

RUY DE ALBUQUERQUE  
MARTIM DE ALBUQUERQUE  
Professores Catedráticos da Faculdade de Direito de Lisboa

# **HISTÓRIA DO DIREITO PORTUGUÊS**

**I VOLUME  
(1140 - 1415)**

**1.<sup>a</sup> PARTE**

**10.<sup>a</sup> EDIÇÃO**

**LISBOA  
1999**

*O Direito encarna a história do desenvolvimento de uma nação ao longo dos séculos e não pode ser tratado como se fosse unicamente composto por axiomas e corolários, tal qual um livro de matemática. Para saber o que é o Direito, torna-se preciso saber o que ele foi e o que tende a ser. Há que consultar alternadamente a História e as teorias jurídicas existentes.*

OLIVER WENDELL HOLMES  
THE COMMON LAW

*"Toda a ciência jurídica nada é senão história do direito"*  
(die ganze Rechtswissenschaft selbst nicht anders als Rechts-geschichte).

SAVIGNY  
ALLGEMEINE LITERATURZEITUNG, N.º 251-252.

*"O Sentido de uma palavra (...) determina-se (...) pela etimologia (...) e pelo uso que dela se faz. A etimologia só fornece o significado primitivo e abstracto; o uso (...) feito nas diferentes épocas dá-nos o significado sucessivo, variável, vivo. É pelo emprego da palavra que se pode aperceber a ideia que lhe ligaram as diferentes gerações e distinguir os factos e as práticas referidas com esse termo. Deve assim concluir-se que a história de uma palavra pode revelar a história de uma instituição".*

FUSTEL DE COULANGES  
RECHERCHES SUR QUELQUES PROBLEMES D'HISTOIRE - PARIS, 1894.

*"Depois trataremos da tradição dos doutores, porque o direito não se pode manter sem jurisperitos que possam cotidianamente aperfeiçoá-lo"* ("post hoc dein de de auctore successione dicemus, quod constare non potest ius, nisi sit aliquis iuris peritus per quem possit cotidie in melius produci").

POMPÓNIO  
D. 1.2.2.14

Autores: Profs. Ruy de Albuquerque e Martin de Albuquerque  
Reservados todos os direitos desta edição para Pedro Ferreira  
— Profs. Ruy de Albuquerque e Martin de Albuquerque

Composição e Impressão:

Pedro Ferreira – Artes Gráficas  
Rua Jorge Castilho, 14  
Tel. 916 17 08 – Fax: 917 63 57  
2735 Rio de Mouro

Edição:

Pedro Ferreira  
Rua Jorge Castilho, 14  
Tel. 916 17 08 – Fax: 917 63 57  
2735 Rio de Mouro

Depósito Legal n.º 130163/98  
Tiragem: 3500 exemplares  
LISBOA 1999

É proibida, nos termos da lei em vigor, a reprodução parcial ou integral desta obra por qualquer meio (fotocópia, fotografia, offset, etc.)

## INTRODUÇÃO

### DIRECTRIZES E PERIODIFICAÇÃO DA HISTÓRIA DO DIREITO PORTUGUÊS; PROBLEMAS METODOLÓGICOS

1. Termo «*a quo*» — Cumpre, em primeiro lugar, destacar o facto de não se abranger nestas *Lições* o tratamento sistemático dos períodos anteriores à fundação de Portugal. Isso não deriva da falta de interesse para o estudo do nosso direito e das nossas instituições do direito e das instituições da Espanha pré-romana e romana, assim como da monarquia visigótica, das influências árabes, de todo o processo da reconquista e da formação dos reinos cristãos — dos quais saíra o nosso País. Pode mesmo dizer-se que seria de grande importância o conhecimento respectivo. Não se torna, porém, viável aqui. Este livro tem origem no ensino universitário e visa-o em primeiro lugar. Ora, a cadeira de História do Direito compreende apenas duas escassas aulas semanais de exposição, por um lado. Por outro, começando praticamente pelos fins de Outubro

e havendo ainda eventuais interrupções causadas por serviço de exames, muito pouco tempo fica para a leccionação da matéria. Haveria, assim, que optar entre a exposição dos antecedentes — que, frisa-se, são condicionantes — e o próprio objecto do curso, estabelecido de forma a continuar-se o desenvolvimento minimamente susceptível de oferecer uma panorâmica com alguma globalidade. Na escolha pesou, aliás, o facto, de, mesmo em diferentes circunstâncias de tempo, se verificar tradicionalmente a impossibilidade de tratar de forma harmónica a matéria que se deveria compreender no âmbito da cadeia. Quem percorrer as lições de História do Direito português verificará que normalmente nelas se estuda o período medieval com alguma profundidade — e depois, sempre mais apressadamente, apenas os sistemas de fontes. A tanto obriga a inclusão dos antecedentes da nossa História.

Ora, se isto se verificava quando o programa se cingia ao estudo das fontes do direito — muito mais haverá de fazer sentir-se se intentarmos um estudo, ainda que sintético, do direito material.

Para encerrar esta chamada de atenção importa referir que o marco inicial representa, em muitos aspectos, um patente grau de artificialismo. A independência de Portugal, facto essencialmente político, não teve de imediato reflexo em muitos sectores da ordem jurídica. Sirva para exemplificar o caso do direito que hoje denominaríamos privado e mesmo o de muitas instituições de carácter público, que permaneceram inalteradas. Só progressiva e lentamente, e muitas vezes por via indirecta, ele veio a fazer-se sentir. A sua escolha representa, portanto, uma opção de natureza meramente historiográfica — com todas as condicionantes das periodificações em matéria histórica.

**2. Problemas genéricos e específicos da periodificação da História do Direito e da História do Direito português** — Chegados a este ponto, é altura de anunciarmos a segunda prevenção respeitante ao plano do livro. Diz ela respeito à periodificação estabelecida.

É um lugar-comum da historiografia a observação do carácter meramente instrumental e didáctico de qualquer periodificação — e com isso do seu valor relativo. Periodificar significa aceitar *datas-barreiras*, separando, em função de certos eventos delimitadores de épocas, os factos históricos. É como que o estabelecimento de uma compartimentação — embora a realidade histórica nunca se detenha no seu desenvolvimento cronológico. A vida processa-se de forma contínua, sem cesuras. Por isso, já se disse que a periodificação só sofre de uma congénita tara de artificialidade — não obstante apresentar virtudes sistemáticas imprescindíveis à exposição e até potencialidades reconstitutivas, que permitem formulação de hipóteses em caso de lacunas do nosso conhecimento pela indução realizada a partir dos diferentes fenómenos históricos pertencentes àquele mesmo período no qual se integra o facto a apurar. O homem vive por *unidades de estilo*, ensinou Nietzsche, ao afirmar a sua crença a respeito de uma comunidade de caracteres nas mais diversas manifestações culturais de cada época.

Necessária, mas artificiosa, pois, a periodificação contém igualmente patente grau de subjectivismo. Qual ou quais os factos que se devem tomar como elementos de separação de épocas? Dependerá, obviamente, do fim visado com a periodificação. Uma história dos factos económicos poderá considerar factores diversos dos de uma história jurídica — e assim por diante. Quando mesmo se não varie de objecto, interferirão factores relativos ao historiador, à sua *forma*

*mentis*. Certo evento poderá apresentar grande interesse para um historiador, que o tomará como elemento determinante ou simbólico de uma mutação de épocas, e não oferecer as mesmas virtualidades aos olhos de um outro exegeta. Tal facto, frequente em função das próprias circunstâncias de tempo em que se colocam os diferentes observadores — o historiador hodierno, tomado como tipo, tem uma visão diversa do historiador de há cem anos —, não deixa de se verificar mesmo entre historiadores coevos.

Este subjectivismo resulta da impossibilidade de o historiador ponderar — ou até conhecer — todos os eventos que se produziram num certo momento histórico, impondo-se-lhe um trabalho de abstracção. Da globalidade dos acontecimentos seleccionará aqueles que forem mais relevantes.

