidade de evitar contradições ou outros vícios do pensamento, essencialmente *rationes* que consubstanciam não postulados *racionais* mas apenas *razoáveis*.

c) *Auctoritates*. A aceitação como premissas de asserções que em si mesmas não consentem a demonstração da respectiva verdade ou falsidade e cuja legitimidade provém unicamente da

sua probabilidade, coloca o problema de qual o critério para julgar a credibilidade por elas merecida. Aristóteles, que ilustrou este aspecto contrapondo a *dialéctica* à *sofística*, resolveu-o separando as opiniões — correspondentes àquela — das simples *aparências* de opiniões — que se identificariam com esta. A opinião traduzia o ponto de vista — passe o francesismo por expressivo — de todos os homens, da maioria deles ou dos mais sábios. Como a primeira hipótese é, ao menos tendencialmente, apenas teórica e a segunda só verificável em circunstâncias específicas, alheias ao trabalho intelectual, o pensar por opiniões importa uma referência à *auctoritas* dos depoimentos e, portanto, dos autores que em cada caso se pronunciaram<sup>1</sup>.

Chenu demonstrou, face a textos romanos, que o termo *auctoritas* designava a intervenção daquele que affiançava ou garantia algo, ou seja, de quem era digno de crédito. Por isso Álvaro D'Ors viu na *auctoritas* um saber socialmente reconhecido<sup>2</sup>. A *opinião* traduzia o ensinamento de um douto — daquele, portanto, que era perito numa arte e cujo testemunho de vivência e experiência respectiva se aduzia para dar credibilidade a uma asserção insusceptível de demonstração em termos de verdade ou falsidade, de si impeditivos de qualquer discussão. O pensamento por opiniões traduz, assim e em última análise, um pensamento de peritos (doutores). Como, porém, entre o círculo destes pode haver divergências, em função de eles próprios, alguns deles «garantirem» proposições apenas prováveis, torna-se necessário averiguar a possibilidade de conciliação entre as diferentes formulações. Daqui uma série de processos de hierarquização das opiniões, dos quais nos interessa salientar o da *opinião comum dos doutores*, a propósito da qual aludiremos a outros.

Traduz-se a *communis opinio*, numa primeira e mais simples formulação, na ideia de que se deve seguir o parecer que tiver

1. Cfr. *supra*, n.º 84, c). 2. Cfr. *supra*, n.º 75.

por si o maior número de doutores, que recolher um sufrágio ou *consenso* mais amplo — ou, como diria Baldo: «Onde há diversas opiniões dos mestres, deve seguir-se a opinião que se comprova com o testemunho de maior número» (*cubi sunt diversae opiniones magistrorum debet stari illi opinioni quae plurimum testimonio comprobatur*). Daqui a recolha de opiniões que iria ser praticada ao longo de grande parte da Idade Média, mas cujo momento ascensional se dará a partir de Bártolo, que não só teorizou o processo como o praticou concretamente.

Por vezes, tem-se visto no apuramento da *opinião comum* uma simples operação quantitativa, reconduzindo-a à opinião que fosse sufragada por mais doutores, com alheamento de qualquer aspecto qualitativo, ou seja, prescindindo de toda a hierarquização de depoimentos. Só o humanismo jurídico haveria chegado a esta última construção.

Não nos parece legítimo tal ensinamento. As opiniões foram analisadas não só em função dos respectivos autores, como em si mesmas. Assim, discutia-se a admissibilidade, e — concedida esta — qual o valor das asserções de santos, filósofos, poetas, gramáticos, etc., quando invocados no discurso jurídico. Relativamente aos juristas também se distinguiu entre canonistas e legistas, doutores antigos e doutores novos, por exemplo, o que se foi frequente e talvez essencialmente feito em consideração de prerrogativas honoríficas, não deixou de se projectar no campo da *auctoritas*. Aliás, as próprias características individuais dos juristas, o seu *curriculum* e a sua obra — o grau de especialização, diríamos hoje —, pode a perceber-se nos epítetos que antonomasticamente lhes foram concedidos. Os reservados a Bártolo<sup>1</sup>, por exemplo, denotam bem o superior peso da *opinião Bartoli* em confronto com a de qualquer outro jurista<sup>2</sup>.

No tocante não ao subscritor da proposição mas a esta mesma também se traçou uma casuística variada, ponderando-se

1. Cfr. *supra*, n.º 82.

2. Sobre a dialéctica *número-qualidade* cfr. também os n.ºs 157, 169, 183 e 189.

desde a forma da respectiva emissão<sup>1</sup>, ao intuito do autor ao subcrevê-la «*ex professo*» ou incidentalmente (*incidenter tantum*) — passando naturalmente pela extensão lógica respectiva. Neste campo, o grande meio utilizado foi o da *divisio*<sup>2</sup>. As proposições entre si antagónicas eram parceladas por tal forma que delas resultava uma série de enunciados, cada um com uma espécie de competência própria, como já alguém escreveu de forma sugestiva, — e passíveis, portanto, de hierarquização particular, capaz de dirimir a contradição dos enunciados gerais.

Só pois posteriormente à constatação da autoridade particular dos juristas e da impossibilidade de hierarquizar as opiniões ou de as conciliar é que se lançava mão da operação registada nos textos da contagem dos subscritores de cada orientação. Decerto que neles se não encontra esse condicionalismo expressamente referido, aludindo-se (como vimos no texto de Baldo acima recortado<sup>3</sup>), apenas à operação estatística de levantamento das vezes apoiantes de cada solução. Pressupõe-se, porém<sup>4</sup>. A elisão explica-se mesmo pela inelégancia de qualquer referência formal, pois o tópico da opinião comum não representava senão um *locus* (lugar) determinado e, portanto, inseria-se no conjunto destes, com o qual se conjugava.

A opinião comum dos doutores, enquanto simples tópico, não tinha em si a virtude de tornar certa ou evidente a solução advocada. O seu papel era mais modesto e circunscrito ao domínio do provável. Isto porque não possuindo qualquer doutor mais do que uma *autoritas probabilis* não o tinha o conjunto destes. Mesmo a *Magna Glosa* carecia de autoridade de índole superior e os próprios livros aprovados pelas escolas para o ensino da jurisprudência não constituíam autoridades necessárias (*authoritates necessariae*). Em vez do dogmatismo que se atribui ao pensamento medievo, este estruturava-se, através da adopção do

1. Cf. *supra*, n.º 84, c).

2. Cf. *supra*, n.º 84, h).

3. Cf. *supra*, n.º 87, c).

4. Cf. *infra*, n.º 94.

pensar probabilístico, em patente humildade intelectual que raiava pelo ceticismo metodológico, precursor de Descartes com a sua dúvida metódica. Percebê-lo-á quem tiver presente haver a jurisprudência da época dividido, com vista a fixar o valor das diferentes *opiniones* presupostas pelo pensar probabilístico inerente ao raciocínio jurídico, as autoridades em *aprobatae* (*leges et canones*) e *nec aprobatae nec reprobatæ* — a saber, meramente enunciativas ou recitativas (histórias e crónicas) ou *quæ procedente disponendo et determinando*, com duas subcategorias, as *aprobatae in studiis* (Aristóteles, Hipócrates...) e as *non aprobatae in studiis* (*doctores*, ou seja, canonistas e civilistas), segundo o esquema de Bártolo, que traduz a doutrina anterior e será recolhido pela posterior. Os juristas deveriam ser acatados apenas como peritos de uma «*ars*» — ou seja, a opinião de cada doutor não era tida como necessária, mas apenas provável e, portanto, sujeita ao contraste com a dos demais homens do *métier* — conforme se pode documentar com uma afirmação de Cino de Pistóia: «Disseram-no os doutores da Glosa e mesmo Odofredo. E por muitos que fossem a afirmá-lo, ainda que mil, todos errariam». Tratava-se, aliás, de ensinamentos conformes à posição translatícia fora das escolas jurídicas. Honório de Autun escrevera muito antes: «Não há autoridade senão a da verdade, provada pela razão». Gilberto de Tournai dissera também: «Os que escreveram antes de nós não são senhores, mas guias. A verdade está aberta a todos, porque nunca foi possuída totalmente». E quantos outros depoimentos, de leigos ou de juristas, se poderiam referir...

Só não era o livre exame levado ao mais extremado individualismo pelo facto de a mesma porta que o abria — o valor apenas *provável* da opinião — contribuir, simultaneamente, para o cerrar, na medida em que, enquanto provável, a opinião continha uma presunção de verdade. «Aquilo que a Glosa esta-tui deve ser mantido, pois nas decisões das glosas raramente se encontram erros», afirmou Baldo — aliás, sem qualquer origi-

nalidade. Daqui a recolha sistemática das diferentes opiniões, tidas como comuns, emitidas a propósito dos diversos assuntos e por vezes contraditórias. Era um processo de economia de trabalho, destinado a facilitar a investigação e o raciocínio, dispensando a busca de sentenças (*opiniones*) muitas vezes proferidas de forma esparsa pelos doutores, ao comentarem textos ou quando da resolução do caso concreto. Sirva-nos de exemplos o *Liber Opinionum* do português João de Deus<sup>1</sup>. Redigido com o propósito de fixar as diferentes opiniões, cuja variedade e contradições tornavam difícil o estabelecimento da verdade [«(...) *item difficile potest in tot opinionibus varias veritas apprehendi quare per servum studii generalis, Johanne de deo, fecimus varietates maiores opinionum in uno volumine redigi*»] foi submetido pelo autor ao Papa, para este aprovar as disso mecedoras e reprovar as que se impusesse («*approbandas approbare et improbandas improbare*»).

A *auctoritas* dos juristas — comum ou própria — enquanto tópico, funcionou, aliás, como determinante do processo de busca de argumentos; antes referido. Com efeito, perante a multiplicidade de normas aplicáveis a cada caso — concurso normativo, como hoje se diz — a escolha da efectivamente aplicada foi o fruto das justificações dos doutores. Mas não constituiu esse apenas o respectivo papel. A norma, quando não resolvesse *simpliciter* o caso, implica na sua aplicação, enquanto tradutora de premissas gerais, uma adaptação às reduzidas dimensões daquele, que pode ser feita com recurso a mais de um tópico formal — por maioria de razão, por paridade de razão, a *contrario*, etc. Ora, a escolha de qual deve ser adoptado — e a menos que o texto se situe fora da zona da argumentação<sup>2</sup> e resolva *simpliciter* o caso, o que só raramente acontece — apresenta um carácter meramente prologico, sendo justificável, portanto, apenas em termos dialécticos-retóricos e na base de

1. Cfr. *supra*, n.ºs 45 e 49.

2. Cfr. *supra*, n.º 87, b).

justificações tópicas, nomeadamente pela consideração da consequência — desejável ou indesejável — a que conduz. A *auctoritas* dos juristas, enquanto tradutora das experiências precedentes, funciona neste caso como elemento legitimante do tópico formal escolhido para base da argumentação probabilística posterior. Ainda aqui se revela a importância do direito prudencial, sabido, como é, que o carácter geral da norma implica uma passagem ao caso concreto que não encontra nela mesma factores possibilitantes.

#### 88. O direito romano medieval como direito prudencial. Conclusão e síntese — Atentas estas considerações, compreender-se-á a natureza revestida pelo direito romano durante o período agora em causa e como ele constituiu um módulo da ciência do direito (*scientia iuris*), através da interpretação dos prudentes (*interpretatio prudentium*) e não do poder da lei (*potestas legislativa*).

A tal respeito deve o estudante ter bem presente a circunstância de o *Corpus Justinianeu* representar a ordem normativa de um imperador, falecido havia cerca de seis séculos, cujo poder se não exercera sobre a generalidade dos países que constituem a maior parte da Europa Ocidental e que, mesmo onde logrou impor-se, só o conseguiu fugazmente<sup>1</sup>. É certo que o Império foi renovado, como já houve oportunidade de sublinhar<sup>2</sup>, na pessoa de Carlos Magno, e que dos francos se trasladou aos germanos; como indubitável é também que os imperadores medievais se arrogaram, como continuadores e sucessores dos antigos imperadores romanos, da jurisdição universal. A *iurisdictio imperii* porém, encontrou pela frente as afirmações de autonomia e independência dos vários príncipes<sup>3</sup>. Naufragou ante a reivindicação da isenção relativamente ao Império (*exemptio imperii*), feita nos

1. Cfr. *supra*, n.º 77.

2. Cfr. *supra*, n.º 78.

3. Cfr. *infra*, n.ºs 137 e s.

diversos territórios. Assim, se o direito romano se apresenta como *direito comum* (*ius commune*) ao longo dos séculos que decorrem de Irénio até ao fim da Idade Média, resulta isso não do poder imperial, mas do trabalho científico dos prudentes. São estes que o impõem como «lei geral de todos» (*lex omnium generalis*). Daí a afirmação de que em linguagem corrente o direito comum abrange também a interpretação dos doutores — «vulgarmente falando, por direito comum entende-se também toda a interpretação dos doutores» (*vulgariter loquendo per ius commune intelligitur quoque omnis doctorum interpretatio*).

É precisamente por influência dos doutores que o direito romano justinianeu será reelaborado em termos de adequação às necessidades medievais, de tal modo que adquira novo sentido. Os juristas maneja-lo-ão em concurrência com o direito canónico e com os direitos locais — *iura propria* — para obterem um ordenamento eficaz em termos de realidade. Estabelecem, com base no direito romano, uma interpenetração de ordenamentos jurídicos de que sairá esse quase que terceiro género que é o *ius commune*. Alguns autores têm chegado a ver no *ius commune* uma fusão dos diversos elementos, sobretudo do direito romano e do canónico, indo Francesco Calasso até ao ponto de afirmar que o *ius commune* representa um *sistema legislativo*. Semelhantes modos de ver, porém, não colhem, como ainda há pouco mostraram Giovanni Cassandro e Bruno Paradisi. O direito romano e o direito canónico actuaram reciprocamente um sobre o outro em relação de concorrência e em relação de conjugação, consoante as épocas, as próprias relações entre os poderes e as ideologias. Houve *dialéctica* e *sinbiose*, mas não  *fusão*. Trata-se de dois direitos diversos (*utrumque ius*), e não de um direito (*unum ius*). O direito comum é direito romano ampliado, modificado, transformado pela *interpretatio doctorum*, mas direito romano. *Ampliações* e *limitações* não lhe retiram a qualidade. «Quando os juristas», diz Giovanni Cassandro, «adoptam o

termo *ius commune*, em regra pensam no direito romano, não no *utrumque ius*.» *Ius commune* é *ius commune romanum*!

Tal foi o direito — e tais os seus factores — que, materialmente recebido em Portugal — num fenómeno de aculturação extremamente significativo e transcendente relativamente ao País —, será formalmente teorizado pelos nossos monarcas como inerente à respectiva *potestas*, e assim deles dependente (*ius regni*).

**BIBLIOGRAFIA** — 1. Para os aspectos gerais, caracterização das escolas e tipos de literatura jurídica v., entre a inesgotável bibliografia: RUY DE ALBUQUERQUE, *Sete Pareceres de Mestres de Bolonha e Pádua sobre a Sucessão do Morgadio de Góis* (1408), em publicação; Astuti, «La 'Glosa' Accursiana», in *ACISA*, II, 1968 e *L'Europa del Diritto Comune*, Roma, 1994; R. BAROIORI, *Dino da Mugello*, Florença, 1920; FERNANDEZ BARREIRO, *Derecho Común y Derechos Nacionales en la Cultura Jurídica Europea*, La Coruña, 1991; BELLONO, *Aspetti dell'Insegnamento Giuridico nella Università Medievale*, R. Calabria, 1974; *Saggio sull'Università nell'Età del Diritto Comune*, Catânia, 1979; *L'Europa del Diritto Comune*, Roma, 1994; BESTA, *Fonti: Legislazione e Scienza Giuridica dalla Caduta dell'Impero Romano al Secolo Decimo-quinto*, Milão, 1925 (= *Storia del Diritto Italiano*, publicada sob a direcção de Del Giudice); e *L'Opera di Irnerio*, Turim, 1986; BRUGI, «Il Metodo dei Glossatori Bolognesi» em *Studi in Onore di S. Riccobono*, Palermo, 1936, I; CALASSO, *Introduzione al Diritto Comune*, Milão, 1951; e *Medioevo del Diritto*, Milão, 1954, I; CANNATA, *Lineamenti di Storia della Giurisprudenza Europea*, Turim, 1976; MARIO CARAVALE, *Ordinamenti Giuridici dell'Europa Medievale*, Bolonha 1994; F. CARPINTERO, «En Torno al Método de los Juristas Medievales», in *AHDE*, LII, 1982; CASSANDRO, *Lezioni di Diritto Comune*, Nápoles, 1971; CAVANA, *Storia del Diritto Moderno in Europa*, Milão, 1979; CHÉVRIER, «Sur l'Art de l'Argumentation chez Quelques Romanistes Médiévaux au XII<sup>e</sup> et au XIII<sup>e</sup> Siècle», in *APD*, 1966; CHIAZZESE, «Vicende e Interpretazione delle Fonti Romane in Occidente», in *Annali del Sem. Giur. della Univ. Palermo*, XXXIII; CLAVERO, *Temas de Historia del Derecho Común*, Sevilha, 1977; e *Institución Histórica del Derecho*, Madrid, 1992; CONG, *Derecho Privado Europeo*, trad. esp. de 1996, Madrid, I; W. ENGLEMANN, *Die Wiedergeburt der Rechtskultur in Italien durch die wissenschaftliche Lehre*, Leipzig, 1938; G. ERMINI, «L'Educazione del Giurista nella Tradizione del 'Diritto Comu-

I. V. *infra*, n.º 125.

ne'», in *L'Educazione Giuridica*, II, *Profil Sotorici*, Perúsia, 1979; J.A. ESCUDERO, *Curso de Historia del Derecho*, Madrid, 1990; FERNANDEZ ESPINAR, *Fuentes del Derecho Histórico Español*, Madrid, 1985; J. A. ALEJANDRO GARCÍA, *Temas de Historia del Derecho: Derecho Primitivo y Romanización Jurídica*, Sevilla, 1977; GENZMER, «I Glossator», in *Arch. Jur.*, 1938 e «Völbilder für die Distinctionen der Glossatoren», in *ACII*, II; GIBERT, *Elementos Formativos del Derecho en Europa. Germánico, Romano, Cándico*, Granada, 1975; *Ius Romanum Medii Aevi*, ob. col., Milão — em curso de publicação; GORDON, «Cinus and Pierre de Belleperche», in *Daube Noster*, Edinburg, 1974; P. GROSSI, *L'Ordine Giuridico Medievale*, Roma-Bari, 1966; MAFALDA V. DIAZ-MELIAN DE HANISCH, «Derecho Común. Algunas Referencias sobre 'Los Glosadores' y 'Comentatistas'», in *DCE*; HORN, «Philosophie in der Jurisprudenz der Kommentatoren: Baldus Philosophus», in *Ius Commune*, 1967; TH. B. IZBICKI «A Bolognese Consilium on Portuguese Politics» in *Friars and Jurists*, Goldback 1997; K. KANTOROWICZ, *Studies in the Glossators of Roman Law*, Cambridge, 1938; «The Quaestiones Disputatae of Glossators»; e «Die Allegationen im späteren Mittelalter», ambos in *Rechtshistorische Schriften*, Karlsruhe, 1970; KOSCHAKER, *Europa y el Derecho Romano*, Madrid, trad. esp. de 1955; S. KURTNER, «Réflexions sur les Brocards des Glossateurs», in *Mélanges Joseph de Ghellinck*, S. I., Gembloux, 1951; LE BRAS, «L'Age Classique (1140-1378). Sources et Théorie du Droit», in *Histoire du Droit et des Institutions de l'Eglise en Occident*, Paris, 1965; «Resolution de Desaccords entre Droit Romain et Droit Canon dans l'Oeuvre des Grands Cassiques», in *SV*, I; LEICHT, *Storia del Diritto Italiano. Le Fonti*, Milão, 1956; S. DI NOTO MARRELLU, «Doctores». *Contributo alla Storia degli Intelletuali nella Dottrina del Diritto Comune*, Pádua, 1994, I e II; MASCHI, «Accursio Precursore del Metodo Storico-Critico nello Studio del 'Corpus Iuris Civilis'», in *ACISA*, II; MEIERS, *Études d'Histoire du Droit*, Leyden, 1956-1959; MORTARI, *Doctrina e Interpretazione. I Giuristi Medievali*, Nápoles, 1976; *Aspetti del Pensiero Giuridico Medievale*, Nápoles, 1979; NICOLINI, «I Giuristi Postaccursiani e la Fortuna della 'Glosa' in Italia», in *ACISA*, II, cit.; *Il Principio di Legalità nelle Democrazie Italiane*, Pádua, 1965; «Diritto Romano e Diritto Canonico Elementi Fondamentali della Civiltà Europea», in *Scritti di Storia del Diritto Italiano*, Milão, 1983; PARADISI, «La Scuola di Orleans. Un'Epoca del Pensiero Giuridico», in *SDHI*, XXVI, 1960; *Storia del Diritto Italiano*, Nápoles, 1969; «Le Glosse come Espressione del Pensiero Giuridico Medievale», in *Atti del Congresso Internazionale (...) in Occasione del 90.º Anniversario (...) dell'Istituto Storico Italiano*, 1973; RICHÉ, «Enseignement du Droit en Gaule du VIº au XIº Siècle», in *IRMA*, I, 5b bb; G. Rossi, «Bologna (Scuola di)» in *NDI*, II, e «Glossatori», *Idem*, e

agora ambas em *Studi e Testi di Storia Giuridica Medievale*, Milão, 1997; SAVIGNY, *Geschichte des Römischen Rechts in Mittelalter*, Heidelberg, 1834-1851 — trad. franc. (inc.) de 1839 e ed. it. de 1854-1857; MOLITOR-SCHLOSSER, *Grundzüge der Neuren Privatrechtsgeschichte. Ein Studienbuch*, Karlsruhe, 1975 — trad. esp. de 1980; A. PADOA SCHIOPPA, *Il Diritto nella Storia d'Europa. Il Medioevo*, I, Pádua, 1995; STEIN, *Regulae Iuris. From Juristic Rules to Legal Maxims*, Edinburg, 1956; VAN DE KAMF, *Bartolo de Sassoferrato*, Urbino, 1935; P. WEMAR, «Die legistische Literatur und die Methode des Rechtsunterrichts Glossatorenzeit», in *Ius Commune*, II e «Argumenta Brocardia», in *SG*, XIV; G. WESENBERG-G. WESSENER, *Neuer deutsche Privatrechtsgeschichte im Rahmen der Europäischen Rechtsweltentwicklung*, Viena-Colônia-Graz, 1985 — trad. esp. de 1998; F. WIEACKER, *História do Direito Privado Moderno*, Lisboa, trad. port. 2.ª ed., 1993, etc., etc.

2. Relativamente às Universidades, ver, além das obras de Bellomo indicadas no número precedente e da bibliografia mencionada no capítulo seguinte (referente à Universidade portuguesa), G. BRAGA DA CRUZ, *Origem e Evolução da Universidade*, Lisboa, 1964; Ph. DELHAYE, *L'Organisation Scolaire au XIIº Siècle*, Louvaina-Lille, 1961; A. CAPITAN DIAZ, *Hist. de la Educación en España*, Madrid, 1991, I; ERMINTI, «Concetto di Studium Generale», in *Scritti di Diritto Comune*, Pádua, 1976; A. GIMENEZ, *Historia de la Universidad Española*, Madrid, 1971; IRSAY, *Histoire des Universités Françaises et Etrangères des Origines à nos Jours*, Paris, 1933, I; RASHDALL, *The Universities of Europe in the Middle Ages*, Oxford, 1936; GUIDO ROSSI, «Universitas Scholarium' e Comune (secs. XII-XIV)», in *Studi e Testi di Storia Giuridica Medievale*, Milão, 1997 (=SMSUB., 1956); W. RUEGG, (cord.) — *Uma História da Universidade na Europa*, Lisboa, 1996, I; J.M. QUEIROZ VELOSO, «As Universidades. Sua História. Sua Função Social», in *Alfândua*, II, n.º 13, 1916; VERÍSSIMO SERRÃO, *História das Universidades*, Porto, 1983; SORBELLI, *Storia della Università di Bologna*, Bolonha, 1940, I; J. VERGER, *Les Universités au Moyen Âge*, Paris, 1973; OLGA WEIERS, *Terminologie des Universités au XIIº Siècle*, Roma, 1987. Outra bibliografia em: A. MOREIRA DE SA, R. EKKART, M. FÉNIYES, A. DE KALBERMATTEN E HAE-BERLI, *Bibliographie Internationale de l'Histoire des Universités*, Genebra, 1976; GARCÍA Y GARCÍA, «Bibliografía de Historia de las Universidades Españolas», in *RHCEE*, VII, 1979.

3. Para o processo mental dos juristas (nomeadamente para as artes do Trivium), cf. *verbi gratia* e além da generalidade da bibliografia indicada no n.º 1, máx. dos estudos de Bellomo, Chévrier, Engelmann, Kantorowicz,

Meijers, Mortari, Nicolini, Stein e Weimar: ABBAGNANO, «Quatro Conceptos de Dialética», in *La Evolución de la Dialética*, ob. col., Turim, 1958 — trad. esp. de 1971; RUY DE ALBUQUERQUE, «Para uma Revisão da Ciência Jurídica Medieval: A Integração da Autoritas Poética no Discurso dos Juristas (Ars Inveniendi)» in *RFDL XLIV*, 2004; *Arts Libéraux et Philosophie au Moyen Age*, obr. col., Montreal-Paris, 1969; R. ALEXI, *Theorie der Juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses der Juristischen Begründung*, Frankfurt, 1978; GARCIA AMADO, *Teorias de la Tópica Jurídica*, Madrid, 1988; R. BARIL, *Retórica*, Lisboa, trad. port. de 1979; S. BATTAGLIA, *La Coscienza Letteraria del Medioevo*, Nápoles, 1965; R. BARTHES, «A Retórica Antiga», in *A Aventura Semiológica*, Lisboa, 1987; E.M. BEUCHOT, *La Filosofía del Lenguaje en la Edad Media*, México, 1981; BLANCHÉ, *História da Lógica de Aristóteles a Bertrand Russell*, Lisboa, trad. port. de 1985; BLOND, *Logique et Méthode Chez Aristote*, Paris, 1970; BRYNE, *Probability and Opinion. A Study in the Medieval Presuppositions of Post-Medieval Theories of Probability*, Haia, 1968; F. GAMA CAIRO, *Santo António de Lisboa*, Lisboa, 1967, I; CAPLAN, *Of Eloquence, Studies on Ancient and Medieval Rhetoric*, Itaca, 1970; MANUEL M. CARRILHO, *Jogos de Racionalidade*, Lisboa, 1994; «A Retórica, Hoje: Um Novo Paradigma», na ob. col. *Retórica e Comunicação*, Lisboa, 1994 e «As Raízes da Retórica: a Antiguidade Grega e Romana», in *História da Retórica*, trad. port. de M.M. Berjono, Lisboa, 2002; M.D. CHENU, *Introduction à l'Étude de Saint Thomas d'Aquin*, Montréal-Paris, 1974; CLARK, *Rhetoric in Graeco-Roman Education*, N. Y., 1956; CONG, «Trois Formes Historiques d'Interprétation du Droit», in *RHDFE*, 1970; MENESSES CORDEIRO, *A Boa Fé no Direito Civil*, Lisboa, 1983; AMANDIO A. COXITO, *Lógica, Semântica e Conhecimento na Escolástica Peninsular Pré-Renascença*, Coimbra, 1981; E.R. CURTIUS, *Europäische Literatur und lateinisches Mittelalter*, Berna, 1948 — trad. esp. de 1955; G. DAHAN, *L'Exégèse Chrétienne de la Bible en Occident Médiéval, XII<sup>e</sup>-XIV<sup>e</sup> Siècles*, Paris, 1999; PETER DEGAT, *Littératures Contemporaines sur la «Topique Juridique»*, Paris, 1981; DESPOTOPOULOS, «Le Raisonnement Juridique d'Après Aristote», in *APD*, 1972; RAFAEL DOMINGO, *Teoría de la «Auctoritas»*, Pamplona, 1987; EVANS, *Aristotle's Concept of Dialectic*, Cambridge, 1977; VASILE FLORESCU, *La Rhétorique et la Neorhetorique*, Bucarest, 1982; A. FOUILLEB, *Aristoteles y su Polémica contra Platon*, Madrid, trad. esp. de 1948; CABANILLAS GALAS, *Consideraciones Sobre los Principios Generales de Derecho*, Madrid, 1977; GARIN, «La Dialética desde el Siglo XII a Principios de la Edad Moderna», in *La Evolución...*, cit.; GHELINK, *Le Mouvement Théologique du XII<sup>e</sup> Siècle*, Bruxelles, 1969; L'Essor de la Littérature Latine au XII<sup>e</sup> Siècle, Bruxelles, 1954, 2.<sup>a</sup> ed.; FERNANDO GIL, *Provas*, Lisboa, 1986; A. GIULIANI, *Il Concetto*

di Prova. Contributo alla Logica Giuridica, Milão, 1971; «La Logique Juridique comme Théorie de la Controverse», in *APD*, 1966 e «Prova in Generale. Filosofia del Diritto», in *Enc. Dir.*, XXXVII; GABRIEL GONZALEZ, *Dialética Escolástica y Lógica Humanística*, Salamanca, 1987; RUI GRACIO, *Racionalidade Argumentativa*, Lisboa, 1993; GUALAZZINI, «Trivium e Quadrivium», in *IRMA*, I, 5a; T. JANSON, «Prose Rhythm in Medieval Latin from 9th to the 13th Century», in *Acta Universitatis Stockholmiensis*, 20, 1975; JOLIVET, «Abélard entre le Chien et le Loup», in *Cah. Civ. Médiévale*, 1977; «Abelardo e il Diritto (Alle Origini della Interpretazione Meccanicistica della Legge)», in *Riv. Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, XVIII, 1964; KANTOROWICZ, «The Poetical Sermon of a Medieval Jurist», in *Rechtshistorische Schriften*, s. cit.; KENNEDY, *The Art of Rhetoric in the Roman World*, N.Y., 1972; *Classical Rhetoric and its Christian and Secular Tradition from Ancient to Modern Times*, Londres, 1980; W.E.M. KNEALE, *O Desenvolvimento da Lógica*, Lisboa, trad. port. 1980; KRIELE, *Theorie der Rechtsgewinnung entwickelt am Problem der Verfassungsverfassung*, (Schriften zum Öffentlichen Recht, 41), Berlin, 1976; KUTTNER, «On 'Auctoritas' in the Writing of Medieval Canonists: the Vocabulary of Gratian», in *La Notion d'Autorité au Moyen Age*, ob. col., Paris, 1982; LANFRANCHI, *Il Diritto nei Rettori Romani*, Milão, 1938; LARENZ, *Metodologia da Ciência do Direito*, Lisboa, trad. port. de 1978; H. LAUSBERG, *Elementos de Retórica Literária*, Lisboa, 2.<sup>a</sup> ed., 1972; *Litteratura Latina del Secolo XIII*, ob. col. pub. sob a direcção de A. Viscardi e B. Nardi, Turim, 1978; L. LOMBARDI, *Saggio sul Diritto Giurisprudenziale*, Milão, 1975; LUBAC, *Exégèse Médiévale*, Paris, 1959-1964; MICHEL MEYER, «As Bases da Retórica», na ob. col. *Retórica e Comunicação*, Lisboa, 1994; MINNIS, *Medieval Theory of Authorship*, Londres, 1984; J. MURPHY, *Medieval Eloquence, Studies in the Theory and Practice of Medieval Rhetoric*, Londres, 1978; J. MOREAU, *Aristote et son École*, Paris, 1962; A. NEMETZ, «Literariness and Sensus Literalis», in *Speculum*, 1959; F. NIETZSCHE, *Da Retórica*, trad. port. de 1995, Lisboa; ONG, *Ramus and the Decay of Dialogue*, Londres, 1983; G. OTTE, *Dialektik und Jurisprudenz Untersuchungen zur Methode der Glossatoren*, Frankfurt am Main, 1971; MARIA CÂNDIDA C.R.M. PACHECO, *Ratio e Sapientia. Ensaios de Filosofia Medieval*, Porto, 1985; PARADISI, «Osservazioni sull'Uso del Metodo Dialettico nei Glossatori», in *ACISA*, II; PATER, «La Fonction du Lieu et de l'Instrument dans les Topiques», in *Aristote on Dialectic: The Topics*, Oxford, 1968 e *Les Topiques d'Aristote et la Dialectique Platonicienne. La Methodologie de la Définition*, Fribourg, 1965; CH. PERELMAN, *Logique Juridique, Nouvelle Rhétorique. Méthodes de Droit*, Paris, 1976; *L'Empire Rhétorique. Rhétorique et Argumentation*, Paris, 1977, trad. port. de 1993; PLEBE, *Breve Storia della Retorica Antica*, Bari, 1968,

trad. port. de 1978; A. PILTZ, *The World of Medieval Learning*, Oxford, 1981; F. PUY, *Tópica Jurídica*, Santiago de Compostela, 1984; O. REBOUL, *La Rhétorique*, Paris, 1984; L. RACASSENS SICHES, «La Natureza del Pensamiento Jurídico», in *RGLJ*, 1971, e *Experiencia Jurídica, Naturaleza de la Cosa y Lógica «Razonable»*, México, 1971; L. SICHIROLLO, *Dialéctica*, trad. port., 1980; R.D. SIDER, *Ancient Rhetoric and the Art of Terutlian*, Oxford, 1971; N.E. GOMES DA SILVA, «Ratio» e «Auctoritas», nos *Consilia de Andrea Barbaza*, (C. 1400-1479), in *BMJ*, n.º 356 (1986); BENORT TIEMMERMANS, «Renascimento e Modernidade da Retórica», in *História da Retórica*, cit.; S. TOULEMIN, «Racionalidade e Razoabilidade», na ob. col. *Retórica e Comunicação*, Lisboa, 1994; e *The Uses of Argument*, Cambridge, 1958; V. VAREVARO, *Struttura e Forme della Letteratura Romanza del Medioevo*, 1968, trad. esp. de 1983; T. VIERWEG, *Topic und Jurisprudenz*, Munique, 1963 – trad. it. de 1962; P. VIGNAUX, *A Filosofia na Idade Média*, Coimbra, trad. port. de 1959; MICHEL VILLEY, «Sur l'Art du Dialogue dans l'Histoire de l'Education Juridique», in *L'Educazione Giuridica II, Profili Storici*, Perugia, 1979; VONGLIS, *La Lettre et l'Esprit de la Loi dans la Jurisprudence Classique et Rhétorique*, Paris, 1968; J.-Th. WELTER, *L'Exemplum dans la Littérature Religieuse et Didactique du Moyen Âge*, Paris-Toulouse, 1927; F.A. YATES, *L'Art de la Mémoire*, trad. franc., 1966; FRANCES YOUNG, *Biblical Exegesis and the Formation of Christian Culture*, Cambridge, 1999, P. ZUMTHOR, *Essai de Poétique Médiévale*, Paris, 1972; e *Langue, Texte, Enigme*, Paris, 1975.

## SECÇÃO V

### DIREITO PRUDENCIAL ESPECIFICAÇÃO DO CASO PORTUGUÊS

89. A primeira cultura jurídica portuguesa. Primeiros vestígios do conhecimento do «ius romanum» na forma bolonhesa — Fixadas as noções da secção anterior, podemos agora compreender e enquadrar a temática do direito prudencial pelo que concretamente respeita a Portugal.

Da primeira cultura jurídica portuguesa não abundam elementos que permitam formular juízos incontroversos: Têm os historiadores do direito apontado alguns actos eventualmente comprovativos da concomitância do conhecimento do direito romano na forma bolonhesa com a independência nacional. «As relações que o nosso país mantinha com os outros estados da Península, com a França e a Itália numa época em que a cultura do direito romano, renovado pelos glosadores, tomava tão grande incremento em todo o Ocidente europeu, convenceram de que ele se comunicaria também a Portugal pouco depois do seu renascimento na escola de Bolonha», escreve Paulo Merêa. De acordo com este raciocínio básico, anota-se a existência de legistas (*magistri*) à frente da chancelaria régia logo nos pri-

meiros reinados. Estão neste caso os célebres mestre Alberto e mestre Julião e, mais tarde, D. João Peculiar. Por outro lado, cita-se um documento de 6 de Abril de 1129, onde se lê: «Eu o infante Afonso, segundo a autoridade das doações das leis dos Romanos e dos Francos ou Godos, corroboro-te por minhas mãos, esta herança que a ti Mónio Rodrigues concedi por livre e irrevogável vontade, e de que mandei fazer a respectiva carta» (*«Ego infans Adefonsus: secundum auctoritatem donationum legum Romanorum atque Francorum seu Gothorum de hac hereditate quam tibi Monio Ruderici libera irrevocabili voluntate concessi et cartam fieri iussi manibus meis illam tibi robor + o»*). Trata-se, pois, de uma doação de Afonso Henriques, ainda infante, onde a lei dos Romanos — a lei romana — é invocada ao lado da lei dos Francos ou dos Godos.

