

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 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 genérico, 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* (*aucltoritas*) lhes permitia declarar a verdade jurídica nos casos concretos (Álvaro D'Ors)¹.

A jurisprudência (*iuris prudentia*) baseia-se, pois, na autoridade, na *aucltoritas*, 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 *jurisprudência* 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 prudential* o que hoje designamos por *jurisprudência* — o resultado da actividade do juiz enquanto magistrado que dita a solução dos casos litigiosos munição 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. Tera 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, incluía a instância, autorizava o processo, e pré-julgava de certo modo; a isso chama-se *ius dicere*, e *iurisdiclio* é a função do magistrado que administra a justiça. Formalizado o litígio no contrato processual chamado *lis 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 *aucltoritas*, 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 legislativo¹ —, 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 petene a que pertence — a linha de luta pelo pluralismo jurídico e contra o «estatismo» atrofiante 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 *orbis*, 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. Alejandre García: «Ao ser o direito romano o único oficial, teoricamente produziu-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 desapareção, 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 prácticos¹.

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 criação 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)².

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, n. 8. 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 justinianea, aparece só com a edição de Dionísio Godofredo ou Godofroy, Lião, 1583). Compunham a grande compilação justiniana: 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, substituído por *lira* (ou doutina dos juristas-consultos) e repartido por cinquenta livros: as *Instituições* (*Institutiones*), por vezes, também mas imprópriamente, 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 justinianas obtiveram em Itália applicabilidade por uma sanção pragmática (*pragmatica sancio*) de 554. Este facto — que representa, aliás, dado capital da história da civilização, pois permitindo a sobrevivência no Ocidente dos textos de direito justiniano possibilitaria, seis séculos volvidos, a *redescoberta* na mesma Itália desse direito — não teve, ao tempo (de 554 a 621), grande significação. 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...»

Justiniano

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 justiniano 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-justiniana rico manancial técnico e conceptual de que podia abastecer-se. Factor importante a considerar é também a emergência da realidade política representada pelas *ciudades-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.

que a renovação do direito romano

não espere a primeira renovação do direito romano

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 aparece-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, improcedente, 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 («*dicitur 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 XXXIV¹. 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 Feudais* — *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 XIII)² e terminado com Acurcio, cuja obra máxima (a *Magna Glosa* ou, simplesmente, *Glosa*) elaborada entre 1220 e 1234³, se poderia tomar como respectivo termo. A segunda, cujos inícios se radicariam nas obras de Jacques de Révigny e de Pierre de Béla-perche⁴, 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.

comentador

demarcado, quando é certo não se encontrar facto a que se possa attribuir tal virtualidade, existirem inúmeros pontos de contacto entre ellas e só ser viável o estabelecimento de contrastes entre ambas quando se lhes referenciam estádios bem separados cronologicamente — o que de si evidencia haverem os factores de distincão 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...¹

A este respeito, cumpre mesmo acentuar a reavaliação pela historiografia moderna do evento tomado como elemento separador das duas escolas — a *Magna Glossa*. Enquanto translativamente se tem visto nessa obra de Acúrsio 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 o caso, a encaram como um minuto de apogeu cujos efeitos não-de-ter-perdurado. Ao contrário, pois, de determinar uma fractura entre a jurisprudência a ela anterior e a subsequente, a *Glossa* 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 indole 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 precusores, nomeadamente de um semidesconhecido Peppo, 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 attribui 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 Justiniana 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, successões 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 eplômes 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*¹, um tratado *De Actionibus*, um formulário notarial² e numerosas glossas — 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 successor —, Hugo, Martin de Gosia e Bulgáro, havendo estes dois originado correntes doutrinárias, entre si polémicas, a *gositana* e a *bulgariana*. Caracteriza a primeira o predomínio que attribua à equidade, a segunda a maior aderência ao texto legal. Hugo terá representado uma *media via*, identificada pela atracção do espírito do preceito³.

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*¹ e uma *Summa* sobre o cômputo do parentesco. Hugo, uma colecção de *Distinctiones* e uma pequena *Summa* relativa ao duelo judicial. A Jacobo deve-se o facto particularmente relevante da formulação de *Regulae*² quando da elaboração das suas *Glosas*.

Outro vulto a assinalar é o de Rogério — por haver sido, segundo se creê, o primeiro a elaborar umas *Dissenstiones Dominorum*³. Este aluno de Búlgaro escreveu ainda umas *Quaestiones*⁴ 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*⁵ 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*)⁶, além de lhe pertencerem um *De Testibus*, uma *Ordo Iudiciorum* e vários *Consilia*⁷ esparsos. Azão, que repetidas vezes redigiu as glosas por si subscriptas, numa ânsia de perfeição, elaborou uma *Lectura*⁸ ao *Código* que em algumas edições vem rotulada de *Comentarius*⁹ ou *Aparatus Magnus*¹⁰ — e muitas outras obras. Ugolino escreveu uma colecção de *Quaestiones*, outra de *Dissenstiones*; trabalhos de direito feudal, adiantamentos à *Suma* 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

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, «tota court»*, formidável trabalho de compendiação das glosas dos seus predecessores ao *Corpus Iuris Civilis* que se estima compreender 96 000 delas, num acompanhamento confiável 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 colecção 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 Malefictis*; de Guilherme Durante (*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 Martin de Fano, em razão de uma obra de metodologia jurídica (*De Modo Studendi*), 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 comentaristas — o facto de a historiografia moderna hesitar em nela

1, 2, 3, 4 e 5. Cfr. *infra*, n.º 84.