Para realizar essa tarefa deve o historiador tomar em consideração factos tão significativos quanto possível — isto é, factos que co-envolvam o maior número de causas que for viável aperceber e factos que impliquem o mais amplo somatório de consequências. Fazendo assim, o historiador limitará a relatividade do valor de periodificação e o apondado subjectivismo. Isso na exacta medida em que diminua a discriçionaridade pessoal da escolha, para não dizer mesmo a arbitrariedade dela. A historiografia jurídica nacional tem tomado a este respeito vários caminhos. Um primeiro critério divide a história do nosso direito de acordo com factores políticos, consubstanciados nas formas do Estado — antepondo a essa classificação outra resultante de caracteres étnico-políticos. Sufragada, de forma mais ou menos integral, com maiores ou menores desvios, por Caetano do Amaral (1747-1819), Melo Freire (1738-1798), Coelho da Rocha (1793-1850), Herculano (1810-1877) e completada ou adicionada por Gama Barros (1833-1925),

tal orientação considera, na formulação mais completa, os seguintes períodos: a) Período pré-romano; b) Período romano; c) Período visigótico ou germânico; d) Período da Reconquista; e) Período da monarquia limitada ou feudal; f) Período da monarquia absoluta; g) Período da monarquia liberal-constitucional; h) Período republicano.

Com o patente defeito de obedecer a dois critérios — o étnico-político e o estritamente político —, tal classificação apresenta ainda como sério inconveniente a redução da história jurídica à história dos factos políticos, consubstanciados estes na história do Estado. O mesmo vício se encontra nas posições que dividem a História do Direito fundamentalmente de acordo com dinastias ou reinados, conforme se encontra subjacente ou expresso em alguns dos autores antes citados e chegou a ser admitido por Marcello Caetano (1906-1980). Também aqui o que se encontra latente é o predomínio do direito público sobre o privado, a ideia do Estado como o grande factor de produção do direito, a crença de que o Estado se identifica essencialmente com a administração pública, tudo aliado à convicção de uma homogeneidade das formas políticas desde a fundação da nacionalidade até aos tempos contemporâneos. Quanto se teria sempre verificado era a substituição do titular do órgão máximo do Estado — a Coroa — que de si importava, por necessárias mudanças de política estabelecidas em função da personalidade dos monarcas, o estabelecimento de períodos correspondentes aos reinados.

Uma outra orientação preconiza a periodificação de acordo com o predomínio do elemento jurídico-externo (*fontes*) sobre o jurídico-interno (*instituições*). Haveria a estabelecer os seguintes períodos: a) Período de formação jurídica consuetudinária (*Costume*), desde o século XI a D. Afonso III;

b) Período de grande predomínio da legislação geral e escrita, primeiro dispersa, mais tarde reunida em códigos (Ordenações); c) Período moderno, caracterizado pelo «predomínio despótico e exclusivo da lei como fonte do direito» e pelo sistema das grandes «codificações científicas».

Esta orientação, a nosso ver mais perfeita do que qualquer das modalidades da anterior, procura fazer coincidir as diferentes divisões com critérios políticos de organização do Estado, renunciando a coordená-los com os demais fenômenos sociais. É, por isso, completamente unilateral — o que nos impede o seu acatamento, tal como vem formulada. O presente livro está subordinado a uma perspectiva integradora de aspectos institucionais. O critério agora referido intenta, sobretudo, uma história externa, não de instituições.

Deve-se a Cabral de Moncada (1888-1974) uma construção que, com variantes mais ou menos acentuadas, tem sido genericamente acolhida entre nós — para o que não será estranho o facto de os respectivos propugnadores apenas estudarem os sistemas de fontes, num puro trabalho de história externa. De acordo com aquele autor, haveria a considerar critérios exclusivamente jurídicos. Não faria sentido procurar critérios étnicos ou políticos para periodificação da matéria jurídica. O que o historiador teria a fazer era apurar a existência de sistemas jurídicos perdurantes no tempo, a cada um fazendo corresponder um período. Cabral de Moncada estabelece assim as seguintes épocas:

a) Sistema primitivo ou ibérico, indo dos mais remotos tempos até à Constituição de Caracala, de 211 da nossa era<sup>1</sup> (Constituição que concedeu a cidadania romana a todos os

1. Cfr. *infra*, n.º 62.

habitantes livres do Império); b) Sistema do direito romano vulgar, de 211 à *Lex Visigothorum Recesvindiana*<sup>1</sup>; c) Sistema romano-gótico, desde aquela lei até ao século XI; d) Sistema germânico, ou germânico-ibérico, desde o século XI até aos meados do século XII (reinado de D. Afonso III — 1245-1279); e) Sistema do romano-justiniano, de D. Afonso III à reforma dos estudos e às primeiras tentativas de codificação a partir dos meados do século XVIII; f) Sistema de direito natural e de individualismo crítico, até às modernas tendências do «direito social» dos nossos dias.

Trata-se de concepção ligada às premissas metodológicas da escola kelseniana. A sua linha mestra é a convicção de que a ordem jurídica consiste num sistema lógico de normas, entre si concatenadas harmonicamente, estanque aos dados sociais e estabelecido com independência formal perante eles. Deixando de lado a impossibilidade de considerar aplicável aos tempos mais recuados a ideia de sistema jurídico, que corresponde a uma concepção moderna, está hoje posta em causa a ideia da ordem jurídica como um sistema de regras, decorrendo todas de uma norma fundamental e sendo cada uma complementar em relação às demais delas.

A ordem jurídica é um aglomerado de normas, instituições e decisões por vezes entre si contraditórias, de diversa origem cronológica e, portanto, inspiradas em filosofias e ideologias diversas — e não raro permanecendo no tempo para além destas. Por outro lado, a pretendida «pureza» da norma jurídica, que o intérprete deveria considerar com abstracção dos dados sociais, está hoje também em causa.

1. Cfr. *infra*, n.º 49.

Ao historiador do direito cumpre encarar as normas não só no seu conteúdo, mas integradas no quadro das fontes respectivas e no respectivo contexto social e institucional. Cumpre-lhe também atentar na vida do ordenamento jurídico enquanto *globalidade*, ou seja, na medida em que é composto por elementos de diversa origem temporal, objecto de vicissitudes diversas e entre si reagentes. O ordenamento jurídico de uma época não nasce de um acto instantâneo. É constituído por normas herdadas das épocas anteriores e de outras que se vão acrescentando paulatinamente. Por isso, a ideia de sistema, com a sua pretensão de fazer correr entre as diferentes épocas uma parede separadora, dogmaticamente errada, torna-se historicamente inaceitável<sup>1</sup>. A periodificação não pode ser tomada senão dentro da ideia de que se não quebra a continuidade histórica. Há factos jurídicos e sociais que transitam de uma época para a outra, e as inovações frequentemente só aceleram ou desenvolvem tendências já latentes ou que se fazem sentir muito depois da sua produção e à maneira que vão ocorrendo vários eventos cuja conjugação com elas se produz sob a forma de concausas de novos fenómenos.

**3. Periodificação adoptada** — Em nosso entender, existem dois períodos na História do Direito português — não considerando as divisões susceptíveis de estabelecimento com anterioridade à fundação do reino e correspondentes a critérios étnicos. O primeiro corresponde a uma ordem jurídica essencialmente pluralista. O segundo a uma ordem jurídica essencialmente monista. A transformação de uma na outra opera-se com a concentração nas mãos do Estado das fontes de produção jurídica — de forma exclusiva ou quase.

1. V. *infra*, n.º 16.

**4. Especificidade do fenómeno jurídico no primeiro período** — No primeiro período coexiste uma série de factos normativos de proveniência diversa — romana, germânica, canónica... — formalmente correspondendo a uma heterogeneidade de fontes: costume, direito prudencial, direito que chamaríamos supra-estatal, direito estatal-legal e direitos locais... Não há um domínio do direito emanado do poder central, embora encontremos já alguns germens dessa vocação, mas sim o direito de uma pluralidade de instituições, personalizadas ou não. Estamos ainda longe da figura do *Estado*, mas apenas perante as figuras do *regnum*, da *res publica*, do *status rei publicae*, do *dominium*, e que se encontram limitadas pelo pluralismo jurídico. Este constitui então a forma prática e efectiva de assegurar a *libertas*. O jurista, como arquétipo, é essencialmente um *conditor iuris*, cultor de um direito sem fronteiras, nem sempre politicamente promulgado nas comunidades que o utilizam, embora aí vinculante. Na segunda época, tomada agora na sua tónica dominante, surge o conceito moderno de Estado com a sua pretensão de deter o direito. Começando por disciplinar o valor do costume, do direito prudencial e do direito supra-estatal, o Estado acabará por proclamar a redução do direito aos factos jurídicos por ele promulgados, o que encontra o signo externo mais totalitário no identificar do direito com a lei. Vejamos alguns aspectos.