Os dois factos aludidos são, todavia, inconclusivos para documentar uma efectiva penetração do direito justinianeu. De facto, a existência de juristas entre os grandes oficiais palatinos nada demonstra quanto ao impacto no quotidiano jurídico da população em geral (isto independentemente mesmo do valor da expressão *magister*, que não foi unívoca e nem sempre serviu para indicar um homem de leis). Depois, a doação de 1129 tem sido considerada quer como documento espúrio ou falsificado (tese de Abiah E. Reuter e do Prof. Almeida Costa, num primeiro momento), quer como redigida fora da chancelaria do infante e inacabada (tese de Rui de Azevedo, perfilhada, posteriormente, por Almeida Costa). De qualquer forma, e como anota o Prof. Almeida Costa, «o direito romano para que se apela, ao lado dos Godos e dos Francos, bem poderia ser o direito antejustinianeu difundido no Ocidente a partir do *Código de Teodósio*».

A primeira prova incontestada e incontestável do conhecimento do direito romano justinianeu em Portugal constitui-a o testamento do bispo do Porto, D. Fernando Martins (1185), a que já aludimos para comprovar a penetração da ordem jurídica-

-canónica<sup>1</sup>. «Deixo à igreja do Porto os meus Decretos e Instituições e Autêntico e Novela tal como estão num só volume, e a Suma dos Decretos e das Instituições e do Código posta noutra volume... Deixo à Igreja bracareuse o meu Código e o Digesto Velho e Novo in tres partes com o Esforçado e o saltério glosado» (*«Mando Portugalensi ecclesie Decreta mea et Institutiones et Authenticam et Novellam sicut in uno volumine et Summam Decretorum et Institutionum et Codicis siti in alio volumine... Mando bracharensi ecclesie Codicem meum et Digestum glosatum»*). Vê-se por aqui que o bispo lega dois volumes à diocese do Porto em que um contém, além de textos de direito canónico, as *Instituições*, as *Autênticas* e as *Novelas*, e o outro, uma *Suma do Decreto*, as *Instituições* e o *Digesto Velho e Novo*, à diocese de Braga o *Código*, o *Digesto Velho e Novo* «in tres partes» com o *Esforçado* e um saltério glosado.

Este passo das disposições de última vontade de D. Fernando Martins tem merecido aos estudiosos algumas menções. O Prof. Marcello Caetano põe em relevo a união entre o direito romano e o direito canónico revelada pela coexistência de textos representativos de um e outro ordenamento, encadernados conjuntamente. O Prof. Almeida Costa, considerando-o «prova importantíssima da penetração da obra dos glosadores», entende que não demonstra haver o direito romano-canónico sido largamente divulgado e aplicado à vida de todos os dias. Por último, o Prof. Isaías da Rosa Pereira adianta, quanto à identificação das várias obras mencionadas no testamento em apreço, que estão em causa, além das *Instituições* de Justiniano, o *Authenticum* e as *Novellae*, um «volume com o Digesto distribuído em três partes segundo o uso medieval: *Digesto Velho* (L.º I-XXXIV, 2), *Digesto Novo* (L.º XXXIX-L), *Esforçado* (L.º XXIV-XXXVIII) e um volume que continha uma *Summa* do Decreto de Graciano, outra

1. Cfr. *supra*, n.º 48.

sobre as *Institutiones* de Justiniano e outra sobre o *Código de Justiniano*, obras que podem pertencer a variados autores.

Uma primeira observação respeita à referência concomitante ao *Authenticum* e às *Novellae*<sup>1</sup>. Explicite-se que esta dupla menção equivale à alusão ao *Authenticum* e ao *Epitome Juliani* o que, aliás, se deduz das remissões bibliográficas feitas pelo Prof. Isaías da Rosa Pereira. Quanto, porém, à forma como o documento se reporta às diversas partes do *Digesto*, já não pode ser subscrito sem reservas o que escreveu aquele erudito investigador. Efectivamente, fala-se no «*Digestum Vetus et Novum in tres partes cum Isforciato*». Ora, a referência a *tres partes* implica uma ordenação e divisão do *Digesto* mais antiga que a considerada pelo Prof. Isaías da Rosa Pereira<sup>2</sup>. Estamos, pois, ante uma divisão do *Digesto* mais arcaica e em três, mas com um alarçamento do *Digesto Novo*, dentro do qual se distinguem duas secções, sendo uma delas a que vai desde *tres partes* até ao fim do livro XXXVIII. Esta secção foi também conhecida pelo nome da expressão de começo ou *incipit*, isto é, por *Tres partes*<sup>3</sup>.

O testamento do bispo D. Fernão Martins, não provando a penetração do direito romano-bolonhês na vida de todos os dias<sup>4</sup>, representa, não obstante, marco importante, quer por nele figurar o *Digesto* na sua ordenação medieval mais antiga, quer por se aludir a todas as colectâneas justinianeas, quer a obras doutrinárias e científicas relativas a parte delas. O significado deste testamento deve, aliás, ser fixado no contexto dos outros dados anteriormente referidos, quanto ao movimento geral europeu de difusão da ordem jurídica justinianeia e quanto à presença de legistas junto dos monarcas. Ganhará, então, fisionomia mais intensa. De uma ou outra forma, dele se dirá sempre que constitui o primeiro testemunho incontestável da existência em Portugal de obras de direito justinianeu. Apresenta-se como que padrão inicial da projecção da cultura jurídica romana-bolonhesa

1, 2 e 3. Cfr. *supra*, n.º 78. 4. V. *supra*, n.º 20 e 102.

na cultura portuguesa; como princípio do conhecimento. E à medida que, a partir deste termo *a quo*, caminhamos no tempo em direcção a nós, os sinais do direito justinianeu e da escola de Bolonha na cultura medieval portuguesa aumentam em crescendo.

**90. A chamada «recepção» do «ius romanum»** — Antes, porém, de os passarmos em revista é anotando antecipadamente o fenómeno, cumpre debruçarmo-nos sobre o chamado problema da *recepção do ius romanum*, pois ele prende-se intimamente com o problema da influência real, concreta, efectiva<sup>1</sup> do direito justinianeu em Portugal e tem sido, não raro, equacionado em função da interpretação cultural de forma que suscita equívocos.

Na realidade, andam, por vezes, um tanto confundidos os problemas do *início do conhecimento* e da difusão cultural do direito justinianeu, por um lado, e, por outro, o da sua *recepção*. Para tanto, contribuiu, sem dúvida, a multiplicidade de significados conferidos e conferíveis a este vocábulo.

*Recepção* usa-se no sentido de *difusão*, como no de *influência* (inclusive de uma cultura jurídica noutra cultura jurídica) e também no sentido mais preciso e técnico de *recebimento* de uma ordem jurídica (ou de parte de uma ordem jurídica) noutra ordem jurídica distinta. Nesta última acepção é lícito ainda distinguir a *recepção* como impressão de uma ordem normativa num direito positivo e a *recepção* como adopção por este daquela, mediante reconhecimento de *vigência* como *direito preferencial* ou como *direito subsidiário*.

Começaremos por encarar o caso da «recepção» como influência ou impacto do direito justinianeu na legislação portuguesa. A propósito desta matéria dividem-se as opiniões. Para alguns, caso de Gama Barros, cujas dúvidas são compartilhadas pelo Prof. Almeida Costa, não é claro que as influências romanistas

1. *Idem*.

na legislação portuguesa que se notam já em leis do tempo de Afonso II (1211)<sup>1</sup> provenientes de compilações de Justiniano, sendo possível que se originassem em textos anteriores. Para outros (Profs. N.E. Gomes da Silva e Braga da Cruz) tais dúvidas não têm razão de ser, atenta uma lei recolhida nas *Ordenações Afonsinas*, onde figura como de Afonso II (V. 70.), relativa à suspensão das penas de morte e mutilação de membros e incontestavelmente inspirada no *Código de Justiniano* (C. 9. 47. 20). Por nós, temos sustentado que a influência do direito justinianeu nas leis de D. Afonso II se pode detectar fazendo o confronto entre quanto nelas se dispõe relativamente ao crime de heresia (*PMH.*, LC., 165-166 e OA., II, 54) e o regime do direito imperial, dada a respectiva similitude. Finalmente, consignando-se o facto de o Prof. Paulo Merêa defender que «não é possível apresentar provas directas e seguras de estar em uso em Portugal antes do reinado de D. Afonso III, e até mesmo as leis que se costumam atribuir a este monarca e das quais se pode dizer com a maior probabilidade que têm como fonte aquele direito, não permitem fazer a tal respeito uma afirmação categórica».

Se poderá assim revestir alguma audácia aceitar já uma nítida influência do direito justinianeu na legislação portuguesa ao tempo de Afonso II, não parece razoável minimizar o seu reflexo na legislação portuguesa a partir de o *Bolônhes*.

No reinado deste monarca, ou no de seu filho, aliás, o direito justinianeu ganha aplicabilidade directa. E com esta asserção entramos *de pleno* no problema da *recepção* do direito justinianeu no sentido da sua vigência como ordenamento normativo directamente aplicável. O maior interesse ostenta o facto, para que chamou a atenção José Anastácio de Figueiredo, de, por vezes, se afastar o direito romano em favor do direito nacional. «É o caso», são agora palavras de Braga da Cruz, «dum texto, dubitativamente atribuído ao reinado de D. Afonso III», onde se

1. Cfr. *supra*, n.º 57.

lê que «*custume he en casa delRey que aquella constituição do Código que diz unde ny siquys in tantum (= C. 8. 4. 7) nom seia aguardado*»<sup>1</sup>; e é, igualmente, o caso *duma fórmula de legitimação*, do reinado de D. Dinis (1279 a 1325), onde se diz que «*se alguma ley ou dereyto ou custume hy a que contra esta mha legitimação seia mando que lhe nom enpeesca nem aquella ley do Código que falla no Título dos testamentos que nom son ben feytos, que se começa conqueritur (=C. III, 28, 6). E o autentico que sse começa Novissima etc. ...*»<sup>2</sup>.

Destes textos se vê que, senão com D. Afonso III, pelo menos com D. Dinis, o direito romano se sobreponha ao direito nacional<sup>3</sup>.

**91. Progressiva penetração do direito romano. A Universalidade** — Força é considerar que para se chegar a este resultado houve uma progressiva penetração da cultura romanista em Portugal de que o primeiro indício seguro é o testamento de D. Fernando Martins. As provas do fenómeno cultural em causa são múltiplas ao longo de toda a Idade Média portuguesa, a partir daquela data. Chegaram até hoje notícias de várias dezenas de volumes de direito romano existentes em bibliotecas portuguesas medievais, estando abundantemente representados: o *Código de Justiniano*, o *Digesto Velho*, o *Digesto Novo*, as *Instituições*, o *Esforçado*, o *Volumen Parvum*, o *Authenticum*. Isto para não falarmos já do *Epítome Juliano* e em várias referências aos *libros legales*, fórmula genérica por que se aludia a diversas fracções da compilação justiniana.

Por outro lado, desde cedo nos aparecem alusões a obras dos glosadores, nomeadamente de Búlgaro, de Odofredo, Azão e Acúrsio<sup>4</sup>. Do primeiro encontramos citada a *Summa de Arbitris*

1 e 2. V. *infra*, n.º 119.

3. Cfr. *supra*, n.ºs 76 e 78 e *infra*, n.º 119.

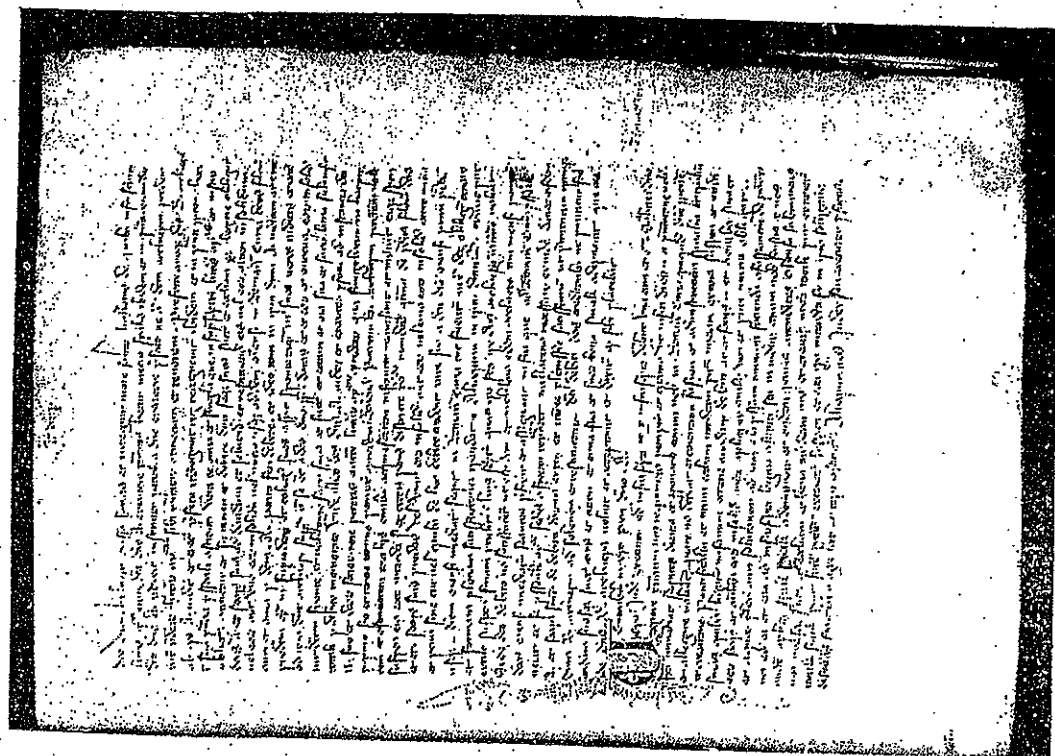
4. V. *supra*, n.º 80.

no testamento de D. Afonso Pais, deão de Lamego (1264). Numa doação feita por D. Vasco, bispo do Porto e depois de Lisboa, em 2 de Maio de 1331, menciona-se um «Odofredo sobre o Esforçado e o Digesto Novo e sobre três livros do Código» («*Odofredum super Infortiato et Digesto Novo et super tribus libris Codicis*»). Uma *Summa Azonis* figura em documento de 1234; com a grafia *Summa Azonis* noutro de 1285; de 1318, data a notícia de «*huil livro de somas de hordim do Ayo*», isto é, de uma *Summa Codicis* devida a Azão; quanto à *Glosa de Acúrsio* às diversas compilações de direito justinianeu, podem apontar-se várias citações, a começar por um documento de 1257, o testamento de Mestre Gil de Leiria. No testamento em causa figuram um «*Digestum vetus grosatum de aparatu domini Acursio*» e um *Código* contendo um aparato de Acúrsio («*Codex apparatus de aparatu domini Acursii*»).

Para estes resultados contribuíram os juristas portugueses que foram estudar em Bolonha e outras cidades italianas, francesas e hispânicas, onde alguns lograram ensinar com prestígio, bem como os juristas italianos que passaram a Portugal, entre os quais um parente do próprio Acúrsio, André de Giovanni (*Andreas Iohannis*), professor *in utroque*, chantre de Coimbra, cidade onde faleceu em 1345 e onde ainda se conserva o epitáfio com o registo de parentesco.

A fundação em Lisboa do Estudo Geral (*Studium Generale*), raiz da futura Universidade, por D. Dinis, em data imprecisa, mas que se situa entre 12 de Novembro de 1288 e 1 de Março de 1290, conferirá ao processo que se vem folheando o impulso decisivo. Aliás, já antes da fundação do Estudo Geral se verificam, consoante evidenciou o Prof. Duarte Nogueira na sua tese de doutoramento, fortes indícios de penetração do direito romano, detectável através dos cabidos catedralícios<sup>1</sup>, v.g. Braga, Coimbra e Porto. O ensino estava, então, circunscrito às escolas

1. Cfr. *infra*, n.º 184. b).



*Magnum formularium de Direito canónico, de autor desconhecido (códice da BNL)*

das catedrais e dos mosteiros, que ministravam, essencialmente, as disciplinas componentes do *trivium* e do *quadrivium*. Para aprender teologia e direito os estudantes eram, muitas vezes, obrigados a frequentar as universidades estrangeiras.

Ora, o estudo dionísio, para cuja frequência era necessário ser no mínimo gramático ou lógico (*ad minus grammaticus vel logicus*), conferia, entre outras, as licenciaturas em *direito canónico* e *direito civil*, logrando os licenciados a possibilidade de ensinar em qualquer parte que fosse as respectivas matérias (*licentia* ou *jus ubique docendi* ou ainda *venia docendi*). Sabemos mais que, uma vez transferido da sua sede inicial, em Lisboa, para Coimbra, no ano de 1308, ou extinta na capital e recriada na cidade do Mondego a *universitas*, se ordenou (19 de Fevereiro de 1309) que nela houvesse um doutor em *Decreto* e um mestre em *Decretais* — «*et doctorum esse volumus in decretis et magistrum in decretalibus*» — bem como um professor em leis, isto é, em *direito imperial* — «*preterea ad rem publicam melius gubernandam in predicto nostro studio esse volumus in legibus professorem ut rectores et iudices nostri regni consilio peritorum dirimere valeant subtilles et arduas questiones*».

Não admira, pois a Universidade começou entre nós sob o signo do próprio direito romano. Na súplica dos prelados ao Papa Nicolau IV, em que lhe pedem a confirmação do Estudo Geral, reproduz-se o início da constituição que aprovou as *Instituições*, onde Justiniano afirma que o Poder deve não só ser decorado pelas armas, mas armado pelas leis para que a república possa ser governada em tempo de guerra como de paz («*imperatoriam majestatem non solum armis decoratam sed etiam legibus oportet esse armatam ut utrumque et bellorum et pacis recte possit gubernare*»<sup>1</sup>). Por outro lado, tanto na carta de 1 de Março de 1290 como na carta de 15 de Fevereiro de 1309, onde D. Dinis estabelece o Estudo Geral, em Coimbra, e lhe concede

1. V. tb. *supra*, n.º 30.

privilégios, decalcou-se a *Authentica Habita* do imperador Frederico II (bisavô de D. Dinis), no que concerne às isenções dos escolares.

Sabe-se hoje muito pouco sobre a metodologia seguida pelos professores de direito nas aulas do Estudo Geral, mas através do elemento comparativo e sobretudo atentando no modelo bolonhês, é lícito afirmar, com o Prof. García y García, que se recorria a três diferentes espécies de exercícios — as *lectiones* ou *lecturae*, as *repetitiones* e as *disputationes*. As *lectiones* ou *lecturae* reconduziam-se à leitura e comentário de um texto legal, cujo sentido literal se fixava, indicando-se os lugares paralelos, as razões pró e contra, questões derivadas, *notabilia* e apontando-se, por último, a conclusão; as *repetitiones* constituíam como que uma segunda *lectura* aprofundada; finalmente, as *disputationes* cifravam-se no debate público de questão jurídica determinada, real ou não, que em Bolonha se processava entre doutores, mas em que era dado objectar ou formular *oppositiones* aos assistentes<sup>1</sup>. As aulas eram em latim.

92. Mediação castelhana. Obras doutriniais de Jácomo Ruiz. As *Partidas* e a aplicação do direito romano — A difusão do direito romano em Portugal não se deu somente através de um processo de *recepção directa*. Há que contar também com veículos *intermediários* ou de *mediação*, sendo de salientar, além do próprio direito canónico, que a partir de certa altura se acha penetrado do direito imperial<sup>2</sup> o direito castelhano, igualmente penetrado por este. Referiram-se já<sup>3</sup> os principais monumentos da ordem jurídica do país vizinho que tiveram reflexo em Portugal. Importa agora sublinhar que o direito romano recebido através destes textos castelhanos não era puro, mas vinha filtrado através de vários textos literários e jurídicos,

1. Cfr. *supra*, n.º 84 i) e 84 g). 2. V. *supra*, n.º 45. 3. Cfr. *supra*, n.º 61.

merecendo especial menção a glosa de Acúrsio — o direito acursiano — como o demonstrou, quanto às *Partidas*, Fernin Camacho Evangelista.

93. Referência à «*iurisdictio imperii*» e fundamento da vigência do direito romano. Significado especial do direito romano no quadro das fontes e sua utilização política — Foi pelo labor dos juristas e através do veículo difusor contituído por outras ordens normativas que se deu o fenómeno da recepção do direito romano em Portugal. Trata-se, pois, de um processo que nasce à margem do poder, mas que este acabará inevitavelmente por acolher, já por se ir reflectir na sua própria legislação, já por vir a ser admitida ou reconhecida a vigência directa do direito romano, quer como direito preferencial, quer como direito subsidiário.

O direito romano sendo, porém, direito cesáreo não terá recebimento em Portugal como manifestação de uma superioridade do Império, da jurisdição do Império (*iurisdictio imperii*)<sup>1</sup>. Se o imperador se arroga a qualidade de senhor universal (*dominus orbis*), os monarcas portugueses repudiam, todavia, qualquer dependência de facto ou de direito. Baseiam-se para isso, e como os demais reis hispânicos, na conquista do território aos mouros — «arrancaram o Reino das fauces dos inimigos» («*regnum ab hostium faucibus eruerunt*»); numa doação do imperador Honório aos godos; em prescrição imemorial... Como se lê no protesto (*protestatio*) feito no concílio de Constança logo no ano seguinte (1416) àquele que marca o termo do período agora em estudo, pelos representantes do rei de Portugal, «os egrégios e honrados varões dom Gil Martins e Vasco Peres, fantosos doutores de leis, Embaixadores e náuicos do Sereníssimo príncipe e senhor rei de Portugal e dos Algarves», este possui, como os

1. V. *infra*, p. 137 e s.

restantes reis hispânicos, os seus reinos e domínios livres, sem reconhecer superior na terra e só a Deus no céu: «detém», afirmaram eles, «os seus reinos, terras e domínios livremente e livres, sem reconhecer qualquer outro superior seu, mormente nas coisas temporais, da mesma forma que os mais reis das Espanhas» («*tinet regna sua, terras et dominis sua libere, et libera sine recognoscendo a quocumque alio rectore sua maxime in temporalibus, quemadmodum et ceteri Reges Hispaniarum...*»).

A aplicabilidade do direito romano que, *de facto*, decorrerá como consequência da recepção da cultura jurídica bolonhesa na cultura jurídica portuguesa e das necessidades da vida jurídica, irá receber mais tarde, e no campo dos princípios, justificação através da ideia de *racionalidade* desse direito, e de que ele era «razão escrita» (*ratio scripta*), e não de uma supremacia imperial. Como se dirá, adquire vigência não pela razão do Império, mas pelo Império da razão (*non ratione imperii, sed imperio rationis*). Esta justificação, porém, é tardia. Provou Alejandro Guzmán que, «ao contrário do que se costuma afirmar, *razão escrita* como maneira de designar o direito romano não é uma expressão surgida entre os glosadores nem depois recebida ou usada por eles» e que isso mesmo «vale para os comentadores». Os primeiros usaram a expressão *aequitas scripta* e os últimos a expressão *ratio in scriptis redactis*, mas, num e noutro caso, com um sentido técnico e particular, em nada relacionado com o conceito de «razão escrita». A própria frase célebre *non ratione imperii sed imperio rationis*, justificativa da aplicação do direito romano, é muito tardia. Aparece, tanto quanto Alejandro Guzmán pôde averiguar, pela primeira vez em C. de Ferrière (m. 1748), devendo, aliás, conectar-se com Arthur Duck, que na obra *De usu et autoritate iuris civilis romanorum libri duo* (1653) «emprega termos bastante similares (e de igual conteúdo)».

Na Idade Média e em Portugal, a legitimidade da vigência do direito romano decorre da ideia de continuidade dos poderes políticos — entre o poder dos imperadores e o dos monarcas

portugueses. Como se lê numa lei de D. Dinis (era de 1343), os imperadores foram apenas predecessores dos reis de Portugal: «*Ca seede certos que de dreyto antigo e das leys dos emperadores que ante nos foram...*» (LLP., 202-203; ODD., 203). Nas cortes de Elvas, o rei deferiu um capítulo no qual era rogado para suprimir a prática de meter a tormentos «os nobres homens» por contrário ao direito imperial, registando as seguintes palavras: «*cômo quer que de directo dos emperadores de cujo linhagem nos descendemos seja stabellecido (...)*» (CPDP., 76). Por serem eles os titulares dos *ius romanum*, em sucessão dos imperadores, sempre os nossos monarcas se sentiram livres para o afastarem quando o entendessem não conveniente, da mesma forma que o proclamaram e fizeram quanto a todo e qualquer direito positivo (nomeadamente revogando as suas próprias leis e as dos seus antecessores)<sup>1</sup>. Por isso, pode falar-se, como tem sido feito na doutrina francesa, de uma apropriação do direito romano, que, dessa forma, passa a direito próprio do reino. Isto quanto ao fundamento da sua aplicação, vincaremos nós, para melhor explicitar este impressivo, senão rigoroso, entendimento.

Tal modo de encarar o problema está, aliás, em perfeita consonância com a fórmula «o rei no seu reino é imperador» (*rex est imperator in regno suo*) pela qual se traduziam duas ideias diferentes: a de que o rei — ou o príncipe — que não reconhece superior (*princeps superiore non recognoscens*) é independente do Império; e a de que o príncipe detinha no seu reino um poder idêntico ao do imperador nos respectivos domínios<sup>2</sup>. Aos monarcas convinha, para mais, esta posição, já que lhes possibilitava a assunção de um poder supremo — o do imperador —, com a invocação das normas do direito justiniano relativas ao *princeps* romano, altamente favorecedoras e propícias ao fortalecimento do poder régio<sup>3</sup>. Também aqui é sugestiva a posição dos autores, que em referência ao fundamento do *ius commune*,

1. Cfr. *supra*, n.º 119 e 121. 2. Cfr. *infra*, n.º 138. 3. Cfr. *supra*, n.º 57 e *infra*, n.º 138.

falam, senão com rigor terminológico ao menos sugestivamente, numa estadualização do direito romano.

Importa acentuar que o processo português é, neste capítulo, essencialmente idêntico ao dos outros países europeus. Também em Portugal o direito romano medieval é um direito configurado sobre a ordem justinianeia pela interpretação dos doutores (*interpretatio doctorum*) ou pela ciência dos prudentes (*scientia prudentium*). De tal forma que se chega a sentir a necessidade de anotar nas leis em que se recorre ao direito canónico e ao direito romano a opinião divergente de alguns doutores. Lê-se, por exemplo, em certo passo do *Livro das Leis e Posturas*: «*Item sse algũ sseendo leygo fosse çitado perdante EIRey ou perdante seu Juiç leygo sobre algũa cousa. e depoy sse foy morar a outro logar que nom seia da Juridiçom d'EIRey ou daquel Juiç leygo ou depoy sse fezer clerjgo deve a Responder en aquel preyto perdante EIRey ou perdante aquel juiç perdante que foy citado assy como he contheudo em hũa degretal que sse começa Posuisti de forõ competenti. E he contheudo em hũa ley do digesto velho que sse começa. Cum quaedam puella que he no Titulo de Jurisdicione. hominis. Judicium. Pero algũs doutores dizem em no contrayro*». (LLP., 58; v. também, 380)<sup>1</sup>.

Não falta sequer em Portugal a terminologia própria do processo — *direito comum, ius commune*. Lê-se, por exemplo, em determinado passo do *Livro das Leis e Posturas* (pág. 213): «*Julgado he en casa dEIRey que nenhũ seia theudo de alegar nem a dizer a titolo da possissomse for en contrayro o dreyto comum*». E noutro (pág. 223): «*Julgado he en casa dEIRey que nenhũ seia theudo alegar nem a dizer o título da sa possissom ergo se for contrayro Jus comune*»<sup>2</sup>.

#### 94. A comprovação da problemática da opinião comum em Portugal — A moderna historiografia nacional, sobretudo a

1. V. *infra*, n.º 166.

2. Cfr. *infra*, n.º 119.

mais preocupada com os problemas das fontes do direito, tem ligado entre nós a comprovação formal do fenómeno específico da opinião dos doutores ao período humanístico<sup>1</sup>. Sem se contentar que na literatura jurídica nacional o tema aparece como objecto autónomo de dissertações proferidas *ex professo* nos escritores do século XVI, podemos, todavia, situar a comprovação literal da sua existência já neste período do nosso estudo. Em muitos documentos do século XIV, a opinião dos doutores encontra-se enumerada concretamente entre as diferentes fontes do direito<sup>2</sup> — e da leitura desses diplomas não se pode deixar de concluir pela existência, então, não só de uma prática do pensar probabilístico (por opiniões)<sup>3</sup> como também da consciência teorética da problemática inerente. Trata-se de instrumentos tanto mais significativos quanto muitas vezes neles se apresenta o conflito do direito dos monarcas — ou seja, do direito legislativo — com o direito dos doutores (ou jurisprudencial)<sup>4</sup>. É que este, enquanto verdadeiro probabilisticamente, tem tendência a apresentar-se como válido para além ou mesmo em contrário daquele.

Quanto concluirmos a este respeito pode, aliás, escorar-se com recurso a obras doutrinais. Álvaro Pais deixou-nos a propósito algumas passagens elucidativas.

Desde logo importa pôr em destaque o facto de a expressão *opinião comum* aparecer mais de uma feita na obra do nosso jurista (cfr. *CF*, I, 108, *SPE*, I, 336, II, 72, 96, 128, 294, V, 76...). Em segundo lugar, a circunstância disso não poder ser entendido como caso fortuito, pois toda a obra de Pais denuncia um largo apelo à teoria da razão provável e da opinião como meio de prova (argumento)<sup>5</sup>.

1 e 2. V. *infra*, 2.º Vol. correspondente ao 2.º Período (*Fontes do Direito*).

3. V. *supra*, n.ºs 86 e 87.

4. Sobre este tema temos um estudo em preparação.

5. Cfr. *supra*, n.º 87, b) e c).

Não cabe no âmbito destas páginas uma análise minuciosa da teoria argumentativa do bispo de Silves. Mas convém referir alguns aspectos para concretização de quanto dito fica.

Começaremos por salientar, o ter Pais concebido a opinião como algo contingente ou hipotético (*SPE*, I, 474, III, 402) e, portanto, susceptível de consentir dúvidas (*SPE*, I, 474). Daqui, a ideia da necessidade da respectiva comprovação (*SPE*, I, 300, II, 440, III, 402), nomeadamente com *autoridades* (*SPE*, I, 440, VI, 158, 164, 364, 370, 400...), por um lado; por outro, a de que a opinião corresponde ao provável ou verosímil (*SPE*, II, 300, 438, III, 402) e, portanto, que constitui em si mesmo um meio de prova (ou argumento), (*SPE*, I, 438, II, 300, III, 402). Isso explica-nos, simultaneamente, o constante recurso na obra de Pais, à autoridade como forma de comprovar opiniões (cfr. v.g. *SPE*, I, 504, II, 44, 258, 272, 278, 300, 304, 400, 418, 474, 480, 520, 530, 566, 570, 604, 590, III, 210, 212, 394, 308, 400, 402, 410, IV, 40, 524, VI, 158, 164, 304, 370, 440...) e a possibilidade, também frequentemente assinalada, de sobre o mesmo assunto existirem opiniões diversas ou mesmo contraditórias (cfr. v.g. *SPE*, I, 520, II, 72, 90, 272, 276, 288, 300, 304, 350, 390, V, 206, 264, VI, 158...). Interessante é notar o recurso ao *que comunemente* afirmam os legistas (*SPE*, V, 264), à afirmação da *maior parte dos vizinhos*, *sobretudo à dos homens sábios e honestos* (*SPE*, V, 518) e a proposições de *quase todos os doutores* (*SPE*, V, 542). Não falta sequer a qualificação de opiniões como erradas e a de autoridades como improcedentes ou inconvenientes pela consequência (*SPE*, I, 372, II, 32, 574, 576, III, 84, IV, 344, V, 338, 430, VI, 158, etc.); a expressão de um sentimento vigoroso contra aquilo que hajam dito os doutores antigos e modernos, formulado em nome da consciência (*SPE*, V, 240); a referência a opiniões rotuladas como verdadeiras (*SPE*, V, 24b); o ensinamento de que fora da teologia se pode expor contra a opinião dos maiores (*SPE*, V, 336); como não falta a graduação de argumentos segundo o respectivo valor rela-

tivo, quando, a propósito de um texto aduzido enquanto autoridade, refere que nele se contem um *bom* ou um *ótimo* argumento (SPE., II, 494, 508, V, 6, 250, 272, 329, 472, 508, VI, 100, 308, 344, 391, 459...), ou quando se qualifica a opinião como sufragada pelos antigos (SPE., VI, 140, 160, 212, 214), — nem mesmo faltando a enunciação e a conciliação de opiniões aparentemente contraditórias (SPE., II, 300, V, 560, 576, VI, 158...). Daqui o valor relativo da opinião e a sua menor dignidade em confronto com a ciência.

Impõe-se salientar estes dois aspectos no tocante à própria opinião comum.

A posição da opinião no quadro do conhecimento encontra-mo-la bem marcada num texto do *Speculum Regum* (I, 438). Sob a influência de Séneca, contrapõe o bispo de Silves o julgamento — entenda-se, o conhecimento — segundo a verdade própria das coisas à opinião de muitos, numa clara adopção da divisão do conhecimento em *científico* e *opinativo* e da forma revestida por este. É ela, também, que se encontra na ideia clássica, veiculada por Pais com palavras de Séneca, da superioridade do conhecimento científico relativamente ao conhecimento por opiniões<sup>1</sup>, postulando o nosso canonista, a propósito da doutrina segundo a qual a doação de Constantino<sup>2</sup> não teria sido válida de acordo com a pronúncia comum dos doutores, o sentido contrário, apoiado em Ostiense: «*Tenet Accursius (...) et communiter legistae quod non valit donatio. Ostiensis contra (...)*» (SPE., II, 72. Cfr. tb. V, 265). Similarmente se decidiu de outra feita, a respeito de o poder de o papa dispensar em juramento ilícito, baseando-se na Glosa: «*Item dispensat in illicito iuramento ex causa, licet multi contradixerint, notatur XV q. VI, q. II, SI, in glosa sic ergo*» («Item, dispensa, havendo causa em juramento ilícito, embora muitos sejam de opinião contrária,

1. Cfr. *supra*, n.º 87, c). 2. V. *infra*, n.º 129.

observa-se na Glosa Magna a causa XV, q. VI, cap. *Authoritatem* (...). Faz o que se observa na glosa *Sic ergo* ao SI, da Causa XXVII, q. II» (SPE., II, 98). E a mesma atitude tomou a outro propósito: «*Item quidem dixerunt quod non possit dispensare ut monachus proprium habeat, et matrimonium contrahat et hoc fuit communis sententia doctorum (...) sed teneo contrarium cum Innocentio et Ostiense, et facio vim in verbo «licentiam» quasi dicens sine causa*» [«Item, disseram alguns que ele não pode dispensar para que o monge tenha próprio e contraia matrimónio. E foi esta a opinião comum dos doutores (...). Mas eu sustento o contrário com Inocêncio e o Ostiense e faço força na palavra “licença” como se dissesse sem causa»]. (SPE., II, 128). E muitos mais depoimentos desta atitude se poderiam recortar...

Quando Pais aceita a opinião comum — «*Item solus papa secundum communem opinionem restituit in integrum et famam reddit, nedum clericis sed etiam laicis*» («Item, só o papa, segundo a opinião comum, restitui e dá integralmente a fama não só aos clérigos, mas também aos leigos») (SPE., II, 96) — fá-lo, assim, em função de um exame da respectiva bondade e atento o seu carácter de argumento meramente provável.

Trata-se, irrecusavelmente, de proposições denunciadoras de conhecimento da doutrina geral da opinião e de um seu deservido entendimento. São também significativas pela própria consagração da terminologia *opinião comum*, numa altura que antecede mesmo a época a que a historiografia moderna atribui a hegemonia dessa tónica em Itália. Mas, com isso tudo, não esgotam as comprovações do pensar probabilístico como forma de arguição jurídica entre nós. Preciso se torna, igualmente, considerar a obra de João de Deus — *verbi gratia* o seu já referido *Livro das Opiniões*<sup>1</sup> — até hoje não utilizada pelos *iuris-historiadores*, e referências esparsas em trabalhos de vária proveniência, tanto jurídicos como teológicos e igualmente não

1. Cfr. *supra*, n.º 87, c).

mencionados a este propósito. Assim sucede com a *Summa* de D. Egas. Embora nela se não empregue a terminologia *opinião comum*, a invocação abstracta de «autoridades» para fixar posições em debate denuncia um clima intelectual subjacente à consagração de tal processo demonstrativo. Assim sucede, mais tarde e mais significativamente, com o *Livro da Corte Imperial*, trabalho de controvérsia religiosa, com uma índole dialéctica. É desta obra o seguinte texto: «*Asy este liuro trautá de grandes cousas e de muy altas questões (...) e de outras materias (...) pera conhecer e entender o senhor deus segundo o poder da fraqueza humanal prouando tudo per autoridades da santa scriptura com declarações e exposições de doutores e per razões evidentes e necessárias e diseres de barões sabedores declarados de latini em linguagem portugues com protestação de correição e enmenda da sancta egreja e de doura qualquer pessoa que o melhor entender*» (LCI., 1). Desenvolve-se, com efeito, toda a controvérsia opondo a Igreja aos seus contraditores — judeus, mouros e filósofos — «razões necessárias», «evidentes e manifestas», e «autoridades» ou «testemunhos» (escritores e doutores), (18, 38, 42, 68, 129, 136, 140, 183 *et passim*), apresentando-nos também a oposição entre *razoável* ou *provável* e *verdadeiro* (138, 175).