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

1. *Idem*.

incluir ou dela excluir certos prudentes. Assim sucede com Odofredo (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 comentarior pré-bartoliano, ao passo que Gibert vê nele um «*pós-acursiano e prototipo 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 Belleperche¹, ambos creditados pela larga e sistemática apropriação dos métodos dialécticos² cultivados pelos teólogos escolásticos. Ambos nos legaram diversificados trabalhos de literatura jurídica: o primeiro umas *Repetitiones*³, uma *Summa de Feudis*, comentários a alguns livros do *Digesto* e das *Instituições* (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 *Instituições*, uma colecção de *Broccarda*, uma *Lectura* ao *Código*. Discípulo de Belleperche, Cino de Pistóia, que se exilara no sul de França, onde se ensinava o direito romano, proibido em Paris⁴, 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 residiu 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! Cognominado, elogiosa e autonomasticamente 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 comentários² aos *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 Velus*, *Infortiatum* e *Novum*, às *Institutas* 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-folio*; 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 IV³; uma *Practica Iudicaria*. Revelam estes trabalhos um lácido espírito crítico, uma cultura diversificada, um pendor filosófico, um constante reexame de soluções preconizadas que «maravilliam» — 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 colecção 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 «opinões comuns»¹ 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 Studendi*. 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 parciais — 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 periodificação².

1. V. *infra*, n.º 87, c) e 94.

2. Cf. *supra*, n.º 8, 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 constituiu, de um ponto de vista dos agentes da sua elaboração, processo essencialmente universitário. Bolonha, onde havia já antes de Inácio 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)¹, Avinhão (1303), Valladolid (1304), Viena (1365), Heidelberg (1388).

Os estudantes e professores transistavam, 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 dissiparidade. 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 cidadão.

Dentro deste quadro geral vamos encontrar Placentino em Montpellier, cuja escola de direito fundou; Yacario em Inglaterra, onde criou a de Oxford; Cino de Pistóia, como estudante em Orléans e mestre em Sena, Perúsia, Nápoles; Bártole, 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 Pertúsia... 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 Deus¹ —, 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 justinianeu —, anseios de unidade política, reminiscências da Roma Imperial. Expressão formal do idealário universitário como realidade ecuménica temo-la na *licentia ubique docendi*...

Nas linhas antecedentes reportamo-nos ao direito civil — que tanto vale dizer justinianeu. 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 já². 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 acurrianos. Os próprios autores que advogam a separação dos civilistas em glosadores, acurrianos e comentadores, e simultaneamente enfatizam os caracteres comuns entre as escolas civilísticas e canónicas, como Leicht e Calasso, não ensaram 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 continuidade sob as distinções referidas. Ela aparece-nos com tanto mais força quanto os pós-acurrianos 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 *Decretis* 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 Durante¹. 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 idiossincrasias. 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 vivimos.

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 sufragantes 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 *irris*-historiografia moderna e atentos aos factos consignados, propõe-se, pois, a respectiva arimação 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 a 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 dilucidação 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 antagônicos para com isso esclarecer antinômias; o uso de *casus*, *distinctiones*, *quaestiones*¹; a formulação das *regulae*², por vezes, a ponderação da *intentio* e a enunciação da *conclusio* da lei, em termos semelhantes aos adotados nas sumas, como ensinou Ermíni — motivo de alguns autores derivarem da glosa quase todos os outros gêneros de literatura jurídica medieval, que «no fundo já estavam nela contidos» (como escreveu Cassandro).

Em consonância com estas conclusões, a historiografia contemporânea (Leicht, Kantorowicz, Chellink, Wiaecker, 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 comentaristas a preocupação com o sentido ou espírito respectivo e o respectivo enquadramento sistemático³.

(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 alneas k), h), i). 2. V. *infra*, f). 3. Cf. *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 compenditários 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 adiantamentos 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 suscitada por Meijers. Para este erudito autor impede 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 redação 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 Wiaecker 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 *irris-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* constituiriam *sedes argumentorum* ou *topoi*¹, no sentido que o termo possuía na retórica medieval. Como eles, deparamos com a sua consagração nas glosas, tendo depois substituído 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 implicam um processo de «resolver as aporias e contradições» dos textos da lei concorrente com a técnica das *solutiones contrarietatum*. Kantórowicz, cuja investigação incorpora as conclusões da doutrina anterior e é ainda hoje tida como válida, descreve o *distingere* 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. Cf. *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 consequência 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 noções 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. Aqueles corresponderia, 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 linéio 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 Gosa 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 *contradicção* 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 gérmenes do modelo medieval. Não falta também quem o queira derivado do instrumental das artes liberais, em cujas escolas se praticava communmente o diálogo e a controversia. 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 *sententiarii* 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 solvel com o recurso a *leges*, *rationes* e *auctoritates*¹. A ciência da época illustrou a diferença

1. V. *infra*, n.º 87.

ensinando: «*Ad questionem facti non respondet legislator*», «*quia princeps non potest habere facta in scriinio suo*.» «*Quaestio iuris est, ubi est factum certum, sed dubitatur quid iuris*» (Cino — *Lect. in D.* 1.5.15). O facto pode, 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*¹. 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 fossen 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).

peritencia 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 torréio dos intelectuais, como se disse, neste caso o campeonado 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 objecções. É a espécie de diálogo catequístico encontrável nas *Quaestiones Iuris Subtilitatis* e no *Libellus Disputatorius*, de Pilió.