O jurista deixa de ser um *prudente*<sup>1</sup>. Convertido progressivamente de jurista autoritário em jurista burocrático, é posto ao serviço dos fins políticos do Estado e depois dos seus fins administrativos.

1. Cfr. *infra*, n.ºs 80 e 81.

Estamos perante evolução semelhante à que se verificou em Roma com a passagem do *prudente* a jurista burocrático. Dentro em pouco, não passará de um legista. De *conditor iuris* converter-se-á no *serventário da aplicação da lei*, quando muito crítica. O seu direito passa a ter unicamente o valor que o Estado lhe assina. Sob a aparência de se delimitarem formalmente as funções do jurista (para o qual se reservam actividades essencialmente interpretativas), vai-se estabelecendo um critério que implicará, na substância, a ideia de promulgação política efectiva como elemento necessário, ao menos de maneira implícita, à própria noção de direito. É então que se começa a assistir nos diplomas legais à declaração constante, quase transitória, de que valerão não embargante as opiniões doutrinárias, que se têm por revogadas, e se chegará a proibir a interpretação das leis! A vontade do Estado apresenta-se tão intocável e afirma-se de tal maneira determinante que repudia a simples exegese dos doutores, não vá ela acarretar qualquer desvirtuação do legislado. Era o temor (habitual) do poder político ante a possibilidade de um direito baseado na interpretação criadora dos juristas e, por isso, a ele alheio.

O mesmo acontece com o direito *supra regna*. Ele valerá quando e na medida em que o Estado o queira. O benepá-cito<sup>1</sup> é a este respeito sintomático. Tarde ou cedo, aparecerão as doutrinas denegadoras do valor jurídico do chamado direito Internacional ou, mais mitigadamente, do seu recebimento automático na esfera jurídica interna. É a este respeito significativo o facto de se haver sustentado, quando da elaboração do primeiro Código Civil Português, importar o recurso à legislação estrangeira, como forma de apurar o «testemunho» da equidade para com ela suprir as lacunas

1. Cfr. *infra*, n.ºs 44 e 110.

do ordenamento nacional, a «abdição da soberania, da razão pública e da autonomia nacional». O próprio direito natural<sup>1</sup> quando não é negado como elemento limitativo da soberania do Estado e que por este deve ser acatado (assim o fizeram Grócio — m. 1645 —, Hobbes — m. 1679 —, Rousseau — m. 1778) deixa de ser entendido como conjunto de valores atemporais, vinculantes do Estado e, portanto, dele limitadores, para passar pela feira estatal com a sua recondução à prática dos Estados que compartilham a mesma concepção de mundo que o Estado-censor. É este quem define autoritariamente o que é o direito natural. Quanto ao costume, como haveria ele de resistir? Facto normativo interno, por excelência, as suas forças enformavam de uma maior debilidade do que os demais factos normativos a reduzir ou reduzidos pelo Estado. Vigorará só e quando este quiser: será o direito dele a declará-lo. Fá-lo-á com a pretensão de estabelecer uma disciplina, não já apenas jurídica, mas também sociológica. Ao banir o costume *contra legem*, o Estado não enuncia apenas um princípio jurídico, mas também um juízo de facto. Nem no mero plano deste a lei poderá ser revogada. Ela surge como um valor absoluto: a lei — eis pois o direito. O próprio direito local vigorará quando e se a lei o aceitar. Isto no aspecto axiológico, jurídico, político e de facto. Estamos perante o predomínio incontestado e, na lógica do Estado, incontestável da legislação geral. A este ritmo não fugirá o próprio Estado liberal que traduzirá mesmo o começo do fechar da cúpula. Por isso, D'Ors dirá que este é tão absoluto quanto o próprio Estado absoluto. Por indiferente se terá que a lei seja promulgada autocrática ou democraticamente. Ela

1. V. *infra*, n.ºs 118 e ss.

incorpora a vontade do Estado — contra a qual nada poderá prevalecer, teorizada aquela, como é, na doutrina da soberania. O Estado liberal tentará apenas suprimir essa contradição insita com uma *divisão* do seu próprio poder em poder executivo, judicial e legislativo. Ao fazê-lo, hipostisa, porém, neste último a sua pretensão ao monolítio do direito. Ele não representa senão uma função sua. A garantia dos direitos individuais, os limites do Estado são meramente internos, e não, como na primeira época, externos ao Estado, conforme o postulado por uma visão pluralista da ordem jurídica. As tentativas do nosso tempo para repensar a dialéctica estatal constituem, do prisma histórico, uma das mais aliciantes experiências dadas viver ao homem contemporâneo.

**5. Continuação** — No primeiro período — que chamamos pluralista — o direito corresponde a uma concepção de mundo bem marcada.

O homem tem um fim metafísico. Não existem acções incolores: tudo possui uma dimensão espiritual<sup>1</sup>.

Consequentemente, a comunidade política encontra-se delimitada em função dos próprios fins e da estrutura mais vasta da república cristã. É apenas uma instituição entre as demais — não podendo sequer reivindicar primazia hierárquica, nem suprimir os direitos e prerrogativas daquelas que com ela coexistem. A república cristã constitui a unidade na qual o homem encontra a máxima realização, razão de tudo o que está para além desta ter de ser convertido. Nas doutrinas máximas não existe mesmo verdadeiro poder fora da

1. Cfr. *infra*, *passim*, v.g. n.º 110.

república cristã. Não há *dominium* além dela — e a própria personalidade jurídica corresponde à integração do homem na ordem simultaneamente religiosa, moral e jurídica daquilo a que se poderia chamar a efectiva comunidade internacional<sup>1</sup>. A esta ideia de mundo corresponde um Estado de facto: a Europa encontra-se rodeada de inimigos estimulados por um proselitismo expansionista, expansionismo verdadeiramente totalitário no caso do Islão. Não conhece outros povos além deles. O pagão e o herege são inimigos naturais, que mais a levam a cerrar-se intransigentemente sobre si. A guerra é, em simultâneo, um processo político, económico, militar e religioso. Tem, por isso, um valor ético traduzido na *guerra justa*, como aperceberá quem atentar no facto de a nossa antiga ordem jurídica reduzir o inimigo vencido não cristão à escravidão, diferentemente do ocorrido com os membros da cristandade. A sujeição representa a forma prática de realizar o *compelle eos intrare* da doutrina político-jurídica medieval.

A Europa constitui então um todo hierarquizado. Deixará de o ser como as Descobertas. As Descobertas, ao incorporarem no convívio europeu uma série de povos até aí desconhecidos, com os quais nenhuma relações anteriores serviam de título ao direito de guerra, e que diferentemente dos vizinhos islâmicos não tinham relativamente aos europeus condições de facto ou fundamentos religiosos para formularem pretensões de conquista, puseram um problema teórico de laicização do direito internacional suficiente para retirar a justificação ao velho edifício anterior. A comunidade cristã deixava de constituir um mundo fora do qual as relações eram de hostilidade e dentro do qual mais do que

1. Cfr. *infra*, n.º 123.

de sociedade eram de comunidade. Os poderes que a tinham regido encontravam-se colocados perante uma problemática que dificilmente consentia adaptação e, portanto, a manutenção da respectiva base intelectual. Por isso, se tem visto nos teóricos do direito das gentes (*ius gentium*) e da expansão, nos homens da segunda escolástica internacionalista, verdadeiros fautores de uma laicização da comunidade e do direito internacional — e com eles o fim das concepções sobre a *auctoritas superlativa* dos pontífices e a *iurisdictio imperii*<sup>1</sup>. Bem o compreenderá quem atentar nas raízes doutrinaárias dos autores subsequentes que teorizaram no plano internacional — como Grócio (1583-1645) — a independência dos estados face à Santa Sé e puseram o epitáfio científico nas pretensões do Império enquanto autoridade supra-estatal. Decerto, o fortalecimento dos estados europeus e as suas rivalidades tornava só por si muito frágeis as possibilidades de uma Europa hierarquizada. O grande fundamento teórico da sua rejeição nasceu, porém, com a problemática desencadeada pelos Descobrimentos. A Reforma também a isso conduziria, mas o verdadeiro papel aqui por ela representado foi apenas o de causa acelerante de um processo já em marcha.