A propósito da dicotomia *razão evidente* — ou necessária — e *autoridade* deve notar-se a circunstância de a Igreja — personalidade central do LCI. — opor a cada um dos antagonistas autoridades por eles consideradas autênticas, não no sentido de verdades ou não falsas, mas na acepção de credíveis: «*Outrosy os ditos dos doutores do ebrayco (...) som autenticos antre os Iudeus muyto mais que os ditos de sam Ieronimo e de sancto agostinho e dos outros doutores catolicos som autenticos antre os christãos*» (42); «*E asy se mostra per estas autoridades e per as glosas autenticas antre os Iudeus*» (55); «*(...) uerdade he que pera prouar alghũa cousa contra uos os Iudeus conuem husar das escripturas que som antre uos autenticas e nom douras*

*escripturas que uos nom rrepebedes (...)*» (189); «*(...) Mas quy tal proua como esta [as escripturas santas] nom he pera todas gentes por quy os lentys e os philosophos nom curam nem creem taes escripturas nem outrosy os mouros. Porem queremos prouar (...) per razões necessárias (...)*» (140). Era, sem tirar nem pôr, a ideia de que a eficácia ou valor da prova depende da *forma mentis* do interlocutor.

O domínio da autoridade (prova ou testemunha) aparece-nos parcialmente marcado no LCI.: «*E como quer que para prouar estas cousas [da Fé] pareça que nom posam seer achadas razoes por esta questom he de facto E para prouar aquesto que he de feito nom se podem aduzer testemunhas nem prouas senom as escripturas daquela seita ou çiencia*» (219). De certo, mas isso não implica menor valia. Quem acreditaria que Moisés deu aos judeus a lei se não fossem cridas as escripturas judaicas? Como se provaria a fundação da seita de Mufamede por ele senão com as escripturas dos mouros? Como se provaria que Justiniano «*estabeleceu a çiencia das leis (...)* se nom creem aos liuros das leis» «*E bem asy descobrendo per todas çiencias e per todos feitos trespassados acharemos que nom podem seer prouados que seiam feitos ou achados per aqueles que som dictos fazedores ou achadores de taes çiencias ou de taes feitos se non for crendo as testemunhas se (...) uiuas ou aos testemunhos das testemunhas. E seia tomada a fe e a proua per as escripturas*» (219). O demais que lhe pertencia estava implicitamente demarcado por contraste com a possibilidade de aduzir razões evidentes e necessárias: «*E para esto non faz myngua a escriptura ca a rrazom natural nos ensynia*» (63).

A *probabilidade* do argumento como consequência da idoneidade do arguente, que vimos corresponder aos preceitos dialécticos ou retóricos, está também documentada no LCI.: «*(...) pero eu ouuy dizer a pesosas dignas de creer per rrazom da su çiencia e da sua booa uida afirmando per Iuramento quy eles uiram e leerom em nos liuros antigos dos Iudeos esta autoridade de Ieremias*» (129).

Para completar esta breve notícia — e pelo facto de isso haver passado despercebido — digamos ainda que não falta, do quadro integral da lógica probabilística, o argumento central da opinião comum ou concordância geral. Aduzido algumas vezes sob uma forma descritiva — «*E para prouar esto trago hũa autoridade (...) por quy esta autoridade se entende de christo aa letera segundo todos los expoedores Iudeus (...)*» (124-125) ou, ainda, «*E em esto concordam todos los expoedores da escriptura*» (177) — a fim de fundamentar conclusão subsequente, não deixa de se apresentar sob roupagens expressas: «*Em esto conuem e concordam todos los entendidos asy como em hũa principio comum e conhecido e claro per sy dando a apoendo a Deus qual quer cousa mais alta e mais nobre e mais perfeita seer cuidada*» (66). Ao menos no claro hão-de concordar os sábios. E, todavia...

O significado do depoimento contido no *LCL* é tanto mais relevante quanto as ideias nele registadas não lhe são exclusivas. Uma outra fonte do reinado de D. Dinis — o *Códice Iluminado 47 da BNL* — dá testemunho semelhante, de forma a consentir-nos a percepção de um clima intelectual com alguma latitude. Ele revela-se, também no mundo da teorização e da prática política<sup>1</sup>.

A finalizar estas observações, diremos compreender-se mal, de resto, a dissociação de épocas feita entre a recepção em Portugal do direito romano bolonhês, nomeadamente dos respectivos próceres, como Bártolo — que é incontestável para este período — e as manifestações da problemática da opinião comum, tidas ou apresentadas como muito mais tardias. Por correlativa ao próprio processo mental dos jurisprudentes cuja influência se quer entre nós culminada no século XIV, ela haveria de ser considerada como existente ao menos na mesma época. A sua comprovação documental quebra, aliás, quaisquer

1. Cfr. *infra*, n.º 169.

dúvidas. Só deixaria de ser assim se tivesse existido um obstáculo particular e inultrapassável. Não só, contudo, ele se descolhe — e dificilmente se imagina mesmo qual fosse — como, ao contrário, se devem reconhecer por historicamente comprovadas as condições favoráveis ao recebimento da temática da opinião<sup>1</sup>. Não pôde entre nós deixar de ter sido conhecido o *Tractatus* de Pedro Hispano (mais tarde designado por *Summulae Logicales*), um dos livros básicos do saber contemporâneo, incorporante da tradição lógica anterior e fundamento do ensino posterior em toda a Europa. Ora, Pedro Hispano teorizou a doutrina da *opinio*, concebendo-a, nomeadamente, como um *locus* dialéctico; entendendo a dialéctica como disputa *probabiliter* dos princípios de todas as artes; definindo o provável como o aceite por todos, pela maioria ou pelos sábios. Apurado isto e apurado, ainda, haver o estudo da lógica constituído simultaneamente elemento da cultura geral e da preparação específica para o estudo do direito<sup>2</sup>, facilmente se alcança quanto se pretende assinalar em corroboração do entendimento dos textos jurídicos portugueses relativos à *opinio*. De resto, quanto se sabe das nossas livrarias medievais permite afixar o conhecimento da «lógica nova»: em Alcobaça figurava uma obra com o título *Dialéctica*, constando do mesmo códice os *Tópicos* e os *Elencos*.

A tudo o que se consignou como factor de adopção entre nós não só da doutrina da *opinio* como da própria particularização da opinião comum se deve juntar a directa influência das compilações canónicas e da exegese escritural, que largamente recorreu a tais processos, como se pode ver em vários preceitos do *Corpus Iuris Canonici* e nas respectivas glosas e casos. Estava, assim, preparado o terreno para a consagração da opinião comum no elenco das fontes legislativamente explicitadas

1. Cfr. nomeadamente quanto ao problema da *quantidade-qualidade* no domínio da vida política, *infra*, n.ºs 157 e 169.

2. Cfr. *infra*, n.º 91.

pelo legislador, que ocorre com as Ordenações<sup>1</sup>, onde o estilo e a opinião nos aparecem como direito subsidiário.

**95. Resistência à penetração do direito comum** — A recepção do direito comum não se fez sem resistência: nuns casos por simples motivos fácticos como, por exemplo, o escasso número de juízes letrados e conhecedores do latim — ainda nos fins do século XV os procuradores às cortes de 1481 reclamarão que os corregedores e oficiais de justiça sejam letrados e que os juízes das sisas e outros oficiais semelhantes saibam ler e escrever e na mesma centúria se reclamou dos notários que não sabiam escrever; noutras casos por choque ou oposição com os ordenamentos jurídicos preexistentes. Em especial, o *costume* ofereceu pertinaz resistência à recepção do direito romano, sobretudo quando o *costume* respeitava aos grupos sociais, como aconteceu com os privilégios da nobreza em tempo de Afonso IV. Com fundamento no *direito comum* pretendeu o monarca extinguir o direito de vindicta privada (ou de *acoimar*), sem recurso aos tribunais no caso de morte ou desonra de parentes, mas não sem protesto da nobreza<sup>2</sup>.

**BIBLIOGRAFIA** — CUP, I-III; CPDP; *Documentos da Universidade de Lisboa Acerca da Moção e da Exposição da Universidade de Coimbra de Fevereiro de 1960*, Lisboa, 1960; ANON., *O Livro da Corte Imperial*, Porto, 1910; LUIS DE ALBUQUERQUE, «Universidade», in *DHP*, IV; MARTIM DE ALBUQUERQUE, *Portugal e a Iurisdictio Imperii*, Sep. da RFDL, XVIII, 1964, e *O Poder Político no Renascimento Português*, Lisboa, 1968; RUY DE ALBUQUERQUE, *As Represálias. Estudo de História do Direito Português*, Lisboa, 1972, II; *Sete Pareceres de Mestres de Bolonha e Pádua sobre a sucessão do Morgadio de Góis (1408)*, em publicação; TEÓFILO

1. Cfr. *infra*, o volume correspondente às *Fontes do Direito no Segundo Período*.  
2. Cfr. *infra*, n.º 118.

BRAGA, HUC., Lisboa, 1892, I; MARIO BRANDÃO E LOPES DE ALMEIDA, *A Universidade de Coimbra. Esboço da sua História*, Coimbra, 1937; FRANCISCO DA GAMA CAEIRO, *As Escolas Capitulares no Primeiro Século da Nacionalidade Portuguesa*, Lisboa, 1966 e *A Organização do Ensino em Portugal no Período anterior à Fundação da Universidade*, Lisboa, 1968; MARCELO CAETANO, *História do Direito Português*, 1140-1495, Lisboa, 2002; JOAQUIM DE CARVALHO, «Instituições de Cultura», in *Hist. Port.* (Barcelos), II; RÔMULO DE CARVALHO, *História do Ensino em Portugal*, Lisboa, 1986; ADRIANO CAVANNA, *Storia del Diritto Moderno, in Europa*, Milão, 1979, I; JOSÉ SOBRAL CID, «A Universidade de Lisboa-Coimbra. Evolução Histórica. A Universidade Medieval (1288 a 1500)», in *O Instituto*, 55, 1908; MAXIMINO CORREIA, «História Breve de um "Documento Precioso"», in *BACL*, 1962, XXXIV; AVELINO DE JESUS DA COSTA, *O Bispo D. Pedro e a Organização da Diocese de Braga*, Coimbra, 1954; *A Biblioteca e o Tesouro da Sé de Coimbra nos Séculos XI a XVI*, Coimbra, 1983; MARIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, «Romanismo e Bartolismo no Direito Português», in *BFDL*, XXXVI, 1960, «Um Jurista em Coimbra, Parente de Acúrsio», *idem*, XXXVIII, 1963, «Para a História da Cultura Jurídica em Portugal», *idem*; *La Présence d'Accurse dans l'Histoire du Droit Portugais*, Sep. do BFDL, Coimbra, 1966, e in *ACISA*, III; «O Direito (Cânon e Leis», in *HUP*; A. D. DE SOUSA COSTA, *Um Mestre Português em Bolonha no Século XII, João de Deus. Vida e Obras*, Braga, 1957; «O Doutoramento em Bolonha do Secretário de D. João I — Doutor Lançarote, Conde Palatino e Embaixador ao Concílio de Pisa», in *Itinerarium*, 3, 1957, *Mestre Silvestre e Mestre Vicente, Juristas da Contenda entre D. Afonso II e Suas Irmãs*, Braga, 1963; «Estudantes Portugueses na Reitoria do Colégio de S. Clemente de Bolonha na Primeira Metade do Século XV», in *AHCP*, III, 1969, «Portugueses no Colégio de S. Clemente de Bolonha durante o Século XV», in *Studia Albornotiana*, XIII-XIV, 1972; «Escolas Episcopais e Paroquiais», in *DHP*, II; «O Célebre Conselheiro Chanceler Régio Doutor João das Regras Clérigo Conjugado e Prior da Colegiada de Santa Maria de Guimarães», in *Itinerarium*, XVIII, 77, 1972; «Considerações à Volta da Fundação da Universidade Portuguesa no Dia 1. de Março de 1290», in *HMP*, I; GUILHERME BRAGA DA CRUZ, *O Direito Subsidiário na História do Direito Português*, Sep. da RPH, Coimbra, 1975; MATEUS DE SOUSA COUTINHO, «Breves Notícias da Universidade de Coimbra, Contendo a Sua Fundação e as Várias Mudanças Locais que Sofreu (...)», in *Jornal de Coimbra*, 1918; JOÃO DE DEUS, *Liber Opinionum*, Ms. Bib. Bertoliana de Vicenza; FERMIN CAMACHO EVANGELISTA, «Acursio y las Fuentes Romanas de la 'Partidas'», in *ACISA*, II; PETRUS HISPANUS PORTUGALENSIS, *Tractatus Called Afterwards Summule Logicales*, Assen, 1972; FRANCISCO LEITÃO

Ferreira, «Memórias Avulsas. I. Fundação da Universidade», in *O Despertar*, Coimbra, 1924; M. L. SARGADO GANHO, «Une Oeuvre de Théologie Adversus Judeos d'un Auteur Portugais Anonyme du Milieu du XIV<sup>e</sup> Siècle», in *Medievalia*, 5-6, 1992; ANTONIO GARCÍA Y GARCÍA, «Los Estudios Jurídicos en la Universidad Medieval», in *Estudios sobre la Canonística Portuguesa Medieval*, Madrid, 1976; *Derecho Común en España. Los Juristas y sus Obras*, Murcia, 1991; «La Enseñanza del Derecho en la Universidad Medieval», in *Manuels, Programmes de Cours et Technique d'Enseignement dans les Universités Médiévales*, (ob. col.), Louvain, 1994; JOAQUIM FERREIRA GOMES, «O Século Centenário da Universidade Portuguesa», in *Estudos para a História da Universidade de Coimbra*, Coimbra, 1991; JOAQUIM GUSMAN, *Ratio Scripta*, Frankfurt am Main, 1981; F. FÉLIX LOPES, «As Escolas Franciscanas Portuguesas de 1308 a 1515» e «Escolas Públicas dos Franciscanos em Portugal antes de 1308», ambos in *Colectânea de Estudos*, respectivamente I Sér., n.º 4 (1948) e I Sér., n.º 2 (1947); A.M. BRACINHA DE LIMA MACHADO, «Vicente Hispano. Aspectos Biográficos e Doutrinários», in *BMJ*, 141-142, 1965; JOSÉ MARQUES, «Os Corpos Académicos e os Servidores», in *HUP*; MÁRIO MARTINS, «O Livro da Corte Imperial», in *As Grandes Polémicas Portuguesas*, Lisboa, 1964; I. JOSÉ MATOSO, *A Cultura Monástica em Portugal, (711-1200)*, 1969; PAULO MERÊA, *Resumo das Lições de História do Direito Português*, Coimbra, 1925; MARIA EUGÉNIA PEREIRA DA MOTA, *Do Africano ao Príncipe Perfeito (1480-1483). Caminhos da Burocracia Régia*, Porto, 1989; J.A. DUARTE NOGUEIRA, *Sociedade e Direito em Portugal. Dos Primórdios ao Século da Universidade*, Lisboa, 1994; «A Sé de Braga e a Recepção do Direito Romano-Canónico em Portugal» in *CDSB*, I; ALVARO PAIS, SR.; CF.; SPE.; M.ª C. MONTEIRO, «*Trivium e Quadrivium*», in *HUP*; G. PEREIRA, «Trechos Portugueses dos Séculos XIV e XV», in *Boletim da Segunda Classe, ACL*, 5, 1911; ISALAS DA ROSA PEREIRA, *Manuscritos de Direito Canónico Existentes em Portugal*, Sep. do «Arquivo Histórico da Madeira», Funchal, 1960; *Manuscritos de Direito Canónico Existentes em Portugal* (II), in *AHM*, 1962-1963; *Livros de Direito na Idade Média*, Sep. da LS, 1966 e 1970, e «Escolas e Livros na Idade Média em Portugal», *UHMP*, JOSÉ MARIA RODRIGUES, «A Universidade de Lisboa-Coimbra. Capítulo de uma Obra Alemã. Traduzido e Anotado (...)», in *O Instituto*, XL, 1982; ARTUR MOREIRA DE SÁ, *O Infante D. Henrique e a Universidade*, Lisboa, 1960 e «La Fondation de l'Université à Lisbonne, en 1288 et son Rôle dans le Développement de la Culture Portugaise jusqu'au milieu du XV<sup>e</sup> Siècle», in *RFL*, III Série, XII, 1971; A.J. SARAIVA, *História da Cultura em Portugal*, Lisboa, 1950-1962; e *O Crepúsculo da Idade Média em Portugal*, Lisboa, 1988; CARDEAL SARAIVA, «Testemunhos da Existência de Seminários ou

Escolas nas Catedrais e Mosteiros das Hespanhas para Instrução da Mocidade Destinada ao Estado Eclesiástico», nas *Obras Completas*, Lisboa, 1872, I; N. J. ESPINOSA GOMES DA SILVA, «João das Regras e Outros Juristas Portugueses da Universidade de Bolonha (1378-1421)», «O Doutoramento em Pavia de D. Martin y Gil, Bispo de Silves (1395)»; e «O Chanceler João das Regras, Prior da Igreja da Oliveira, em Guimarães. A Propósito de um Livro Recente», todos in *RFDL*, respectivamente XII, 1960, XVI e XXV, 1975; D. EGAS DE VISEU, «Summa de Libertate Ecclesiastica», in GARCÍA Y GARCÍA, *Estudios sobre la Canonística Portuguesa Medieval*, Madrid, 1976; ANTONIO DE VASCONCELOS, «Um Documento Precioso. Notícia e Descrição, in *RUC*, I, n.ºs 2 e 3, 1912; «Estabelecimento Primitivo da Universidade em Coimbra», in *RUC*, II, n.ºs 2 e 3, 1913, e *RFLC*, 1914; «O Diploma Dionísio da Fundação da Universidade Portuguesa (1 de Março de 1290)», in *Notícias Farmacêuticas*, 1937 e na *RUC*, I, 1912 e também, in *Estudos Vários*, Coimbra, 1938, I; «D. Deniz, Decorridos 18 Anos sobre a Fundação da Universidade, Fixa em Coimbra e Sede da Mesma», também in *Escritos...*, I; «A Universidade Dionísiana», *Idem*.

## SECÇÃO VI

### DIREITO NOTARIAL

96. Direito notarial como categoria «a se» — A autonomia do direito notarial resulta de o notário se diferenciar claramente do prudente ou jurista. Teve formação própria, funções específicas, organização privativa, privilégios característicos — não admirando, assim, que em Bolonha a escola notarial só tivesse sido compreendida na faculdade de jurisprudência em 1458. Até aí viveu na *universitas* das artes. O seu papel era modesto comparado com o reconhecido à escola do direito canónico ou imperial, apesar de ter sido nos quadros do *ius commune* que se criou a figura do notário como antecedente directo da instituição moderna.

97. Antiguidade e Alta Idade Média extra-peninsular — Tem sido acentuado pela doutrina o facto de no direito romano clássico se não encontrar uma instituição semelhante ao moderno notariado. Para isso terá contribuído o princípio da oralidade dos actos — aliás, progressivamente esbatido com o decurso do tempo. Só em época avançada do Baixo Império surgirá algo que se pode aproximar da instituição hodierna e cuja regulamentação

será parcialmente adoptada pelos glosadores para configurarem a regulamentação da qual saiu o notário da nossa época.

Na Roma Clássica e de acordo com a doutrina dominante, a escrituração dos actos privados competia a três categorias de pessoas: os *notarii* simples escribas, muitas vezes escravos, cujos conhecimentos de processos de escrita rápida (estenografia) eram utilizados pelos *domini* para a redacção de actos orais que cumpria registar em forma escrita; os *tabelliones* (ou *tabularii*), escribas de profissão cujo mister era a redacção de contratos estipulados pelo seu público; os *scribae* (ou *curiales*), dependentes das curias municipais, aos quais competia, nomeadamente, a elaboração do cadastro predial. Nos seus registos se descreviam os «prédios, valor, carga fiscal a que estavam sujeitos, o nome do proprietário e, consequentemente, a transferência da propriedade imobiliária», conforme o ensinado v.g. por Giry e Leicht, cuja lição se perfilha nesta matéria.

A estes *scribae* se dirigiam as partes para fazer transcrever os contratos de alienação entre elas celebrados — de onde resultou que acabasse por pertencer-lhes a redacção dos documentos respectivos. Após a queda do Império do Ocidente, verificou-se mesmo, nas terras onde se implantou a dominação bizantina, um aumento da importância de tais escribas, denominados então *scribas civitatis* ou *tabelliones civitatis*, que passaram a assegurar-se «como privilégio» a redacção dos actos referidos. Agrupados em corpos profissionais intentaram mesmo a transmissão hereditária do cargo.

O facto de as convenções serem redigidas por oficiais públicos deu-lhes um prestígio especial, separando-se desde então os documentos em *instrumenta privata* e *instrumenta publica*, sem que esta distinção importasse, ao que parece, por si o reconhecimento de autenticidade dos documentos, ou seja, a atribuição da fé pública.

Segundo se admite, estes só adquiriram tal autoridade depois de insinuados nos registos públicos.

Quanto aos *notarii* também se podem detectar algumas linhas de transformação: organizaram-se igualmente em *colegia*, alargando as suas funções. De simples *estenógrafos* ou técnicos de escritas rápidas, passaram a exercer funções de secretários dos príncipes, de magistrados e oficiais, de senhores, assim como de escrivães dos tribunais. Junto de muitos senhores e príncipes coube-lhes a escrituração dos documentos sob a orientação do chanceler e mesmo a redacção do respectivo teor, o que contribuiu, de certo, para a sua confusão com os tabeliães. Não obstante, na cúria pontifícia o seu papel foi o de simples escritores materiais do documento, portanto, sob a orientação do chanceler.

As implicações de qualidade de oficial público atribuída aos notários na Itália bizantina acentuar-se-iam com o chamado *renascimento do direito romano*<sup>1</sup>, sobretudo no tocante à redacção dos documentos relativos aos actos privados. Enquanto na Itália do Norte, antes do séc. XII, a fé do documento assentava «nas formalidades externas realizadas pelas partes, na Itália românica o seu valor dependia essencialmente da *autenticidade* que lhe outorgava o notário, considerado como sucessor do oficial da cúria municipal do Baixo Império». Era a intervenção deste que dava valor ao documento, de acordo ainda com Leicht. Por isso, muitas vezes, as partes não requerem mesmo ao tabelião que lhes elabore um documento específico, contentando-se com a anotação nos registos deste da estipulação que celebraram entre elas. É a chamada *imbreviatura*, que «poderá servir, quando as partes o queiram, para lhes ser passado um documento completo, o *instrumentum*».

Por influência da Itália romanizada e com a difusão do direito romano, operou-se em França, no século XII, uma transformação no modo de redigir os contratos e de conceber os documentos. Nas Gálias, o perecimento da organização romana tinha levado à redacção de documentos por simples particulares que

1. Cfr. *supra*, n.ºs 78 e s.

sabiam ler, não representando a menção de o acto haver sido escrito por um *lector*, *scriba* ou *notarius* senão uma simples menção translática do formulário romano (*completio*). Só com Carlos Magno se haverá restabelecido uma organização notarial, admitindo-se como propósito do imperador a outorga de carácter público aos respectivos documentos. Seja como for, tais intentos não vingaram e do século IX ao século XI não se pode falar em documentos notariais com fé autêntica. Quanto se deu ao documento foi apenas o prestígio da forma escrita, uma certa veneração pela solenidade um tanto misteriosa das fórmulas. Além da reprodução do formulário romano, o único vestígio da tradição romana do *instrumentum* público, dotado de uma fé específica, residia na prática de os particulares fazerem redigir os seus actos nas chancelarias dos senhores e bispos — que desta forma lhes emprestavam a própria *authoritas*, tornando o documento como que autêntico.

A influência romana antes descrita levou, porém, a que na Provença e no Languedoc — e depois em toda a zona do *direito escrito* — se concedesse aos notários o privilégio de outorgarem às escrituras, por eles lavradas de acordo com um formulário solene, o carácter de escrituras autênticas. Havia como que uma delegação da autoridade pública. Por isso, se viu na faculdade de criar notários uma transferência de poder dentro de uma certa jurisdição. Daí reivindicarem o Papa e o imperador a faculdade de instituírem notários em todos os países, em virtude da jurisdição que pretendiam sobre o mundo<sup>1</sup>. Os seus partidários excluíam mesmo que outrém o pudessem fazer, visto os documentos notariais «*fidem faciunt generaliter per totum orbem*» (Valentini, 1966, 58), a menos que eles tivessem conferido a terceiros o poder de erigir notários apostólicos e imperiais, como várias vezes aconteceu, (Q.s.s.s., HAP., VIII; Giry, 925, II, 824 et pas.; Valentini, *ib.*) — o que não deixou de suscitar controvérsia, tendo

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

Baldo entendido ser tal faculdade indelegável. Matéria discutida foi igualmente saber se o tabelião criado pelo papa podia praticar o ofício em terras do imperador — e vice-versa. Também aqui se pronunciou este grande doutor.

Tal foi a transformação que levou ao ressurgir da designação romana — e à outorga em França da designação de tabelião aos notários.

**98. Tradição documental alto-medieval na Espanha. Recepção do direito notarial** — Como se passaram as coisas entre nós? Para o compreender é preciso ter em conta as épocas antecedentes da formação do reino.

No período visigótico não se exigia para a validade das escrituras relativas a actos entre privados intervenção de oficial público. Admite-se, porém, a existência de uma classe profissional de *scriptores* que assumiu o papel de escriturar os negócios privados, em função de o sistema legal estar dominado por uma preferência pela escrituralidade. Esses escribas tinham um estatuto semelhante ao dos seus homólogos longobardos: não só as partes podiam celebrar validamente o acto mediante a intervenção de testemunhas e sob forma oral, sem recurso a qualquer documento, como a validade e eficácia deste dependiam de requisitos formais que não podiam ser substituídos pela intervenção do escriba ou redactor. Quer o documento fosse constitutivo, quer probatório ou de *notitia*, não ficava revestido de fé pública como a outorgada pelo notário moderno. A força probatória do documento resultava de nele se reunirem os requisitos legais do *Código Visigótico*, nomeadamente quanto à intervenção de testemunhas. Só em relação a resoluções ou leis do imperante, constantes de traslados ou alegadas publicamente, se dispunha necessariamente para a respectiva autenticidade a intervenção do notário público ou do notário do rei — podendo assim separar-se estas duas categorias da dos notários particulares de *magistratus* e corporações. O termo *tabellio* parece haver-se perdido. (HAP., VIII).

Durante os séculos iniciais da reconquista o sistema não se alterou fundamentalmente: consoante a lição da historiografia, nas Astúrias, Galiza e Leão o *scriptor* era por norma um clérigo que encarava o documento apenas como «perito de uma técnica documental constante, sobretudo, em operações de redacção e escrituração», motivo de muitas vezes se conservar anónimo, de assinar como simples testemunha ou de se nomear como mero autor material; não se encontram vestígios da insinuação romana; e a prática de celebrar e confirmar os actos perante magistrados é mais tardia. Daqui o uso indiferenciado das designações *scriba*, *notarius*, *scriptor*.

As grandes corporações (mosteiros, conventos...) e os mais importantes magnates possuem notários próprios, tal como o monarca. O quadro só se alterará com a recepção do direito romano, para o que terá contribuído a via francesa, conforme tem sido posto em destaque, nomeadamente para certas regiões da Península, como a Catalunha. Isso é particularmente importante no respeitante aos esquemas negociais, visto os formulários terem sido relativamente homogêneos, correspondendo à elaboração documental a uma categoria profissional comum às diferentes monarquias peninsulares.

**99. Regulamentação de Afonso X** — É na obra legislativa — doutrinal de Afonso X (1252-1284), permeada de romanismo justinianeu, como vimos antes<sup>1</sup>, que se encontra definida uma teoria completa das funções do notário enquanto outorgante de fé pública aos documentos. Existente já no *Fuero Real* e no *Espéculo*, ela alcança um superior desenvolvimento nas *Partidas*, estabelecendo-se aí o conceito de notariado, os requisitos pessoais do notário e a teoria do instrumento público, por forma que não tornou difícil à crítica estabelecer as respectivas fontes.

1. Cfr. *supra*, n.º 92.

Elas foram a *Ars Notariae*, de Salatielle, e o *Speculum*<sup>1</sup> de Guilherme Durante, obras que se incluem nos quadros dos *ius commune* e na tradição do romanismo bolognês. Neste, tomado não só na expressão da escola da *Glosa* — a que Bono (1979, I, 167) reportou o quadro seguinte — mas também dos juristas posteriores — como ilustramos com alguns nomes —, a função notarial pode apresentar-se nestes termos:

a) O notário. — *tabellio*, *tabularius* — é uma *publica persona*, desempenhando — como o *iudex* — um *officium ad publicam utilitatem pertinens*: o de *instrumenta conficere*, entendendo-se por tal o exercício do *ius acta conficiendi* (que no direito romano pertence a certas entidades, autorizadas a manter registos oficiais onde se transcreviam os actos jurídicos com vista a conferir-lhes força probatória especial). Assim o ensinam, *verbi gratia*, Alberico de Rosate (m. séc. XIV), Bártolo (m. 1356), Zabarella (m. 1417)<sup>2</sup>, e Baldo (m. 1423).

b) A função do tabelião compreende tanto a «autorização» dos documentos judiciais como extrajudiciais (ver, por todos, Baldo e Bertachinus de Ferno — m. 1500).

c) O documento tabeliônico como objecto de uma função — *officium* — tem uma forma de produção regulamentada e, por isso, exige ser «*in publicam formam confectum*». A intervenção das testemunhas é um requisito «*ad solenitatem*». O tabelião como responsável pela *auctoritas* do documento há-de ser acreditado sem precisar da asseveração de testemunhas, quando se impugne a autenticidade do instrumento<sup>3</sup>. Também aqui se trata de lição comum, podendo comprovar-se, nomeadamente, nas obras de Bártolo, Alberico de Rosate, Baldo e Bertachinus de Ferno.

1. Cfr. *supra*, n.º 82. 2. Cfr. *supra*, n.º 45.

3. Confrontar os art.ºs 369.º e 371.º do Código Civil.

Tal é a concepção que prevalecerá, igualmente, no direito português, por inspiração do romanismo bolonhês, conforme o sustentado por Gama Barros. Reportando-se ao facto de aos notários caber em França, por influência românica, a possibilidade «como delegados directos do poder público» de «só pela aposição do seu sinal conferirem» aos documentos «efeitos de prova e força executória», escreveu o grande historiador: «A divulgação do direito de Justiniano produziu em Portugal um resultado análogo; e ao passo que na França, na própria região considerada de direito escrito, o título de *tabellio*, do tempo do Império Romano, readquiriu o uso de que tinha decaído, mas empregado indiferentemente com o de 'notário', em Portugal o termo *tabellão* radicou-se na prática profundamente, com exclusão, pouco menos de geral, de outro qualquer para designar officio em tudo idêntico», (*HAP.*, VIII, 363). Sem dissentirmos desta lição no que toca à importância da influência do *ius romanum*, parece-nos que se deve aditar-lhe a do direito canónico, que traçou uma larga disciplina do notariado, entre nós divulgada por Álvaro Pais (cfr. v.g. *SPE.*, V, 184, 224, 292, 312, 386, 388, 390...).

100. Legislação portuguesa. Disciplina da profissão e interesses régios. — A mesma documentação asseveradora de quanto se referiu consente verificar que o nome de notário ficou reservado quase em exclusivo para os notários apostólicos, conforme o ensinado por Gama Barros, podendo, todavia, referirem-se alguns textos de excepção à regra: «*tabellian notario ppublico por el rey*», constituiu uma fórmula da época. Com base na mesma documentação utilizada já pelo grande historiador, devem ainda distinguir-se os tabeliães das *notas* ou do *paço* dos *audiências* ou *judiciais*, embora algumas pessoas reunissem as duas qualidades. Os últimos correspondiam aos escrivães dos juízos respectivos, carecendo de *autoritas* própria. Exerciam o cargo como subordinados do juiz. Era a intervenção deste que

conferia a fé pública ao documento. Os do paço recebiam tal designação por deverem ter *paço* para o exercício das funções. Com nenhum destes cargos se deve confundir o notário da corte, cujo cargo correspondia geralmente ao do escrivão: o seu «officio era estranho ao do tabelião das notas», ensinou também Gama Barros<sup>1</sup>, parecendo-nos de duvidar se este quadro se deve ter por exaustivo. Com efeito, são múltiplos os escrivães que encontramos com funções diversificadas e cujos estatutos importaria determinar com rigor<sup>2</sup>, sendo o valor dos seus documentos parificado a escrituras públicas (*OA.*, III, 65, 1).

Numa outra classificação separam-se os notários *gerais* das *ciudades*, *vilas* ou *lugares*. Estes últimos tinham jurisdição privativa a tais povoados; os primeiros a todo o reino, a uma comarca ou a terras diferentes entre si, embora do mesmo senhor.

Haverá ainda aqui a consignar os notários apostólicos e os imperiais (já antes referidos). Dos últimos encontramos apenas uma intervenção entre nós, no tempo de D. Dinis. Este, quando soube do facto, pôs-lhe cobro<sup>3</sup>, por motivos ligados à falta de *iurisdicção imperii*<sup>4</sup> relativamente a Portugal (*EA.*, 423; *Gav.*, III, 2708). A Igreja manteve, todavia, pretensão de nomear notários, pretensão que a Coroa contrariou circunscrevendo, pelo menos, a competência dos nomeados.

As classificações antecedentes pressupõem a existência de uma organização do tabelião. A tal respeito cumpre salientar — com Gama Barros, *HAP.*, VIII, 368 — que já no reinado de D. Afonso II (1211-1223) existiam oficiais públicos cuja intervenção nos instrumentos de direito privado dava a esses actos a natureza de escritos autênticos — até aí o notário é um *scriptor*. Por documentação posterior a 1271, sabe-se que impedia sobre os notários a obrigação de residirem no paço do concelho

1. V. *infra*, n.º 148. 2. V. *infra* n.ºs 174, 175, b), 176 e 200.  
3. V. *infra* n.º 140. 4. V. *infra*, n.º 138.

respectivo, aludindo mesmo alguns diplomas às pensões a serem por eles percebidas. Fontes da mesma época mostram-nos a existência de tabeliães interinos. Numerosos instrumentos datados de 1290 — e pertencentes portanto «ao período mais obscuro da história do tabeliado em Portugal», conforme escreveu Gama Barros, que os não utilizou — atestam-nos não só haver notários generalizadamente instituídos nas vilas do reino como a quantia a pagar por cada um deles ao monarca — em conformidade com a importância da localidade e o número de confrades aí existentes — para poder exercer o ofício. (*Gav. verbi gratia*, XI.2.12; 2.38; 2.41; 2.42; 2.43; 2.44; 2.45; XV.15.20...). Diversas fontes revelam-nos possuírem frequentemente os notários auxiliares, escrivães, que os coadjuvavam e por quem algumas vezes se faziam substituir. É possível, também, que se tenha elaborado, ainda no século XIII, uma tabela de emolumentos e no séc. XIV encontramos já, em Coimbra, uma confraria de tabeliães.