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*¹ da

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*² e, 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 controversia» («*quaeritur*», «*dubidatur*», «*disputatur*», «*controversia est*»); 3. Argumentos, da parte negativa e da parte afirmativa; 4. Resolução (*solutio*, *determinatio*).

O esquema traçado é o dos juristas medievais bologneses, 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 aliciamiento intelectual em favor de uma tese mediante a forma ou exposição³. Muitos dos argumentos adoptados — *verbi gratia*, na *determinatio* — são meramente persuasivos ou baseados na generalizada adopção das *quaestiones* como processo de exposição doutrinária tenha consistido numa superior eficácia do método para expor problemas jurídicos, melhor sendo filia-lo na aptidão da *quaestio*

1. V. *infra*, n.º 87, b).

1. Cf. *infra*, q). 2. Cf. *infra*, n.º 87, b). 3. Cf. *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 entimema ou silogismo retórico-dialéctico¹. 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: «*Quis vero utraque pars argumenta veritatis habere videtur quaestio est.*»

(j) *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) *Causas*. 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 chamaríamos 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 justinianense típico de *summa*. É communmente aceite como primeiro exemplo

1. Cf. *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 seguintes 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 Marim de Gosia, 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 juriconsulto 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 juriconsulto dada num *consilium* pesava mais ou menos do que a emitida *in legendis*¹.

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. Cf. *infra*, alinea g).

presença de testemunhas. Ilustra-o um caderno pergamínico 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 Zambeccharius, grandes nomes da época, contemporâneos ou discípulos de Baldo — se pronunciavam 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 coleções 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 subscriptor. 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 sollicitam 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 temos-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

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

(o) *Allegaciones*. 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 «*una visão sintética de um instituto*» — pela consideração exaustiva de todos os seus aspectos — feita «*sobre uma base lógica e não exegetica*», 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 justiniana e de forma a poder mesclar com os preceitos romanos os dos diferentes *ius propria* dos estados italianos, do direito feudal e do direito canónico. Entre nós, tem-se distinguido o comentário da glosa ligando estas à *lettra* 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-lettra, comentário-sentido, sendo, aliás, também impropriedade a ideia de que o método lógico-dialéctico tenha constituído atributo da escola dos comentaristas. 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 ilustrar¹. A ideia do

1. Cfr. *supra*, n.º 75.

2. V. *infra*, n.º 100.

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

comentário como um conjunto arquitectónico global em torno de um instituto é de si igualmente incorrecta. Quem percorrer os diferentes comentários verá ser vulgar a sua insuficiente sistematização, possuírem muitos deles apenas uma índole parcial, plena de lacunas, não versando senão aspectos mais ou menos desgarrados de institutos consignados nos textos do *CIC*. Na sequência de algumas sugestões feitas por Besta no século passado, Maffei e Bellomo destacaram que muitos deles não passam de um aglomerado de fragmentos parciais de *lectiones*, *repetitiones*, adições a glosas e notas exegéticas — o que explicaria a sua índole atomística —, correspondentes a lições universitárias ou a textos organizados com essa finalidade. Em Portugal, Moncada chamou, aliás, a atenção para a herdade lição *universitária* — *comentário*.

De tudo resta apenas como pertinente a índole extensamente discursiva do comentário; a sua independência formal face à ordem dos textos romanos; a conjugação que nele se faz dos preceitos *Justinianeus* com os de outras ordens jurídicas.

(g) *Lectura*. Sob o termo designam-se as lições universitárias. Estas obedeciam a um esquema que Weimar reconstruiu da seguinte forma, a partir de textos de João Bassiano (m. 1197), Hostiense (m. 1294) e Peregrossi: 1. Ilustração sumária do título em que se inscreviam as *leges* ou os *irra* objecto da exposição; 2. Resumo do conteúdo de cada lei ou passo do título — operação que Bassiano designava como «*ponere casum simpliciter et nudus*»; 3. Leitura do texto, intercalada das necessárias explicações: «*Legendo litteram et exponendo et etiam construendo si diffidilis 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 *questiones* relativas

Depaētis.

253

254

A *Depaētis* est in rebus quibusdam... *Depaētis* est in rebus quibusdam... *Depaētis* est in rebus quibusdam...

B *Depaētis* est in rebus quibusdam... *Depaētis* est in rebus quibusdam... *Depaētis* est in rebus quibusdam...

C *Depaētis* est in rebus quibusdam... *Depaētis* est in rebus quibusdam... *Depaētis* est in rebus quibusdam...

D *Depaētis* est in rebus quibusdam... *Depaētis* est in rebus quibusdam... *Depaētis* est in rebus quibusdam...

E *Depaētis* est in rebus quibusdam... *Depaētis* est in rebus quibusdam... *Depaētis* est in rebus quibusdam...

F *Depaētis* est in rebus quibusdam... *Depaētis* est in rebus quibusdam... *Depaētis* est in rebus quibusdam...

G *Depaētis* est in rebus quibusdam... *Depaētis* est in rebus quibusdam... *Depaētis* est in rebus quibusdam...

H *Depaētis* est in rebus quibusdam... *Depaētis* est in rebus quibusdam... *Depaētis* est in rebus quibusdam...

I *Depaētis* est in rebus quibusdam... *Depaētis* est in rebus quibusdam... *Depaētis* est in rebus quibusdam...