As consequências das Descobertas não se fizeram sentir unicamente no plano do direito internacional. Tiveram a maior importância no campo do nosso direito interno. Levaram à criação de um aparelho político-administrativo próprio, baseado em conceitos de descentralização totalmente opostos ao critério centralizador seguido pela Coroa relativamente à administração no país e correspondentes à criação de um novo Estado — o da Índia — e a um reino

1. Cfr. *Infra*, n.ºs 123 e ss. e 133 e ss.

— o Brasil; conduziram ao estabelecimento de órgãos legislativos próprios, com competência formal mesmo para a publicação de diplomas solenes e para afastar a aplicação dos diplomas do Governo central nos territórios da sua jurisdição; provocaram o estabelecimento de um aparelho judiciário específico, ao qual foram confiadas tanto funções cíveis como criminais; e levaram a um largo recurso ao direito romano, chamado a suprir o direito nacional, inadequado para regulamentar situações de facto nele não previstas e em relação às quais o nosso legislador carecia de experiência, só obtível com dilatado tempo — apesar do que praticamente se lhes não faz referência nas obras relativas à História do Direito português. Representam a este respeito excepção a página dedicada à «Legislação do Brasil» por Paulo Merêa, nas suas *Lições*, proferidas em 1923, e as escassas páginas consagradas pelo Prof. Marcello Caetano aos «direitos de Portugal às terras e mares descobertos» e à «utilização do regime senhorial na colonização das terras descobertas», páginas de si muito sintéticas e lacunares, aliás. Reportam-se, além do mais, a situações ou aspectos circunscritos e parcelares, inseridos no curso como temas autónomos, sem nenhum reflexo ou ligação intrínseca com a estrutura e o ritmo daquele.

Existe no processo em causa um outro factor a tomar em consideração — e a esse não há um único historiador do Direito que se lhe refira, apesar de vulgarmente consignado pelos cultores da História dos Descobrimentos.

Os Descobrimentos foram em Portugal um dos motivos da centralização e do desenvolvimento do Estado, ao qual trouxeram novos meios de acção e novas preocupações. A empresa nacional exigia uma direcção concertada, um poder susceptível de mobilizar os recursos totais do país,

uma vontade política suficiente para vencer as hesitações e até as oposições — que se foi fortalecendo com os êxitos conseguidos na exploração dos mares. Por seu turno, à maneira que estes se sucediam, a Coroa teve réditos e lugares passíveis de atraírem a fidalguia para a sua órbita, transformando-a em nobreza de corte, dependente das graças do soberano, despida de veleidades de opposição. Pois não fora, juntamente com o proselitismo religioso, o *chômage* — é, portanto, a irrequietude — das classes guerreiras uma das causas das Descobertas, mais concretamente da conquista de Ceuta, com que elas se inauguraram? Mediante os recursos das Descobertas, a Coroa fortalecer-se-á também perante o clero, em relação ao qual deixou de depender substancialmente da boa vontade tributária e do seu *know how* cultural, como hoje diríamos, ao dispor progressivamente de uma máquina burocrática própria. Nascia uma mentalidade administrativa formadora do Estado — na medida em que viria a juntar-se ao demais elenco dele gerador — até então com funções essencialmente políticas.

No campo interno, o *princeps* afirmar-se-á perante os demais estratos da organização social, ao dispor de meios funcionais de governação e de meios materiais até aí desconhecidos. As liberalidades, teorizadas como inerentes ao poder régio pelos *repúblicos*, puderam deixar de ser praticadas à custa daquilo a que chamaríamos o tesouro e o património de raiz para o serem com doações de cargos novos e a outorga de mercês feitas com a nova riqueza.

Fortalecido, incontestado no plano interno, o rei vai apressar-se com outra dimensão no campo internacional. Não é a figura do *princeps* que nele vemos mover-se. É, mesmo *ante litteram*, o soberano, como cabeça do Estado, a actuar

aí, quer face à Santa Sé, em relação à qual a dependência se tornara menor com a menor dependência interna em relação ao clero, quer no tocante aos demais estados europeus, cuja maioria não conseguira ainda o equilíbrio político resultante da integralidade territorial e da hierarquização das forças interiores, nem manejava meios que os nossos príncipes concentravam nas suas mãos e livremente utilizavam.

**6. Segundo período. Termo inicial** — Como separar os períodos um do outro? Tomaremos a data da conquista de Ceuta — 1415 — por termo final do primeiro e inicial do segundo. Foi a conquista de Ceuta que inaugurou a chamada Idade Oceânica na história universal, que constituiu o marco inicial das Descobertas e estas representaram, como vimos, o facto de maior importância na vida nacional e de maiores consequências, directas e indirectas, no nosso direito.

Ao escolhermos a tomada de Ceuta, elegemos um evento individualizado para separar os dois períodos nos quais dividimos a História do Direito português. Não queremos, naturalmente, com isso entendê-lo enquanto causa de todos os efeitos que nos levam a configurar os tempos posteriores como uma época bem individualizada. Intentámos apenas tomar um facto, pelo seu valor simbólico, em expressão de um processo lento e progressivo.

A esta prevenção haverá a acrescentar outra ressalva. Não concebemos os termos utilizados para a delimitação dos períodos como portas que, fechando-se, deixam para trás, completamente isolados, os factos a eles anteriores. Há sempre uma continuidade histórica, conforme dissemos já. Olhámo-los apenas enquanto expressão real, impregnada de valor simbólico, de forma concentrada

(recorde-se a famosa lei da «concentração histórica») de processos determinantes de uma mudança de tónica, por vezes já anunciada ou antevizível a partir de factos ainda ténues existentes no período anterior e depois desenvolvidos e condicionados por eventos e processos cuja relevância e amplitude dependeram de circunstâncias então ainda nem pensáveis (como foi o caso das Descobertas).

Reputamos ainda por necessário acrescentar uma nota referente à tomada de um facto não jurídico para estabelecer a periodificação do nosso direito — que tanto escandalizaria Cabral de Moncada e, decerto, tanto escandalizará os seus discípulos. Fizemo-lo conscientemente e incorporando todas as premissas enunciadas nas páginas anteriores. Ceuta é o símbolo das navegações, expressas de forma sintética. Estas, por seu turno, constituíram o evento essencial que alterará e condicionará de maneira decisiva a sociedade nacional. Foram elas que representaram, numa palavra, o desafio presente ao país — e, com isso, à ordem jurídica.

Para nós, carece de sentido qualquer periodificação do desenvolvimento histórico do direito que não atente nas mutações da concepção de mundo — sejam elas lentas e progressivas — e nas modificações estruturais da sociedade, muitas vezes apercibíveis apenas com a observação de dilatados arcos de tempo.

Com esses factores se hão-de correlacionar as modificações da ordem jurídica considerada globalmente — comprovando assim as respectivas conexões pré-jurídicas — e à luz desse todo olhar as diferentes soluções prudenciais, consuetudinárias, judiciais, legislativas, administrativas e políticas achadas para cada problema. Não esqueçamos, a tal respeito, o aforismo antigo de que

«conhecer é saber as causas» — constituindo muitas vezes os factos exteriores a um ente, seja ele cultural ou físico, os condicionantes da configuração respectiva e da respectiva vida ou morte.

Temos, por isso, como falsa a proposição de só se encontrarmos no interior de cada fenómeno elementos de periodificação elegíveis e de ser, portanto, arbitrário periodificar com recurso a factos que não se apresentem como *jurídicos*, ou seja, extraídos da estrutura íntima dos *sistemas*, «daquela visão do mundo e dos conceitos jurídicos que só ela», ordem jurídica, tem, e não existe em mais nenhum fenómeno cultural contemporâneo. Mesmo deixando de lado a rejeição do direito como uma entidade autónoma face à cultura da época, parece-nos contraditada pela lógica a ideia de que no desenvolvimento dos fenómenos culturais as causas relevantes lhe hão-de ser sempre ínsitas e conaturais. Se isso pode suceder em alguns casos ou épocas, nem sempre assim ocorre. Historicamente, são muitos os exemplos da prevalência de um elemento diverso do objecto cultural relativamente às potencialidades estáticas ou dinâmicas dele próprio. Por vezes, os factores exógenos são mais relevantes que os endógenos. Tanto a lógica, como a física, como a sociologia modernas, nomeadamente pela pena de Karl Popper, têm enfatizado a importância do «*complexo situacional*» dos fenómenos como elemento causal. Percebê-lo é virtude imprescindível à periodificação.

**7. Subdivisão do segundo período** — Separados os dois períodos, importa debruçarmo-nos sobre o segundo, pois, apenas nos referimos até agora ao termo inicial e às suas características gerais.