Foi orientação da coroa colocar o notariado na sua dependência. Isso, que ressalta já dos factos anteriormente referidos, pode melhor aperecer-se em alguns mais. D. Dinis não só impôs aos tabeliães a obrigação de prestarem juramento na chancelaria da corte, como reivindicou mesmo, em oposição às pretensões do clero, o direito de os nomear para funcionarem nas próprias audiências eclesiais. Tendo-se levantado a tal propósito uma controvérsia entre o rei e o bispo de Lisboa, «(...) *foi dada sentença pelos Juizes que ElRey os pozesse; e ElRey Dom Donis mandou esto veer em Bolonha a Leterados, e acharom que os devia poer (...)*» (OA., II.7.57). D. Afonso IV, segundo um documento publicado por Caetano do Amaral, «*Ouve sobre esto seu concelho com Doutores, e com Letrados e com outros; e achou que de Direito os senhores das ditas Cidades e Villas e Lugares nom podiam poer Tabeliioens em esses lugares; e que Elle tam solamente os podia poer em seus Reinos (...)* e diz que como quer que esto podia fazer, ouve por bem de

*se sofrer disto em quanto sá mercee fosse, e a quem fosse sá mercee*» (*Mem.*, V, 179-180) — sendo certo, que tanto neste caso, como no anterior, se tratava de matéria largamente polemizada nos autores do *ius commune*. Não prescindia, porém, o soberano de fazer examinar pelo chanceler os que fossem designados pelos senhores aos quais transigia o direito de nomeação. O mesmo monarca determinou não possuírem validade as escrituras feitas pelos clérigos das terras portuguesas pertencentes à diocese de Tui perante os notários desta cidade — opondo-se assim às pretensões do bispo que lhes determinara a obrigação de unicamente se socorrerem daqueles tabeliães, conforme consta de um documento divulgado por Gama Barros (VIII, 416). Além disso, reeditou nas Cortes de Santarém de 1331, e a pedido dos povos, a obrigação de os tabeliães prestarem juramento de chancelaria (art.º 44) (CP, DA. IV). Por seu turno, D. Fernando declarou, com a lei de 13 de Dezembro de 1375, pertença ao rei o direito «*de acrescentar ou fazer tabeliães*» (OA., II.63.13.).

Em conformidade com a reivindicação anterior, determinou D. Fernando a revogação de qualquer privilégio de instituir notários, excepto se concedido aos infantes, condes e outros magnates, como o almirante<sup>1</sup>, ao Mosteiro de Alcobaça<sup>2</sup> e às ordens militares (conservaram, aliás, também igual direito certas cidades, como Lisboa) (OA., II.63.13; EA., 426). Mas a ressalva fernandina abrangia apenas o direito de escolher as pessoas que deveriam submeter-se a exame de aptidão na corte. O provimento era de competência régia (OA., II. 63.13. e 14; EA., 426).

Uma vez aprovados, os candidatos exerciam o ofício em nome do rei e lavravam os traslados também por sua autoridade, sem embargo de as receitas e emolumentos respectivos caberem aos senhores designantes, diferentemente do que sucedia em relação aos demais notários, cujos réditos pertenciam ao monar-

1. Cf. *infra*, n.º 176. 2. V. *infra* n.º 191

ca. Para quem praticasse o ofício sem autorização régia — era a morte. Os senhores das terras perderiam a jurisdição. Tratava-se de pesadas penas reveladoras do empenhamento posto pela Coroa na sua política. Aliás, embora, o direito canônico proibisse a venda do ofício de notário, que deveria ser outorgado liberalmente, não raro os monarcas exigiam contrapartidas onerosas pela concessão (Álvaro Pais, *SR.*, I, 276 e *SPE.*, V, 293, bem como *Ch. DPL.*, 167 e 307).

Consonantemente com quanto descrevemos a Coroa procurou também definir os deveres funcionais dos tabeliães. Importa, a este respeito, fazer referência à legislação emanada de D. Dinis a D. Fernando.

A lei de 12 de Janeiro de 1305 — modernamente publicada por Gama Barros e a estar certa tal data — regulamentou a disciplina dos tabeliães, estabelecendo os emolumentos respectivos e ordenando que as notas fossem lançadas nos livros em vez de se conservarem em cédulas avulsas. Os instrumentos deveriam ser lavrados pelas notas e lidos às partes e por estas confirmados. As infracções seriam punidas com a morte.

Mais minuciosamente dispõe o regimento de 15 de Janeiro do mesmo ano. Fruto de *agravos* apresentados contra os tabeliães, aí se estatuiu, nomeadamente (cfr. *HAP.*; *EA.*, 359), que estes deveriam escrever em livro de papel as notas das escrituras ou instrumentos, para não se perderem; registar em livro de coiro as escrituras dos contratos; escrever e ler as notas perante as testemunhas; chamar testemunhas que identificassem os intervenientes desconhecidos; datar e localizar os documentos; nomear os intervenientes; referir o objecto do negócio — tudo por extenso. Dispunha também o regimento quanto às formalidades dos diferentes documentos, à forma de autenticação, *verbi gratia* quando se tratasse de instrumentos partidos por ABC; mandava ainda ler as escrituras às partes antes de estas lhes serem entregues (*LLP.*, 63-70). Fácil se torna descortinar neste conjunto de preceitos a influência das teorizações notariais por influxo da

romanística bolonhesa, conforme o anotado pela historiografia jurídica, e da disciplina canónica, que em vários pontos coincidiu não só com disposições do regimento de 15 de Janeiro, mas também com subsequente legislação régia (cfr. v.g. *SPE.*, 382, 386, 390 *et pas.*).

O regimento de 1340, em grande parte simples confirmação ou adaptação do regimento de 1305 — e portanto menos interessante relativamente à estruturação do notariado — versava também sobre os notários judiciais e instituiu a fiscalização dos notários pelos corregedores, na sequência do regimento dos corregedores de 1332, conforme o destacado por Marcello Caetano (1951, 151 e 158).

Sem a pretensão de traçarem um estatuto genérico da função, várias outras leis disciplinaram a actividade dos notários. D. Dinis, em 1305, determinou as formalidades a observar na elaboração dos documentos, cominando pena de morte para o notário infractor (*LLP.*, 205, *EA.*, 434). O mesmo monarca, também nesse ano, impôs aos notários, sob pena de crime de falsidade, o dever de fazerem as partes jurar antes de eles elaborarem escrituras de compra e venda, a fim de se evitar simulações em favor dos clérigos, (*LLP.*, 204)<sup>1</sup>. D. Afonso IV, em 1326, atribuiu ao vedor da chancelaria ou aos juizes locais a competência para conhecerem as infracções cometidas pelos tabeliães — ressaltando o direito de apelação para si (*LLP.*, 70-71). D. Pedro cominou aos tabeliães, também sob pena de morte, a obrigação de garantirem com fiadores o cumprimento dos deveres fiscaes a que estavam adstritos. D. Fernando determinou em 12 de Setembro de 1379 que os direitos e obrigações de valor excedente a cinco libras não se pudessem alegar nem provar em juízo senão por escritura pública lavrada por tabelião ou por carta com selo do rei — ou outro autêntico. O instrumento seria lavrado no livro do tabelião e a nota devia ser lida às partes, que

1. Cfr. *supra*, o volume correspondente aos Grupos Sociais.

a assinar, sendo substituídas por testemunhas quando o não soubessem fazer. A falta de registo no livro das notas dava lugar à indemnização pelo tabelião dos prejuízos causados às partes (OA, III. 64. 9.; HAP.).

Com todas estas medidas ficava a instituição notarial absorvida no âmbito da Coroa — quer no tocante à sua nomeação (a despeito da pretensão de os povos a quererem para os concelhos), quer no tocante à sua qualidade funcional, quer ainda às normas burocráticas e processuais a serem observadas na execução do ofício. Já o mesmo não sucedeu no plano material, onde a liberdade de elaboração permaneceu como vestígio do anterior estado de coisas — tanto mais que, substancialmente e a despeito da sua pormenorização regulamentar, a disciplina nacional era insuficiente, como mostra o contraste com as obras do *ius commune*, onde se encontram largas teorizações sobre diversos aspectos da actividade notarial, nomeadamente a respeito do suprimento de erros, deveres de exibição dos instrumentos, incompatibilidades do notário, ónus, cumprimento de formalidades destinadas a preservar direitos tanto dos intervenientes no acto como de terceiros, a forma de assegurar o intuito prático das partes. Com efeito, aqui a criação dos esquemas manteve-se no quadro de um direito de técnicos, alheio ou independente de qualquer promulgação política.

Notou Schupfer que a primitiva formação do pensamento jurídico nos tempos bárbaros se fez através de formulários — como aconteceu em Roma, onde os primeiros gérmes da ciência do direito brotaram da elaboração de fórmulas. Na Idade Média eles foram elaborados a partir dos antecedentes romanos, quase sempre por eclesiásticos ou, quando assim não sucedia, por quem possuísse também a cultura românica correspondente aos quadros básicos do saber medieval, o *trivium* (gramática, retórica e dialéctica)<sup>1</sup> — sem que as necessárias adaptações às

1. Cfr. *supra*, n.º 87, 90 e 94.

circunstâncias dos novos tempos quebrassem homogeneidade de espírito e estilo correspondentes a uma comunidade de origem. Destacou-o a historiografia moderna ao aproximar entre si os esquemas negociais correspondentes à Alta Idade Média e todos com os precedentes romanos do Baixo Império. Contribuiu, aliás, para a manutenção do carácter translatício dos formulários o próprio sistema de ensino. O mestre ditava os diferentes esquemas (*dictare, enunciare*) escolhidos por si ou por si elaborados. O discípulo recolhia esse ditado (*notare, scribere, titulare*) até adquirir os conhecimentos suficientes para realizar a própria redacção ou, mais modestamente, poder reproduzir um esquema alheio, seleccionando, entre os múltiplos módulos transmitidos, aquele considerado apto para documentar o intento prático das partes.

Sem prejuízo de um certo saber teórico tanto de direito romano como canónico, atestado entre nós já no século XIII pela propriedade de livros respectivos existentes nas suas bibliotecas, resulta de quanto fica dito corresponder a preparação dos notários a um conhecimento largamente empírico relativo ao esquema material dos negócios, por um lado; por outro, aos conhecimentos literários inerentes à cultura básica medieval. A este quadro corresponde o juramento feito ao rei por Estêvão Gonçalves, tabelião geral do Algarve (1386), de que escreveria bem e directamente as cartas e escrituras. A ele corresponde também e principalmente a disposição das OA, que impunha ao chanceler verificar se os tabeliães «*excrepvem bem e som pertencentes para os officios*» (L. 2. 10.). O exame a que D. Fernando submetia os candidatos a notário e que já estava em prática no ano de 1321, a avaliar pela notícia consagrada numa carta régia de alguns tabeliães que tinham vindo à corte para «*a eisaminação assi como eu mandei aos outros tabeliães do meu senhorio*», versaria ao menos essencialmente sobre as matérias que referimos. Nos finais do séc. XV

ainda se encontram, porém, denúncias contra os tabeliães, por não sabermos ler ou cuja escrita era ininteligível. Não era exigido o conhecimento do latim (OA., II. 94.13.).

101. Da «ars dictaminis» à «ars notariae» — A este respeito haverá que aludir ao facto de os ensinamentos do *trivium* se terem consubstanciado, no tocante à redacção dos documentos, na *ars dictandi*, «disciplina que trata da técnica de redacção (*dictare*), conforme as regras (gramaticais, lógicas e estilísticas) da composição textual (*dictamen*); dirigida de início à redacção epistolar (*epistolae*), amplia rapidamente o seu campo, incluindo a redacção documental, primeiro dos documentos de carácter público (*privilegia*), e posteriormente também os de carácter *pri-vado* (*instrumenta*). A finalidade da *ars dictandi* era estabelecer a base teórica para se obter a correcção gramatical, a precisão lógica e propriedade estilística dos *scripta*, isto é, para «*gramatice regulas non excedere*», a «*lógica discernere verum a falso*», e «*rethorice eloquentia servare*» — conforme a síntese que a este respeito traçou Bono (1979, I, 200). Embora a *ars dictaminis* fosse em si mesma alheia ao direito, o facto de os documentos a elaborar pelos *dictatores* se reportarem materialmente a actos jurídicos levou a incluir nas *summae de dictaminis*, como parte prática, colecções de fórmulas jurídicas de proveniência notarial. A organização de colecções de textos respeitantes a diversos actos permitiu a confecção de formulários autónomos, o que constituiu uma tarefa primordial da escola: Aquela mesma circunstância impulsionou os *dictatores* ao conhecimento teórico do direito.

Com a recepção das doutrinas jurídicas a arte de bem escrever (*ars dictaminis*) veio a aproximar-se consideravelmente do notariado propriamente dito. Baseado este, na sua expressão inicial, sobre o empirismo das fórmulas e os preceitos da redacção pertencentes àquela, como vimos, também ela incorporou progressivamente conhecimentos de direito. Nas obras de índole

prática os escritores jurídicos foram dando lugar a exposições para uso dos notários — que vieram a ser recebidas pelos mestres do ensino notarial. Nas aulas estes expunham assim, ao lado dos ensinamentos concernentes especificamente aos diferentes tipos de formulários, os ditames da gramática e da retórica, ministrados em conjunto com rudimentos de direito, principalmente de direito processual. Deve-se tal particularidade ao facto de terem sido os processualistas que mais trataram aspectos notariais, como consequência de aos notários haverem cabido funções adjuvantes das dos juízes.

Surgindo como duas correntes da mesma fonte cujos cursos se tivessem processado por leitões diferentes — segundo a imagem de Masi —, a *ars dictaminis* e o notariado acabariam, em grande parte e como consequência da adição comum do elemento jurídico, por confluir num único veio. Aí a pressão das circunstâncias criaria um tipo de actividade literária bem definido, com esbatimento dos caracteres híbridos resultantes da multiplicidade de origens por nós consignada.

O tráfico jurídico, resultante da renovação económica e cultural, especialmente nas grandes cidades, tornara, com efeito e pouco a pouco, inadequados os esquemas antigos, herdados dos *tempos bárbaros*. A *inventio* de novas fórmulas impunha uma reflexão específica necessariamente transcendente do empirismo anterior e do carácter mais ou menos ocasional das investigações processualísticas. Tratou-se de um movimento lento, não tendo havido naturalmente uma substituição do anterior estado de coisas senão de forma progressiva. Iniciado em Bolonha nos fins do primeiro quartel do século XIII, só nos inícios do século XIV lograria aí uma expressão material dominante — havendo depois irradiado para as restantes cidades de Itália e para além dela. Entre nós vimos já qual o núcleo essencial do exame dos notários naquela centúria.

O novo quadro adquiriu expressão formal com o aparecimento da nomenclatura *ars notariae*, que sabemos utilizada em

1221 e de si reveladora de uma especificidade do notariado em relação às diferentes *artes* medievais, *verbi gratia* por confronto com o *dictamen*. A sua individualidade material encontra-se expressa nas obras de Rainerio de Perusia (1213), Salatielle (1210-1280) e Rolandino (1207-1301) — e é, portanto, sensivelmente contemporânea do movimento que culminaria na *Glosa* (cerca de 1260)<sup>1</sup>.

Foi Rainerio quem pela primeira vez afirmou a substancialidade do notariado. Fê-lo na sua *Ars Notariae* (1224-1234), entendendo-a não só como «*scientia*» da formulação, conforme à lei (*ordinatio*) dos *negotia* — *contractus*, *iudicia*, *ultimae voluntates* — e proclamando-a disciplina teórica (*doctrina*) — até então falecente por *imperitia docentium* — mas ainda como prática. De acordo com este *caput scholae*, a *scientia* notarial envolvia o estudo *de iure* da escrituração dos negócios (*figuras*) e o estudo prático (*de facti*) *in cartis*, ou seja, o exame de formulários. Por isso, se denominou correntemente «*scientiae artis notariae*» o complemento jurídico teórico da simples prática documental (*ars notariae*, s.s.), conforme também frisa moderadamente Bono, cuja síntese seguimos de perto (1979, I, 210).

Deu Salatielle um passo mais. De acordo com ele importava à *ars notariae* sobretudo o incorpóreo e não o corpóreo, devendo transitar-se da entidade material à imaterial, que tanto vale dizer do *instrumentum* (ou documento) à *forma instrumenti* (esquema abstracto individualizado pela causa função ou *negotium*). Daqui a passagem de uma reflexão sobre uma realidade extrínseca ao *vinculum iuris* — o texto corpóreo — para este mesmo, considerado nos seus diversos elementos formativos (*voluntas*, *fides*, *causa*).

A respectiva *Ars Notariae* dividiu-a Salatielle em quatro partes. As três primeiras, organizadas semelhantemente às *Institutas*<sup>2</sup> (pessoas, coisas, acções), tinham carácter teórico; a quarta,

1. Cfr. *supra*, n.º 80.

2. Cfr. *supra*, n.ºs 77 e 78.

prático. O conhecimento das primeiras consentiria facilmente ao estudioso a elaboração «*iure et consuetudine*» dos instrumentos «*omnium contractuum ultimarum voluntatum et actorum indicialium instrumenta*», (*Ars Notariae*, in *princ.*), cujos modelos (ou esquemas) formavam a última.

Estava-se já perante um entrevistar das concepções éticas como elemento rector das fórmulas — e por força eliminante da apetência nestas existente e ditada pelo carácter ritual e sacral, outorgado por séculos de reverência, para a rejeição de qualquer excepção (consideração casuística) ou modificação. Era, simultânea e necessariamente, um atribuir à respectiva elaboração o papel de simples aplicar praticamente valores correspondentes à concepção contemporânea de mundo. Não admira assim ter a posterior voz de Rolandino, cuja obra representava ademais uma simplificação do complexo texto de Salatiel, declarado expressamente supor a arte notarial — «*theorica et pratica*» — uma consideração filosófica pela causa, pelo fundamento, pelos materiais que lhe correspondiam, considerando-a na sua *intentio*, *utilitas* et *finis* como parte da filosofia. Equivalia isso, aliás, a equipará-la ao direito, pois também os juristas o declaram filosoficamente considerado que fosse na «*materia, intentio et utilitas*» (*Q.s.s.s.*, v.g.; Torelli, 1959, «*Glosse...*; *Orlandeli e Vecchia*, 1968, *pas.*). Nem admira. A obra de Rolandino estava permeada das correntes do romanismo bolonhês<sup>1</sup> (como notou Nufiez Lago).

Fechava-se, desta forma, o caminho especulativo iniciado pela consideração teórica da prática notarial feita por Rainerio à luz dos métodos e da cultura das escolas jurídicas e continuado por Salatiel, que, intentando adequar a prática e a teoria do notariado à ciência do direito, chegara a proclamar a *ars notariae* como partícula do direito civil.

À luz de quanto fica descrito se há-de compreender a crítica de Rolandino ao movimento reformador da prática notarial do seu

1. V. *supra*, n.º 83.

tempo. Se a época exigia novos esquemas formulários adequados aos «*mores novos et subtiliores*», bom seria não os tomar como superiores aos antigos. O seu mérito era a adequação às exigências contemporâneas, não possuindo um valor absoluto.

A construção teórica da *ars notariae* não determinou obviamente uma modificação total dos esquemas negociais. Eles resultaram sobretudo do novo contexto social. Possibilitaram-na, porém, dando-lhe nomeadamente a fundamentação necessária. Foi ela, também, que consentiu outorgar às fórmulas a elasticidade necessária para acompanhar no futuro as modificações sobrevindas. A ela deve igualmente a conjugação do notariado com a doutrina jurídica, de forma àquele fomentar e acompanhar a renovação que se operaria com os comentadores, conduzindo, *verbi gratia*, à inclusão das *ars notariae* nas escolas jurídicas, como assinalámos<sup>1</sup>. A tal propósito deve relembrar-se a larga reflexão dos civilistas, que teorizaram longamente o direito da função notarial, não só na vertente de uma disciplina abstracta, mas também mediante um desenvolvido casuismo, avultando entre todos o nome de Baldo. Fosse, porém, como fosse, sem o movimento doutrinário que ficou descrito, dificilmente o notariado poderia ter permanecido como uma actividade prudencial, suprimindo no campo das soluções materiais a escassez da actividade legislativa. Importa, com efeito, não perder de vista ter o direito notarial evoluído para lá e com independência dos ditames estatais no que concerne à fixação dos processos técnicos respectivos, não sendo raro a posterior promulgação política de soluções antes consagradas translaticamente pelos notários. Referimo-nos aos chamados *costumes notariais* ou *cláusulas de estilo*, que os notários repetiam invariavelmente nas escrituras como forma de assegurar a vontade das partes. Tradutoras, em forma técnica, do intento destas face a generalizadas circunstâncias da época, acabaram frequentemente por serem tomadas

1. Cfr. *supra*, n.º 96.

como conaturais aos institutos respectivos, observadas por toda a parte e recebidas em consequência pelos legisladores. Por isso, o direito notarial pôde funcionar nos quadros do *ius commune*, sobrepondo-se aos particularismos dos direitos nacionais — e constituir um dos elementos unificantes existentes na cultura da época.

**102. Documentos de actos jurídicos e seu valor como fonte de história do direito; carácter translático de muitas cláusulas; sobreposição de vários extractos jurídicos** — Os documentos dos actos jurídicos não são em si fontes do direito — mas fontes de história. A sua importância resulta de eles nos revelarem não só o operar de factores de produção jurídica específicos — os tabeliães ou notários —, mas também a maneira como se projectaram na prática as demais fontes. São o espelho daquilo que se chamou o direito vivo, permitindo apreciar a distância que medeia entre as concepções das normas gerais e o acto concreto no qual elas se pretendem traduzir. Por isso, constituem o mais fácil testemunho da sobreposição e o entrecruzar dos diferentes factos normativos coexistentes numa época e o elemento essencial para o apercibimento da aculturação jurídica<sup>1</sup>. É neles que se surpreende quase sempre a sucessão e intercâmbio de estratos ou ordens jurídicas. Para não fugirmos do âmbito do curso diremos que em muitos dos nossos documentos medievais se podem a perceber influências germânicas e influências romanas. As circunstâncias apontadas levam a uma heterogeneidade de terminologia, que nuns casos é em si contraditória, noutros como que pleonástica. Repetidamente o notário, não tendo ao seu alcance possibilidade de fixar os *nomina* dos formulários de maneira correcta, emprega em conjunto nomenclaturas de origem diversa, para assim cobrir as diferentes

1. Cfr. *supra*, n.º 20, 95 e 124.

hipóteses que se lhe figuravam — quando o não fazia de modo termalático e inconsciente. Isso põe ao intérprete moderno problemas de exegese difícil, arriscando-se ele ao cometimento de erros se partir *a priori* da existência de uma dogmática rigorosa e invariável. Permite-lhe, em compensação, descobrir frequentemente as linhas de força de estruturação de institutos e o prosseguimento de criação e adaptação de um direito efectivamente vigente, embora não promulgado e muitas vezes efectivo para além deste. Noutros termos: são os documentos notariais uma fonte privilegiada para a apreensão de como os diferentes factos normativos reagiram entre si e quais os caminhos percorridos e as transigências aceites pelo direito erudito (romano-canónico) na sua implementação em detrimento do direito tradicional, ao qual as populações estavam afeitas. A este respeito se não há-de esquecer terem os notários figurado entre os meios de divulgação do *ius commune*. «A intervenção dos notários — escrevem, a propósito, Ourliac e Gazzaniga — é (...) um dos factos maiores da história social dos sécs. XIII e XIV. Eles são os *semi-savants*, sempre presentes entre as partes para dar uma forma romana ao respectivo pensamento (...). Eles fazem evoluir a prática e constituem os agentes mais activos da romanização» (1985, 76). Aqui como lá. Então, de certo, como já antes e depois.

Tudo isto, naturalmente, para além de quanto o documento nos transmite no conteúdo da sua *notitia*, ou seja, no aspecto substancial dos respectivos propósitos tomados com independência da expressão formal assumida pela técnica da redacção.

**BIBLIOGRAFIA** — LLP.; OA.; GTT., II, III e IV; CP. DA. IV; *Il Notariato Veronese Attraverso i Secoli*, obra col. com int. de Giorgio Cencetti, Verona, 1966; *Les Actes Notariés Source de l'Histoire Sociale*, Estrasburgo, 1974, obra col.; *Signa et Insignia. Storia, Notariato et Archivi Notarili in Italia*,

1. Cfr. *supra*, n.ºs 95 e 124.

obra col., Roma, 1984; *Il Notariato Tra Belgio e Paesi Bassi*, obr. col. dir. por Mario Amelotti, 1996; JOSÉ MARIA ADRIÃO, *Ensaio de uma Bibliografia Crítica do Notariado Português*, Lisboa, 1924; JORGE DE ALARCÃO, «Emolumentos do Tabelionato Medieval Português. Um Documento Inédito», *RPH.*, 1959; M.G.M. ALTEA, *Scienze e Professione Legale nel Secolo XI*, Milão, 1979; CAETANO DO AMARAL, *Memória V*; M. AMELOTTI, «Notaio (diritto intermedio)», in *ED.*, XXVIII; A. ANSELMi, *Le Scuole di Notariato in Italia*, Viterbo, 1926; ANTONIO J. DA ÁVILA, «Relatório sobre o Cadastro», in *Três Relatórios sobre o Cadastro*, Lisboa, 1963; RUI PINTO DE AZEVEDO, «Introdução a Documentos Medievais Portugueses», Lisboa, 1958, I; GÁMAS BARROS, *HAP.*, VIII; ÂNGELA G. VIEIRA DA ROCHA BERANTE, *Confirmitas Medievais Portuguesas*, Lisboa, 1990; SANCHEZ BELDA, «La Cancilleria Castellana durante el Reinado de Doña Urraca», in *Estudios Dedicados a Menéndez Pidal*, Madrid, 1953, IV; J. SANCHEZ-ARCILLA BERNAL, *Historia del Derecho*, Madrid, 1995; JOSÉ BONO, *Historia del Derecho Notarial Español*, Madrid, 1979, I e II, e «La Ordenación Notarial de las Ordenaciones Afonsinas», in *Congreso Internacional Bartolomeu Dias e a Sua Época*, Actas, Porto, 1989, I; A. DE BOUARD, *Manual de Diplomatie Française e Pontificale*, Paris, 1929, I e II; «Les Notaires de Rome au Moyen Âge», in *MEFR.*, XXXI; FRANCESCO BRIGANTE, *L'Umbria nella Storia del Notariato Italiano*, Perugia, 1958; L.F. AVIS DE BRITO, *O Notariado na Elaboração do Direito Privado*, Braga, 1966; J. BRISSAUD, *Manual d'Histoire du Droit Privé*, Paris, 1908; J.C. BROWN, *Origin and Early History of the Office of Notary*, Edimburgo, 1936; BRUNNER, *Historia del Derecho Germánico*, trad. esp. de 1936, Barcelona; WILFRED M. BUTR, *Piero della Vigna Bureaucrat*, Univ. of Southern California, 1970; MARCELLO CAETANO, *A Administração Municipal de Lisboa durante a 1.ª Dinastia*, Lisboa, 1951; *História do Direito Português (1140-1495)*, Lisboa, 1981; CALASSO, *Medio Evo del Diritto*, I, Milão, 1954; CALERI, *L'Arte dei Giudici e Notai di Firenze nell'Età Comunale e nel Suo Statuto del 1344*, Milão, 1966; MARTIN CAMARGO, *Ars Dictaminis, Ars Dictandi*, Thurnot, 1991; M.L. CARLIN, *La Pénétration du Droit Romain dans les Actes de la Pratique Provençale (XI<sup>e</sup>-XII<sup>e</sup> Siècle)*, Paris, 1967; MARIO AMELOTTI e G. COSTAGNA, *Alle Origini del Notariato Italiano*, Roma, 1975; G. DI CHIARA, «*Al facitendum fidei*, i Contributi narrativi nel processo penale tra *ars rhetorica*, esperienza forense e diritto pobratorio vigentes», in *IRIDRA.*, 1997, XLVIII; M.H. CRUZ COELHO, *Os Tabeliães em Portugal. Perfil Profissional e Sócio-Económico (sécs. XIV-XV)*, sep. *HIC.*, 1996; FERNANDO J. COLAÇO, «The Notarial Institution», in *RFDL.*, 1998; SEVILLANO COLOM, «Un Nuevo Formulario Medieval Inédito (siglo XIII)», in *AHDE.*, XIX, 1948-1949; J. COSTA, «La Chancellerie Royale Portugaise Jusq'au Millieu du XIII<sup>e</sup> Siècle», in *Estudos de Cronologia Diplomática, Paleografia e Histórico-Linguísticos*, Porto, 1972; GIORGIO COSTAMAGNA, *Il Notario a*

Genova *Tra Prestigio e Potere*, Roma, 1970; «Notario (dir. int.)», in *ED*, XXVIII, Milão, 1978 e «Bologna e il ritorno del Diritto Romano nella documentazione notarile (secoli XII e XIII)», in *SBFN*, Milão, 1992; MARIA CRISTINA DE ALMEIDA E CUNHA, *Alguns Tabeliões do Algarve durante a Idade Média*, sep. da *Rev. de História*, Porto, 1987; «Tabeliões Bracarenses no Século XIII», sep. das *Actas do Congresso Internacional IX Centénário da Dedicção da Sé de Braga*, Braga, 1990; J.J. ALVES DIAS, *Genies e Espaços*, Lisboa, 1996; A. DUMAS, «Dieu Nous Garde de l'Et Coetera du Notaire», in *Mélanges Paul Fournier*, Paris, 1924; E. DURANDO, *Il Tabetio-naio o Notariato nelle Leggi Romane e Medievali*, Turim, 1897; ANTONIO ERA, «Di Rolandino Passaggeri e della 'Summa Artis Notariae'», in *RSdI*, 1934, pág. 389 e segs.; G. FASOLI, *Per la Storia dell'Università di Bologna nel Medio Evo*, Bolonha, 1970; e «Giuristi, Giudici e Notai nell'Ordinamento Comunale e nella Vita Cittadina», in *ACISA*, I, CHARLES FAULHABER, «Las Retóricas Hispano-Latinas Medievales (sécs. XIII-XV)», in *RHCEE*, 7, 1979; e «The Summa Dictaminis of Guido Fabar», in *Medieval Eloquence: Studies in the Theory and Practice of Medieval Rhetoric*, ed. J. Murphy, Berkeley, Los Angeles, Londres, 1978; BERTACHINO DE FERMO, *Repertorium Iuris*, 1539, III, P.R. DE FONTETTE, «La Vie Economique de la Région Parisienne d'après les Actes de Vente Immobilière du XII<sup>e</sup> Siècle», sep. de *RHDFE*, 1959; P. FREZZA, «L'Influsso del Diritto Romano Giustiniano nelle Formule e nella Prassi in Italia», in *IRMAE*, I, 2 cee; GARGA-GALLO, «Los Documentos y los Formularios Jurídicos en España hasta el Siglo XII», in *Estudios de Historia del Derecho Privado*, Sevilla, 1982; RAFAEL GIBERT, «Antiguo Notariado en Italia», in *Arbor*, n.º 391-392, 1978; S. ANTONIO GOMES, «Um Formulário Monástico Português Medieval: O Manuscrito Alcobacence 47 da BNL», in *EDP*; ANDRÉ GOURON, «Diffusion des Consuls Méridionaux et Expansion du Droit Romain aux XII<sup>e</sup> et XIII<sup>e</sup> Siècles», in *La Science du Droit dans le Midi de la France au Moyen Âge*, Londres, 1984; e «Le Fond et la Forme: l'Empreinte du Notariat Italien sur Les Pratiques Médiévales en France», in *Rolandino e l'Ars Notaria da Bologna alla Europa*, ob. col., Milão, 2002; G. SANCHEZ e V. GRANEL, «Colección de Fórmulas Jurídicas Castellanas de la Edad Média», in *AHDE*, II, 1925, III, 1926, IV, 1927, XII, 1935; GYRL, *Manual de Diplomática*, Paris, 1925 I e II; Herculano, H.P.; R. NUNEZ LAGO, *El Documento Medieval y Rolandino*, Madrid, 1951; LAFAYE, v.º «Tabularius», in *DS*, V; LÉCRIVAIN, v.º «Notarius», in *DS*, IV; P.S. LEICHT, *Storia del Diritto Italiano. Le Fonti*, Milão, 1956; E. MARNOCCHI «L'Aurora: Rolandino oltre l'Ars Notaria», in *Rolandino e l'Ars Notaria*... cit.; A.H. DE OLIVEIRA MARQUES, *A População Portuguesa nos Fins do Século XIII*, Sep. da *RFL*, Lisboa, 1958; A. PÉREZ MARTIN, «La Difusión de la Obra de Rolandino en España», in *Rolandino e l'Ars Notaria*... cit.; Rosa Maria Blasco Martínez, *Una Aproximación a la Institución Notarial en Cantabria*,

Santander, 1990; JOSÉ MATOSO, «Sancito (875-1100)», in *Religião e Cultura na Idade Média Portuguesa*, 1982; PAULO MERÊA, *Estudos de Direito Hispânico Medieval*, Prefácio, Coimbra, 1952, I; GINO MASI, *Introduzione Storica a Formularium Florentinum Artis Notariae*, Milão, 1943; M.ª EUGÊNIA PEREIRA DA MOTA, *Dô-Africano* ao «Príncipe Perfeito» (1480-1483), *Caminhos da Burocracia Régia*, Porto, 1989, I, J. MURPHY, *Rhetoric in the Middle Ages: A History of Rhetorical Theory from Saint Augustine to Renaissance*, Berkeley, Los Angeles, Londres, 1974, trad. esp. de 1986; R. NAZ, v.º «Notaires», in *DDC*, VI; G. NICOLAI, *Cultura e Prassi di Notai Preirneriani. Alle Origini del Rinascimento Giuridico*, Milão, 1991; U. NICOLINI, «Per una Storia del Notariato. Per una raccolta di Fonti Storiche nel Notariato Italiano», in *Scritti di Storia del Diritto Italiano*, Milão, 1983; J.A. DUARTE NOGUEIRA, *Sociedade e Direito em Portugal na Idade Média*, Lisboa, 1990; BERNARDO M.G. SA NOGUEIRA, *Lourenço Eanes, Tabelião de Lisboa*, 1988, pol.; EDUARDO BORGES NUNES, «Martim Martinez, Primeiro Tabelião de Guimarães», in *Actas do Congresso Histórico de Guimarães e Sua Colegiada*, Guimarães, 1981, IV; ORLANDELLI, *Ars Notarie di Salatele*, Milão, 1961; «Studio e Scuola di Notariato», in *ACISA*, I; «Appunti sulla Scuola Bolognese di Notariato nel XIII Secolo per una Edizione della Ars Notariae di Salatele», in *SMSUB*, II, 1961; e «La Scuola do Notariato tra VIII e IX Centenário dello Studio Bolognese», in *SBFN*; PAUL OURLIAC e J.-L. GAZZANIGA, *Histoire du Droit Privé Français, de l'An Mil au Code Civil*, Paris, 1985; ALVARO D'ORS, «Documentos y Notarios en el Derecho Romano Post-Clásico», in *Centenario de la Ley del Notariado*, Madrid, I, 1964; ÁLVARO PAIS, SR. e SPE.; A. PADOA-SCHIOPPA, *Il Diritto nella Storia d'Europa. Il Medioevo*, I, 1995; PILAR OSTOS e M.ª LUISA PARDO, *Documentos y Notarios en Portugal*, sep. das *Actas del VII Congreso Internacional de Diplomática*, Valencia, 1989; RAINERIUS PERUSINUS, *Ars Notariae*, pub. por L. Wahrmund, Aalen, 1962; A. PETRUCCI, *Tabelioni, Scrinari e Notai nella Roma del Medioevo*, 1960; Pratesi, *Genesi e Forme del Documento Medievale*, Roma, 1987; ROLANDINUS, *Summa Totius Artis Notariae (Rolandini Rodolphini Bononiensis)*, Venezia, 1546 – reed. anastática, Bolonha, 1977; G. RABOTTI, «Osservazioni sullo Svolgimento del Notariato a Ravenna tra XI e XII secoli», in *Studio Bolognese*... sup. cit.; GALINDO ROMEO, «El For-mulario del Bispo D. Jaime de Aragón (siglo XV)», in *Rev. Zurita*, II, 1934; R. RONCALI, *História do Notariado em Portugal*, Lisboa, 1889; ARTUR MOREIRA DE SÁ, «Primórdios da Cultura Portuguesa», in *AHCP*, I, 1, 1967; SALATIEL, *Ars Notariae*, ed. por Anaya Beltran (com trad. esp.), Madrid, 1996; MARIA JOSÉ AZEVEDO SANTOS, *Alguns Aspectos do Tabelionato em Coimbra (Séculos XIV-XV)*, sep. do «Arquivo Coimbrão», Coimbra, 1993, e

«O 'Ornamento Literário' em Documentos Medievais: O Prefácio ou Acrega (775?-1123)», in *A Universidade de Coimbra no 7.º Centenário*, Lisboa, 1993; NICOLETTA SARTI, «*Publicare - Exemplare - Reficere*. II Documento Notarile nella Teoria e nella Prassi del Seculo», in *Rolandino e l'Ars Notaria...*; LORENZO SINISI, «Alle Origine del Notariato Latino: la *Summa Rolandina* come Modello di Formulário Notarile». *Idem*; «Os Clerigos-Notários, em Portugal (séculos XI-XII)», in *EDP*; BERNARDO SÁ NOGUEIRA, *Tabelionato e Instrumento Público em Portugal. Gênese e Implantação (1212-1279)*, Lisboa, 1996, I-III; «Primeiros Tabelões nas Vilas do Reino de Portugal sob Jurisdição das Ordens Militares (1212-1279)», in *OMGRP.C.*, II; SAVIGNY, *Storia del Diritto Romano nel Medioevo*, trad. it. de 1854, I; L. SCHIAPARELLI, «Note Diplomatiche sulle Carte Longobardae I. I Notai nell'Està Longobarda», in *ASL*, 1932; LINO SIGHONOLFI, «Salatell e la sua Ars Notariae», in *SMSUB*, IV; MARK WAYN STEINHOFF, *Origins and Development of the Notariate at Ravenna, (Sixth Through Thirteen Centuries)*, N.Y. University, 1976; S. STIELING-MICHAUD, *L'Université de Bologne et la Pénétration des Droits Romain et Canonique en Suisse aux XIII.º et XIV.º Siècles*, Genève, 1955; A.-M. STICKLER, v.º «Ordines iudicarii», in *DDC.*, VI; M. TARDY, *Les Tabelliones Romains*, Bordéus, 1901; PIETRO TORELLI, «La Datta ne' Documenti Medioevali Mantovani Alcuni Rapporti coi Territori Vicini e con la Natura Giuridico-Diplomatica del Documento», in *Scritti di Storia del Diritto Italiano*, Milão, 1959; «Glossae Praecursantes alle Istituzioni. Nota Terza. Iacobo ed Ugo», *Idem*; RUI DE ABREU, «Tabellães», in *Dicionário de História de Portugal*, Lisboa, 1981, VI; J. TRENCH, «Bibliografia del Notariado en España», in *Estudios Históricos y Documentos de los Archivos de Protocolos*, 4, 1974; VITTORIO VALENTINI, II «Tractatus de Tabellionibus» di Baldo degli Ubaldi attribuito anche a Bartolo da Sassoferrato monach e Gozzadino de' Gozzadini, Milão, 1966; VECCHI, «La Scuola del 'Dictamen' e i suoi Rapporti co il Giure», in *ACISA*, I; M.ª GARCEZ VENTURA, *Igreja e Poder no Século XV. Dinastia de Avis e Liberdades Eclesiásticas*, Lisboa, 1997; G. DE VERGOTTINI, «Bologna e lo 'Studio nel l'Età di Accursio», in *ACISA*, I; DOMINICUS DE DOMINICIS DE VISEU, *Summa Dictaminis Secundum quod Notarii Episcoporum et Archiepiscoporum Debeant Notarie Officium Exercere*, in L. Rockinger, «Briefsteller und Formelbücher des elften bis vierzehnten Jahrhunderts», *Quellen und Erörterungen zur bayerischen und deutschen Geschichte*, 9, Munique, 1863-64, com reimpressão, N.Y., 1961; G. VISMARA, «Leggi e Dottrina nella Prassi Notarile Italiana dell'Alto Medioevo», in *Scritti di Storia Giuridica*, Milão, 1987, II; P. WEIMAR, *Ars Notariae. Zur Renaissance des Rechtswissenschaft in Mittelalter*, Goldbach, 1997; WOLF, «Das Öffentliche Notariat», in *Handbuch der Quellen und Literatur der Neuren Europäischen Privatrechtsgeschichte*, pub. sob a direcção de Helmut Coing, Munique, 1973, I.