J *Depaētis* est in rebus quibusdam... *Depaētis* est in rebus quibusdam... *Depaētis* est in rebus quibusdam...

K *Depaētis* est in rebus quibusdam... *Depaētis* est in rebus quibusdam... *Depaētis* est in rebus quibusdam...

L *Depaētis* est in rebus quibusdam... *Depaētis* est in rebus quibusdam... *Depaētis* est in rebus quibusdam...

M *Depaētis* est in rebus quibusdam... *Depaētis* est in rebus quibusdam... *Depaētis* est in rebus quibusdam...

N *Depaētis* est in rebus quibusdam... *Depaētis* est in rebus quibusdam... *Depaētis* est in rebus quibusdam...

O *Depaētis* est in rebus quibusdam... *Depaētis* est in rebus quibusdam... *Depaētis* est in rebus quibusdam...

P *Depaētis* est in rebus quibusdam... *Depaētis* est in rebus quibusdam... *Depaētis* est in rebus quibusdam...

Q *Depaētis* est in rebus quibusdam... *Depaētis* est in rebus quibusdam... *Depaētis* est in rebus quibusdam...

R *Depaētis* est in rebus quibusdam... *Depaētis* est in rebus quibusdam... *Depaētis* est in rebus quibusdam...

S *Depaētis* est in rebus quibusdam... *Depaētis* est in rebus quibusdam... *Depaētis* est in rebus quibusdam...

T *Depaētis* est in rebus quibusdam... *Depaētis* est in rebus quibusdam... *Depaētis* est in rebus quibusdam...

U *Depaētis* est in rebus quibusdam... *Depaētis* est in rebus quibusdam... *Depaētis* est in rebus quibusdam...

V *Depaētis* est in rebus quibusdam... *Depaētis* est in rebus quibusdam... *Depaētis* est in rebus quibusdam...

W *Depaētis* est in rebus quibusdam... *Depaētis* est in rebus quibusdam... *Depaētis* est in rebus quibusdam...

X *Depaētis* est in rebus quibusdam... *Depaētis* est in rebus quibusdam... *Depaētis* est in rebus quibusdam...

Y *Depaētis* est in rebus quibusdam... *Depaētis* est in rebus quibusdam... *Depaētis* est in rebus quibusdam...

Z *Depaētis* est in rebus quibusdam... *Depaētis* est in rebus quibusdam... *Depaētis* est in rebus quibusdam...

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 Irénio, 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 menemónica a tal respeito elaborada por Mateus Moia, juriconsulto 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 chamariamos hoje aula prática —, muitas vezes registada por um simples *reportator*:

(r) Colecções 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 antecedidas de explicações ou introduções de natureza teórica¹. Obras de natureza eminentemente prática e empírica, ao menos os exemplos mais recuados, têm sido apontadas como expressão de direito real equitivamente observado².

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 caracterizaram-se 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 glossarium glosas*). A obra dos glosadores terá sido, também, essencialmente teórica-sistemática. A idolatria que se lhes imputa haverem professado perante o *CJC* 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 Asutti, Chiazzese e Orsano, entre outros — tem posto em causa a atribuição aos glosadores de uma feição meramente teórica-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 encerrar-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)¹, divergências doutri-

nárias, controversias, que destroem qualquer possibilidade de encerrar os doutores da escola como um todo cientificamente homogêneo. 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 tocado 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.

1. Cfr. *supra*, n.º 45, 48, 80, 81, 82 e 83.

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 quadranes — 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 possuíam 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 crimes¹. ... 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 canónico². A contaminação dos *dois diretos* (o canónico e o civil)³ não podia deixar, portanto, de introduzir uma hermenêutica metalingual nos arrais dos civilistas, tanto mais que a sua preparação trivial (gramatical-retórica)⁴ 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 metalinguais, consentâneos à equidade, como algo estranho aos parâmetros da cultura cristã. Martin de Gosia criticará Inério, que «*adherabat litterae tanquam iudens*», malgrado 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

semelhantes o intérprete cuja exegese não ultrapassasse — empreguemos o termo sem compromissos — o simples literalismo: «*A verbis tanquam iudens recedere nolite*», (gl. *Amplicius*, C. *De legibus*, l. *Non dabitur*). 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 inconciliáveis 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: «*lerra mata: o espírito vivifica*» (2.^a Cor., III, 6)¹.

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 ignorantur et grossi homines, ut plurimum, faciant contrarium, adherentes verbis sicut iudaei*» (*In Sec. Digesti Nov.*, Rub. *Ad. Trib.*, 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. Cf. *supra*, n.º 45, *in fine*. 2. Cf. *supra*, n.º 43. 3. V. *infra*, n.º 88.
4. V. *infra*, n.º 91.

1. Cf. *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 *lettra*, por um lado, e *sentido* (espírito), por outro, se atentassem 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 *lettra* e *espírito* exprime-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 sententiam et ipsius littere, que non solum sententiam, sed etiam verba attendit; glosa est expositio sententiae, litteram quae 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 valorização dos *littera 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 papado¹, 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 caso do partido gibelino.

Concomitantemente com a vitória do papado, afirmou-se a recusa de uma série de príncipes e cidades reconhecerem a *iurisdictio imperialis*². 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»³.