Haverá homogeneidade durante os dilatados séculos que o compõem? Elemento de continuidade é nele expresso pela dialéctica da concentração do direito nas mãos do Estado, de que foi participante o Estado liberal, conforme salientámos já. Existem, porém, factores de diversidade a atentar, que consubstanciados sobretudo nos elementos pré e pós-revolução de 1820, nos levam a estabelecer dentro deste segundo período duas subépocas, separadas por aquela data.

Até ao liberalismo pode afirmar-se a manutenção de uma linha de desenvolvimento progressivo e simultâneo aos diferentes elementos da experiência jurídica: da construção do Estado — considerada em si própria — à configuração do direito público; desta à do direito privado; do direito privado ao processo histórico de actuação da doutrina.

A partir, porém, da Revolução Liberal de 1820 deixa de se verificar uma sincronia perfeita. Se a manutenção da conquista das fontes do direito não quebra a continuidade com os tempos antecedentes, se o direito privado se mantém inalterado até 1867, se a doutrina prossegue trilhando as sendas anteriores, a verdade é que, a partir de 1820, se deu uma mutação dramática no direito público, ficando a ordem jurídica com dois sectores diferenciados, cada um dos quais dotado de dinâmica própria. No processo dialéctico, então aberto, o papel preponderante coube ao direito público e às ideologias correspondentes, cujo impacto ditou a consagração de um novo direito privado, construído em conformidade sistemática com o outro hemisfério da ordem jurídica. Formalmente, ele nasceu em 1867, conforme dissemos já, com o aparecimento do primeiro Código Civil. Nessa altura deu-se como que uma unificação do direito nacional, sob a égide das ideias liberais. E, assim, possível,

e não obstante a falta de coincidência de desenvolvimento entre o direito público e o direito privado existente desde 1820 a 1867, considerar-se o liberalismo como um período susceptível de ser tomado diferenciadamente em relação aos tempos anteriores. Quer isto dizer que embora o vintismo haja sido em si próprio um movimento que directamente teve apenas relevância política, indirectamente ele modificou o direito público, tomado este sobretudo na sua feição constitucional e administrativa, e, numa conexão mais remota, o próprio direito privado. Ressalvadas as prevenções antes referidas sobre a natureza e os limites dos eventos periodificantes, torna-se assim fácil distinguir no período agora em estudo duas épocas, terminando a primeira em 1820 e aí começando a segunda. Vejamos com algum pormenor os aspectos antes enunciados.

**8. Os elementos comuns às duas épocas do segundo período** — Convém frisar haver constituído elemento característico de todo o segundo período a conquista das fontes do direito por parte do Estado, paulatinamente convertido no grande personagem da cena jurídica. Ele alcançou-se a tal lugar por via, nomeadamente e em primeiro lugar, da implantação progressiva de reformas administrativas uniformizantes, merecendo a pena, a tal respeito, chamar a atenção para dois momentos significativos: o reinado de D. Sebastião, a que chamaríamos, por antonomásia, reinado de direito administrativo, e as reformas liberais inspiradas por Mouzinho da Silveira (1780-1849). Em segundo lugar, com a implantação de uma tónica centralizante, expressão paradigmática da administração filipina, que impôs à própria administração do Ultramar critérios de cen-

tralização, uma fiscalização constante e uma burocratização minuciosa, ao contrário do espírito de descentralização até aí nela dominante, apesar de em contraste com quanto se passava em Portugal. Depois, virado o início da nova dinastia nacional, obrigada pelas circunstâncias a conter e porar, embora tenuemente, com as construções jurídicas tradicionais e atenuantes do processo em desenvolvimento — lembre-se o livro de Valasco de Gouveia (1589 ou 90-1659) —, depois, dizíamos, com o absolutismo josefino-pombalino, de expressão teórica, antecedido e preparado por um absolutismo de facto, personificado por D. João V e possível a este pelo afluxo das riquezas brasileiras, fruto tardio da política de descoberta e expansão. Finalmente, pelo centralismo parlamentar resultante da revolução liberal e por ela transmitido à República, cuja aplicação caberia tanto no território europeu como nas terras de além-mar.

Paralelamente a estes fenómenos, a ordem jurídica incorpora uma série de elementos tópicos, cuja permanência se verifica durante a época em causa, variando apenas nos diferentes momentos o grau de intensidade de cada um deles, a forma de mútua reacção e o carácter expansivo que advém da respectiva conjugação sistemática. Demonstrou-o, de forma parcial ao menos e com o seu habitual brilho, o Prof. Moncada, ao traçar a génese das «ideias novas» que encontraram expressão política na revolução de 1820 e geraram o *estado moderno* em Portugal. A ideia de *direitos naturais do homem*, a de *igualdade perante a lei*, a da *soberania popular*, a do *governo representativo*, a da *separação de poderes*, a da *monarquia limitada*, a de uma *Constituição*, apresentam raízes antigas, por vezes com consagrações práticas — embora, não raro, parcelares ou episódicas —, relacionando-se as querelas a elas respeitantes,

sobretudo com o domínio da aplicação concreta, a propugnação da maneira de as efectivar, o casuismo a estabelecer para as fazer corresponder às diferentes situações concretas, e não ao respectivo entendimento abstracto, à sua formulação intelectual ou mesmo à ponderação das justificações teóricas. De notar, a tal propósito, que não tem faltado quem denegue a consideração — habitual — dos períodos da ilustração — ou do iluminismo — e do constitucionalismo como épocas autónomas e diferenciadas, quer impugnando a especificidade do primeiro, quer acentuando a comunidade de elementos entre ambos. O Prof. Marcello Caetano escreveu, ao negar a autonomia do período iluminista, que este, «segundo um movimento de larga projecção europeia, cobre a segunda metade do século XVIII e se pode ainda considerar dominante, embora sem conseguir realizar-se com o mesmo vigor, nos primeiros anos conturbadíssimos do século XIX. É dele que sai o período seguinte, o da revolução liberal, ao qual corresponde uma profunda modificação de instituições e de leis. Em boa verdade, o período de ilustração é meramente transitório, e tanto pode considerar-se de desagregação da ordem de coisas que vigorou desde o século XVI ao século XIX, como de preparação do que começa neste último século». O Prof. Gomes da Silva tem como duvidoso face à ideia, comum às épocas iluminista e liberal, de direitos naturais do indivíduo, que elas constituam dois períodos verdadeiramente autónomos. Na Itália, Cattaneo colocou em destaque a comunidade entre essas duas épocas, falando de *absolutismo iluminista* e de *iluminismo liberal*.

Foi a assinalada comunidade de elementos que consentiu durante as lutas liberais a ambos os partidos reivindicarem a identificação com o direito público e a constituição secular da nação portuguesa — conforme o sistematicamente ensi-

nado pelo saudoso Dr. Augusto Reis Machado. Salvas as diferenças ideológicas postuladas por limitados grupos radicais das duas facções, os interesses pessoais em conflito e uma confusa e degenerada identificação das ideologias com as personalidades envolvidas na tormenta, o que sobretudo esteve em causa foi a maneira de concretizar os diferentes princípios jurídico-políticos, não a concepção última destes e os respectivos fundamentos históricos.

Para além, todavia, da permanência de uma temática que, com todas as suas variações parcelares resultantes do diferente desenvolvimento no tempo, se pode ter como existente não só já nos primeiros séculos do período como nos tempos da ilustração e do liberalismo, existe a salientar um elemento de unidade entre estas duas épocas. Referimo-nos à maneira de conceber o direito. Tanto numa como noutra, ele foi encarado numa perspectiva voluntarista, ou seja, como um produto da vontade do Estado. A ela não fugiu o próprio direito natural — mais ou menos identificado com a *recta ratio* e o direito das gentes —, como perceberá quem atentar simultaneamente na identificação que a legislação pombalina faz deste último com a prática das nações civilizadas e o entendimento relativista que lhe foi dado pelos juristas liberais, preocupados com a exaltação da própria época, das suas conquistas intelectuais, do Estado como simples garante da esfera da liberdade dos indivíduos, com o mito do progresso. Por isso, tais concepções consentiriam uma passagem insensível para as doutrinas positivistas dos tempos imediatos, constituindo uma espécie de elo entre elas e as antigas teses ockamistas, que tão ardorosa e polemicamente viram a essência do direito na vontade<sup>1</sup>. Para comprová-lo

1. Cfr. *infra*, volume respeitante aos *Grupos Sociais e Conteúdo do Direito*, na parte relativa às heresias.

basta fazer o confronto com o direito natural dos séculos XVIII e XIX e o correspondente aos ensinamentos tomistas, em cujo quadro ele é essencialmente reconduzido à razão. Ilustrá-lo-á, também, a comparação entre o racionalismo da escolástica medieval e a segunda escolástica ou escolástica peninsular do século XVI, reconduzível sobretudo à escola do direito internacional. Sob a recepção de um fundo racionalista e uma fronteira ortodoxa relativamente à maneira de conceber o direito como razão, existem já nesta reais concessões ao voluntarismo jurídico, que consentiram o posterior aproveitamento das respectivas obras pelos apoletas protestantes do poder real.