## SECÇÃO VII

### O DIREITO PURAMENTE CONSENTIDO: DIREITO JUDAICO E DIREITO ISLÂMICO

**103. O direito judaico. Introdução** — Vigente na comunidade hebraica inserida no corpo orgânico fixado no território correspondente ao reino — é em certa medida aplicável nas relações dos membros dela com os demais<sup>1</sup> — se nos apresenta o direito judaico. Trata-se de um direito transcendente relativamente a esse grupo social, de carácter pessoal e confessional — mas cujo título de aplicação se identifica com a benevolência régia<sup>2</sup>, que permite a respectiva recepção<sup>3</sup>, enquanto privilégio, dando-se a este termo o seu sentido etimológico e técnico. Como relativamente ao direito muçulmano, a oposição de religiões levou a circunscrever-lhe a influência<sup>4</sup> e a impedir que fosse de

1. Cfr., v.g., *infra*, n.º 165 e o vol. correspondente aos Grupos Sociais e Conteúdo do Direito, nas partes relativas ao estatuto material dos judeus e às Normas de Conflitos (1.º Período).

2. Cfr., *infra*, n.ºs 119 e 196, bem como o volume respeitante aos Grupos Sociais e ao Conteúdo do Direito, nas páginas relativas à comunidade judaica (1.º Período).

3. Cfr. para o conceito *supra*, n.º 90.

4. V. *infra* n.º 126.

outra maneira, inversamente ao sucedido no tocante aos direitos canônico e romano, em relação aos quais houve o sentimento mais ou menos genérico de obrigatoriedade.

O direito judaico é pessoal e confessional — como dissemos. O primeiro aspecto permite-lhe vigência tendencialmente universal, seguindo o sujeito de direito para além de quaisquer fronteiras e leva-o a abdicar da pretensão de reger todos quantos se encontram num determinado território. O segundo, liga-o à religião, não só enquanto explicável apenas a partir de uma crença, mas também por dela se não diferenciar de forma clara, ao menos nas origens. Falta-lhe, assim, a autonomia e a especialização de funções que vamos encontrar no direito romano e em tantos aspectos do direito medieval. As normas religiosas e as jurídicas entrelaçam-se quando não nos surgem indiferenciadas. Ilícito e pecado andam conjuntos. Nos tempos mais antigos os sacerdotes velavam tanto pelo *público*, como pelo *religioso* — e mesmo depois, quando se limitaram ao culto, os escribas e mestres são os *sopherim* (os homens do *Livro*, ou seja da *Bíblia*) que interpretam a *lei*. Por isso se lhes chama também *kakamim*, os sábios da *lei*. Coube-lhes ainda o título de *rabi*, ou *grande*, pelo reconhecimento da respectiva *auctoritas* na interpretação dela — acabando, em virtude de uma evolução natural, o termo por designar aquele tido por *Mestre*. «Escribas e rabinos são os verdadeiros regentes do povo judeu», ensinou García-Gallo (1975, I, 337), como síntese de palavras das quais as nossas estão próximas.

104. Fontes. A *Thorá* — O direito judeu corresponde à lei revelada no Sinai por Deus a Moisés. Coube a este patriarca fixar a palavra divina. Ao descer do Sinai, Moisés chama Aarão e dá-lhe a conhecer a Lei — bem como os comentários a esta — e a Revelação. Aarão fez o mesmo com os seus filhos — e assim sucessivamente. É a *Thorá*, a lei escrita, denominada usualmente *Leis de Moisés* ou *Livros de Moisés*. Na Bíblia ela compre-

de cinco livros (*Pentateuco*), a saber: *Gênesis* (a criação e a vida dos patriarcas), *O Êxodo* (estadia no Egito e volta a Canaan), *Levítico* (livro de prescrições religiosas e culturais), *Números* (organização da força material) e *Deuterónimo* (ou segunda publicação da lei, complemento dos anteriores). A crítica moderna tem atribuído diversas datas a estes textos: «certas partes (...) remontariam ao início do segundo milénio; a maior parte das outras teriam sido redigidas em períodos diferentes entre os séculos XII e V; a forma definitiva não dataria senão de cerca de 450 anos antes de Cristo. Este problema de datação continua muito controvertido» (Gillissen, 1986, 68) — assegu-rando firmemente a tradição judaica a sua atribuição a Moisés.

Na lei mosaica compreendem-se matérias heterogêneas — notícias relativas à origem do mundo andam juntas com noções medicinais, agrícolas, técnicas... — sem que isso prejudique a formulação preceptiva. Referindo-se ao Decálogo, contido no Êxodo, escreve Gibert: «a precisão, a clareza e vivacidade destas leis não têm equivalente na história do direito» (2001, 169). Além desta parte da Bíblia são normalmente destacados como fontes jurídicas: a) o *Código da Aliança* (também parte do Êxodo), no qual se encontram prescrições religiosas, regras de direito penal e respeitantes à reparação dos danos); b) *Deuterónimo*, nova versão daquele Código, considerada por alguma historiografia uma codificação de antigos costumes respeitantes à manutenção do monoteísmo — que engloba disposições de direito público e familiar; c) *Levítico*, aonde, além de disposições rituais, se encontram preceitos sobre o matrimónio e de direito penal.

A lei escrita mosaica foi completada com novas revelações de Deus aos Profetas, pelo que os chamados *Livros dos Profetas* (*Neviim*) são adjuvantes daquela. Os demais livros da Bíblia, *Ketuvim* (de natureza histórica, de índole literária, moral, hagiográfica ou religiosa), são interpretativos dos restantes. Não contém prescrições jurídicas formais.

A *Thorá* constitui o fundamento do direito hebraico. Qualquer interpretação se há-de apoiar num versículo.

105. Fontes (cont.). A *Mischná* (ou repetição) — A atenção dedicada, durante séculos, pelos escribas à Bíblia levou à formação de um considerável corpo doutrinal transmitido oralmente de pais para filhos e denominado «*tradição dos pais*» (*torá sche baal pe*), de carácter casuístico, literal, formalista. Através dela se faz a adaptação da lei escrita às necessidades dos tempos sobrevividos, pela incorporação de novos costumes e tradições, num trabalho que já foi comparado ao dos juristas romanos contemporâneos. Esta *lei oral*, cujas origens, segundo a tradição judaica, remontam aos tempos da lei escrita, sendo de carácter interpretativo, comportava várias divergências e apresentava-se, por isso, consentânea à formação de seitas. O seu próprio valor era objecto de polémica. Os *saduceus* rejeitavam o culto da tradição, preconizando a observância estrita e literal da *Thorá*. Os *fariseus*, ao contrário, consideram que a tradição tinha «o mesmo valor que a *Thorá* e, consequentemente, devia prevalecer sobre ela em caso de contradição, pois (...) a tradição recolhe a revelação de Deus a Moisés, transmitida por este aos sacerdotes, sobre muitas questões não reguladas por escrito na *Thorá*; a observância estrita desta 'tradição' que regula tudo, leva os fariseus a recusarem toda a influência externa e a serem ferozmente conservadores e tradicionalistas» (García-Gallo, I, 1975, 338), contrastando com os *saduceus* no tocante à aceitação por estes de influências helénicas e romanas em tudo que não contrariasse a lei. Por seu lado, Cristo denunciou repetidamente a oposição da tradição à lei, a aberração de muitas das interpretações consagradas por aquela, inteiramente literais e em contraste com o espírito — o mesmo fazendo S. Paulo, cuja lição seria reeditada pela posterior cultura cristã<sup>1</sup>.

1. Cfr. *supra*, n.º 85.

A necessidade de preservar a tradição levou ao intento da sua fixação escrita. Cerca de 130 depois de Cristo, o Rabi Ashiba traçou o plano de uma colectânea que recolhesse a jurisprudência desde Moisés. Realizou-o um outro rabino eminente, Judá, o Santo, iniciado na cultura grega e influenciado pela civilização romana. Conseguiu a autorização do imperador Antonino Pio, celebrou-se um concílio, a fim de recompilar as leis, bem como as decisões dos mais importantes doutores, e decidir as controvérsias fundamentais. A recolha da tradição fixou-se no texto de Judá, o Santo, que «eclipsou todas as redacções» da lei oral. É a *Mischná* (ou Duplicação, visto a lei oral se apresentar como simples repetição da lei escrita), livro este considerado como «o primeiro código completo das leis israelitas», conforme escreveu Fernandez Espinar (1985, 228), não obstante constituir uma recolha «relativamente confusa de opiniões dos rabinos sobre matérias religiosas e divinas», sendo «a opinião das minorias mencionada ao lado da maioria dos 'sábios'» (Gilissen, 1988, 69). De um ponto de vista material a) a *Thorá*; b) a tradição ou interpretação oral; e c) as providências regulamentares resultantes das circunstâncias, representavam os seus elementos.

106. Fontes (cont.). A *Guemará* — O estudo e discussão da *Mischná* pelos escribas conduziu à produção de comentários, interpretações e exposições, que por sua vez foram compiladas — é a *Guemará* — com duas vias autónomas: os da escola de Tiberíades, na Palestina, coligidos pouco depois da fixação da *Mischná* por Judá, o Santo, atingindo a fixação em 370; os da escola de Sura, no Iraque, que encontraram no rabi Ashi o primeiro coletor, cerca de 367, e foram recolhidos até 500.

107. Idem. O *Talmud* e a tradição judaica — A *Mischná* e a *Guemará* formam o *Talmud* (isto é, Estudo). Sendo a *Mischná*

una, a *Guemará* foi diversa (versão palestiniana, versão babilónica), pelo que existe um *Talmud* duplo, sendo o de Babilónia o mais completo e o de maior difusão.

Dada a profusão de matérias da *Bíblia* o duplo comentário que delas se encontra no *Talmud* é naturalmente heterógeno: repetições e interpretações de textos bíblicos, temas médicos, astronómicos e naturais, folclóricos e lendas (hagadá) compreendem-se nela ao lado de uma parte perceptiva (religiosa e jurídica) — *halachá*. A história de Israel reflecte-se nessa imensa e impressionante compilação que se diz ter correspondido ao trabalho de 5000 doutores e que abrange nove séculos de pensamento. A sua valorização, que é feita em termos muito díspares segundo os autores, apresenta-se na pena de Fernandez Espinar nos seguintes termos: «O *Talmud* é um inenso conjunto de preceitos, doutrinas e opiniões, que não compreendem menos de 12 volumes: *in folio* e a que os doutores israelitas chamaram o mar talmúdico. Os seus preceitos inspiram-se num formalismo estreito e minucioso. A finura do raciocínio analítico leva a um casuismo subtil. A moral talmúdica compreende máximas rectas e também aberrações. Postula a caridade com o próximo — mas o próximo, para o *Talmud*, é só o judeu. Os demais homens são equiparados aos animais». Por seu turno Gallo assinala que a *Bíblia* acaba por ficar num lugar secundário para os cultores do *Talmud*. Os crentes veem no *Talmud* um repositório da sua fé.

Sendo o *Talmud* mais uma enciclopédia do que um código, como já se tem dito, não faltaram, a partir da Idade Média, esforços de compendiação. A primeira grande compilação foi realizada na Península Ibérica por Mamóides, no século XII, que expôs metódicamente as matérias relativas à teologia, à ética e ao direito. Segundo uma duvidosa tradição, Afonso X terá ordenado a tradução do *Talmud*. Na nossa Península floresceu também uma importante escola talmúdica, em Córdoba, podendo apontar-se a aljama de Lucena como relevante centro talmúdico na Espanha muçulmana.

A controvérsia antijudaica levou os evangelizadores cristãos à refutação do *Talmud*, tendo Benedito XIII ordenado aos bispos e cabidos a recolha de todos os exemplares do *Talmud*, glosas, sumários e comentários. Ficou célebre a controvérsia de 1413, em Tortosa, convocada pelo mesmo pontífice e onde se discutiu a obrigação e o direito dos judeus observarem o *Talmud*, procurando-se os erros da lei mosaica. O regime da liberdade dos judeus, consagrado nas cartas de privilégio<sup>1</sup>, consagrava naturalmente a observância do direito talmúdico — e o respectivo ensino.

**108. Direito muçulmano. Conceito e Características** — Lopes Ortiz define o direito muçulmano com as seguintes palavras «Regulação dimanante da vontade de Deus, da totalidade da conduta dos muçulmanos ainda que em domínios diversos do que julgamos como jurídico, e cuja transgressão é considerada como pecado, e como tal sancionada pelo próprio Deus com castigos ultraterrenos, ainda que sem excluir uma organização de carácter estatal, actuando em representação de Deus, ou, ao menos, do Seu Profeta e, por isso, legitimada e obrigada a manter na respectiva pureza a ordem querida pelo supremo legislador, aplicando para isso os meios coactivos apropriados.»

O direito muçulmano é assim: a) um direito revelado; b) de origem divina; c) destinado a uma comunidade de crentes; d) não diferenciado relativamente à religião dessa comunidade e como tal inmutável; e) de carácter pessoal e não territorial, matendo-se unitário no espaço — embora isso não preclua particularidades regionais — e sem carácter estadual.

A assinalada uniformidade do direito muçulmano decorre da ausência de órgãos políticos na criação do direito. Jamais o Califa ou qualquer outro chefe político actuou como órgão de criação

1. Cfr. *infra*, n.ºs 196 e 197 e o volume correspondente aos *Grupos Sociais e Conteúdo do Direito*.

do direito. Provindo este de Deus, tal conduta constituiria uma transgressão. Pela mesma razão a comunidade, tomada em sentido político-civil, também não intervém na criação do direito, produzindo regras gerais abstractas correspondentes ao conceito de lei no nosso direito. Quando cria o *Ichmál* fá-lo enquanto comunidade confessional, assistida ou orientada por Deus. Por isso, embora o Corão, como a *Sumna*, como o *Ijmā*, encorpore na realidade normas consuetudinárias, nunca lhes foram atribuídas a natureza de fonte jurídica.

Para os muçulmanos os ditames normativos visam exclusivamente o estabelecimento de limites à autonomia humana a fim de possibilitar o convívio mútuo. A liberdade sem limites torná-lo-ia impossível. «*A lei feita para facilitar, não para empecilhar*» — é um dito tradicionalmente atribuído a Maomé e no qual se sintetiza o espírito do direito muçulmano. Ele melhor se compreenderá, todavia, se se disser que provindo todo o direito de Deus este é a sua única fonte, importando consequentemente apenas a determinação dos meios da respectiva revelação. Por isso já se tem dito implicar alguma distorção, fruto da transposição de quadros mentais próprios da nossa cultura, a enumeração para o direito islâmico de um quadro de fontes essenciais<sup>2</sup>, isto por um lado; por outro, que, na realidade, não existe um direito islâmico mas sim e apenas a disciplina pela religião de matérias que no mundo cristão são reguladas, com autonomia relativamente a ela, pelo ordenamento jurídico. Para o muçulmano, o que há é a *Charia* («a via a seguir»; «a lei revelada»). Tais são prevenções a ter em conta para o entendimento das linhas que se seguem.

**109. Fontes. Int. a) o Corão e b) a *Sumna*** — Segundo um *hadi*<sup>3</sup>, Maomé terá perguntado a um dos seus prosélitos: «*De acordo com que critérios julgáreis a conduta dos crentes*». «*Em*

1. V. *infra*, n.º 110

2. Cfr. *supra*, n.º 32.

3. V. *infra*, alínea b).

*primeiro lugar* — respondeu ele — *atir-me-ei ao Corão. Na sua falta, à Sumna do enviado de Alá. Por fim recorrerei à Ijmā (o meu próprio critério)*». Tais são as fontes básicas do direito muçulmano (a *Charia*) e a precedência entre elas. Vejamos cada uma por si:

a) A vontade de Deus é revelada pela palavra do seu Profeta, Maomé — e esta comunicada por uma *recitação* ou leitura (Corão) de um livro existente no *Paraíso*, desde o início dos tempos, que terá sido transmitido por Alá ao Profeta mediante um anjo. De início não denominado, foi este posteriormente identificado como S. Gabriel.

A doutrina de Maomé enunciou-a ele oralmente. É duvidoso que em vida do Profeta se haja começado a fixar por escrito tais ensinamentos. Nos tempos do seu sucessor, o primeiro califa, se recolheram por ordem deste numerosas folhas soltas onde haviam sido registadas diversas revelações — e cuja guarda foi confiada a uma das viúvas de Maomé. Compilações diversas lançaram em circulação quatro redacções completas e não coincidentes do Corão. No tempo do terceiro califa, Utman (644-656), fixou-se o texto pela oficialização da versão devida a Zaid, secretário de Maomé e elaborada em vida deste. As demais foram destruídas. O texto assim conseguido encontra-se dividido em cento e quatorze capítulos ou séries (*surah*), compostas de versículos nos quais se contém «milagres» ou «signos sobrenaturais», divisões estas sem carácter sistemático. Muitas das revelações são entre si contraditórias — como já se notou no próprio tempo de Maomé. Por isso, importa estabelecer a respectiva cronologia, entendendo-se que as posteriores revogam as anteriores. Os doutores muçulmanos explicam tal circunstancialismo qualificando as substituídas como ditames circunstanciais, revelados para casos particulares, revogados por normas de índole geral.

O Corão constitui um livro heterógeneo. Materialmente incorpore fontes judaico-cristãs (do Antigo e do Novo Testamento,

cujo conhecimento por Maomé era imperfeito); outras de origem pré-islâmica, (de índole consuetudinária, lendas, supstições, etc.); e o próprio contributo de Maomé — correspondendo a todo este acervo preceitos de natureza muito diversa. Só cerca de dez por cento é julgado de carácter jurídico. Conforme o repetidamente anotado, inicialmente Maomé não se preocupou em estabelecer uma regulamentação social. Anuncia uma doutrina, sem pretender uma modificação do estilo de vida senão naquilo contraditório com esta. Atacado, abandona Meca e durante a estadia em Medina torna-se, enquanto guia de uma comunidade de seguidores, num verdadeiro chefe político, pela necessidade de a organizar e guiar. As normas então ditadas e a isso relativas apresentou-as igualmente como reveladas por Deus.

b) A *Sunna*. A revelação divina contida no Corão foi completada com a conduta do Profeta (*Sunna*). As suas decisões e comportamento não podiam deixar de serem consideradas como realização do ideal prégado. Tal dogmatização encontra-se em algumas passagens corânicas: «*Formoso exemplo deu o Profeta para todos quantos esperais no Senhor e no Dia do Juízo e têm tido Alá na memória*».

A *Sunna* compreende três elementos: o que o Profeta disse (preceitos extra-corânicos), o que praticou (e constitui exemplo a imitar), o que consentiu (ou seja, as práticas sobre as quais se não se pronunciou e, dessa forma, tacitamente aprovou). Na conduta de Maomé há, todavia, a distinguir o que deve ser imitado e o insusceptível disso por corresponder a um comportamento assumido por privilégio pessoal. Sendo consentidas aos muçulmanos quatro espôas, o Profeta teve-as mais, por concessão especial de Alá a ele próprio revelada. A *Sunna* não possui uma natureza de fonte interpretativa mas é em si mesma perceptiva e tem a via de divulgação na tradição ou narração oral (*hadith*), de geração em geração. Iniciada por um companheiro do Profeta (*sahib*); continua-a um discípulo deste (*tahib*) — e assim sucessivamente numa verdadeira cadeia de gerações.

Só a conduta de Maomé é perceptiva, não a dos discípulos, que relevam apenas enquanto transmissários e transmitentes dos ditos e feitos do profeta. Múltiplos como estes foram ofereciam naturais dificuldades de fixação — a que se agregaram as resultantes de se imputarem ao «enviado de Deus» muitos outros comportamentos para os fazer impor. De tal maneira se ampliou a conduta de Maomé que um cad de Mosul, falecido em 946, se vangloriava de saber de cor duzentos mil *hadiths*.

A necessidade de eliminar as tradições apócrifas e determinar o teor das autênticas levou à elaboração de uma ciência crítica do *hadith*, de carácter histórico. O seu procedimento radica-se na determinação das pessoas que dão o testemunho do feito de Maomé e das relações entre elas, desde o *sahib* ao *tahib* respectivo — e assim por diante, relativamente a todas quantos o ouviram contar. Quando se demonstra não haver alguma delas conhecido aquela de quem afirma tê-lo recolhido o *hadith* é considerado como falso. Daqui distinguir-se no *hadith* duas partes: o apoio (*isnād*), ou seja a indicação da cadeia de pessoas que transmitem a tradição e a garantem, por um lado e, por outro, o *math*, ou relato do comportamento de Maomé, de carácter perceptivo.

Para as correntes tradicionalistas a *Sunna* deve interpretar-se na sua literalidade, tal como consta do *hadith* em causa — com repúdio de toda a interpretação generalizante ou racionalizante. Daqui a conversão do direito numa ciência casuística.

110. Fontes. (Cont.). c) *Ijmā'*; d) *Qiyā's* — Quer a palavra, quer a conduta de Maomé constituíam factor motriz. Com a morte do Profeta tornaram-se em elementos cristalizados de regulação social, com a inerente necessidade de estabelecimento de meios susceptíveis de corresponderem às circunstâncias dos tempos. Tal papel foi atribuído à comunidade dos crentes. Segundo a tradição, Maomé terá dito: «*A minha comunidade [de crentes] jamais se porá de acordo sobre um erro*». «*Aquilo que aos muçulmanos parece bom, parece-o também a Alá*».

O providencialismo-insíto no consenso e conduta da comunidade religiosa muçulmana (*idjama'*) permite torná-los como critério de solução — justa — nos casos julgados omissos por relação com a palavra e o comportamento de Maomé.

Controvertida a forma de identificação da comunidade, ou seja, quem a representa — sustentou-se ora que ela se reconduzia ao povo de Medina, ora ao de Meca, ora aos *sahibs* e *tahibes*. — a natureza das coisas acabou por a identificar com a interpretação dos doutores, configurando-se o *ijmā'*, como a opinião dos mais doutos e dos mais sábios. Assim Gallo Sanchez define a *ijmā'* como «opinião unânime dos doutores muçulmanos de uma determinada época» e não falta quem parifique o *ijmā'* à jurisprudência romana, vindo na *responsa* dos doutores do *ius commune* um fenómeno paralelo<sup>1</sup>. A *auctoritas* dos juristas garante a respectiva interpretação e legitima a aplicação ao caso concreto.

d) *Qiya's*. Literalmente o termo significa *analogia*; materialmente compreendem-se nele os procedimentos dedutivos e indutivos e os diferentes métodos lógicos, logificantes e prológicos de selecção de fontes e a aplicação e adaptação destas aos casos concretos, com a finalidade de suprir lacunas ou encontrar uma solução justa.

O valor do *qiya's* é controvertido. Várias correntes rejeitam o *qiya's*, exigindo uma interpretação literal do *ijmā'*. Tal repúdio afigura-se, em todo o caso, tendencial. Qualquer interpretação, por muito aderente que seja ao texto, quando pretende a respectiva aplicação ao caso necessariamente implica a criação de direito. Para os sufragantes da legitimidade do *qiya's* o papel deste decorre da própria índole do *ijmā'*. Sendo os preceitos respectivos formulados em função de casos concretos encontram naturais dificuldades na transposição para outros a eles alheios. A função *qiya's* reconduz-se a tal cometimento.

1. Cfr. *supra*, n.º 87, c).

111. Fontes. (Cont.). A ciência do *fiqh* — *Ilm* é a ciência em geral. O *fiqh* a ciência que permite saber como actuar em cada caso concreto para obedecer à lei divina. A importância e prestígio respectivos conduziram a que essa espécie de conhecimento se identificasse com o género, de tal forma que *fiqh* acabou por significar a ciência por antonomásia e o seu cultor, para nós o «jurista», o *faqih*, seja equiparado ao sábio (*ulema*).

A missão do *faqih* é a investigação da norma, mediante a interpretação das fontes, sendo designada por *ichtihad* (ou seja, o *esforço*) — o esforço de apurar a vontade divina em relação ao caso particular, enunciando a norma individual correspondente.

As diferentes missões e fases do *ichtihad* — que cristaliza no século IV, dizendo os juristas que se cerrou a «porta do esforço» — leva a distinguir várias espécies de juristas. Os *motchahid*, são os que trabalharam directamente sobre as fontes. Pronunciando-se sobre os problemas que mais correntemente se apresentavam, formaram uma doutrina, espécie de *communis opinio* — como já alguém disse —, erigida, pelos juristas posteriores, em precedentes. Os *mochtahidin*, versam primariamente a elaboração dos *motchahid* e só recorrem às fontes em caso de lacuna daquela. Dentro dos *mochtahidin* há os que se alcañoram a resolver divergências entre os *motchahid* e os que se limitam à aplicação das doutrinas enunciadas pelos predecessores. Tais são os designados por discípulos (*mocalid*), que acabam por se impor, não faltando quem os considere os verdadeiros fautores da ciência jurídica muçulmana.

Explica-o o facto de com eles aquilo que constituía precedentemente passar a ser olhado como preceito jurídico. Por isso já houve quem exageradamente considerasse as respectivas obras como verdadeiros códigos de conduta em vez de livros prudenciais<sup>2</sup>.

Resultante directamente do *ichtihad* é a *fetua*, ou seja, o texto no qual argumentativamente se expõe a solução encontrada para

1. Cfr. *supra*, n.º 87, c) e 94.

2. Cfr. *supra*, n.ºs 75 e 76.

o problema, cabendo o título de *mufi* ao doutor legitimado para a respectiva emissão.

Se quiséssemos retratar o *fiqh* no seu aspecto formal e substancial podíamos fazê-lo com as seguintes palavras de Lalinde: — «Em geral os livros do *fiqh* são de leitura difícil, agravada pela falta de sistematização. O seu método é casuístico, embora de tipo especulativo, com formulação de questões hipotéticas. No tocante ao método é possível observar a influência talmúdica, ou seja do direito judaico» (1970, 72).

**112. Fontes. (Cont.). As escolas de *fiqh* —** A preponderância dos discípulos e a multiplicação de *fetua*, organizadas em colecções, as contradições existentes nesses ditames, seja nos aspectos metodológicos, seja nas soluções propugnadas, conduziram à formação de diferentes escolas, centradas num número limitado de enunciados fundamentais e divergentes. Conforme acatem ou não a *Sunna*, é costume separar tais correntes em ortodoxas e heterodoxas. Entre as últimas destacam-se os *xiitas*, seguidores de Ali, genio do profeta. Nas primeiras (sunnitas) as de maior importância são a *hanefi*, *malequi*, *xafei* e *hanbali*, dos nomes dos respectivos fundadores. A seu propósito já se notou que o pensamento jurídico muçulmano passou de uma relativa transigência para a intransigência, ao contrário do sucedido no campo político. A tendência liberal é representada por Abu Hanifa, aberto às influências judaicas e bizantinas e à atracção racionalista. Hanbal representa o integralismo, propugnando uma metódica literalizante e repudiadora do *qiyás*<sup>1</sup>. Xafei e Malik, e os respectivos discípulos, representavam vias médias, embora porventura mais próximas de Hanbal, pois ambos rejeitam as tendências racionalizantes, apoiando-se essencialmente na tradição (*hadit*). Das duas, a menos conservadora é a de Xafei, ao inden-

1. Cfr. *supra*, n.º 110, d).

tificar o *ijmá* com a opinião dos *faqies*, enquanto a doutrina de Malik a reconduz à interpretação da comunidade confessional, tomada esta no sentido restrito dos próprios seguidores do rito, não de todo o Islão, ou na expressão restrita dos doutores da escola (opinião comum destes). Daqui as perseguições movidas pelos seguidores de Malik aos dos demais credos.

A historiografia tem assinalado o conhecimento muito precoce destas várias tendências em Espanha — com excepção da hanafita. A vinda do mestre orientais e a ida de estudantes para os grandes centros do *fiqh* produziram a respectiva importação, como sucederia mais tarde com o direito romano-bolonhês<sup>1</sup>. Entre todas logrou, porém, supremacia a malequita, por ventura em função do ressentimento de Malik contra os novos califas, Abássidas, vencedores dos Omeidas — tendo um destes logrado implantar uma dinastia em Espanha, elogiada por aquele mestre de Medina. No século VIII já os discípulos de Malik haviam assegurado a difusão da respectiva doutrina por toda a Espanha e na centúria seguinte eram «senhores da jurisprudentia (...) os julgados das cidades principais estavam nas suas mãos» (Fernandes Espinar, 1985, 213). O afã de unidade política perante um contexto social muito diversificado — arábes, sírios, berberes, renegados... — impunha, aliás, a necessidade de manter a pureza doutrinal, suprimindo todos os desvios, mesmo os consentidos pela ortodoxia — o que levou à punição dos sequazes de qualquer outra corrente.

A escola malequita seria posta em causa em virtude das reacções anti-racionalistas ocorridas no Islão. A invasão de Espanha pelos Almoadas impõe uma violenta perseguição aos malequistas, sendo queimados os respectivos livros e punidos os crentes pelo verdugo. Vários movimentos contrariaram também a escola, como o dos sufiitas, com incidência em territórios hoje portugueses. O sufismo constituiu a alma dos movimentos contestatários

1. Cf. *supra*, n.º 91.

que quebraram a unidade política muçulmana em Espanha, acompanhando o aparecimento de pequenos reinos (*taifas*). Tendo constituído no século X a corrente espiritual dominante — manteve-se vivo nas duas centúrias seguintes. A sua essência foi predominantemente mística e ascética —, mas o respectivo espiritualismo cedo resvalou para um intervencionismo social de carácter crítico em relação ao *establishment* (com a tomada da consciência subjectiva como método de conduta, em prejuízo de cânones objectivos e do intelectualismo jurídico-religioso), originando em instrumentos de acção a pregação e a espada. Nenhum dos factores antes referidos determinou, porém, a supressão da influência de Malik. A sua obra, *Muwata* ou *Almoata* (Caminho Fácil), colecção de *hadit* comentada sistematicamente, manteve um indiscutível prestígio, continuando a ser venerada, bem como as dos comentadores respectivos, de que se pode citar Ibn al-Arabi. A este respeito deve anotar-se haver a historiografia moderna procedido ao levantamento das discrepâncias impostas aos ensinamentos de Malik pela prática e doutrinas professadas no Al-Andaluz, sendo certo que relativamente à nossa região «não terão faltado normas de carácter local, inspiradas no chamado *al-mashur*, que, sem rigor, poderíamos considerar como normas consuetudinárias, mas que na realidade estão a meio caminho entre tais normas e o precedente jurisprudencial. O próprio Malik admite na sua metodologia a possibilidade de tais inovações de carácter local», (Pleguezuelo, 141). O mesmo autor evidencia, a tal respeito, a insuficiência dos nossos conhecimentos, mesmo para toda a região do Al-Andaluz, embora a crítica de Ibn Hazm ao direito da sua época «funcione como uma película negativa das normas de direito andaluz» e o *Tratado sobre documentos notariais* de al-Garnati (séc. XIV) recolha translaticamente muitos dados relativos às épocas anteriores, precisamente pela sua própria natureza formular. A tudo isto se deve acrescentar a inventariação prosográfica dos juristas islâmicos originários do território hoje português (*Garb Al-Andaluz*). Longe de se

poder ter por exaustiva, mesmo tendencialmente, compreende-se nela uma centena de nomes, do séc. VIII ao séc. XII, centúria esta última particularmente rica. Pleguezuelo cita dezasseis juristas «notórios» desse tempo, sendo certo que o séc. XI constitui a época em que o direito islâmico «adquire os seus perfis próprios em Portugal». Figura maior deste período foi Sulaymān B. Julaf. Reconhece-se-lhe influência sobre os juristas andaluzes «em geral e muito especialmente de Portugal». Tendo sido queimadas as suas obras sob a acusação de heterodoxas, possivelmente pelo relacionamento com Ibn Hazm, conhecem-se, porém, hoje manuscritos do precioso *Extracto sobre jurisprudência maliki*.

A propósito de quanto registámos antes deve consignar-se uma circunstância. Educados frequentemente no Oriente e em Córdoba, estes autores raramente permaneceram nas cidades originárias. Por isso, não obstante a importância da investigação realizada a seu propósito, impõe-se averiguar complementarmente qual haja sido o real reflexo das respectivas obras junto das comunidades fixadas no *Garb*.

A Reconquista cristã não suprimiu o pensamento jurídico muçulmano. As comunidades vencidas continuaram as tradições hispânicas do *fiqh*, oferecendo muito interesse a respectiva literatura — a literatura aljamiada. A historiografia moderna tem procurado assinalar o respectivo contributo, integrando-o no quadro das divergências — nomeadamente em domínios processuais e no direito das obrigações — dos doutores peninsulares relativamente aos ensinamentos de Malik, com vista a apurar o grau de influência romana e cristã nos textos da doutrina aljamiada. Hinojosa vai ao ponto de ver neles uma adaptação do direito romano — tese esta contrariada por Lopez Ortiz. Um ponto de vista porventura conciliador poderá exprimir-se atribuindo à literatura aljamiada um carácter autenticamente muçulmano, embora não isento de influências romano-cristãs, nomeadamente no tocante aos contratos, cuja regulamentação se apresenta romanizada.

113. O Islão e os infiéis — Para a religião muçulmana todos quantos não a professam são estrangeiros. Contra eles deve mover-se a guerra santa: *ou crês ou morres* — posição esta de intransigência que se agudizou ou atenuou conforme as épocas. Quaisquer relações pacíficas com os não seguidores de Alá (infiéis) só poderão processar-se com base no *amán*. Ele pode reconduzir-se a duas situações que têm sido equiparadas uma ao passaporte, outra ao tratado de paz, conforme a situação jurídica dos infiéis em causa. Estes eram *mustamin* (propriamente estrangeiros), cujo *amán* era de tipo individual, com duração fixa, especificando o itinerário autorizado e outras particularidades evidenciadoras da sua precariedade, ou eram *dimimies* (protegidos), infiéis do livro, isto é seguidores das religiões reveladas na Bíblia, judeus e cristãos. Maomé reconhecia a inspiração divina das Sagradas Escrituras, embora acusasse tanto os judeus como os cristãos de as haverem falsificado — e acreditou na missão divina dos profetas, entre os quais destacou, como recipiendários de leis reveladas (derrogativas as posteriores das anteriores), Adão, Noé, Abraão, Moisés e Jesus, a que se seguiu ele próprio.