Esteve, portanto, em causa não uma diferença da metodologia hermenêutica das escolas — o instrumental e propósitos da *exegese* —, 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. *ibid.*, n.º 138 e s. 2. Cfr. *ibid.*, n.º 137 e s. 3. Cfr. *ibid.*, n.º 88.

visaram, em consequência das premissas adoptadas, uma cons-trução consagrante do *ius commune* como direito por antono-másia, as escolas subsequentes, sobretudo os comentaristas, sem teoricamente renunciarem a essa concepção, privilegiaram a mútua integração entre ele e os *ius propria*.

A atenção dedicada pelos comentaristas aos *ius propria* (estatutos), por nós tomada como característica da escola, apre-senta-se tão vinculada que tem mesmo levado alguns autores a interpretações excessivas — mas, por isso mesmo, evidenciado-ras de tal facto. É o caso da tese subscrita por Molitor-Schlosser. 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 principiais, estes autores sustentaram o reconheci-mento pelos contenedores 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 restri-tivamente, conforme o expresso na máxima «*statuta sunt stricte interpretanda*») ou em caso de lacuna do estatuto («*ubi cessat statutum, habet locum ius civile*»), (Molitor-Schlosser, 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 reco-nhecer-se-lhe a preocupação de atentar em problemas que aquela se levantaram em função de fenómenos de índole política, correspondentes à pretensões de diversos graus das *civitates superior non recognoscentes*, — e às quais se contrapunha a tradição imperial, configurada na *irrisdictio imperii*¹, e a reve-rência pelo direito romano, expressão tecnicamente superior da juridicidade.

1. Cf. *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 termino-logia hoje dominante de pós-glosadores e comentaristas. Pelas mesmas razões, julgamos de rejeitar outras nomenclaturas tradu-toras 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 comentaristas.

86. «*Ars invenienti*». Metodologia do operar das escolas medievais. Introdução — A metodologia dos glosadores e pós-glosadores apresenta-se-nos predominantemente analítico-pro-blemática. 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 delimita-ção 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 pre-jeito. Traduzem apenas expedientes exegeticos da individualiza-ção 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 medieval¹. Quer-se, apenas, acentuar que eles correspondem a

1. Cf. *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 limitado¹. 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 subsumção 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 competente². A aplicação das leis tinha de ser controlada em

1. Cf. *supra*, n.º 84, d), q).

2. Cf. *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*¹, *quaestiones*² e *solutiones contrarium*³ 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 «contraversisticamente», 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. Cf. *supra*, n.º 84, h), i), j).

2. V. *supra*, n.º 84.

3. V. *supra*, n.º 84, e).

o estudo do direito constituiriam 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 constituiriam 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 invenienti*» — São essencialmente estes os elementos ou ingredientes da *Rechtsfindung* (*ars invenienti*): 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 elucidativa. A ideia de fonte formal¹ 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. Deenhambos 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 envolvidos 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, circunscrita 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 enarrationem*», 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 «*Sprachlogik*, (...) *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 sabemos-la noutra), «*inventio grammaticae grammaticam praecedii; non ergo grammaticus sed philosophus proprie naturas rerum diligenter 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 estas variam nas diferentes posições.

A concepção descritiva da gramática dominou sobretudo até meados do século XIII, como dissemos já. A partir daí é o reinado 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 cremos, o influxo retórico e a possibilidade de os autores fornecerem uma tónica interpretativa abundante e poderem ser utilizados como *authoritates*¹.

Desta forma a gramática ligava-se à lógica, dialéctica e retórica, tendo, a propósito da última, escrito Nicolau Tibbin: «(...) *retorica scientia, que 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 median-te 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 inventandi*. 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 *actoriales*. Lombardi escreveu que elas constituem «qualquer coisa de intermédio entre as leyes e as *rationes*». Pelo nosso lado, chamaríamos de novo a atenção para o esquematismo da separação dos elementos da *ars inventiendi*.

b) *Rationes*. Com este termo *rationes* designa Lombardi os argumentos de equidade — nós, anteporíamos, 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 inventiendi 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 tópica¹. No tocante ao primeiro ponto, se, em certos casos, as *rationes* fundamentam uma solução *alegal*, 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

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* apolam-se em citações legais.

Quanto ao segundo ponto: os elementos do discurso jurídico não se reduzem à tópica¹. 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 *Estragritia* 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 contradicção. Nesta última «lógica» teorizavam-se os caminhos que permitiam à razão concluir por um

1. V. *infra*, alinea c).

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

termo possível, embora sem certeza indiscutível da falsidade do termo antagonico (antes aceitando mesmo a possibilidade de ele ser verdadeiro), conforme ensinou um dos maiores discipulos medievais de Aristoteles, 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 («*proves de raison*») susceptíveis de determinar o raciocínio e qualquer que fosse a respectiva força cogente. Esta dependeria, 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 apodíctico —, 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 controversático (*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 Racassens Siches.

A retórica é a arte da persuasão, conforme resulta, aliás, de algumas definições célebres: «*Rhetorica*», escreveu Santo Isidoro, *Et. 2.1.2.*, «*est bene dicendi scientia, in civilibus quaestionibus [eloquentia copia] ad persuadendum justa 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 inalcargável 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 imaginária 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 consistentemente 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 impropriedade 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*. (*Conr.*) — 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 escritos¹. 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 Rosatez 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 a 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 seduzida 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 modestamente 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 peccillo 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

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 encontra-tá 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 medieval¹ 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 reproduziam². 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-espírito*, como actualmente se diria (*littera e sententia*)³.