Pode, assim, afirmar-se a existência entre nós de uma linha de filosofia político-jurídica que se manifesta durante todo o período em causa e encontra no voluntarismo racionalista, de feição pombalina e de feição liberal, momentos de expressão saliente. Importa destacá-la, pois ela diz respeito à própria maneira de entender o direito — e comporta, portanto, virtualidades periodificadoras insusceptíveis de serem ignoradas pelo historiador.

**9. Primeira época do segundo período. Elementos específicos** — Estabelecidos os factores comuns a todo o 2.º período, vejamos os caracteres específicos da respectiva primeira época. Eles podem enunciar-se referindo: *a)* a estabilidade do direito público e um desenvolvimento progressivo das doutrinas políticas; *b)* a permanência das linhas mestras do direito privado; *c)* o carácter translatício do trabalho dos juristas. Vejamos cada um por si.

Até aos começos do liberalismo assistimos à manutenção do núcleo essencial do direito político, sendo as alterações

graduais operadas de modo lento e por vezes quase insensivelmente — como sucedeu com o funcionamento e periodicidade das cortes.

Por seu lado, as doutrinas políticas apresentam uma marcada continuidade, podendo dizer-se que cada lance inovador constitui apenas o desenvolvimento lógico de premissas anteriores, realizado, não raro, pela adição de modelos e influências estrangeiras.

Quanto ao direito privado, é ainda mais visível a respectiva permanência. Ao observador desprevenido, atento apenas às grandes superfícies, ele dará mesmo a sensação de imobilidade da ordem jurídica. «Durante séculos, até à segunda metade do século XVIII, nenhum novo princípio, nenhuma nova técnica, nenhuma instituição produto de quaisquer novas condições morais, vieram quebrar a unidade e o predomínio entre nós deste sistema jurídico», escreveu o Prof. Cabral de Moncada (II, 1949, 198), referindo-se ao que chamou «sistema de romanismo justinianeu», e cujos limites correspondem em grande parte à primeira época por nós aberta no segundo período. Ora, se a continuidade se pode estabelecer até aí, parece-nos que ela se verifica igualmente nos tempos imediatos. Mantém-se parcialmente em vigor a coluna central do nosso direito — as *Ordenações* —, corpo no qual, de resto, se continha a disciplina de muitos sectores do direito público. As reformas legislativas pombalinas, apesar da violência do seu proselitismo, não representaram uma renovação criadora do nosso direito, os alicerces e o pórtico de uma nova época: as diferentes soluções materiais então decretadas ou se integraram nas tradições do direito nacional, muitas vezes mesmo proclamando-as, ou tiveram vida efêmera, como sucedeu com a quase totalidade das inovações impostas em matéria sucessória que, por

contrárias às idiosincrasias consagradas translaticianamente, soçobraram com a queda de Pombal. Num caso falta-lhes toda a virtualidade para delimitarem um período independente; no outro, constituindo ditames de âmbito circunscrito e em contradição mais ou menos gritante com a globalidade da ordem jurídica, não consentem o estabelecimento de verdadeira periodificação, que necessariamente há-de corresponder às estruturas genéricas de todo o ordenamento.

A falta de relevância inovadora do consulado pombalino aperecer-se-á melhor se dissermos terem as respectivas reformas operado sobretudo no domínio das fontes, ou seja, pela determinação do direito subsidiário. O seu ponto de partida foi, portanto, o próprio direito anterior, actualizado apenas por via de critérios interpretativos, definidos por maneira oficial e operantes primacialmente no domínio das lacunas da lei. A chamada *Lei da Boa Razão*<sup>1</sup>, de 18 de Agosto de 1769, é, a tal respeito, particularmente elucidativa, como veremos a seu tempo.

Podemos, assim, considerar a ordem jurídica nacional na sua estrutura normativa qualitativamente inalterada durante toda esta época. Formalmente monista, em virtude da gradual primazia reivindicada pela vontade do Estado, traduzida *verbi gratia* em lei — e do consequente e sucessivo arredamento dos outros fenómenos normativos para uma função adjuvante ou subsidiária — ela nunca conseguiu, por motivos da própria escassez legislativa, estrutura que no plano material impedisse os demais factos normativos de se lhe ligarem e de aí pretenderem mesmo uma dinâmica própria. A *Lei da Boa Razão* é também demonstrativa de toda esta fenomenologia ao proibir que se fizesse uso, tanto

1. Cfr. *infra*, volume respeitante às *Fontes do Direito* (2.ª Época).

em alegações como em decisões judiciais, de quaisquer textos ou se invocasse a autoridade de qualquer *prudente* quando houvesse determinação expressa das leis pátrias ou de usos do reino legitimamente aprovados. A diferença entre os marcos cronológicos de toda a época é meramente quantitativa com o progressivo alargamento da actividade legislativa e a progressiva efectivação da reivindicação por ela feita de uma primazia entre as fontes. O chamado período do Iluminismo representa apenas a expressão mais desenvolvida e nacionalizada de toda a época em causa. É um cume, mas não tem existência autónoma nem poderá ser compreendido com abstracção das zonas prévias.

Passemos agora para o terceiro aspecto referido — a maneira de operar da doutrina. Do século XV aos finais desta época, o trabalho da doutrina apresenta-se uniforme, sendo as *nuances*, estabelecidas nas diferentes centúrias, de grau e de progressão. Ela parte de um direito nacional que, embora formalmente prioritário no quadro das fontes, foi em si mesmo lacunoso, bem como da admissão da plenitude, ao menos tendencial, do ordenamento jurídico romano, ao qual, por isso, tende a emprestar o carácter do sistema. Daqui haver sido no direito romano que se encontraram simultaneamente os motivos inspiradores do trabalho de construção sistemática e o terreno de eleição para as respectivas experiências. Relativamente à ordem jurídica nacional, a doutrina — até Melo Freire (m. 1798) — contentou-se com trabalhos de comentário, a glosa e o casuismo, apenas se encontrando uma ou outra consideração sistemática a propósito da exegese de preceitos concretos ou como tópico aduzido em torno de hipóteses práticas e correspondentes a um espírito a assimilar, a um modelo a seguir, e, portanto, com acentuada natureza de argumento de lógica persuasiva.

As próprias obras de Pascoal e seus discípulos são elucidações de quão pouco se caminhou a este respeito nos domínios do direito nacional. Embora externa e formalmente o tenham como objecto, não só o verdadeiro trabalho sistemático é empreendido sob inspiração romanística, como é com recurso aos materiais da ordem jurídica romana que ele se processou. O acentuado carácter lacunoso do direito português não consentiria outra coisa, por sintomático, se havendo de julgar ter Melo Freire postulado o banimento do direito romano ao mesmo tempo que proclamava a sua imprescindibilidade para inteligências das *Ordenações*<sup>1</sup>, cujos preceitos seriam largamente baseados nos romanos e deles subsidiários.

Paralelamente a quanto escrevemos, verificou-se a permanência da dogmática — nem outra coisa se podendo esperar se atentarmos na circunstância de ela ser constituída pelas representações perceptivas da ordem jurídica. Convém, porém, explicá-la para melhor inteligibilidade.

No seu trabalho de construção intelectual a doutrina estabelece — atentos os valores civilizacionais e culturais incorporados pela história em cada ordem jurídica e mediante abstracções sucessivamente mais vastas das diferentes soluções parciais nesta formuladas — os chamados princípios primeiros (que tanto vale dizer princípios gerais de direito ou princípios fundamentais). Por serem sínteses da própria ordem jurídica considerada quer na sua expressão estática quer dinâmica, ou seja, tanto na configuração que num certo momento lhe é outorgada pelas fontes contemporâneas, como naquela que lhe advém do trânsito de valores antecedentes, cada um desses princípios é em si mesmo

<sup>1</sup> Cfr. *infra*, volume relativo às *Fontes do Direito* (2.ª Época).

rector, funcionando como elemento susceptível de dedução ou indução normativa. Possui, assim, valor perceptivo. É, numa palavra, um dogma, termo que salienta particularmente a respectiva indiscutibilidade.