Aos *dimimies* podia conceder-se uma protecção genérica, estável, traduzida num tratado de paz. Contra os *dimimies* estão os muçulmanos obrigados também à guerra santa, embora podendo estes submeter-se. Só se resistirem serão mortos ou reduzidos à escravidão. A situação jurídica dos *dimimies* (submissos) implica o pagamento de tributos, a interdição do exercício de cargos públicos, de testemunharem entre muçulmanos, de tomarem muçulmanas por esposas — podendo, ao invés, os muçulmanos terem esposas cristãs ou judias.

Aos *dimimies* impõe-se-lhes o uso de trajes com distintivos visíveis e a exclusão de certas peças de vestuário, como o turbante. Devem ainda os *dimimies* acatamento ao direito público muçulmano. Embora se lhes reconheça liberdade de culto e a respectiva comunidade seja regida por autoridades próprias a respectiva organização não é autónoma, mas dependente da autoridade muçulmana.

Nas relações individuais entre um *dimimie* ou moçárabe e um muçulmano é o direito deste que se aplica — o direito cristão rege apenas entre cristãos. Todas as questões relativas à paz pública são de competência dos tribunais muçulmanos, cuja jurisdição se alarga sempre que um *dimimie* por ela opte.

A protecção (*amán*) cessa: quando o *dimimie* deixa de pagar tributos; blasfema contra o profeta; rapta ou casa com uma muçulmana; converte um muçulmano à sua fé — entre outras causas. Nessa eventualidade o *dimimie* converte-se em inimigo, pode ser condenado à morte, reduzido à escravidão e os seus bens confiscados.

A este quadro genérico correspondeu à situação concreta dos núcleos moçárabes fixados no território que hoje nos pertence. Consentia-se-lhes regerem-se pelo direito próprio — o contido no *Liber Iudiciorum* —, determinado muitas vezes com recurso a textos árabes (perdida que foi, cada vez mais, a inteligibilidade das fontes visigóticas), competindo a respectiva aplicação à autoridade de um «iudex» ou «comes» (conde) próprio. Era este magistrado moçárabe que regia internamente a respectiva comunidade, obrigada a viver circunscrita a bairros exclusivos, separada da população muçulmana. Aos moçárabes era vedado o acesso a cargos públicos com autoridade sobre os seguidores de Maomé; ter servidores muçulmanos; casar com mulheres muçulmanas. Estavam, ademais, obrigados a mostrar colectivas e individuais de respeito para com os fleis de Alá — obrigação que Pleguezuelo faz derivar não de usos árabes mas germânicos — assim como o estavam a uma fiscalidade própria e a conceder hospitalidade gratuitamente aos muçulmanos, em várias circunstâncias e pelo período de três dias.

BIBLIOGRAFIA — No tocante ao Direito hebraico cf., v.g., J. LALINDE ABADIA, *Iniciación Histórica al Derecho Español*, Barcelona, 1970; B. COHEN, *Law and Tradition in Judaism*, Nova Iorque, 1959; e *Jewish and Roman Law*, Nova Iorque, 1966; F. CRUSEMANN, *The Torah. Theology and*

*Sacral History of Old Testament Law*, Edimburgo, 1996; W. FALK, *Hebrew Law in Biblical Times*, Jerusalém, 1964; FERNANDEZ ESPINAR, *Las Fuentes del Derecho Histórico Español*, Madrid, 1975; I. A. GARCÍA-GALLO, *Manual de Historia del Derecho Español*, Madrid, 1975; I. RAFAEL GIBERT, *Historia General del Derecho Español*, Madrid, 1978; JOHN GILLSEN, *Introduction Historique au Droit*, Bruxelas, 1979 — trad. port., 2001, 3.ª ed.; F. FERNANDEZ Y GONZÁLEZ, *Instituciones Jurídicas del Pueblo de Israel en los Diferentes Estados de la Península Ibérica desde su Dispersión en Tiempo del Emperador Adriano hasta los Principios del Siglo XVI*, Madrid, 1881; HERZOG, *The Main Institutions of Jewish Law*, Londres, 2.ª ed., 1967; P. A. MARINEN, (direção de), *The Encyclopedia of the Bible*, Nova Iorque, 1965; ÉDOUARD LAMBERT, *Fonction du Droit Civil Comparé*, Paris, 1903; DAVID MALKI, *Le Talmud et Ses Maitres*, trad. franc. de 1972, Paris; NEUSNER, *A History of The Mishnaic Law of Appointed Times*, Leiden, 1981-1982; J.M. POWIS, *The Origin and History of Hebrew Law*, Chicago, 1960; A. TRUYOL SERRA, *História da Filosofia do Direito e do Estado*, Lisboa, 1985; I. GUNTER STEMBERG, *Introduction to The Talmud and Midrash*, trad. ingl. de 1966, 2.ª ed., Edimburgo; R. DE VAUX, *Les Institutions de l'Ancien Testament*, Paris, I e II, 1958-1960.

Relativamente ao direito islâmico, cf., além das obras de LALINDE ABADIA, FERNANDEZ ESPINAR, GARCÍA-GALLO, RAFAEL GIBERT, J. GILLISEN, LAMBERT, — já mencionadas a propósito do direito judaico —, MAULANA, Muhammad, 'Ali, *The Religion of Islam. A Comprehensive Discussion of the Sources, Principles and Practices of Islam*, Lahore, 1950; e *The Holy Qur'an. Arabic, Translation and Commentary*, 4.ª ed., Lahore, 1951; IBN ABI ZAID AL-QAYRAWANI, *Compendio de Derecho Islámico [Risāla fi-l-Fiqh]*, Madrid, 1993; V. BARATA, *Nozioni di Diritto Musulmano*, Palermo, 1923; ADDA B. BOZEMAN, *Politics and Culture in International History*, Princeton, 1960; G.H. BOUSQUET, *Précis Élémentaire de Droit Musulman (Malékite et Algérien)*, Paris-Alger, 1933; e *Du Droit Musulman et son Application Effective dans le Monde*, Alger, 1949; P. MANDIROLA BRIEUX, *Introducción al Derecho Islámico*, Madrid, 1998; MARCELO CAETANO, *História do Direito Português*, (1440-1495), Lisboa, 1981; RENÉ DAVID, *Les Grandes Systèmes de Droit Contemporain*, Paris, 8.ª ed., 1982; RAYMOND CHARLES, *Le Droit Musulman*, Paris, 1972, 4.ª ed.; N. J. COULSON, *A History of Islamic Law*, Edimburgo, 1964; ALBERT DIETRICH, «Autorité Personnelle et Autorité Institutionnelle dans l'Islam: à Propos du Concept de Sayyid», in *La Notion d'Autorité au Moyen Âge. Islam, Byzance, Occident*, ob. col., Paris, 1982; R. DOZY, *Historia de los Musulmanos de España*, trad. espanhola de 1946,

Buenos Aires, I, HP, (Barcelona), I; J. A. ESCUDERO, *Curso de Historia del Derecho*, Madrid, 1990; HAIÏL IBN ISHÁQ, II 'Muhasan', *Sonmarío del Diritto Malechita*, Milão, 1919, I e II; E.I.J., *Political Thought in Medieval Islam*, Cambridge, 1958; JACQUES JOMIER, «L'Autorité de la Révélation et la Raison dans le Commentaire du Coran de Fahr al-Din al-Rāzī», *Idem*; Th. W. JUVENOLL, *Manuale di Diritto Musulmano Secondo la Dottrina della Scuola Sciafeira*, trad. italiana de 1916, Milão; MAUD KHADDURI, *War and Peace in the Law of Islam*, Richmond, 1955; MARIO G. LOSANO, *I Grandi Sistemi Giuridici*, Turim, 1978, — trad. port. de 1979; WILFRED MADELUNG, «Authority in the Twelver Shiism in the Absence of the Imam», in *La Notion d'Autorité...»; GARGE MAKDISI, «Authority in the Islam Community», *Idem*; SULEIMAN VALY MAMEDE, *O Islão e o Direito Muçulmano*, Lisboa, 1974; CAMILE MANSOUR, «L'Autorité dans la Pensée Muçulmane. Le Concept d'Ijmā (Consensus) et la Problématique de L'Autorité», Paris, 1975; M. MARIN, «Learning at Mosques in al-Andalus», in *Islamic Legal Interpretations, Muftis and their Fatwas*, ob. col., Cambridge (Mass.) — London, 1996; H. MICHAUD, *Jésus selon le Coran*, Neuchâtel, 1960; LOUIS MULLIOT, *Introduction à l'Étude du Droit Musulman*, Paris, 1953; MORAND, *Introduction à l'Étude du Droit Musulman Algérien*, Argel, 1921; OLIVEIRA MARQUES, NHP., III; R. MORÁN MARTÍN, *Materiales para un Curso de Historia del Derecho Español*, Madrid, 1999; I. E. NYS, *Études de Droit International et de Droit Politique*, Bruxelles-Paris, 1896; J.L. ORTIZ, «Algunos Capítulos del Formulario Notarial de Abensalmán de Granada», in *AHDE*, IV, 1930; e «La Recepción de la Escuela Malequí en España», in *AHDE*, VII, 1930; e *Derecho Musulmán*, Barcelona, 1932; M. ASIN PALACIOS, «Una Sinopsis de la Ciencia de los Fundamentos Jurídicos, según Algazel (Análisis y Extractos de la Introducción de su *Mostafa*)», in *AHDE*, II, 1925; CHRISTOPHE PICARD, *Le Portugal Musulman (VIII-XIII Siècle)*, Paris, 2000; J. AGUILERA PLEGUEZUELO, *Estudios de las Normas e Instituciones del Derecho Islámico en el Al-Andalus*, Sevilla, 2000; M. KALUD MASUD-BRINKLEY MESSICK-DAVID S. POWERS, «Muftis Fetwas, and Islamic Legal Interpretations», in *Islamic Legal Interpretation...»; DAVID S. POWERS, «The Art of the Legal Opinion: al-Wan-sharisi on Tawliij», *Idem*; F. MAILLO SALGADO, «La Guerra Santa según el Derecho Malikí», in *SH*, I, 2, 1983; e «Consideraciones acerca de una Fatwā de Al-Wansarisi», *Idem*, III, 2, 1985; D. SANTILLANA, *Istituzioni di Diritto Musulmano Malechita*, Roma, 1926; JOSEPH SCHACHT, *Introduction au Droit Musulman*, Paris, 1983, (ed. orig. de Oxford, 1946); e *The Origins of Muhammad Jurisprudence*, Oxford, 1950; A. TRUYOL Y SERRA, *História do Direito Internacional Público*, Lisboa, 1966; JOÃO SILVA DE SOUSA, *Religião e Direito no Alcorão (Do Pré-Islão à Baixa Idade Média, Sécs. XV, Lisboa, 1986; E. TYAN, Institutions du Droit Public Musulman*, Paris, 1965, I e II.**

#### CAPITULO IV

### CONJUGAÇÃO DAS FONTES NORMATIVAS E DOS ELEMENTOS FORMATIVOS DO DIREITO PORTUGUÊS

114. Introdução — Identificadas as diferentes fontes do direito, cabe, agora, dizer alguma coisa *ex professo* quanto à respectiva articulação. Trata-se em parte, como é óbvio, embora noutro plano, de repassagem de factos já mencionados, em parte de explicitação de matéria exposta, mas em certos pontos também de consideração de novos dados: recapitulação, síntese e desenvolvimento.

Pode já avançar-se que o papel de centro de gravidade coube aqui aos monarcas, embora a respectiva força não se tenha manifestado sempre com igual intensidade. Deve mesmo dizer-se que variou de acordo com as funções em presença e o estágio cronológico considerado.

115. Direito canónico e direito civil — No tocante à articulação do direito canónico com a ordem jurídica nacional fez-se, numa primeira fase, de acordo com a teoria da supremacia pontifícia relativamente aos poderes laicos. Parece-nos, a tal respeito, fornecer cabal ilustração o preceito de D. Afonso II.

anteriormente referido e no qual o monarca determinava não valerem as suas próprias leis se «*fectas ou estabelecidas*» contra os «*dereyos*» da Igreja (1211)<sup>1</sup>. Interessante, também, a afirmação produzida nas Cortes de Elvas de 1361 sobre o dever de os monarcas observarem o direito canónico — e que referimos mais adiante com alguma minúcia<sup>2</sup>. Texto de índole doutrinal particularmente elucidativo encontramos-lo no *Speculum Regum*, de Álvaro Pais. São suas as seguintes palavras tradução da passagem em referência: «E daqui se segue que as leis que o rei instituiu não devem discordar da doutrina da lei divina, mas com ela concordar e submeter-se aos sagrados cânones. Efectivamente, assim como o poder secular se sujeita ao poder espiritual, assim devem as leis temporais estar sujeitas às leis espirituais» (I, 124). Tradução, também, de proposições do bispo de Silves, encontrámo-la nestes outros textos: «Se os leigos dizem que não são obrigados às leis da Igreja, digam também que não fazem caso da cadeia de Pedro e que são acéfalos»; «Se os leigos não estão sujeitos aos direitos canónicos, o Papa não é nem seu pastor, nem juiz, nem reitor, nem tem poder algum sobre eles. O que tudo é herético e insano». A este respeito merece ainda a pena referir mais algumas afirmações: «O príncipe cristão costuma obedecer aos decretos da Igreja, e não pode opor-lhe o seu poder» (I, 36); «Constituem [os monarcas] leis iníquas (...) e frequentemente contra a Igreja, a liberdade eclesiástica e suas leis, as quais por isso mesmo perdem o vigor» (I, 254); «assim como o poder secular se sujeita ao poder espiritual, assim as leis temporais devem estar sujeitas às leis canónicas» (I, 124). E como poderíamos recortar testemunhos idênticos saídos da mesma pena! (cfr. v.g.; SR., I, 248, 254, 276, 278; SPE., V, 294, 304, 412...).

Estruturada doutrinarmente por formas diferentes<sup>3</sup>, a *auctoritas superlativa* papal foi abertamente reconhecida pelos nossos monarcas (podendo apresentar-se disso variadas, repe-

1. Cfr. *supra*, n.ºs 48 e 51. 2. *Infra*, neste mesmo número. 3. Cfr. *infra*, n.ºs 128 e s.

tidas e heterogêneas provas), para o que não poderá deixar de ter contribuído o facto de D. Afonso Henriques haver prestado juramento de vassalagem ao Papa, encomendando a terra portuguesa a S. Pedro e à Igreja romana e obtido o reconhecimento da sua dignidade real pela bula *Manifestis probatum*. O pagamento do censo à Santa Sé pelos monarcas portugueses é também expressão do referido reconhecimento da *auctoritas* pontifícia — embora tenha padecido múltiplas peripécias<sup>1</sup>.

Da própria posição, atribuída à fonte de onde emanava, decorria a prioridade da norma canónica face a qualquer outra norma positiva, mas essa prioridade só era indiscriminada nas doutrinas hierocráticas máximas. Nas correntes que atribuíam aos monarcas uma fundamentação do poder autónoma relativamente a pontífice ou que, pelo menos, lhes reconheciam uma zona de competência própria, dentro da qual o Papa não deveria intervir — embora pudesse privar da coroa o respectivo titular se para isso houvesse razões suficientes —, a norma canónica só precedia a norma temporal *in spiritualibus*<sup>2</sup>. *In temporalibus* a norma do poder civil era, em si mesma, uma norma autónoma. A respectiva legitimidade derivava da própria fonte promanante.

A delimitação *in spiritualibus-in temporalibus*, facilmente enunciável e inteligível em abstracto, não deixou de encontrar dificuldades em concreto. É a este respeito sintomática uma carta de D. Dinis. Embora o monarca aí afirmasse como correspondendo à sua competência decretar a legitimação de filhos naturais, recuava quanto à possibilidade de os autorizar a hospedarem-se nas igrejas e mosteiros<sup>3</sup>: as «*cartas per que os legitimasse mando que lhes non ualha contra os moesteiros nem contra as Igrejas ca eu entendo que o nom posso fazer de direito E que he perigo da minha alma E eu querendo des aly lhes farej bem E merçee ca a legitimaçom entende-se em — no leigall (...)*» (ODD., 166). Numa sociedade que atribuiu projecção

1. V. *infra*, n.º 136. 2. Cfr. *infra*, n.ºs 128 e s. 3. V. *infra*, n.º 188.

metafísica às mais simples acções de paredes-meias — para parafrasear Hauriou —, actuando o homem em função da vida para além da morte<sup>1</sup>, o *critério de pecado* teve enorme extensão; não sendo fácil traçar ao conceito respectivo os contornos máximos. Daqui frequentes querelas no campo dos factos entre o poder eclesiástico e o poder civil, por vezes com projecção doutrínaria e tanto mais conflituosas quanto surgiram, frequentemente, conjuntas às pretensões políticas do clero nacional. Quem percorrer a história das disputas entre os nossos monarcas e a Igreja verá que elas andaram, não raro, em torno de contestações de privilégios que o clero declarava titulados ou legitimados pelos cânones. A obra de Álvaro Pais fornece-nos a este respeito alguns elucidativos exemplos das posições eclesiais. A isenção de impostos no tocante aos legados a favor da Igreja; a isenção dos eclesiásticos e igrejas relativamente a talhas, colectas e exações, impostos ordinários e extraordinários, penas de direito civil e multas; a isenção dos clérigos e sacerdotes da obrigação de combaterem<sup>2</sup> — são outras tantas proposições concretas sustentadas por este doutor com recurso a fontes do próprio direito canónico. E foi também com recurso a tais textos que garantiu a obrigação de os príncipes respeitarem genericamente as liberdades da Igreja, deles se socorrendo ainda para proclamar a nulidade de todas as normas laicas que as diminuíssem ou prejudicassem — da mesma forma procedendo quando da proclamação daqueles privilégios específicos antes referidos (cfr. v.g., SR., I, 246, 248, 254, 256).

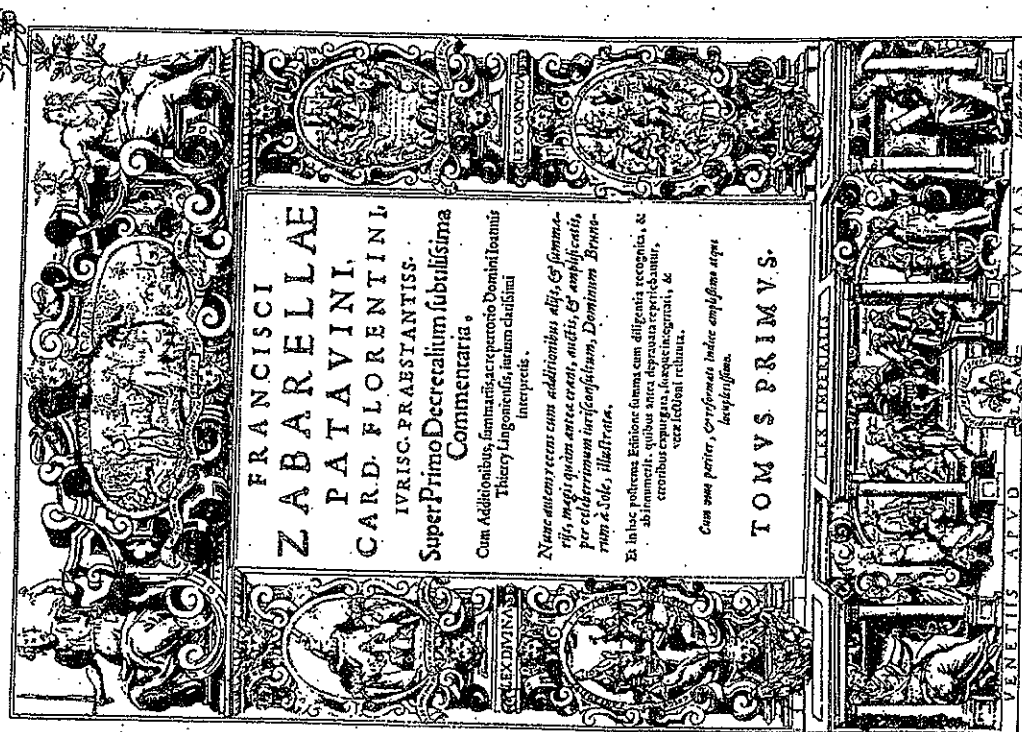
No pensamento de Álvaro Pais, tomável como expressão da canónica coeva, quanto antes enunciámos representava o quadro imprescindível para o exercício do *munus* eclesial, necessário à realização do fim espiritual da sociedade e do homem.

Quem quiser traçar os factores determinantes de situações de conflito entre o ordenamento canónico e o ordenamento civil, há-

1. Cfr. *supra*, n.º 5.

2. Cfr. *infra*, o vol. relativo aos *Grupos Sociais e Conselho do Direito* (1.º Período).

Sl/g so.



Rosto de uma edição do comentário de Zabarella *Super Primo Decretalium*, em que se representam as diversas leis.

-de ainda referir a circunstância de eles se configurarem *a priori* como entre si parcialmente sobrepostos. É que se o direito canónico se apresentava com propósitos teleológicos circunscritos e tomava, portanto, como objecto apenas uma parcela do obrar humano, o direito romano, à sombra do qual os monarcas estruturavam o próprio poder, com uma genealogia muito mais longa do que a daquele e com um superior complexo normativo, quando visto quantitativamente, reclamava-se do dogma da plenitude do ordenamento jurídico, como hoje diríamos (cfr. Odofredo, *Lec. ff. Vet.*, rub. *De divisione*, 1. *Tantum*; *Gl. Notitia*, ff. *De Iustitia et iure*, 1. *Iustitia*) e, portanto, apto a reger qualquer situação.

Sem contestar doutrinarmente o estatuto abstracto dos pontífices, ao menos por forma directa e declarada, nem pôr em causa de maneira genérica a hierarquia e poder vinculante das normas de direito canónico, o poder civil agiu frequentemente, no campo dos factos, por forma que permite inferir veleidades de autonomia, quando não mesmo uma supremacia. Isso deu-se tendo umas vezes por agentes os príncipes, outras os seus oficiais.

Cabe aqui relembrar quanto se ensinou a respeito do beneplácito régio<sup>1</sup>, salientando a forma indirecta adoptada pelos monarcas para o justificar. Merece também a pena referir uma lei de D. Dinis (Maio de 1314), por ser igualmente reveladora da maneira elíptica e do cuidado com que o poder civil procedeu no concretamente à conjugação da lei canónica com a sua própria.

Interessado em alargar a jurisdição dos seus tribunais, diminuindo a intervenção eclesiástica<sup>2</sup>, D. Dinis não delimitou de maneira directa a esfera de competência dos magistrados civis, seguindo o caminho de impedir a verificação dos pressupostos atributivos da jurisdição da autoridade eclesiástica, cuja competência ficava formalmente intacta. Fê-lo, proibindo que se promettesse sob juramento o cumprimento dos contratos —, pois

1. Cfr. *supra*, n.º 49. 2. Cfr. *infra*, n.ºs 165 e 166.

a inclusão de tal cláusula nos pactos determinava por si só a privação da jurisdição dos oficiais régios de conhecerem os pleitos resultantes de qualquer infracção, atribuindo-a, em virtude do pecado resultante da quebra da jura, aos juízes clericais (ODD., 293)<sup>1</sup>. Revela-o o próprio intróito apostado na compilação afonsina à referida lei: «*El Rey Dom Denis (...) fez hũa Lei sobre os contrautos, que se faziam com juramento por desfraudar sua juridiçom*». Nele se pode ver a razão última da lei, que D. Dinis justificou com a alegação de a quebra de juramento importar em infâmia de que resultava para o infractor a incapacidade de ser conselheiro «*d'alguũ Rey, nem de nenhuũ outro Cõmuũ*» ou juiz, «*nem Aportellados, nem (...) aver nenhũa honra, nem algum officio de Justiça*». (OA., IV, 6). Com efeito, mal persuade a especificidade do fundamento o carácter genérico da previsão e as penas que lhe eram aparelhadas, não só para as partes contratantes como para o tabelião autenticador. Aliás, sabe-se que iguais determinações foram editadas em França com o declarado propósito de impedir o afastamento da jurisdição dos príncipes e, em diversas cortes de Castela, se protestou contra o facto de os juízes eclesiásticos usurparem a competência civil com a alegação de os actos em causa terem sido confirmados com juramento. Por seu turno, os juristas deixaram consignações expressas a tal respeito. Cino de Pistóia escreveria mesmo que a Igreja, com o pretexto do pecado, usurpava toda a jurisdição («*Ecclesia sibi usurpavi ratione peccati totam iurisdictionem*»). (*Sup. Cod.*, I, 3, *Aut. Cler.*). Razão teve, por isso, Gama Barros ao escrever que, para obviar às pretensões dos tribunais eclesiásticos, «que as ideias do tempo não permitiam contristar directamente, proibiu D. Dinis que nos contratos se exercesse aquela fórmula religiosa de lhes segurar a execução», havendo sido o «compilador das *Ordenações Afonsinas* mais sincero na justificação dada à lei de 1314» (HAP., VI, 213).

1. Cfr. *infra*, n.ºs 165 e 166.

Poder-se-á compreender melhor a atitude do monarca se atentarmos num capítulo das Cortes de Elvas de 1361. Reclamaram aí os prelados — a propósito do não reconhecimento pelas justças régias da excepção da excomunhão deduzida em juízo contra «*juiz, Procurador, Vogado, ou outros*» —, o acatamento do direito canónico por parte de D. Pedro. Fizeram-no, postulando-o como obrigação. «*Outro sy muitas vezes non querem guardar o Direito Canonico*», disseram os representantes do clero ao referirem-se aos oficiais do príncipe, «*o que todo o Christião devia guardar, porque era feito polo Padre Santo, que tinha as vezes de Jesu Christo, e era mais razom de o guardarem em todo o nosso Senhorio pola dita razom, que as Sete Partidas feitas per ElRey de Castella, ao qual o Regno de Portugal nom era sobgeito, mas bem livre, e izento de todo*» (OA., II, 5, 24)<sup>1</sup>.

Sendo o texto claro pela contraposição feita entre o direito canónico e o direito castelhano, diga-se, só para a inteligibilidade das razões fundamentadoras do dever de respeito pela norma canónica, que a referência à qualidade do Papa como sucessor de Cristo consistia numa fórmula tradicional sintetizante de grande parte da argumentação a favor da *auctoritas* pontifícia<sup>2</sup>. Respondeu o soberano a quanto os prelados lhe expunham, mandando observar a excepção de excomunhão. Escusou, porém, qualquer tomada de posição relativamente ao seu dever de acatar o direito canónico enquanto ordenamento global. Sem o negar, a política dos monarcas foi a de se pronunciar sobre os casos concretos que lhe eram apresentados pelo clero, dando-lhes satisfação conforme as circunstâncias.

Desta forma, no campo dos factos o príncipe tornava-se o garante do direito canónico, arbitrando as contestações que lhe opunham. São, a tal respeito, sintomáticas duas conhecidas queixas do clero relativamente à atitude das autoridades laicas. Na

1. Cfr. *supra*, n.º 61.

2. Cfr. *infra*, n.º 127.

Cúria de Guimarães de 1250, agravaram-se os eclesiásticos de que «*meirini et alii homines nostri dicunt quod non darent pro excommunicatione paleam unam*» (PMH., Leges, I) e em 1361, nas Cortes de Elvas, os prelados imputavam às justças do príncipe o asseverarem «*que escimunhom nom brita osso, e que o vinho nom amarga ao escimungado*» (OA., II, 5, 31). Eram «*palavras de desfazimento*», tanto mais que se referiam a hipóteses nas quais por «*direito*» (entenda-se, canónico) as «*Justças*» estavam obrigadas a guardar, contrariamente ao que faziam, as sentenças eclesiásticas<sup>1</sup>.

Em alguns documentos a atitude régia ultrapassa quanto antes fica descrito. Determinava-se neles que os comandos do monarca valeriam mesmo em caso de conflito com a norma canónica — «*non embarguando quaaesquer (...) degretaaes*», não «*embargando (...) quaaesquer direitos (...) canonicos*» (B. Moreno, 1966, 82 e 1967, 237). Assim sucede em cartas de legitimação de adopção e de doação emitidas por D. Pedro, D. Fernando e D. João I. A seu respeito deve notar-se, não só serem tais fontes relativamente tardias (1365 a 1397), como não se reportarem a casos que pela sua amplitude se apresentassem com um matiz político susceptível de pôr em causa os interesses fundamentais do clero ou os máximos princípios do estatuto pontifício. Em todo o caso — que largo caminho o andado desde proclamação, em 1211, da superioridade do direito canónico relativamente à lei civil<sup>2</sup>! E em todo o caso — que contraste, também, com os preceitos daquele outro ordenamento que de si próprios dispunham a invalidade da norma civil a eles contrária, salvo, naturalmente, quando uma justa causa a legitimasse! É que tal excepção não diminuí o conflito, pois na lógica canónica caberia, em última análise, à Igreja a competência para se pronunciar relativamente a tal factor, conforme decorre, nomeadamente, do juízo de Álvaro Pais sobre algumas hipóteses

1. V. *infra*, n.º 166.

2. V. *supra*, n.ºs 48 e 51, bem como o que escrevemos no início deste número e o n.º 128.

concretas. Na esteira de Inocêncio e Hostiense, o bispo de Silves proclamou a nulidade da lei publicada pelo imperador ou por outro príncipe quando falecesse uma justa causa (SR., I, 244; CF., I, 104), assim como admitiu a possibilidade de mobilização dos clérigos em caso de guerra justa — visto nas demais hipóteses estarem eles isentos da obrigação de combaterem<sup>1</sup> (SR., I, 248).

O futuro atestará a progressiva sobreposição do direito régio ao canónico — ou, pelo menos, a definição por aquele do âmbito da aplicabilidade deste<sup>2</sup>.

**116. Direito régio, foros<sup>3</sup> e posturas<sup>4</sup>** — Se do plano da conjugação da norma canónica (supra política) com a lei civil, mais ou menos identificada com a vontade régia, passarmos para o da conjugação desta com as outras fontes correspondentes ao direito da comunidade politicamente organizada, veremos, igualmente, ter constituído orientação dos príncipes a progressiva afirmação da norma deles promanante face às restantes. São numerosas, já no século XIV, as cartas régias declarando sobrepor-se a injunção nelas afirmada a quaisquer foros que porventura lhes fossem contrários: «*nom embargando (...)* foros façanhas», «*assem embargo (...)* doutrinas ordinações ou posturas que per nós ou pellos concheiros em contrairo sejam feitas»; etc. (Gav., VIII, 321; B. Moreno, 1966, 82; P. F., 1970, 305).

Era um começo de superamento da tensão entre o direito régio e o direito foraleiro, que, visível nesses próprios textos — e em tantos outros semelhantes —, se pode aperceber com superior nitidez em monumentos não jurídicos. Com efeito, neles

1. V. *infra*, o volume seguinte na parte relativa aos Grupos Sociais.

2. V. *infra*, o volume respeitante às Fontes do Direito no Segundo Período.

3. Cfr. *supra*, n.º 65.

4. Cfr. *supra*, n.º 60.

se espelha a própria convicção do vulgo sobre o pluralismo das fontes jurídicas e a diversidade dos comandos respectivos — convicção que só se pode ter formado à custa de multiplicados exemplos e ao longo de dilatados anos. Tal nos aparece o caso de uma composição das *Canções de Santa Maria*, talvez dos finais do século XII, de certeza não posterior a 1284 —, portanto, muito anterior aos documentos já referidos. Ela traduz a concorrência entre as duas ordens jurídicas, ao necessitar de reportar certo acto ao *direito* e ao *foro*, a fim de lhe atribuir um valor jurídico incontroverso: «*(...) o castello ll'entregasse, que per dreit' e per foro, non devia a seer*». (345, 43-44).

Embora aqueles documentos não possam tomar-se como atestantes de um poder ilimitado ou discricionário por parte dos monarcas, visto o facto de em muitos outros serem os próprios príncipes a declararem-se obrigados ao respeito dos foros e privilégios dos vassallos (cfr. v.g. CP., Af. IV, 27 *et passim*) e não faltarem iguais afirmações oriundas destes últimos, eles são suficientemente elucidativos de uma tendência por parte dos soberanos para definirem quando se lhes impunha respeitar tais normas ou quando havia razões suficientes para ditarem orientação diversa.

**117. Direito régio, façanhas e estilos** — Na mesma época encontra-se também repetidamente exarada a ressalva feita quando da emissão de preceitos de que lhes não são oponíveis façanhas ou estilos: «*nem façanha (...)*»; «*nom embargando (...)* façanhas», (SDA., I, 480, 481); «*nom embargando estilos*» (SDA., I, 480); «*façanha o (...) estilo general o particular (...)* nos tollemos et rrevocamos et cassamos et enricamos (...)» (*Idem*, 322); «*nom embargando (...) costumes (...)* façanhas e outras quazèsquer cousas», (Desc. Port., I, Sup., 302). A forma ampla

1. Cfr. *supra*, n.ºs 73 e 74.

de tais declarações poderia inculcar ao observador, que se restringisse a ponderá-las, levarem os príncipes a sua vontade ao ponto de a norma dela corporizante anular os casos julgados. Terá eventualmente sido assim em hipóteses extremas, mas impede concluir que fosse esse o direito coevo não só a existência de órgãos para julgamento de feitos entre os monarcas e os súditos<sup>1</sup> como, sobretudo, a prática de, frequentemente, estes oporem àqueles decisões judiciais muito anteriores. Conhecem-se, com efeito, casos de agravo contra medidas régias, eventualmente contrárias a direitos reconhecidos em sentenças, mandando os soberanos que se produzisse perante eles o documento comprovante do aresto. Estes factos persuadem de um valor incontroverso do caso julgado, atestado também pela circunstância de os particulares guardarem religiosamente, durante decénios e até séculos, os títulos das decisões judiciais, dos quais muitas vezes se vão tirando traslados ao longo dos anos.

Interessante é ainda quanto se escreve na concórdia entre D. Afonso IV e o infante D. Pedro: «*o Iffante lhy fosse [ao Rei] obediente como filho (...) e fizesse (...) o que filho e vassallo he theudo (...) per dyreyto e per bonis custumes e boas façanhas*» (Doc. CML, Livro de Rs., I, 119).

A nosso ver, quanto os comandos determinantes da sobreposição da vontade régia às façanhas e estilos consentem concluir, é a irrelevância de qualquer precedente ou costume judiciário face às determinações do monarca. Reconhecendo, implicitamente a categoria da fonte de direito a tais factos, circunscrevem-lhe o valor face a outras normas. Também aqui o poder político reservava para si a possibilidade de definir quando prevaleceria o seu próprio direito, ou seja, quais as causas ou circunstâncias justificativas da infirmação da força normativa de factos jurídicos de diversa proveniência<sup>2</sup>.

1. Cfr. *infra*, n.º 147.

2. Cfr. *supra*, n.º 71.

118. Direito régio e costume! — A isto mesmo assistimos no tocante ao costume. Muitos textos mostram-nos a reverência dos monarcas pelo costume e até a sua obrigação de o respeitar<sup>2</sup>. O infante D. Afonso, o futuro D. Afonso III, quando do seu juramento, em Paris, no ano de 1245, sobre a quanto se obrigava se alcançasse o Reino, garantiu que guardaria «*todos os bons costumes e foros escritos & não escritos*». (CLS., I, 30). Em repetidos documentos D. Fernando declara havê-lo Deus feito rei para reger os reinos e manter os povos «*em direito e justiça e bons costumes o que cada humm rey cabe de fazer*» (Desc. Port., I, 228 e Sup. I, 297). Por seu turno, os povos sustentaram com vigor maior ou menor, segundo as circunstâncias, caber ao monarca respeitar-lhes os costumes. Nos costumes e foros de Beja estatuiu-se cumprir ao procurador do concelho defender as «*cousas*» deste, fazendo «*guardar seus foros e sseus boons costumes e hussos que El-Rey nem os sseus ouenceaes non lhes uam contra elles e assy outras cousas do concelho*» (PMH., Leges, 73).