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

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

2. Cfr. *supra*, n.ºs 84 f) e 84 g).

3. Cfr. *supra*, n.ºs 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 Racassens 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 vulgos 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 epígrafemas, *sortes* 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 convertia-se — como recentemente se escreveu entre nós — em *quaestio*, abrindo o caminho para a *solutio* determinativa (*determinatio*)¹. 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, «*explicitatio argumenti argumentatio*» (PO, XIII, 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. Cf. *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 — Zielskiy — 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 implícita, 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 tónico (*topoi*) 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 *síno* 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 acepção 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 tópica separa os relativos à *matéria* em análise dos que lhe são extrínsecos. Estes respeitam à *autoritas* (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 desobrir todos os argumentos, como as letras consentem formar todas as palavras (*Top.*, IV, 25).

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

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 tópica formal em casos jurídicos concretos e que, guardados em «depósitos», 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 tópica formal constitui um procedimento de descoberta de premissas dialéctico-retóricas, ou seja, uma fórmula de investigação de si intemporal, a tópica material, essa, representa a reunião de máximas de carácter perceptivo e, portanto, rectoras da conduta (*verbi gratia* brocardos) de acordo com o salientado por Patet. Daí a elaboração de listas respectivas, muitas vezes organizadas alfabeticamente e designadas sob o nome de *reporitorium*, 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 illustrou 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 *actoritas* dos depoimentos e, portanto, dos autores que em cada caso se pronunciaram¹.

Chenu demonstrou, face a textos romanos, que o termo *actoritas* designava a intervenção daquele que affiançava ou garantia algo, ou seja, de quem era digno de crédito. Por isso Alvaro D'Ors viu na *actoritas* um saber socialmente reconhecido². 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 commun 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

por si o maior número de doutores, que recolher um suffragio ou *consenso* mais amplo — ou, como diria Baldo: «Onde há diversas opiniões dos mestres, deve seguir-se a opinião que se com-prova com o testemunho de maior número» («ubi 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 commun* 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 distinguia 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 *actoritas*. Aliás, as próprias características individuais dos juristas, o seu *curriculum* e a sua obra — o grau de especialização, diríamos hoje —, pode aperceber-se nos epítetos que autonomasticamente lhes foram concedidos. Os reservados a Bártolo¹, por exemplo, denotam bem o superior peso da *opinio Bartoli* em confronto com a de qualquer outro jurista².

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

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

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 emissão¹, 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*². As proposições entre si antagonicas 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 diminuir 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 recortado³), apenas à operação estatística de levantamento das vozes apoiantes de cada solução. Pressupõe-no, porém⁴. 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 advogada. O seu papel era mais modesto e circunscrito ao domínio do provável. Isto porque não possuindo qualquer doutor mais do que uma *auctoritas 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 (*auctoritates necessariae*). Em vez do dogmatismo que se atribui ao pensamento medieval, 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 rainava pelo cepticismo 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* pressupostas pelo pensar probabilístico inerente ao raciocínio jurídico, as autoridades em *approbatæ* (*leges et canones*) e *neq approbatæ nec reprobatae* — a saber, meramente enunciativas ou recitativas (histórias e crónicas) ou *quæ procedente disponendo et determinando*, com duas subcategorias, as *approbatæ in studiis* (Aristóteles, Hipócrates...) e as *non approbatæ 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 Autum 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 estatuí 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 Opiniorum* do português João de Deus¹. Redigido com o propósito de fixar as diferentes opiniões, cuja variedade e contradições tornavam difícil o estabelecimento da verdade [«(...) *item difficile potest in tot opiniones varias veritas apprehendi quare per servum suum generalis, Johannen de deo, fecimus varietates maiores opinionum in uno volumine redigi*»] foi submetido pelo autor ao Papa, para este aprovar as ditas meçedoras e reprová-las, 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 resolva *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 argumentação² e resolva *simpliciter* o caso, o que, só raramente acontece — apresenta um carácter inerentemente proológico, sendo justificável, portanto, apenas em termos dialécticos-retóricos e na base de

1. Cfr. *supra*, n.º 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 legítimo 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 iustinianeu* 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! É certo que o Império foi renovado, como já houve oportunidade de sublinhar², na pessoa de Carlos Magno, e que dos francos se trasladou aos germanos; como indubitável é também que os imperadores medievais se artogaram, 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 príncipes³. 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.º 137 e s.

O Di. Romano
permite o módulo
do auctoritas

diversos territórios. Assim, se o direito romano se apresenta como *direito commun* (*ius commune*) ao longo dos séculos que decorrem de Irnério 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 commun 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 adquire novo sentido. Os juristas manejarão-o em concomitância 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 interpretação de ordenamentos jurídicos de que sairá esse quase que ferreiro 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 simbiose*, mas não *fusão*. Trata-se de dois direitos diversos (*utrunque 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 reitram a qualidade. «Quando os juristas», diz Giovanni Cassandro, «adoptam o

terno *ius commune*, em regra pensam no direito romano, não no *utrunque ius*» *Ius commune é ius commune romanum*¹.