Como decorre de quanto fica dito, tal indiscutibilidade não representa, porém, o fruto de uma imperiosa lógica apriorística. Cada dogma justifica-se antes num quadro de valores consubstanciados na própria ordem jurídica em relação à qual, enquanto «*retrato*» dela própria, é consuetudão. Pressupõe ainda que será tido pela generalidade dos intérpretes como correcto — ou «*fidel*», se quisermos empregar linguagem compatível com o símile do «*retrato*» antes utilizado. E isso não pode deixar de envolver uma componente histórica, sob pena de se aceitar como direito todo o preceito despoticamente garantido pela coacção do poder-político. Se reportado aos próprios fundamentos, o dogma jurídico — como as normas a partir das quais é construído — só será válido quando não repudiado pelos valores civilizacionais historicamente consagrados, sem o que lhe falta toda a transcendência relativamente ao próprio poder. Será dele apenas um instrumento — e como tal inservível para actuar a ideia de direito.

O dogma jurídico é, assim, essencialmente histórico. Histórico enquanto admissível, apenas quando contrastado pelo teste da História. Histórico, por influir forçosamente como elemento transcendente e, portanto, dinâmico relativamente a um momento concreto e determinado da vida de cada ordenamento jurídico. Histórico, ainda, por exigir adesão translatória dos juristas, tanto mais válida quanto mais duradoura. Só uma adesão generalizada da doutrina, passível de ser estabelecida unicamente com o trânsito do tempo, lhe permitirá funcionar como elemento rector.

Histórico, por fim, por incorporar elementos cuja historicidade advém da respectiva consagração num período temporal determinado.

Por isso, se torna impossível aceitar como válida uma dogmática construída apenas em cima de um momento positivo da ordem jurídica, *verbi gratia* do presente. Estaremos, então, perante uma falácia. O presente não existe, senão como abstracção. O que representa ele — o segundo que passa, este ano, um período mais ou menos longo, convencionalmente identificado pela vigência de um regime político concomitante e simultâneo à ordem jurídica? Para se traçar uma dogmática válida não se poderá também partir da consideração positivística de que toda a norma vigente é elemento apto para a respectiva construção e que só ela possui tal idoneidade, pois isso equivalia a aceitar uma dogmática em si mesma tão mutável que seria indeterminada; a rejeitar qualquer ideia de justiça em função das determinações do poder; e a fazer do estatuído o critério do dever ser. Este só poderá ser determinado em correlação com uma concepção de mundo transcendente a qualquer momento isolado e tida como valor civilizacional.

Referidos tais pontos, compreender-se-á agora a assinalada uniformidade da dogmática durante o período em consideração. Derivou da manutenção durante os séculos nele compreendidos de uma concepção do mundo, generalizada, com o meio ambiente. Os juristas partem de uma tópica<sup>1</sup> axiológica que no decurso dos séculos respectivos variou apenas de intensidade — como veremos pondo em confronto as ideias das primeiras centúrias com as das últimas.

1. Cfr. *infra*, n.º 82.

Os processos formais de raciocínio — argumentos *a contrario, a fortiori*, por analogia, pela bondade ou inconveniência da consequência<sup>1</sup>... — constituíam assim simples instrumentos dos tópicos da época, consubstanciados nomeadamente em opiniões comuns<sup>2</sup>, percorrendo a doutrina, também neste aspecto, uma linha de continuidade perfeitamente demarcada. Daqui a similitude de processos patente nas obras e trabalhos de direito deste período, apresentando apenas alguma particularidade, mais de grau, aliás, que de essência, as produções da escola humanística e filológica<sup>3</sup>.

**10. Segunda época do segundo período. Características específicas** — Na segunda época, as ideias sobre o Estado e o indivíduo adquirem nova força, por virtude da construção sistemática que delas se faz. Erigidas em sistema e entre si conjugadas, apoiando-se e completando-se mutuamente, apresentam dinamismo «revolucionário» capaz de pôr em causa a própria concepção de mundo enquanto reportada ao fenómeno político.

A ordem jurídica passa, ela própria, a ser também concebida como sistema. A uma constituição inerente à ideia de foros e privilégios da nação substitui-se a ideia de constituição escrita, diploma que, de forma completa, raciocinada, metódica, simultaneamente traduziria a estrutura política e jurídica da nação e a informaria. Daqui a convicção no poder reformador das normas constitucionais, a veneração para elas reclamada, a consequência de todos os factos normativos terem de se lhe conformar. Daqui, também, a exal-

1. Cfr. *infra*, n.º 82. 2. Cfr. *infra*, n.º 82, c) e 89. 3. Cfr. *infra*, o volume relativo às Fontes do Direito (2.ª Época).

tação da lei relativamente a todas as outras fontes de direito. Só a ela se atribuiu, por um lado, a possibilidade de cooperar com a constituição no seu papel reformador — revolucionário, em contraste com o assacado imobilismo ou o lento evolucionar do costume e do direito prudencial<sup>1</sup>. Também só nela se via uma perfeita adequação à norma constitucional máxima, enquanto participante da mesma substância, a vontade do Estado, e, portanto, não só formal, mas também substancialmente dela decorrente. Nenhuma outra-fonte normativa apresentava, aliás, a aptidão da lei para formar o pretendido conjunto sistemático postulado pela constituição e nenhuma outra consentia, de maneira semelhante a ela, a teorização do direito como função do Estado, que foi o grande ideal constitucional.

Não se tratava já, como na época antecedente, de proclamar a superioridade do comando legislativo sobre qualquer outro e, portanto, de estabelecer um monismo formal, deixando materialmente um campo mais ou menos vasto ou circunscrito às demais fontes do direito. Agora a essa constituição, à ideia de que a lei pode arrear todas as normas não legisladas, e de que, portanto, a ordem jurídica se identifica potencialmente com ela, visto dela todas retirarem, ao menos de maneira tácita, a respectiva força vinculante, vem juntar-se a crença numa identificação de facto entre as duas. Postulava-a o carácter sistemático que insitamente o ideário da constituição escrita emprestava à ordem jurídica. É que — sendo o «sistema um conjunto ou totalidade fechada, construída segundo nexos verídicos», onde a relação das partes com o todo e a das partes entre si estão perfeitamente determinadas por regras lógicas de dedução — for-

1 Cfr. *infra*, n.º 63, 70 e ss.

çosamente a lei deveria em si mesma conter a resolução de todos os casos. Dos comandos expressos se poderiam des-cobrir, mediante operações de lógica meramente formal, as soluções aplicáveis aos casos sem uma formulação específica. As lacunas seriam aparentes. Estava-se ainda sem uma denominação expressa, perante a ideia, depois designada pelo positivismo com a expressão «*plenitude de ordenamento jurídico*», em si tradutora de um monismo formal conjunto a um monismo material da ordem jurídica. Ela encontrou expressão técnica no movimento codificador, que tanta carreira fez na época, estendendo-se aos mais diferentes ramos de direito.

A ordem jurídica passa, desta forma, de uma estrutura legislativa lacunar — as *Ordenações*<sup>1</sup>, mais do que um conjunto de preceitos, são um conjunto de lacunas, como se disse com ironia — para uma estrutura legislativa à qual o carácter sistemático dos diferentes códigos tendia a emprestar plenitude, assegurada subsidiária e paradoxalmente por uma multidão de legislação avulsa. É que a experiência demonstra a índole ilusoriamente auto-suficiente dos pretendidos sistemas legislativos. Todas as vezes que o legislador promulga um código, logo os factos fazem ditar leis extravagantes. Nessa necessidade radicou, aliás, a escola histórica<sup>2</sup> parte das razões que a levaram a proclamar, pela pena de Savigny (m. 1861), a excelência do costume, cuja maleabilidade seria superior à da lei, nele melhor se reflectindo, consequentemente, as transformações sociais.