O dever assim repetidamente reconhecido não o entenderam, porém, os príncipes de forma indiscriminada. Como sucedeu em relação aos demais factos normativos, delimitaram-no em face ao próprio conteúdo da norma consuetudinária, podendo mesmo afirmar-se ter sido a fiscalização desta tão reiteradamente exercida que se há-de entender como correspondendo a uma prerrogativa. D. Afonso II — plausivelmente o iniciador dessa prática — determinou na Cúria de 1211, «*que nom ualha*» certo «*mao costume danjigo*» (ODD., 44). D. Afonso III obrigou-se no célebre juramento de Paris a suprimir os maus costumes — «*& farey que se tiré todos os maos costumes*» (CLS., I, 30); decretou em lei geral que «*todo o homeni que çasar quiser nom casara por arras segundo ho costume da Vylla se nom quizer mas casará a meydade*» (PMH., Leges, 257); e não hesitou

1. Cfr. *supra*, n.ºs 66 e s.

2. Cfr. *supra*, n.º 67.

em revogar outros costumes, conforme a seguinte notícia: «Costume he en casa d'Elrey que aquel costume que era en leyrena conuenem a saber que aquel que for chagado e nom poder provar per testemunhas que proue pela chaga e per iij ajudas e ia he Reuogado pelo nobre Rey Dom Afonso» (LLP., 224). D. Dinis prometeu, na Concordata celebrada, em 1288, com o Papa, «que sse tolham os maços costumes e sse guardem os bons» (LLP., 357; ODD., 245). O mesmo monarca cometeu aos corregedores o encargo de examinar foros e costumes com o poder de os reprovar. Por sua vez, D. Afonso IV determinou, quando das cortes de 1331 e a pedido dos povos, que se não guardasse o costume de após o termo da tutela dos varões órfãos, aos 14 anos, e das órfãs, aos 12, se lhes não nomearem curadores. Fez-lo a requerimento dos povos, que por mais de uma vez lhe requereram que «corregesse» o costume (CP., D. Af. IV, 45; LLP., 311). D. Pedro e D. Fernando editaram numerosos actos declarando-os transcendententes em relação a quaisquer costumes contrários: «Nom embargando (...) costumes»<sup>1</sup> (Desc. Port., I, Sup., 302).

A reprovação do mau costume, formalmente incontroversa, pois, não deixou de suscitar contradição material em casos concretos, nem se limitou a uma afirmação autoritária, transmitindo-nos as fontes critérios substanciais adoptados pelos monarcas para aferirem a qualidade do costume e, consequentemente, infirmá-lo ou reconhecê-lo. Vejamos estes dois aspectos.

Em 1326, publicou D. Afonso IV uma lei interditando a cada um o castigo e vingança de ofensas aos parentes<sup>2</sup>. Tratava-se de prática sobretudo radicada entre os fidalgos e em contraste com o sucedido em «outras terras, hu sempre se gardou e manteve justiça, sempre esquivaram estes acooimamentos, e derom lugar ao Direito Cumuũ pera se per elle fazer justiça». Por isso o monarca, «veendo que este Direito era proveitoso, e com

1. Cfr. também *supra*, n.º 68.

2. Cfr. *supra*, n.ºs 38, 67 e 95.

razom, e com arredamento de todo o dapno; e catando que aquelle uso e costume era contra este Direito, e trazia dapno, e estrago, e assinadamente contra a Ley de DEOS; e catando outro sy, que quando este costume mais durou, tanto trouxe maiores perigos e caminhos de grandes dapnos (...)», deteminou, com conselho da sua corte<sup>1</sup>, a proibição de acoimar por parte dos fidalgos. «Estabellecemos, e poemas por Ley pera sempre», são palavras de D. Afonso IV, «(...) que nehuũ Fidalgo nom deva, nem possa acoimar no nosso senhorio morte, ou deshonra, que daqui em diante façam a elle, ou a seu Padre, ou Irmaão, ou a qualquer outro parente, ou pessoa, por que ante per costume podia acoimar». A acusação do delito deveria ser feita perante a corte — que o príncipe ministaria justiça. As infracções eram punidas com a morte (OA., V, 53.).

Não se conformaram os fidalgos com a nova provisão. Em 1347, queixaram-se dela ao rei. Reza assim o registo que este nos deixou do requerimento: «(...) Martin Annes de Briteiros por sy, e por todos outros Filhos d'algo (...) nos disse, que Nós bem sabiamos em como fora costume antigo em Portugal (...) que os Filhos d'algo podem acoimar pollas mortes, e deshonras, que fossem feitas a elles, e aos do seu divido; E que Nós poseramos Ley, per que lhe deffenderamos todo este sob pena de morte; e que desta Ley se tinha por muito agravados; porque non tam sollamente era contra este custume, mas ainda era mui dura, e mui grave a pena della, porque parecia, que se entendia em qualquer caso, que algum tomasse vendita: o que seria contra direito expresso: ca como quer que a vendita seja deffesa geeralmente em direito, pero que em todo o caso nom merece morte aquel, que a vendita faz.» Deveria o rei modificar o preceito: «(...) nos pediam por mercee, que quisessemos veer esta Ley em o que nos elles diziam, e que fizessesmos per tal guisa, que lhes guardassemos aquello que deviamos, assy como

1. V. *infra*, n.º 169.

*sempre lhes fora guardado*». Se o não quisesse — ao menos que suavizasse a pena.

Não o quis, com efeito, o monarca. São as seguintes as palavras do seu repúdio: «*achamos que aquel costume antigo, que os Filhos d'algo diziam que lhes fora aguardado, não podia ser dito, costume, pois não tam sollamente era contra direito de Deos, mas ainda era contra o direito natural; e des y muy dapnoso aos que na nossa terra viviam (...) e por esso e por outras muytas boas razooões, que em esta Ley som contheudas, nos moveramos (...) a fazer a dita Ley; e que por esto tinhamos, que era igual, e direita e proveitosa, e que devia ser guardada em seu direito*». (LLP, 285, 286, 287; OA., V, 53). A cedência reportava-se apenas à severidade da cominação<sup>1</sup>.

Sem a enunciação dialéctica do caso anterior, podem citar-se vários episódios semelhantes quanto ao fundo da atitude régia. O mesmo monarca declarou, em circunstâncias diversas, que «*entre as outras cousas que aos estados dos Reys pertencem se he tolher os husos E os Custumes que som contra a uontade de deus e da prol comunal da terra*» (LLP, 419). D. Dinis qualificou de mau o costume que fosse contra a «*liuridõe da eygreia*», discriminando como requisitos do bom costume o ser ele «*com razom e com derreto*» (LLP, 358)<sup>2</sup>.

Se o direito canónico postulava, como vimos<sup>3</sup>, a obrigação de os monarcas acatarem os ditames da Igreja fornecia-lhes, com isso, larga margem de liberdade perante o costume, ao estabelecer, não só competência para o extirparem quando contrário aos cânones, mas até dever de o fazerem. Baseado sobretudo na Distinção X do Decreto de Graciano, ensinou-o entre nós Álvaro Pais. Os costumes profanos nenhum valor têm contra as leis de Deus e da Igreja, escreveu ele. O costume não obriga contra a liberdade da Igreja, disse de outra feita, numa repetição da mesma ideia (SR., 248, 254).

1. Cfr. *supra*, n.º 95.

2. Cfr. *supra*, n.ºs 43 e 68.

3. Cfr. *supra*, n.ºs 51, 68 e 115.

Não admira, assim, que ao lado dos casos de postergação do costume, por contrário ao direito canónico, as fontes nos transmitam exemplos de erradicação de normas consuetudinárias em virtude da sua oposição ao direito comum — embora se possam também citar exemplos de consagração pelos monarcas da norma consuetudinária em prejuízo da romana.

De tudo decorre dever conformar-se o costume com a lei de Deus e o direito natural, o bem comum do reino, as liberdades eclesiásticas, a razão e o direito comum<sup>1</sup> — domínio este último no qual os monarcas possuíam larga discricionariedade, explicável pelo facto de a haverem tido também directamente a respeito do direito romano, como veremos<sup>2</sup>. Não falta quem tenha querido ver, nesta atitude perante o costume, o fruto da própria teoria canónica em relação ao complexo consuetudinário. E, com efeito, fácil é aceitá-lo. No direito canónico exigia-se como requisito do costume a racionalidade (termo de vasta extensão e susceptível, portanto, de consentir diversificadas valorações do costume) e a respectiva aprovação ou aceitação por parte dos governantes.

Os nossos textos mostram-nos, ainda, como contraface do repúdio do costume pelos monarcas, o afã destes na consagração de muitas normas consuetudinárias. Vimos já algumas atitudes programáticas a este respeito: a promessa afonsina de Paris quanto ao respeito dos bons costumes; a concordata de 1288 na qual D. Dinis se obrigou a guardar os bons costumes. A seu lado podem, todavia, citar-se exemplos de consagração de costumes concretos, passando-se da generalidade para a especialidade. Em 1316, o monarca, ao legislar em matéria processual — deveres dos advogados e funções dos juizes — aprovou os bons costumes consagrados a tal respeito: «*E todas estas cousas de susodictas mando que sse husem em mha corte. e nos logares do meu senhorio. E mando que sse aguardem seus boons husos e boons costumes asy como sempre husarom e acostumarom ata aqui*»

1. Cfr. *supra*, v.g. n.ºs 43, 51, 68 e 115.

2. V. *infra*, n.º 119.

(LLP., 57). Numa outra lei, D. Dinis mandou que «se guarde hi o costume dos meus rreynos» (ODD., 259, v. tb. 287 e 302).

Por vezes, a aprovação é dada de forma apenas indirecta. Não ordena o monarca a observância do costume. Limita-se a declará-lo não prejudicado pela nova lei. Assim procedeu D. Dinis ao interditar aos fidalgos a aquisição de «honras» ou «possisões» na «honra doutro fidalgo de meor logo, ou de meor estado». Fê-lo com a declaração expressa de não invalidar o costume: «E per esta ley non entendo a enbargar os boons costumes, que antre os Fidalgos de nha terra ha». Semelhantemente estatuiu o mesmo monarca em matéria de provas — «E per esta ley nom entendo a tolher o costume dos meus Reynos (...)» (LLP., 203). Noutras eventualidades a aprovação não é dada pelo monarca, mas por oficial seu. Nos Foros de S. Martinho dos Mouros exara-se a seguinte menção: «Manda o dito corregedor, que se guarde o dito costume.» Aí se lê também: «Manda o dito corregedor, que se aguarde assy pois he custume antigo (...)», (CLHP, IV, 533).

Era, pois, variável a margem régia face ao direito consuetudinário, como se poderá melhor aperceber se dissermos que as duas últimas confirmações foram dadas não obstante o carácter condenável da norma: «(...) que se aguarde assy pois he custume antigo, pero que entende que he muy danoso assy ieral»; «que se aguarde seu costume maa, pois he antigo». (Idem). Sente-se na aprovação dada em tais termos a dificuldade, senão a impossibilidade, política de proceder diferentemente. Sobrepenham-se as circunstâncias a um entendimento geral determinado a partir da racionalidade. Esta constituiu, porém, o grande critério de aferição.

119. Direito romano e direito nacional — Do exposto relativamente ao fundamento da vigência em Portugal do Direito romano<sup>1</sup>, logo se pode inferir qual a posição dos monarcas a

1. Cfr. *supra*, n.ºs 52 e 75 e s., max. 93.

respeito da conjugação das normas daquele com os seus próprios comandos. A referência a alguns textos ajudará, porém, a pensar como se equacionou o problema.

Ao justificar, em lei de 1352, uma orientação por si ditada em matéria processual contra o disposto nos textos romanos, expressamente referidos, afirmou D. Afonso IV: «(...) porque teemos que non deuenos de guardar os ditos dereytos escriptos se non enquanto ssom fundados em boa Razom e em prol dos nossos ssubietos» (LLP., 454). Julgamos estas palavras susceptíveis de serem tomadas por tradutoras da attitude geral da coroa, face aos preceitos imperiais. Sempre que existissem motivos de afastamento, os monarcas poderiam impor solução a eles oposta, tal como vimos suceder relativamente aos demais factos normativos. Também aqui o critério de ajustamento era a racionalidade e o bem comum — que tanto vale dizer, a utilidade do preceituado. Aplicavam-no, aliás, os soberanos não só quando o confronto se fazia com o direito nacional consubstanciado em lei, como quando se processava em relação a normas consuetudinárias, conforme consignamos anteriormente e se pode ilustrar com um episódio do tempo D. Afonso IV. O rei com «acordo dos do seu Conselho approvou e louvou por costume» certa prática, embora lhe fosse dito que ela «não era direito comum» (OA., V, 18, 3).

Não admira, assim, ver os monarcas a praticarem actos de âmbito individual cujo conteúdo perceptivo era não só em si contrário ao consagrado nas leis romanas como se apresentava formalmente a elas opostos. D. Afonso III consagrou em lei o costume jurisprudencial determinante «que aquela constituição do Código que diz 'unde ny signys in tantum' nom seia aguardada» (PMH., *Leges*, 328)<sup>1</sup>. D. Diniz determinou semelhantemente em relação a leis do Código e do Autêntico<sup>2</sup>. Numa carta de legitimação, emitida em 1385 a favor de Álvaro

1 e 2. Cfr. *supra*, n.º 90.

Anes, D. João I determina a observância do actô de legitimação praticado por si próprio. «*nom embargando todallas leis e degredos doutores glosas constituições (...) e outros quãesquer dyreitos assy canonicos como ciuêes que em contrario desto seiam feictos*» (B. Moreno, 1967, 237). Numa outra carta o mesmo monarca dispõe que o seu preceito valerá não obstante «*leis degredos (...) grossas e openyoões de doutores e outros quãesquer dyreitos que sejam (...)*» (Eiusdem, 1966, 82). Num documentô pouco anterior e concernente à perflhação de João Gil por Margarida Miguéis, D. Fernando declarou que a carta em causa valeria «*non embargando dyreitos e glosas que dizem que a molher que em dyreicto nom pode dou/tar se nom em lugar dos filhos que perdesse em batalha nem embargando as leis que requerem seer feicta jnsinuacam (...) nom embargando outrossy todolos dyreictos, leis (...) glosas e stilos (...)*» (Ib., 84). Numa doação feita, em 1375, ao arabi-mor, D. Judas, o mesmo monarca determinou que ela valeria «*nom embargando quãesquer leis e dyreitos e constituições e glosas, openiões e outras quãesquer cousas per que esta doaçam possa seer embargada (...)*» (P. F., 1970, 221). Em 1378, dirá o monarca ao fazer uma doação a Gonçalo Tenreiro: «*nom embargando (...) quãesquer leis e dyreitos (...) e glosas costutycões*» (Desc. Port., I, Sup., 302). Por seu turno, D. Pedro, ao legitimar João Rodrigues Pimentel, não só determinou especificamente valer quanto dispunha apesar de múltiplas leis «*que som no digesto*», «*nas autenticas*», na «*vji. colaçam*», no «*Código*», «*no que diz a glosa*» a vários preceitos do Código e a outras colecções do *Corpus Iuris Civilis* — tolhendo «*as sobredictas defesas e todallas outras quãesquer que seiam que as leis antigas e nouas*» concediam — como estabelecera por uma cláusula geral a irrelevância de «*algũas outras leis que som feictas contra os assy nados nom som aqui nomeadas expressamente nom embargando outrossy os dyreitos nem os doutores delles que as mandam expressamente nomear e poer nas despensões e legitimações*» (EA., 479, B. Moreno, 1967, 235).

Algumas das cartas citadas referem, ao lado das fontes do direito romano, preceitos canónicos, mas o significado das fórmulas é mais amplo para o primeiro, por outra ser a moldura das pretensões régias. Relativamente ao direito imperial, a falta de *iurisdictio imperii*<sup>1</sup> deixava o monarca livre para o receber ou não. O direito prudencial, por destituido de um aparelho político e baseado somente na racionalidade, também não era cogente para além desta — importando, sobretudo, anotar o facto de os soberanos o distinguirem do direito do *Corpus*, embora lhe atribuíssem o mesmo valor, visto a ele o terem por conjunto e assim o dispensarem simultaneamente.

## 120. Direito régio, direito hebraico e/ou direito ismaelita

— Relativamente aos direitos confessionais não cristãos, vimos já que o respectivo título assentava na transigência ou concessão régia<sup>2</sup>. Por isso, os monarcas consideravam-se juridicamente livres para lhes delimitarem a respectiva aplicação — atendendo, no reconhecimento ou recepção que de tais ordens jurídicas faziam, apenas a razões de conveniência política ou a naturais sentimentos de justiça. Quanto ao direito muçulmano atesta-o suficientemente o disposto nas *cartas de privilégio* nas quais se garantia a *liberdade aos mouros e o direito de usarem a sua lei*<sup>3</sup>. Toda a disciplina régia relativa aos mouros — que o monarca tinha como *seus* — é elucidativa disto mesmo: a organização que lhes correspondia e que o rei se sentia livre para modificar ou nela intervir; a isenção garantida face a quaisquer senhores ou entidades, com exclusiva sujeição ao monarca; a imposição de tributos vários, que não podia dispensar uma fiscalização administrativa por parte do *princeps*. Elucidativas são também as regras relativas aos litígios entre mouros e cristãos, para cujo conhecimento, em caso cível, era, em geral, competente o juiz do réu, tendo os povos solicitado ao rei que ela coubesse sempre

1. Cfr. *supra*, n.º 93 e *infra*, n.ºs 138 e s. 2. V. *supra*, n.º 103. 3. Cfr. *infra*, n.º 198.

ao juiz cristão — como sucedia relativamente aos pleitos crimes; a proibição régia de os tabelães das comunas lavrarem escrituras em árabe; a necessidade de os magistrados serem empossados na Chancelaria Régia, af jurando exercerem o ofício de forma a guardarem ao rei o serviço devido<sup>1</sup>. Por fim, evidencia quanto dizemos a liberdade assegurada aos mouros de conversão ao cristianismo, abjurando a fé maometana e, com isso, isentando-se do direito ismaelita<sup>2</sup>. Os diferentes aspectos institucionais<sup>3</sup> são, a este respeito, elucidativos de como vigorou e qual a configuração que teve a ordem jurídica normativa maometana face ao direito régio.

Se grande parte destas observações cabe, com a devida adaptação, no tocante ao direito hebraico aqui a soma de factos invocáveis é muito superior pela maior complexidade e multiplicidade dos aspectos em causa. Desde logo releva o respeitante à dependência da organização administrativa e judiciária judaica, muito desenvolvidas, face ao rei<sup>4</sup>. Depois, a série de disposições régias concernente às judiarias<sup>5</sup>; à tributação dos judeus<sup>6</sup>; à competência atribuída aos seus magistrados jurisdicionais para julgarem pleitos entre correligionários e a reserva para si da jurisdição suprema feita pelo monarca<sup>7</sup>; a estruturação da jurisdição em caso de pleitos mistos<sup>8</sup>; a regulamentação da prova, nomeadamente a questão da idoneidade ou inidoneidade do testemunho de seguidor de um credo nos litígios entre judeus e cristãos<sup>9</sup>; as regras respeitantes à venda pelo credor judeu de bens de devedores cristãos (*LLP*, 185) e à venda por cristãos de bens hipotecados a judeus<sup>10</sup>; as estações respeitantes à usura e a negócios simulados para a tornar<sup>11</sup>; o estabelecimento de prazos prescricionais específicos para as dívidas de cristãos a

1. Cfr. *infra*, n.º 165, 200 e 201. 2. Cfr. *infra*, volume relativo aos *Grupos Sociais e Conteúdo do Direito* (1.º Período). 3. Cfr. *infra*, n.º 199. 4. V. *infra*, n.º 197. 5. V. *infra*, n.º 196. 6. V. *infra*, v.g., n.ºs 196, b), 197 e 198. 7 e 8. Cfr. *infra*, n.º 165. 9, 10, 11. V. *infra*, n.º 165 e vol. respeitante aos *Grupos Sociais e Conteúdo do Direito* (1.º Período) na parte correspondente ao «Direito Tributário», aos «Conflitos de Leis» e ao «Estatuto Material dos Judeus».

judeus<sup>1</sup>; os serviços tributários impostos aos judeus<sup>2</sup>; as incapacidades determinadas aos judeus<sup>3</sup>; os efeitos da conversão ao cristianismo<sup>4</sup>... — tudo ilustra o direito de o rei legislar em relação aos judeus e, por via disso, o âmbito e o grau de aplicação do ordenamento mosaico e a consequente dependência deste direito face ao régio.

**121. Articulação geral** — Da liberdade de os monarcas portugueses postergarem factos normativos de proveniência alheia, a eles próprios não se seguia, salvo no tocante aos direitos confessionais não-cristãos, a superioridade hierárquica da norma régia relativamente a todas as demais ou que dela derivasse a força vinculante destas últimas, quer por uma recepção ou aceitação tácita, quer pela outorga por sua parte de uma juridicidade derivada ou de uma juridicidade subsidiária ou supletiva. Não. As leis canónicas, as leis imperiais, as normas consuetudinárias, como todas as restantes, vigoraram enquanto factos autónomos e a título específico. A sua obrigatoriedade encontrava-se ligada ao processo histórico da respectiva aceitação no meio social, originando-se directamente na competência normativa reconhecida à fonte de que provinham. A esta regra não fugiu o direito romano. Assumido pelos nos sos príncipes como signo do seu próprio poder e em função deste<sup>4</sup>, trazia em si a mesma apetência normativa que o direito por eles promulgado. Era como se a coroa fosse legislativamente bifronte. Por um lado, correspondeu-lhe a promulgação do direito próprio. Por outro, a legitimação política de um direito não promulgado,

1. V. *infra*, n.º 165 e vol. respeitante aos *Grupos Sociais e Conteúdo do Direito* (1.º Período) na parte correspondente ao «Direito Tributário», aos «Conflitos de Leis» e ao «Estatuto Material dos Judeus».

2. Cfr. *infra*, n.ºs 174, b) e 201.

3. V. *infra*, volume relativo aos *Grupos Sociais e Conteúdo do Direito* (1.º Período), na parte respeitante ao «Estatuto Material dos Judeus».

4. V. também *infra*, 112, c).

relativamente ao qual a doutrina operava de forma criativa e que surgiu aos olhos da época como conexo às prerrogativas do imperante.

A liberdade de os nossos monarcas afastarem normas cuja autoria lhes não pertencia revela apenas a ideia de que todo o direito tem uma causa (ou função). Daqui não ser ele aplicável quando as circunstâncias se não apresentassem de molde à realização do fim objectivo do preceito, cumprindo ao detentor do poder actuar de forma a evitar que o respeito pela legalidade — passe a expressão — acabasse por traduzir uma injustiça ou uma solução contrária às demais virtudes cívicas<sup>1</sup>.

*Summum ius, summa iniuria*. Estas palavras, com que Cícero (*De Finibus*, I, 10, 33) significou que o respeito pela norma, integral, formal, automático, pode implicar, no caso concreto, uma iniquidade, foram repetidas frequentemente. A generalidade dos preceitos tornava-os, muitas vezes, inadaptados às circunstâncias específicas do caso individual<sup>2</sup>. Com recurso à ideia de *causa*, a doutrina medieval teorizou largamente a não aplicação das normas jurídicas a casos concretos que dir-se-iam por elas abrangidas. Fê-lo em relação aos diversos complexos normativos: o direito divino, o direito natural, o direito canónico, o direito imperial...<sup>3</sup>. Todas as vezes que houvesse uma justa causa, pela especialidade da hipótese em relação à *ratio* do comando, este carecia de valor vinculativo, dele se isentando o exemplo em apreciação. De forma sugestiva, embora apenas aproximada, poderíamos traduzir tal teorização qualificando o caso relativamente à regra geral como uma excepção. O preceito mantinha a sua validade e vigência inalteradas, mas não era aplicado. Assim resultava da consideração da justiça como causa do direito e deste como instrumento daquela e, simultaneamente, da preocupação casuística da mentalidade coeva, fortalecida pela

1. Cfr. *supra*, n.ºs 25 e 115. 2. Cfr. o texto da lei de D. Afonso IV de 1352, citada no início do número anterior. 3. Cfr. *supra*, *maxime* n.ºs 25, 39, 40, 115, 131 e *pass.*

adopção do método dialéctico, com o seu contínuo estabelecimento do género próximo e da diferença específica<sup>1</sup>, traduzidos no *distinguo* escolástico.

Sem a formulação expressa e abstracta de tantos escritores do tempo, mas bem marcada em domínios de aplicação, esta doutrina encontra-se em páginas de Álvaro Pais (v.g., *CF*, I, 102, 104; 150; *SPÉ*, 486, 560).

Não se resumiu, todavia, ao caminho indicado a construção medieval explicativa das relações entre os direitos particulares e o *ius commune*. Os juristas utilizavam, também, como elemento técnico a doutrina romana do rescrito contra *ius*. Nela encontravam, com efeito, o precedente de uma norma geral, e supostamente de superior valor, ser afastada por um comando sem a mesma dignidade, de previsão menos ampla e com vista a um caso ou casos específicos — em atenção a uma utilidade particular.

Para os teóricos do poder imperial, isso explicaria a possibilidade de os diferentes príncipes emitirem legislação contrária ao direito romano. A quantos reconheciam aos monarcas do tempo as prerrogativas imperiais, a sugestão era ainda mais fácil! Estava apenas em consideração a utilidade das regras, sem que o afastamento — empreguemos a palavra despidida de compromissos técnicos — de outros preceitos ou diferentes complexos normativos envolvesse qualquer problema de hierarquia normativa. Para o compreender basta atentar em algumas justificações apresentadas na doutrina sobre a força vinculante do direito canónico e do direito romano quando considerado no conteúdo dos respectivos preceitos: a sua utilidade. «(...) as leis eclesiásticas e civis foram feitas para utilidade universal (...). Por isso são todos obrigados a observá-las visto que foram promulgadas pela inspiração divina», escreveu Álvaro Pais (*CF*, I, 104), sem que nenhuma dúvida se possa ter quanto ao

1. Cfr. *supra*, n.ºs 84, 115 e 87, c) e *infra*, n.ºs 128 e 131.

2. Cfr. *supra*, n.º 93 e *infra*, n.º 139.

objecto referido com a expressão «*leis civis*». Tratava-se dos preceitos justinianeus. Não só era esse o normal sentido dela, como num outro passo, em que o grande doutor emite idénticas asserções, vemos haver-se socorrido para as sustentar de palavras em si claras: «Proêmio dos *Digestos*, do *Código dos Decretos*, das *Decretais do Livro VI* e das *Clementinas*» (CF, II, 62).

Se um sistema de hierarquização das normas é prematuro para o período em causa, é-o por maioria de razão quando organizado em volta de um vértice constituído pelo direito nacional.

Compreendê-lo-á quem tiver presente a função da norma canónica, a proeminência a esta atribuída pela própria Igreja, o reconhecimento da *auctoritas superlativa* dos pontífices por parte dos nossos reis e a maneira como estes actuaram relativamente aos preceitos eclesiais<sup>1</sup>. Mas não será esta a única razão demonstrativa de quanto asseveramos. Igual conclusão se impõe em relação ao direito romano. Em primeiro lugar haverá, a este respeito, de relembrar a própria consideração canónica do direito romano. Dentro dos quadros daquela, Álvaro Pais parificou-o ao direito da Igreja. Tanto um como o outro seriam de inspiração divina. Ambos visariam a «*utilidade universal das almas e dos corpos*» (CF, I, 104). Falsíssima seria a proposição de que melhor o mundo se regeria com a filosofia — merecendo mesmo o qualificativo de heresia — do que com tais direitos (CF, II, 62). Inválida a disposição régia que, contra os direitos canónico e civil, atentasse contra as liberdades da Igreja (SR, I, 254 e SPE., V, 294, 304, 412). Ilícitas as disposições arbitrárias dos príncipes sobre os benefícios eclesiásticos — visto o disposto na lei divina, na canónica, na civil (SR, I, 248, 254).

Em segundo lugar, deve atentar-se no teor formal das cláusulas apostas pelos príncipes para salvaguardarem o valor dos próprios actos em face das demais fontes de direito, declarando que eles não serão prejudicados por tais preceitos — e que nos parecem o exacto reflexo de concepções idénticas, como

1. Cfr. *supra*, n.ºs 48, 51 e 115).

procuraremos demonstrar num estudo em vias de conclusão. Normalmente, para não dizer invariavelmente, enumera-se aí em primeiro lugar ou a norma canónica ou o direito romano — alinhando-se em seguida as demais, num ritmo decrescente. Também normalmente, as normas dos próprios príncipes — degressos, etc. — figuram aí em lugar posterior, embora precedendo as fontes doutrinárias, judiciais e consuetudinárias. Como tais cláusulas não se podem filiar na prática de um único notário da corte ou no estilo de um único chanceler — pois abrangem vários reinados e não são entre si inteiramente coincidentes, apresentando variantes mais ou menos acentuadas —, força é considerá-las como representando a manifestação formal de uma concepção constante. Qual esta seja também não nos parece discutível: a de uma maior *reverentia* da parte do próprio legislador por aquelas fontes. A este respeito a comparação com os termos utilizados por escritores que marcam vincadamente a prioridade de certos ordenamentos em relação a outros é de si elucidativa. Tal nos parece o caso relativamente a passos de Álvaro Pais. Ao reportar-se ao direito divino, antepô-lo sempre ao canónico; ao mencionar o último fá-lo preceder ao civil; e quando se refere aos três utiliza invariavelmente a sequência: direito divino, direito canónico, direito civil (v.g. CF, II, 164). O teor dos textos nada apresenta de fortuito. Deve assim concluir-se não terem os direitos romano e canónico sido recebidos a título meramente subsidiário<sup>1</sup>, antes se lhe podendo atribuir o papel «*de ordenamento jurídico principal*». Cabem aqui, por maioria de razão, ilações semelhantes às retiradas — a nosso ver de modo discutível, aliás — pelo Prof. Marcello Caetano no tocante a cláusulas idénticas correspondentes ao período seguinte ao agora em estudo. É que então vigorava já, embora talvez sem aplicação efectiva, um sistema de preceitos relativo à hierarquia das normas e atributivo de preferência ao direito nacional — sistema este totalmente ausente, como frisamos, na época em estudo.

1. Cfr. *supra*, n.º 51.

A relação entre os diferentes factos normativos antes equacionados permite acentuar como tendência a expansibilidade de cada estrutura ou conjunto de fontes — que só encontra limites na oposição apresentada pelos demais. É esta uma fenomenologia importante do ponto de vista da sociologia jurídica, podendo afirmar-se como lei — na medida em que tal nomenclatura cabe nestes domínios — uma concorrência entre os diferentes extractos ou sistemas normativos quando estes têm por destinatários os mesmos sujeitos. Daqui a eficiência do pluralismo jurídico como limitação do poder.

122. Elementos formativos do direito português. Os elementos primitivos ou pré-romanos — Sob esta rubrica trataremos do contributo dos diversos ordenamentos jurídicos constitutivos do substrato material de que emergiu o direito português. Tal matéria vem, por vezes, exposta a propósito do direito consuetudinário e foraleiro, mas é evidente que o tema pode e deve ser versado também em sede mais ampla, numa perspectiva global da ordem jurídica.

Pela exposição ao longo da presente *história*, logo se advinha quais sejam os elementos formativos do direito português. Precisaremos agora, todavia, dando o quadro integral: os ordenamentos primitivos, isto é, que precederam a conquista e romanização do território; o ordenamento romano; o germânico; o canónico; o muçulmano; o hebraico; e o franco.

Cumpra aqui, aliás, tão-somente referir qual a incidência de cada um e a sua relativa importância, indo, desde logo, a primeira referência para os chamados elementos primitivos. Com esta fórmula costumam os historiadores do direito aludir aos ordenamentos jurídicos desde a noite dos tempos pré-históricos à colonização ou, mesmo, ao termo da conquista da Península pelos Romanos (19 anos antes de Cristo). Trata-se, pois, de uma designação abrangente de alguns séculos e que se aplica a

direitos muito diversos, desde os das várias tribos e povos indígenas, ou como tal qualificados, até ao das colónias fenícias, helénicas e cartaginesas. Daí que a nomenclatura seja acusada não só de imprecisa como de nitidamente defeituosa. Acresce que a designação «ordenamentos primitivos» se apresenta como imprópria, porquanto alguns dos povos em causa possuíam não apenas cultura apreciável como civilização material significativa. Por isso, não têm faltado propostas de alteração conceptual. Assim, alguns autores, para designarem os povos em questão, seus ordenamentos ou elementos jurídicos, preferem ao adjectivo *primitivos* qualificativos ou *expressões* como *pré-romanos*, *pré-hispânicos* (García-Gallo), *primitivos e colonizadores* (Lalinde Abadía), *primitivos e pré-romanos* (Tomás y Valiente)... De hábito, sublinha-se, também, o pouco que se sabe de tais direitos (Lalinde Abadía fala na «escassa historicidade dos ordenamentos primitivos»), bem como nas dificuldades metodológicas do seu estudo.

O que se conhece, na verdade, sobre a maior parte dos direitos primitivos tem feição fragmentária, desgarrada, a despeito dos mais recentes estudos sobre os respectivos povos, como, por exemplo, os de Caro Baroja acerca dos tartéssios. Se não se nega a existência de um direito primitivo «como etapa comum a toda a humanidade e que se encontra na origem das diversas culturas jurídicas», nem se nega «o interesse e a seriedade» das investigações sobre essa matéria, e se se reconhece, mesmo, que «o primitivo é um factor constante através da história» (as expressões entre aspas são da *Historia del Derecho* da Universidad Nacional de Educación a Distancia), o carácter accidental dos conhecimentos que temos do direito e mesmo dos povos referidos (para mais transmitidos por escritores antigos, não juristas, sem grande rigor conceptual, e, por vezes, bastante posteriores), desaconselha aqui, por desnecessárias, longas alusões. Acresce a circunstância de apenas num e noutro caso, bem particular e delimitado (como o fenómeno da *entrada às varas*), ser possível

estabelecer linhas seguras de continuidade, evolução, relação ou influência no direito e nas instituições hispânicas, em geral, e portuguesas, em particular. E será útil acentuar, com Alejandro García (1977, 13), que os dados ministrados ou facultados pelas fontes relativas ao elemento primitivo «se referem a povos e épocas diferentes, pelo que não se podem valorizar com muito cuidado, evitando na medida do possível fazer generalizações».

A insuficiência das fontes escritas é tal, a respeito da disciplina jurídica desses povos antigos, que se reconhece a necessidade de recorrer a dois métodos de suprimento: o *método dedutivo-comparativo* e o *método da supervivência* dos elementos consuetudinários.

O primeiro, de que lançaram mão historiadores como Pérez Pujol, Joaquín Costa, Rafael de Altamira e Azcárate, por exemplo, traduz-se ou cifra-se em preencher as lacunas de conhecimento das instituições de um povo primitivo pelas de outro (contemporâneo ou não), em função da comunidade étnica ou da identidade de circunstâncias culturais, sociais e económicas.

O segundo possibilita «o conhecimento de uma época e de uma comunidade dadas, estudando os vestígios que delas se encontram em épocas posteriores mais acessíveis ao investigador e melhor conhecidas» (Alejandro García, 1977, 17). Teve por expoente máximo Joaquín Costa e resume-se em procurar descobrir no direito consuetudinário vestígios ou resíduos de instituições de épocas recuadas.

Qualquer destes métodos é extremamente falível e pouco seguro. Com frequência, mesmo, semelhante actividade reconstitutora não chega a merecer a classificação de história jurídica. Fica no campo das ciências auxiliares da história do direito, como a *etnografia* e a *sociologia* jurídica, consoante previne, com razão, Paulo Merêa.

Ilustrativa dos perigos do método residual é a controvérsia entre Meijers e Braga da Cruz a propósito do direito das sucessões na Europa Ocidental. Meijers, observando que certos

institutos não eram conhecidos nem do ordenamento romano nem do germânico e se achavam radicados em regiões muito diversas, através do método dos resíduos concluiu que as regras jurídicas em causa só podiam ser pré-romanas ou lígures, o que sofreu rotunda impugnação do professor português.

**123. O elemento romano** — Se a importância dos elementos primitivos ou pré-romanos é difusa e vaga, já o mesmo se não pode dizer do elemento romano, que, seja qual for a valorização relativa a ele conferida, se configura como essencial, lado a lado, com os elementos germânico e canónico.

Suscitou e suscita, aliás, o elemento romano largo debate. Para a geração de Paulo Merêa, como o próprio recorda, a problemática do direito romano era dicotómica — de um lado, considerava-se o *direito romano clássico*; de outro, o *direito romano oriental*, «disposto sobre o primeiro como uma rude camada de lava endurecida». «A acreditarmos nos nossos mestres», recorda Paulo Merêa, «a ciência gloriosa dos Paulos e dos Papinianos sofreu uma completa adulteração sob a acção dos conceitos helenísticos e do ensino dos juriconsultos obscuros de Bérto, de Alexandria e de Constantinopla. Dir-se-ia que o direito romano, de romano apenas conservava... o nome». Contra este *status quo*, em que, como acentua o grande mestre, se chegara «ao apuro de ver no *Digesto* mais uma colecção de interposições do que um repositório de direito romano», se vieram adicionando sucessivas revisões historiográficas, a partir de 1926 — de Riccobono, Ernesto Levy e Collinet. Por virtude das investigações, aliás dispares entre si, desses *iuris-historiadores*, passa a ser admitido, ao lado do *direito romano clássico* e do *direito romano oriental*, um *direito romano ocidental pós-clássico* que importava, igualmente, estudar. Dentro de semelhante orientação científica, se explica, *verbi gratia*, o interesse pelos grandes monumentos jurídicos visigóticos, que deixam de ser

encarados como expressão do direito germânico para serem olhados como testemunhos jurídicos de romanização<sup>1</sup>. Trata-se de uma linha de pesquisa essencial para a compreensão histórica dos direitos nacionais, incluindo o direito português. Foi, em especial, o trabalho iniciado no ano de 1928 por Ernst Levy em torno da problemática do direito romano vulgar que, consoante anota Rafael Gibert, «determinou Paulo Merêa a rever as teses germanistas sobre fontes visigóticas e hispânicas medievais (1948, 1952, 1967)», direcção em que se «orientou a investigação posterior a 1940, agarrada à elaboração do conteúdo das fontes».