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 inerte 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; Asturi, «La 'Glosa Accursiana», in *ACISA*, II, 1968 e *L'Europa del Diritto Comune*, Roma, 1994; R. BARGIORI, *Dino da Mugello*, Firenze, 1920; FERNANDEZ BARBERO, *Derecho Común y Derechos Nacionales en la Cultura Jurídica Europea*, La Coruña, 1991; BELLOMO, *Aspetti dell'Insegnamento Giuridico nella Università Medievale*, R. Calabria, 1974; *Saggio sull'Università nell'Età del Diritto Comune*, Catania, 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 Irnerto*, Turim, 1986; Riccobono, Palermo, 1936, I; CALASSO, *Introduzione al Diritto Comune*, Milão, 1951; e *Medievo 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 XIII^e et au XIII^e Siècles», in *APD*, 1966; CHIAZZESI, «Vicende e Interpretazione delle Fonti Romane in Occidente», in *Annali del Sem. Giur. della Univ. Palermo*, XXXIII; CLAVERO, *Temas de Historia del Derecho Común*, Sevilla, 1977; e *Institución Histórica del Derecho*, Madrid, 1992; CONG, *Derecho Privado Rechtskultur in Italien durch die wissenschaftliche Lehre*, Leipzig, 1938; G. ERVINI, «L'Educazione del Giurista nella Tradizione del 'Diritto Comune'», in *V. infra*, n.º 125.

ne», in *L'Éducation Juridica*, II, *Profilu Socratici*, Perugia, 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 Glossatori», in *Arch. Giur.*, 1938 e «Vorbilder für die Distinctionen der Glossatoren», in *ACIL*, II; GIBERT, *Elementos Formativos del Derecho en Europa*, *Germanico, Romano, Canónico*, Granada, 1975; *Ius Romanum Medii Aevi*, ob. col.; Milião — em curso de publicação; GORBON, «Claus and Pierre de Belleperche», in *Daube Noster*, Edinburgh 1974; P. GROSSI, *L'Ordine Giuridico Medievale*, Roma-Bari, 1966; MARALDA V. DIAZ-MELAN DE HANISCH, «Derecho Común. Algunas Referencias sobre Los Glossadores' y 'Comentarios'», 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 spätem Mittelalter», ambos in *Rechtshistorische Schriften*, Karlsruhe, 1970; KOSCHAKER, *Europa y el Derecho Romano*, Madrid, trad. esp. de 1955; S. KUTNER, «Réflexions sur les Brocards des Glossateurs», in *Mélanges Joseph de Ghellinck*, S. J., 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; «Résolution de Desaccords entre Droit Romain et Droit Canon dans l'Oeuvre des Grands Cassiques», in *SV*, I; LEICHT, *Storia del Diritto Italiano, Le Fonti*, Milião, 1956; S. DI NOTO MARRELLI, «Doclores». *Contributo alla Storia degli Intelletuali nella Doctrina del Diritto Comune*, Pádua, 1994, I e II; MASCHI, «Accursio Recursore del Método Storico-Crítico nello Studio del 'Corpus Iuris Civilis'», in *ACISA*, II; MEURIS, *Études d'Histoire du Droit*, Leyden, 1956-1959; MORRARI, *Dogmatica e Interpretazione. I Giuristi Medievali*, Nápoles, 1976; *Aspetti del Pensiero Giuridico Medievale*, Nápoles, 1979; NICOLINI, «I Giuristi Postaccursiani e la Fortuna della 'Glossa' 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*, Milião, 1983; PARADISI, «La Scuola di Orleans. Un'Epoca del Pensiero Giuridico», in *SDHI*, XXVI, 1960; *Storia del Diritto Italiano*, Nápoles, 1969; «Le Glosses come Espressione del Pensiero Giuridico Medievale», in *Atti del Congresso Internazionale (...) in Occasione del 90.º Anniversario (...) dell'Istituto Storico Italiano*, 1973; RICHIÉ, «Enseignement du Droit en Gaule du VI^e au XI^e Siècles», in *IRMA*, I, 5b bb; G. ROSSI, «Bologna (Scuola di)» in *MDI*, II, e «Glossatori», *Idem*, e

agora ambas em *Studi e Testi di Storia Giuridica Medievale*, Milião, 1997; SAVIGNY, *Geschichte des Römischen Rechts in Mittelalter*, Heidelberg, 1834-1851 — trad. franc. (inc.) de 1839 e ed. it. de 1854-1857; MOLLAT-KARLSRUHE, *Grundzüge der Neuren Privatrechtsgeschichte. Ein Studienbuch, Storia d'Europa. Il Medioevo*, I, Pádua, 1995; STEIN, *Regulae Iuris. From de Sassoferato*, Urbino, 1935; P. WENMAR, «Die legistische Literatur und die Methode des Rechtsunterrichts Glossatorenzeit», in *Ius Commune, Neuer deutsche Privatrechtsgeschichte im Rahmen der Europäischen Rechtsentwicklung*, Viena-Colônia-Graz, 1985 — trad. esp. de 1998; F. WEACKER, *Historia 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 XII^e Siècle*, Louvaina-Lille, 1961; A. CAPRAN DIAZ, *Hist. de la Educación en España*, Madrid, 1991; J. ERMINI, «Concetto di Studium Generale», in *Scritti di Diritto Comune*, Pádua, 1976; A. GIMENEZ, *Historia Francaises et Etrangères des Origines à nos jours*, Paris, 1933; J. RASHDALL, «Universitas Scholasticum' e Comune (secs. XII-XIV)», in *Studi e Testi di Storia Giuridica Medievale*, Milião, 1997 (= *SMSTUB*, 1956); W. RUEGG, (coord.) — *Uma História da Universidade na Europa*, Lisboa, 1996; J. M. QUEIROZ VELOSO, «As Universidades. Sua História. Sua Função Social», in *Atlântida*, II, n.º 13, 1916; VERÍSSIMO SERRÃO, *História das Universidades*, Porto, 1983; SOBRELLI, *Storia della Università di Bologna*, Bolonha, 1940; J. VERGER, *Les Universités au Moyen Âge*, Paris, 1973; OLGA WEHRS, *Terminologie des Universités au XII^e Siècle*, Roma, 1987. Outra bibliografia em: A. MOREIRA DE SA, R. EKKART, M. FÉNNYES, A. DE KALBERMATTEN E HABEBELI, *Bibliographie Internationale de l'Histoire des Universités*, Geneva, 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 *Triunium*), cf. *verbi gratia* e além da generalidade da bibliografia indicada no n.º 1, *mdr.* dos estudos de Bellomo, Chévrier, Engelmann, Kantorowicz,