O problema do direito romano ocidental pós-clássico conecta-se, pois, com o tema do direito vulgar, ou da vulgarização, a que já aludimos<sup>2</sup>, mas em que merece a pena determo-nos, neste momento mais de espaço, completando, desenvolvendo e sublinhando as ideias e conceitos então expostos.

A expressão «direito vulgar», como todas as fórmulas que logram fácil implantação nos quadros do pensamento, conheceu, na realidade, mais de um significado. Para uns (Kaser e Schupfer nomeadamente), o direito vulgar era o resultado de uma criação espontânea do povo — do *vulgus*; no entender de outros (por exemplo Mitteis), haveria que distinguir o *direito popular* (*Volkrecht*) do direito vulgar (*Vulgarrecht*), sendo o primeiro criação do povo das províncias em oposição ao direito romano e o segundo o direito romano deformado pelos intérpretes e pelo contacto com os ordenamentos jurídicos de cada região. Assim, enquanto certos historiadores encaram o direito vulgar como um direito consuetudinário *auténtico* (a expressão é de Lalinde) do *direito oficial*, outros vêem nele, mais que um ordenamento antagónico, um elemento *corrector* resultante da actividade dos práticos. Há ainda quem o conceba como o efeito «da supervivência das instituições indígenas dos povos submetidos a Roma

1. V. *supra*, n.º 53 e *infra*, n.º 124.

2. Cfr. *supra*, n.º 77.

que permaneceram em estado latente durante o período brilhante do direito romano, para resurgir ante a sua decadência», consoante escreve o autor citado. Tal o caso de García-Gallo. «Sector diverso, sem embargo», continuamos a citar Jesús Lalinde Abadía, (ainda estimando factor de vulgarização o pensamento dos povos submetidos a Roma), «não pensa na supervivência das suas instituições antigas, senão na criação espontânea de novas regras pelos ditos povos». Não falta ainda quem pretenda identificar o *direito romano vulgar* com o *direito romano pós-clássico*, sobreu do segundo período que leva este nome, ou seja, o dos séculos IV e V depois de Cristo (citem-se Archi e Feenstra), identidade que não passa sem críticas, pois se todo o direito vulgar é pós-clássico nem todo o pós-clássico é vulgar — bastando pensar na generalidade das instituições imperiais da época. Finalmente, um sector da historiografia liga o vulgarismo ao Ocidente, onde os juristas subalternos, em contacto com a realidade e trabalhando sobre um fundo circunstancial propício, procederam a uma simplificação das obras dos juristas clássicos, abreviando-as, epitomando-as, fazendo-as acompanhar de uma *interpretatio* que acaba por substituí-las.

Todas estas divergências servem para evidenciar a riqueza do fenómeno e os ângulos possíveis de abordagem, nem sempre e necessariamente incompatíveis, mas cumuláveis em larga medida. De tudo devemos, porém, sobrevalorar, reeditando quanto já noutro lugar se disse<sup>1</sup>, que, para além de um período de *romanismo directo*, houve outro de *romanismo vulgar*, produto este da criação popular e da prática, das *instituições pré-romanas latentes* e de elementos germânicos.

Às duas fases de implantação do elemento romano assinaladas, há que adicionar um momento de incidência posterior — o da recepção do romanismo justiniano, que encontrou, precisamente, no fundo romano inicial campo propício ao seu enraizamento.

1. Cfr. *supra*, n.º 77.

124. O elemento germânico — Até certo ponto, com a renovação no campo da história do direito romano, verificou-se um acréscimo de interesse pelas instituições e pelo direito germânico. Cronologicamente, as coisas processam-se do seguinte modo. Em 1876, Amira, partindo dos estudos de Jacob Grimm (1875-1863), estabelece, «o conceito e o método da história do direito germânico». Posteriormente (1888), Ficker anotou a proximidade ou semelhança do direito noruego-islandico com o direito hispânico medieval da família. E em 1908, Eduardo de Hinojosa, professor da Universidade de Madrid, tendo estudado na Alemanha, onde contactou com os grandes historiadores do direito e os mais importantes romanistas, desenvolveu as teses de Ficker. «Não contente com isso», escreve Paulo Merêa, «Hinojosa proclamou o seu credo, sob a forma de programa, na síntese brilhante e subjectiva que intitulou *O elemento germânico no direito espanhol*; e tão fundo vinco marcou esse *mot d'ordre* no pensamento espanhol que a história deste pensamento nos últimos decénios é inseparável da influência do grande professor madrileno».

Dentro da corrente germanista, que foi levada a extremos, se inseriu em Portugal Teófilo Braga, com dois livros: *Poesia do Direito* (1865) e *Os Forais* (1868), marcados por algum pioneirismo. No primeiro, estudando o direito através dos símbolos («como a imagem traduz o sentimento no mundo exterior, assim o direito, no estado de sentimento, se revela pelo símbolo»), procurou as origens do direito português no velho simbolismo jurídico da Alemanha e da França. E, no segundo, defendeu a tese de que o nosso direito foraleiro representava um capítulo do direito germânico. Os pontos de vista de Teófilo, hoje inactíveis, representando a transplantação para a nossa história jurídica de ideias que circulavam nos meios estrangeiros, receberam a contestação do Júlio Vilhena no livro *As Raças Históricas da Península Ibérica e a Sua Influência no Direito Português* (1873), no qual se perfilha o ponto de vista romanista.

Quer os escritos de Teófilo quer os de Júlio de Vilhena, não obstante ultrapassados, ilustram no nosso país a grande polémica entre germanistas e romanistas.

Sobre eles se têm, de resto, pronunciado severas valorações. A respeito dos ensaios de Teófilo foi dito que não passavam da adaptação das ideias de Saint-Hilaire, de Michelet, de Muñoz y Romero... ao direito português. Quanto ao livro de Júlio de Vilhena, mereceu, em 1944-1945, a Paulo Merêa, o qualificativo de «*pouco feliz*».

As censuras, todavia, não devem fazer esquecer atenuantes e méritos. Os escritos de Teófilo situavam-se, inquestionavelmente, na linha de alguns investigadores (e não apenas dos citados — convém referir Vico e Grimm) sobre a simbólica jurídica e o germanismo, e procuravam aplicar ao direito português os pontos de chegada desses investigadores; não o ocultavam, porém; e, sobretudo, valem como «a primeira exposição ampla e sistemática da tese germanista na história do direito português» (Paulo Merêa). Por seu turno, a resposta de Júlio de Vilhena — pouco feliz tivesse ela sido — repunha, oportunamente, a tese romanista na formação do nosso direito e não deixava de revelar qualidades historiográficas reconhecidas por esse homem tão parco em elogios chamado Alexandre Herculano. Ademais, os escritos de um e outro enxertavam-se, ainda, na mole de problemas subjacentes à *questão coimbrã* e na querela relativa ao valor da época medieval, em que igualmente terçariam armas Oliveira Martins e Antero de Quental. Por cima de tudo isto, Teófilo e Júlio de Vilhena tocariam, com originalidade ou sem ela, com ou sem grande sentido crítico da história, em alguns pontos fundamentais do debate entre germanistas e romanistas, como se vê das posteriores disquisições sobre o assunto. Para se ter exacta noção deste último ponto comecemos por passar em revista as principais asserções de Teófilo e Júlio de Vilhena.

Teófilo sustentou:

1.º — O carácter germânico dos forais portugueses;

2.º — Que tal carácter correspondia ao espírito do *velho e consuetudinário direito dos códigos germânicos* e não ao *Código Visigótico*<sup>1</sup>, no qual *mal se descobre um remoto vestígio* daquele direito;

3.º — Que, como aspecto do carácter germânico dos forais portugueses, eram invocáveis:

- a) O *mallum*, ou assembleia dos homens livres, que exercia ao ar livre, debaixo das árvores, funções judiciais (no foral de Cernancelhe de 1114 e outros documentos regista-se o termo *malhom* «como uma designação do tribunal, que se fazia nos confines dos litigantes»);
- b) Os *conjuratores*<sup>2</sup>, ou testemunhas formais, que serviam com o seu depoimento de prova plena para o juiz (nos forais aparecem, com frequência, os *jura-tores* «para acusação e defesa do réu» e a eles eram comparados os *boni homines*);
- c) O *judicium Dei*<sup>3</sup> ou juízo de Deus (nos nossos forais este vem «ora sob a forma de *combate judiciário*, já sob a forma de *ordalio*»);
- d) O *Wehrgeld*, ou compensação pecuniária (nos forais portugueses os principais delitos — o *rouso*, o *homizão*, o *furto*, o *lixo em boca* — admitiam tal compensação<sup>4</sup>);
- e) Os *símbolos jurídicos*, isto é, «as cerimónias jurídicas e fórmulas augurais» (abundantes nos forais em causa).

Contestou Júlio de Vilhena que:

1.º — O *mallum* «não pode caracterizar o direito germânico, porque é comum a todos os povos que vivem na infân-

cia, qualquer que seja a sua origem etnográfica» (já os celtas administravam a justiça por meio de semelhante tipo de assembleias);

2.º — Os *conjuratores* também não representam uma «insti-tuição peculiar do direito germânico», pois o «jura-mento, como meio de decidir os negócios judiciais — e o juízo dos homens-bons — é um organismo que aparece em todos os povos, seja qual for a sua raça» (e invoca: o *Código de Manu*, a legislação da antiga Grécia, a jurisprudência romana<sup>1</sup>);

3.º — Igualmente o *combate judiciário* não é privativo do direito germânico, visto que «existiu em todos os povos da Antiguidade» (registra-se no direito hebraico, nos gregos, nas lendas do povo romano); em particular o *ordalio* configura «uma criação espontânea de todos os povos, cuja legislação sobre as provas judiciais esteja no princípio de formação» (cfr. *Código de Manu* e as tradições romanas);

4.º — O *Wehrgeld* (ou *Wedrigeld*), «não exprime, nem pode exprimir, um modo de ser das raças germânicas»; «é sim-plesmente, o princípio da evolução penal, ocasionada pela revolução cristã na barbaridade das leis antigas<sup>2</sup>»;

5.º — Os *símbolos jurídicos* dos nossos forais não são «exclusivamente ditados pelo espírito germânico», embora alguns dele provenham.

Posto isto, debrucemo-nos sobre um dissídio muito posterior e praticamente nosso contemporâneo.

Em 1955, Menéndez Pidal veio sustentar que a epopeia espanhola provinha da épica germânica e visigoda, afirmando, assim, que durante a Reconquista existiu um espírito gótico como revivescência de antigas tradições e reforçando o seu parecer com vários argumentos de ordem jurídica. A supervi-

1 e 2. Cfr. *infra*, n.º 126.

1. Cfr. *supra*, n.º 54.

2, 3 e 4. Cfr. vol. respeitante aos *Grupos Sociais e Conteúdo do Direito* (1.º Período).

vência das gestas heróicas dos germanos tinha paralelo na sobrevivência de leis e costumes godos. Entre os fenómenos jurídicos germânicos alegados em abono por Menéndez Pidal e como tendo permanecido latentes para ressurgirem na Reconquista, temos — além da vingança de sangue, da responsabilidade penal do grupo (família, vizinhos) pelos actos de um dos seus e do penhor extrajudicial:

1 — O duelo judiciário;

2 — Os conjuradores;

3 — Alguns factos simbólicos.

García-Gallo objectou a Menéndez Pidal, defendendo que a épica da Reconquista tinha, antes, a sua génese num «fundo cultural primitivo». Para anular os argumentos do grande historiador espanhol, apontou García-Gallo certo confusionalismo entre *godo* (gótico) e *visigodo* na formulação da tese, frisando a necessidade de separar o direito antigo dos godos, de cariz germânico, do direito legislado visigótico, intensamente romanizado<sup>1</sup>; rebateu, também, a supervivência de um direito consuetudinário germânico, lado a lado com o direito legislado visigótico e em termos de uma luta ou divórcio entre eles; impugnou, ainda, os alegados vestígios germânicos do direito da Reconquista. Aqui, nomeadamente, contrapôs que tais costumes se encontram «entre os povos primitivos espanhóis, entre os romanos e muçulmanos da mesma forma que entre outros de cultura primitiva». Assim aconteceu, *verbi gratia*, com os conjuradores, com o duelo judicial e com os símbolos jurídicos.

Desnecessário se torna salientar o que há de novo nas teses de Menéndez Pidal e de García-Gallo, como o que há de comum entre elas e as de Teófilo e Júlio de Vilhena.

Questionado o direito visigótico como via de penetração do direito germânico, o eixo da questão tem-se deslocado, ultima-

1. Cfr. *supra*, n.º 53 e 123.

mente, no sentido de se retomar uma linha de pesquisa que estudos de Helfferich e deste e de Clermont (1858 e 1860) tinham ensaiado, embora com nítido desvirtuamento da realidade. De facto, atribuíram à influência francesa as instituições germânicas dos povos leoneses, castelhanos e portugueses, contra o que se rebelou, para empregarmos uma fórmula de Rafael Gibert, «o nacionalismo histórico de Muñoz y Romero» (1861). Rudolph Sohm poria em evidência, cerca de duas décadas mais tarde (1880), que se tinha laborado, de parte a parte, em erro — na consideração do direito franco «como um património da nação francesa» e não «como um foco — o outro é o romano — da cultura jurídica da Europa na Idade Média» (Gibert). Mas a pista indicada quedou praticamente esquecida até que Paulo Merêa retomou em 1947 o tema da influência franca, a propósito da *posse de ano e dia*<sup>1</sup> — da posse por algum tempo, não forçosamente por um ano, mas em geral por mais de um ano, que tornava desnecessário ao demandado qualquer actividade probatória, visto o silêncio do demandante durante esse tempo. Fê-lo a propósito do direito dos foros<sup>2</sup>, sublinhando, em 1957, que se impunha maior investigação quanto a tal influência. Braga da Cruz, discípulo dilecto de Merêa (1947-1949), José Maria Ramos Loscertales (1951), Álvaro D'Ors (1956) e Rafael Gibert (1968), insistiram na direcção apontada por Merêa, recuando uns o primeiro contacto do direito franco com o direito hispânico para lá do século XI e do período de Afonso VI de Leão e Castela — até à *marca* hispânica do reino franco — e outros negando tal recuo, mas todos apontando os francos («povo que teve por excelência um *direito germânico*», o *povo germânico central*), como chave explicativa.

A linha de investigação relativa à *tese franca* passa por duas vertentes: a *posse de ano e dia* e os chamados *foros francos*, isto

1. Cfr. *infra*, n.º 166 e *infra*, o volume respeitante aos *Grupos Sociais e Conteúdo do Direito* (1.º Período). 2. V. *supra*, n.º 65.

é, o estatuto dos francos, de que são exemplos, em Portugal, os de Atouguia e da Lourinhã<sup>1</sup>.

O assunto encontra-se longe de esgotado, merecendo, pelo que toca a Portugal, investigação mais profunda, sobretudo relativamente à *posse de ano e dia*. A tal respeito devem ser equacionados múltiplos textos até hoje não utilizados, como a lei contida no *LLP*, 215: «*Daquelles que estam en posse per ano e per dia sem contenda nom Responda ssemom perante seu Juiz*». Também em matéria de jurisdição civil e eclesiástica<sup>2</sup> vamos encontrar o instituto. D. Afonso III atribuiu aos tribunais seculares o conhecimento e queixas de leigos contra clérigos por causa de esbulhos, desde que apresentadas pelo esbulhado no prazo de ano e dia (*PMH*, *LC*, I, 170-171). Aliás, o regime do *ano e dia* parece ter passado do instituto da posse (cfr. quanto a este também *ODD*, 102) para outros<sup>3</sup>, como o do casamento, por exemplo. Nas Cortes de Elvas, D. Pedro I tomou, a pedido dos povos, providências sobre as mulheres que passam a segundas núpcias «*ante do anno e dia*» da morte do primeiro marido. Também em matéria processual, v.g. no chamamento à demanda (*ODD*, 80) e na revelia (*ODD*, 99 e 110) vamos encontrar o prazo de ano e dia.

**125. O elemento canónico** — A este elemento, também primacial, chama Paulo Merêa, significativamente, *elemento cristão e canónico*. A moral cristã actuou desde cedo sobre o direito romano, mas o próprio ordenamento jurídico da Igreja, o direito canónico, se fez sentir também naquele direito. Desde logo em matéria dialéctica. Já o referimos a respeito do *Utrumque Jus*. «Ao Paulo clássico», escreve incisivamente Rafael Gibert, «opunham os cristãos o *noter Paulus*, que nas suas cartas configurava o novo *ius* da Igreja». Mas também em simbiose<sup>4</sup> — bastando recordar, com Merêa, que «a jurisdição de equidade

1. *V. infra*, volume correspondente aos *Grupos Sociais e Conteúdo do Direito* (1.º Período). 2. *V. infra*, n.º 165. 3. *V. infra*, n.º 166. 4. *Cfr. supra*, n.º 88.

exercida pelos bispos deve ter sido um dos principais instrumentos de formação do direito romano vulgar<sup>1</sup>. E em conjugação: «à Igreja», são palavras do mestre eminente, «se deve também em parte a conservação e o prestígio do direito romano».

Sobre o direito germânico também se operou fenómeno semelhante — procurando-se hoje, aliás, determinar qual haja sido o grau de influência daquele no direito da Igreja<sup>2</sup>.

A família (incluindo o matrimónio), os contratos, o direito penal o direito probatório, o direito laboral, o direito público e o direito das gentes podem ser apontados como exemplos de grandes áreas jurídicas em que a influência do cristianismo e do seu direito próprio foi definitiva para a formação do direito europeu<sup>3</sup>.

**126. Os elementos muçulmano e hebraico** — Estes dois elementos, são em regra, também apontados, mas como de menor relevância. Ao primeiro, além de uma aportação de ordem terminológica (termos como *alcalde*<sup>4</sup>, *alcaide*<sup>5</sup>, *almoxarife*, *alfoz*, *alfândega*, *alcavala*, *almoçacé*, *aniduva* e tantos outros entraram no vocabulário jurídico português por via dos Muçulmanos), ligam-se, ou têm-se ligado, institutos como a *terça*, o *casamento de juras*, a *barregania*<sup>6</sup>.

O Conselheiro Francisco José Vellozo, todavia, a propósito do homicídio, na sua dissertação de licenciatura em Ciências Histórico-Jurídicas, apresentada em 1940 à Faculdade de Direito de Lisboa, equacionou, em termos de maior latitude, a possível influência do elemento muçulmano quanto ao direito criminal. O autor referido não pretende contrapor, em definitivo, a origem árabe de certos institutos do nosso sistema penal medieval a

1. *V. infra*, n.º 166. 2. *V. infra*, n.ºs 187 e 193. *V. também infra*, o vol. correspondente aos *Grupos Sociais e Conteúdo do Direito* (1.º Período), nomeadamente na parte relativa às pessoas colectivas. 3. *V. supra*, n.º 45.

4. *V. infra*, max. n.ºs 126, 174, 175 et *passim*. 5 e 6. *V. infra*, vol. relativo aos *Grupos Sociais e Conteúdo do Direito* (1.º Período).

outras origens, como a germânica. Limita-se a «assinalar semelhanças com o direito árabe, ou melhor, muçulmano», como forma, ao menos, de «debelar a preocupação goticista, em que teimam alguns dos nossos historiadores, para quem a análise dos textos significa, não o compulso atento das fontes, mas a enfadonha repetição de teorias afamadas...».

Refere, assim, que a vindicta privada do ofendido e seus parentes contra o opressor é consagrada nos costumes e forais dos concelhos (foral de Salvaterra de 1229, de Eiriz de 1252, de Ascarei de 1255), como no direito muçulmano e em flagrante contraste com o disposto no Código Visigótico. «Para as ofensas corporais prescreviam nossos forais e costumes concelhos o talião, tal como faz o direito muçulmano», afirma o autor citado, que exemplifica com os costumes de Castelo-Branco e o foral de Lourinhã, embora anote que esta «foi, segundo se diz, povoada por Francos<sup>1</sup>». «A par do talião e da vindicta privada, que lembram a penalidade muçulmana — de novo se recortam as palavras do ilustre jurista —, admitiam os nossos forais e costumes dos concelhos (...) a composição pecuniária, que também o direito islâmico reconhece<sup>2</sup>». Isto acontece quanto ao homicídio e, proporcionalmente, quanto às ofensas corporais (forais da Lourinhã, da Sortelha de 1228-1229, de Idanha-a-Velha de 1229, de Salvaterra do mesmo ano, Azambuja de 1272, foros de Beja ...). E, se em alguns casos, as proporções são, apenas, mais ou menos as do direito muçulmano, no caso das ofensas corporais, é, porém, igual ao estatuído no direito islâmico.

No direito muçulmano, como no nosso direito medieval, era o homicida que tinha, em princípio, de pagar a composição, isto quanto ao homicídio voluntário; podia a composição, porém, segundo os costumes de Castelo-Bom, de Alfrades, Castelo-Rodrigo e Castelo-Melhor e o foral de Azambuja de 1272, ficar, «porventura só em parte», a cargo dos parentes do homicida,

1. V. *infra*, o volume correspondente aos *Grupos Sociais e Conteúdo do Direito* (1.º Período). 2. Cfr. *supra*, n.º 124.

«tal como acontece no direito muçulmano a respeito do homicídio involuntário». O perdão do criminoso, «que o direito muçulmano permite seja concedido ao criminoso por aquele que tinha direito a vingar-se dele, não foi desconhecido no primitivo direito português» — frisa também o Dr. Francisco José Vellozo — e achar-se-ia nos costumes de Santarém e Beja. Ainda, os aqutes ou *varas* se encontram, igualmente, previstos nos dois direitos<sup>1</sup>, embora no nosso como pena principal de certos crimes e no muçulmano com *carácter supletivo*. O Dr. Francisco José Vellozo, ademais, aproxima, não obstante acentuar algumas diferenças e, noutros casos, de forma simplesmente genérica, os regimes muçulmano e português antigo quanto aos crimes dos escravos, ao aborto provocado, ao filicídio, ao parricídio, à morte de escravo (aqui, paralelismo completo), aos elementos material e moral do crime de homicídio, ao homicídio em legítima defesa, ao homicídio em virtude de adultério flagrante (com referência ao artigo 372.º do Código Penal em vigor na altura da sua tese), etc., etc.

Por último, e já no campo da *prova*, salienta que o direito muçulmano «atribui grande importância e relevo ao juramento, e a prova por conjuradores tinha grande importância no nosso direito dos primeiros séculos da Monarquia, como se pode ver em Herculano<sup>2</sup>».

Se nem todos os paralelismos ou coincidências mencionadas são inquestionáveis ou convincentes, no conjunto apontam para a necessidade de se proceder a um estudo de revisão sistemática e crítica do problema da incidência do elemento muçulmano no direito antigo português. E o mesmo se poderá, acaso, dizer para a eventual aportação hebraica. Seja, porém, qual for a importância do direito muçulmano e do direito hebraico como elementos genéticos do direito português, não pode esquecer-se o facto — esse relevantíssimo — de por eles se terem regido largos núcleos da população do reino<sup>3</sup>.

1 e 2. *Idem*.

3. V. n.ºs 21, 103, 126, 195 e s., bem como o vol. II correspondente aos *Grupos Sociais e Conteúdo do Direito*, a referida nas Capítulos II, III (Secções IV e V), v.g.

Resumindo, podemos afirmar que os três grandes elementos constitutivos do direito português são o germânico, o romano e o canónico. Dentro de uma linha indicativa ou meramente tendencial, que como tal e apenas como tal deve ser tomada, o primeiro possui sentido *colectivista*, o segundo reveste um significado *individualista* e o terceiro assume direcção *personalista*, e todos se fundiram na construção da realidade jurídica medieval. Na historiografia espanhola esta posição tem sido subscrita com sugestiva amplitude. É matéria que nos parece carecer de reflexão.

**BIBLIOGRAFIA** — Em geral, além da referida no capítulo II e no capítulo III (secções IV e V), *CHP. DP.*; *CHP. DA.*; *IV.*; *CP.*; *DPL.*; *CP.*; *DF.*; *CUP.*; *Doc. Cam. Mun. Lisboa.*; *Liv. Re.*; *I.*; *Gav.*; *VIII.*; *OA.*; *ODD.*; *PMH.*; *Leges et Consuetudines.* *Desc. Port.*; *GAMA BARROS, HAP.*; *I et passim*; *CALASSO, Gli Ordinamenti Giuridici del Rinascimento Medievale.* Milão, 1953; *CORTESI, La Norma Giuridica. Spunti Teorici nel Diritto Comune Classico.* Milão, 1961, I e II; *BRAGA DA CRUZ, O Direito Subsidiário na História do Direito Português.* Coimbra, 1975; *M.ª JOSÉ PIMENTA FERRO, Os Judeus em Portugal no Século XIV.* Lisboa, 1970; *HUMBERTO CARLOS BAQUERO MORENO, «Subsídios para o Estudo da Adopção em Portugal na Idade Média (D. Afonso IV a D. Duarte)», in REGUM.* III, Sér. V, 1966; e *Subsídios para o Estudo da Legitimação em Portugal na Idade Média (D. Afonso III a D. Duarte).* *Idem.* IV, Sér. V, 1967; *NHP.* III, ÁLVARO PAIS, SR.; *SPÉ.*; *CF.*; *J.J. LOPES PRACA, CLS.*; *I.*; *JOSÉ MANUEL PÉREZ-PRENDES* e *MUÑOZ DE ARRACÓ, Curso de História del Derecho Español.* Madrid, 1978; *G. SANTINI, «Carones et Leges. Il Diritto Canonico Come Diritto Comune delle Europa Medioevale alle Origine della Penetrazione del Diritto de Giustiniano nella Penisula Ibérica nel XII Seculo», in EHDE.* I; *N.E. GOMES DA SILVA, História do Direito Português.* Lisboa, 3.ª ed., 2000.

Quanto aos elementos formativos do Direito Português, referidos a partir do n.º 122, consulte-se: *JESUS LALINDE ABADIA, Iniciación Histórica al Derecho Español.* Barcelona — Caracas — México, 1978; *JUAN ANTONIO ALEANDRE, Derecho Primitivo y Romanización Jurídica.* Sevilla, 1977; *J. ALONSO, Tardeiros Tres mil años de Enigma.* Granada, 1983; *J. FERREIRA DO AMARAL-A. FERREIRA DO AMARAL, Povos Antigos em Portugal. Paleontologia do Território Hoje Português.* Lisboa, 1997; *ALTAMIRA, La Historia del Derecho Español.* Madrid, 1903; *A. ARRIBAS, Los Iberos.* Barcelona, 1965 — trad. port. de 1967; *AZCARATE, Ensayo de una Introducción al Estudio de la Legislación Comparada.* Madrid, 1874; *J. CARO BAROJA, «La Realeza y los Reyes de la España Antigua», in Cuadernos de la Fundación Pastor.* 17 (1971); e *Los Pueblos de España.* 1975, I e II; *GARCIA Y BELLIDO, Fenicios y Cartegineses*

*en Occidente.* Madrid, 1942; *España y los Españoles Hace Dos Mil Años Según la Geografía de Strabon.* E-C, (Austral), 1978, 6.ª ed. e *La España del Siglo. Primeiro de Nuestra Era según P. Mela y C. Plinio.* S-C, (Austral), 1982, 4.ª ed.; *TEOFILO BRAGA, Poesia do Direito.* Porto, 1865; e *História do Direito Português. Os Forais.* Coimbra, 1868; *J. BURILLO, «Derecho Romano Vugar. Estudio da Questión a 1964», in RD.* IV, 47; *MARCELO CAETANO, História do Direito Português (1140-1495).* Lisboa, 1981; *FRANCESCO CALASSO, Medio Evo del Diritto.* Milão, 1954, I; *ANTONIO BORGES COELHO, «O Domínio Germânico e Muçulmano», in O Livro de Lisboa.* Lisboa, 1994; e *Portugal na Espanha Árabe.* Lisboa, 1972, I; *MENDES CORREIA, Os Povos Primitivos da Lusitânia.* Porto, 1934; *J. COSTA, Religião de los Celtiberos y su Organización Política y Civil.* 1917; *GUILHERME BRAGA DA CRUZ, Obras Esparsas.* vol. 1, *Estudios de História do Direito.* Direito Antigo, Coimbra, 1979 (1.ª e 2.ª parte); *SEBASTIÃO CRUZ, Direito Romano (Ius Romanum).* I. *Introdução.* Fomes, Coimbra, 1984; e *Da «Solutio», II-I, Época Post-Clássica Ocidental «Solutio» e «Vulgarrecht».* Coimbra, 1974; *EDUARDO DIAS, Arabes e Muçulmanos.* Lisboa, 1940, I-III; *E. CUADRADO DIAZ, «Un Pueblo Prehistórico Hispano: Los Iberos», in Raíces de España.* Madrid, 1967, obr., col. ed. G-Tabanera; *DOZY, História de los Musulmanos en España.* trad. esp. de 1946, Buenos Aires; *RAMON FERNANDEZ ESPINAR, Las Fuentes del Derecho Histórico Español.* Madrid, 1985; *ALFONSO GARCIA-GALLO, «La Historiografía Jurídica Contemporánea. Observaciones en Torno a la Deutsche Rechtsgeschichte de Planitz», in AHDE.* XXIV, 1954; «El Caracter Germanico de la Epica y del Derecho en la Edad Media Española», in *AHDE.* XXV, 1955 e *Manual de Historia del Derecho Español.* I, 1979; *JUAN A. ALEANDRO GARCIA, Temas de Historia del Derecho: Derecho Primitivo y Romanización Jurídica.* 1977; *PERICOT GARCIA, L'Espagne avant la Conquête Romaine.* Paris, 1952; *M. GARCIA GARRIDO, «Clasicismo y Vulgarismo en La Historia del Derecho Romano», in RDN.* 21-22, 1958; *OURLIAC e GAZZANIGA, Histoire du Droit Privé Français.* Paris, 1985; *RAFAEL GIBERT, Fuero de Francos en Hispania Medieval.* Madrid, s.d., sep. da *RFDUCM.*; XVII; e *Elementos Formativos del Derecho en Europa. Germanico, Romano, Canonico.* Granada, 1975; *AMILCAR GUERRA, Plinio-o-Velho e a Lusitânia.* Lisboa, 1995; *A. HERCULANO, HP.*; *HINOJOSA, Obras.* Madrid, 1948-1974, I, II e III; *SCARLAT LAMBRINO, «Les Celtes dans la Péninsule Ibérique selon Aviénus», in BEP.* 1965; «Les Lusitanien», in *Euphrosyne.* I, 1957; «Sur Quelques Noms de Peuples de la Lusitanie», in *BEP.* 1958; *ERNEST LEVY, West Roman Vulgar Law. The Law of Property.* Filadélfia, 1951; *J.M. PEREIRA DE LIMA, Iberos e Bascos.* Paris-Lisboa, 1902; *A.H. OLIVEIRA MARQUES, «A Persistência do Elemento Muçulmano na História de Portugal Após a Reconquista. O exemplo da Cidade de Lisboa», in História e Crítica.* 7, 1981; e *NHP.* III; *R. MORAN MARTIN, Materiales para un Curso de Historia del Derecho Español.* Madrid, 1999, I; *SANZ MARTIN, Sociedad y Derecho en la Hispania Romana*

1. *Antecedentes Prerromanos*, 1996; M. RINCON MARTINEZ, «La Expansión Celta», in *História*-16, 36, 1979; CALONOE MATELHANES, «Reflexiones en Torno al Denominado Derecho Romano Vulgar de Occidente», in *De la Antigüedad al Medioevo. Siglos IV-VIII. III Congreso de Estudios Medievales*, Madrid, 1993; PAULO MEREA, *Resumo de História do Direito Português*, Coimbra, 1925; *Estudos de Direito Visigótico*, Coimbra, 1948; «Sobre as Origens da Terça», in *Estudos de Direito Hispânico Medieval*, Coimbra, 1952, II; *História e Direito (Escritos Dispersos)*, Coimbra 1967; «A Tradição Romana no Nosso Direito Medieval», in *BFDC.*, 58 (1982); L. MITTEIS, *Reichsrecht und Volksrecht in der Ostlichen Provinzen des römischen Kaiserreichs*, Leipzig-Berlin, 1891; PAUL OURLIAC, «Ce que l'Histoire du Droit Français Doit à Paulo Merêa et à G. Braga da Cruz» no *BFDC.*, 58 (1982); MENÉNDEZ PIDAL, «Língues o Ambroílhos em Portugal», in *RFL.*, 1944; EDUARDO VERA CRUZ PINTO, *As Origens do Direito Português. A Tese Germanista de Teófilo Braga*, Lisboa, 1996; JAVIER ALVARADO PLANAS, *El Pensamiento Jurídico Primitivo*, s. I, 1986; e *El Problema del Germanismo en el Derecho Español*, Madrid, 1997; PEREZ PRENDES, *Breviario de Derecho Germánico*, Madrid, 1993; J. AGUILERA PLEGUEZUELO, *Estudios de las Normas e Instituciones del Derecho Islámico en Al-Andalus*, Sevilla, 2000; SILVIO ROMERO, *A Pátria Portuguesa. O Território e a Raça*, Lisboa, 1906; SANCHEZ-ALBORNOZ, «Tradicón y Derecho Visigodos en León y Castilla», in *CHE.*, XXIX-XXX, 1959 e *España y el Islam*, Buenos Aires, 1943; A. SCHULTEN, *Geografía y Etología de la Península Ibérica*, Madrid, 1959-1963, I e II; C. B. SCHWERIN, «Notas sobre la Historia del Derecho Español mas Antiguo», in *AHDE.*, I, 1924; PEDRO DA CUNHA SERRA, «A Influência Árabe na Península Ibérica: Aspectos da sua Dimensão e Profundidade», in *Islão e Arabismo na Península Ibérica*, Évora, 1986; RAFAEL DE UREÑA Y SEMENIAUD, *La Legislación Gótica-Hispana*, Madrid, 1905; TERESA LUSO SOARES, «Em Torno do Direito Romano Vulgar», in *Revista Jurídica*, n.º 5, 1986; Fr. JOÃO DE SOUSA, *Vestígios de Língua Árabe em Portugal*, 3.ª ed., Lisboa, 1981; MANUEL TORRES, *Lecciones de Historia del Derecho Español*, Salamanca, 1933; L. G. VALDEAVELLANO, *Historia de España. De las Orígenes a la Baja Edad Media*, Madrid, 1973, 5.ª ed.; FRANCISCO TOMAS Y VALIENTE, *Manual de Historia del Derecho Español*, Madrid, 1979; FRANCISCO JOSÉ VELOZO, «O Homicídio no Direito Muçulmano», sep. da *SI.*, Braga, 1952; JULIO DE VILHENA, *As Raças Históricas da Península Ibérica e a sua Influência no Direito Português*, Coimbra, 1873; F. WIEACKER, «Vulgarismus und Klassizismus im Recht der Späntike», in *Sitzungsberichte der Heidelberger Akademie der Wissenschaften*, 3, 1955 e «Vulgarrecht und Vulgarismus: alte und neue Probleme und Diskussionen», in *Studi in Onore di Arnaldo Biscardi*, Milão, 1982, I. História del Derecho», por RAMON FERNANDEZ ESPINAR e RAFAEL ZURITA, debaixo da direcção de RAFAEL GIBERT, para a Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 1976.

## CAPITULO V

# A ORGANIZAÇÃO POLÍTICA

## SECÇÃO I

# A ORGANIZAÇÃO POLÍTICA DA «RESPUBLICA CHRISTIANA»

## SUBSECÇÃO I

## PORTUGAL E O PAPADO

127. Razão de ordem. O papado e a origem do poder — Para se compreender a estrutura da comunidade política é necessário determinar o estatuto pontifício tal como foi configurado na Idade Média.

A posição atribuída durante a Idade Média ao papado dependeu da solução dada a um problema mais vasto: o da origem do poder. Constitui ensinamento comum à generalidade dos pensadores e dirigentes da *Respublica Christiana* o de que todo o poder vinha de Deus, de acordo com a máxima paulina: «*nulla potestas nisi a Deo*». Simplesmente a essa premissa, quase unanimemente repetida, fizeram-se corresponder esquemas diversos, de acordo com o veículo da transmissão. Segundo a teoria defendida nos séculos XIII e XIV pelos partidários dos