Meijers, Mortari, Nicolini, Stein e Weimar: ABBAGNANO, «Quatro Conceitos 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 de Auctoritas Poética no Discurso dos Iustas (Ars Inventendi)» 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, *Teorías de la Topica Jurídica*, Madrid, 1988; R. BARLI, *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.F.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; BRVNE, *Probability and Opinion. A Study in the Medieval Presuppositions of Post-Medieval Theories of Probability*, Hala, 1968; F. GAMMA CAEIRO, *Santo António de Lisboa*, Lisboa, 1967, I; CAPLAN, *Of Eloquence, Studies on Ancient and Medieval Rhetoric*, Iaca, 1970; MANUEL M. CARVALHO, *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. Beirão, 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; COING, «Trois Formes Historiques d'Interprétation du Droit», in *RHDFE*, 1970; MENeses COELHO, *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^e-XIV^e Siècles, Paris, 1999; PETER DEBART, *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 Rhetorique et la Neorhetorique*, Bucarest, 1982; A. FOUILLEE, *Aristoteles y su Polémica contra Platón*, Madrid, trad. esp. de 1948; CABANILLAS GALAS, *Consideraciones Sobre los Principios Generales de Derecho*, Madrid, 1977; GARRIN, «La Dialética desde el Siglo XII a Principios de la Edad Moderna», in *La Evolution...*, cit.; GHEBLINK, *Le Mouvement Théologique du XII^e Siècle*, Bruxelles, 1969; *L'Essor de la Littérature Latine au XII^e Siècle*, Bruxelles, 1954, 2.^a 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, «Triivium 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; JOLVER, «Abelard entre le Chien et le Loup», in *Cah. Civ. Médiévale*, 1977; «Abelardo e il Diritto (Alie Origini della Interpretazione Meccanistica 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; KRIEGL, *Theorie der Rechtsgewinnung entwickelt am Problem der Verfassungsinterpretation*, (Schriften zum Öffentlichen Recht, 41), Berlin, 1976; KÜTTNER, «On 'Auctoritas' in the Writing of Medieval Canonists: the Vocabulary of Gratian», in *La Notion d'Autorité au Moyen Age*, ob. col., Paris, 1982; LANFRANCO, *Il Diritto nei Retori Romani*, Milão, 1938; LAENZL, *Methodologia da Ciência do Direito*, Lisboa, trad. port. de 1978; H. LAUSBERG, *Elementos de Retórica Literária*, Lisboa, 2.^a ed., 1972; *Letteratura 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; I. 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 CANDIDA C.R.M. PACHECO, *Ratio e Sapientia. Estudos de Filosofia Medieval*, Porto, 1985; PARADISI, «Osservazioni sull'Uso del Metodo Dialettico nei Glossatori», in *ACISA*, II; PATER, «La Fonction du Lien 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 Rhetorique. Méthodes de Droit*, Paris, 1976; *L'Empire Rhetorique. Rhetorique et Argumentation*, Paris, 1977, trad. port. de 1993; PLEBE, *Breve Storia della Retorica Antica*, Bari, 1968,

trad. port. de 1978; A. PUTZ, *The World of Medieval Learning*, Oxford, 1981; F. PUY, *Tópica Jurídica*, Santiago de Compostela, 1984; O. REBOU, *La Rhétorique*, Paris, 1984; L. RACASSENS SICHERS, «La Natureza del Pensamiento Jurídico», in *RGLJ*, 1971, e *Experiencia Jurídica, Naturaleza de la Cosa y Logica «Razonables»*, México, 1971; L. SICHIROU, *Dialéctica*, trad. port., 1980; R.D. SIDEN, «Ratio» e «Auctoritas», nos *Consilia de Andrea Barbara*. (C. 1400-1479), in *BMI*, n.º 356 (1986); BENNOT THEMERMANS, «Renaissance e Modernidade da Retórica», in *História da Retórica*, cit.; S. TOULMIN, «Racionalidade e Razionalidade», na ob. col. *Retórica e Comunicação*, Lisboa, 1994; e *The Uses of Argument*, Cambridge, 1958; V. VÁRVARO, *Struttura e Forme della Letteratura Romanza del Medioevo*, 1968, trad. esp. de 1983; T. VIEHWEG, *Topic und Jurisprudenz*, Munique, 1963 - trad. it. de 1962; P. VIGNAUX, *A Filosofia na Idade Média*, Coimbra, 1963 - port. de 1959; MICHEL VILLEY, «Sur l'Art du Dialogue dans l'Histoire de l'Éducation Juridique», in *L'Éducation Juridica II. Profili Storici*, Perugia, 1979; VONGIJS, *La Lettre et l'Esprit de la Loi dans la Jurisprudence Classique et Rhetorique*, 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 romanos 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, convencein 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-