O desiderato da construção de uma ordem jurídica unitariamente monista, iniciado com a publicação dos primeiros diplomas constitucionais, só alcançou o estágio de maioridade

1 e 2. Cfr. o volume correspondente às *Fontes do Direito* (2.ª Época).

com a promulgação do Código Civil<sup>1</sup>, tendo até então o direito privado mantido as antigas características: «(...) reformas de vulto, de amplitude comparável às do direito público, não as houve em Portugal, no domínio do direito privado, antes do Código Civil de 1867», escreve Braga da Cruz. «O próprio Código Comercial de Ferreira Borges, promulgado em 1833, não representa nenhuma inovação profunda, pois, como observa judiciosamente Coelho da Rocha, o seu autor apenas 'compilou as mais providentes disposições dos Códigos das nações cultas da Europa, os quais já pela lei de 18 de Agosto de 1769, tinham sido declarados subsidiários, para suprir a falta de legislação pátria neste objecto'» (Braga da Cruz, 1981, 49).

Por isso, até à promulgação da obra de Seabra, a doutrina conservará os processos de trabalho da época anterior — tal como eles tinham, nomeadamente, sido formulados na última fase daquela. Ensinou-o, igualmente, Braga da Cruz, referindo-se aos métodos de exegese: «Os juristas tiveram de contentar-se, a este respeito, com as regras da hermenêutica que a época anterior tinha formulado (...)». «A Lei da Boa Razão, os estatutos pombalinos da Universidade, os assentos da Casa da Suplicação da época jusnaturalista continuavam a ditar em plena época liberal as normas relativas à interpretação das leis e à integração das suas lacunas». Para documentar a uniformidade do trabalho da doutrina é mais importante, porém, a circunstância de lhe continuar a ser cometida a tarefa de adaptar, harmonizando-os, comandos provenientes de diversos ordenamentos — o pátrio, o romano, o canónico, o das nações civilizadas... Neste ponto,

1. *Idem*.

do mesmo dizer-se que o processo de adaptação de ordenamentos criado pela jurisprudência medieval, como técnica de fim do operar jurídico<sup>1</sup>, se manteve inalterado, salvo diferenças de progressão. É que, enquanto no primeiro período ele se processa dentro dos quadros de um verdadeiro pluralismo jurídico, na primeira época do segundo período desenrola-se na moldura de um monismo formalmente firmado. E assim se manteve no início da segunda época do segundo período — ou seja, até ao Código Civil. As alterações por ele produzidas na estrutura do ordenamento jurídico o estabelecer como fontes exclusivas do direito a lei e o costume — embora este só indirectamente e apenas na medida em que por ela fosse recebido — traduziram-se no campo da ciência do direito em lhe suprimir a função normativamente criadora de adaptação de preceitos, que fora o seu mais nobre propósito desde os tempos medievais. Com isso o trabalho dos prudentes deixou de ser inovador, de constituir verdadeira fonte de uma modalidade normativa — o direito prudenencial<sup>2</sup> — para ser meramente interpretativo ou exegetico da vontade do Estado. Tal era a consequência lógica da instauração de um monismo jurídico substancial e formal, a devolução salientar-se a propósito que a chamada época liberal, ao vir em prática o movimento de codificação já prognosticado ao século anterior, tirava apenas as últimas ilações de um processo em marcha. Assim, e também por este lado, apresentando especificidades não constitui período autónomo.

Para completar estas observações sobre os reflexos da instauração de uma ordem normativa monista no trabalho científico dos juristas, deve dizer-se que ela se traduziu na instauração de um quase exclusivo labor exegetico e casuís-

tico, na análise minuciosa de textos singulares. A própria exposição ordenada e metódica de matérias, globalmente encarada, decaiu por comparação com a época anterior. Comprova-o o confronto das obras de Melo Freire e seus seguidores imediatos com a produção literária surgida após o Código Civil. Esta apresenta como característica dominante a índole do comentário e da exegese de preceitos concretos, não fugindo a isso o próprio ensino universitário. O direito civil chegou então a ser ensinado fazendo-se a explicação de cada artigo do Código e havendo exemplos de cursos translaticamente professados que se quedavam na exposição da matéria da caça (aquisição de direitos) — só se alcançando com Guilherme Moreira (1861-1922) de novo uma visão «científica» do direito civil.

A explicação da transformação assinalada reside na circunstância de a doutrina anterior ao Código poder ordenar as suas produções segundo esquemas romanísticos, aproveitando elementos tradicionais de sistematização. Banido, porém, o direito comum e criado um ordenamento que a si próprio se queria formal e substancialmente monista, tal possibilidade ficava precludida, tanto mais que o diploma no qual culminavam esses propósitos — o Código Civil — aparecia com um plano inovador, dispondo as matérias por forma inédita e cuja assimilação doutrinária se processou, no plano da exposição metódica-sistemática, com dilatadas delongas e mediante o auxílio da experiência sistemática-dognática da doutrina estrangeira.

A transformação das finalidades do labor doutrinário imposta pela nova estrutura da ordem jurídica, vinha, assim, juntar-se, como consequência paralela — e plausivelmente não antevista —, um abaixamento do nível da nossa literatura jurídica. Dobrando-se sobre si própria, acabava

<sup>1</sup> V. *infra*, n.ºs 83, v.g.    2. Cfr. *infra*, n.ºs 80 e ss.

por renunciar, na sequência da amputação da função criadora que se lhe impunha, a domínios nos quais poderia ter continuado a agir. Fê-lo involutariamente e por falta de forças, pois a criação prudencial é um trabalho contínuo, de incorporação quotidiana de contributos individuais, de aperfeiçoamento incessante e que sempre tem de partir de uma base analítica — e sempre fica em causa quando é substituído o ordenamento ao qual se reporta. Como se revela elucidativa a comparação entre esta fase do nosso direito e o ocorrido com o trabalho de exegese de textos tomados individualmente, imposto aos primeiros juristas medievais pela consideração de um novo ordenamento — o do *Corpus Juris Civilis*<sup>1</sup> — e a subsequente tarefa de elaboração sistemática-global! Também aqui a diferença é apenas de proporções, impondo-se ao observador verificar como a história se repete...

**11. Notas sobre as características da exposição adoptada** — Antes de fecharmos as observações sobre a periodificação do nosso direito convém consignar uma observação mais: não existe rigorosa correspondência de exposição das matérias relativamente aos dois períodos considerados no curso. Assim, na primeira parte adoptámos uma sistemática para a exposição das fontes diferente da utilizada na segunda. Trata-se de processos formais de traduzir realidades sociais diversas. No primeiro caso, estamos ainda perante uma incipiente ideia de Estado; o direito dele proeminente constitui apenas um extracto da ordem jurídica. Na segunda época, o Estado alcançou a

1. Cfr. *infra*, n.º 73.

maioridade e o seu direito é o direito dominante. Os demais só poderão ser compreendidos em função dele. Por isso o expomos como facto normativo essencial.

**12. Problemas e orientações metodológicas. Introdução** — A realização das presentes lições implicou a ponderação de uma série de problemas metodológicos e o estabelecimento de várias opções a seu propósito. Ultrapassa as possibilidades do curso dar conta integral de uns e outros ou mesmo referirmos a totalidade dos aspectos suscitados pelas principais interrogações e as respostas que lhes foram dadas. Quanto aqui se consigna constitui mera selecção de temas havidos como mais importantes para a inteligibilidade das lições que se seguirão e uma síntese da argumentação produzível em cada caso. A esta prevenção haverá a acrescentar a de a matéria agora a expor haver sido já objecto de uma divulgação realizada em v.g. 1972 e 1980, feita então com maior pormenorização e o componente suporte bibliográfico.

**13. Problemas e orientações metodológicas (cont.). Exposição sintética dos principais pontos em causa. O observador e o objecto** — O primeiro ponto a referir diz respeito à posição do observador perante o seu objecto. Constitui um tema tradicional em aberto nos anais dos historiadores do direito, sobretudo depois do inquérito promovido junto dos romanistas pela *Labeo*, que originou uma exaustiva, diversificada e eruditíssima troca de impressões a tal propósito. O primeiro problema que julgamos inserir — escrevemos apenas inserir, pois não há necessidade de o tratar formalmente, podendo sobre ele tomar-se posição

implícita — na estrutura de um curso de história do direito diz respeito à maneira pela qual se considerará o respectivo objecto, quer dizer, ao marco de referência tomado para o estudar. São aqui fundamentalmente possíveis duas grandes opções. A primeira, em função do carácter intemporal que atribui aos conceitos jurídicos, tem como corolário a recondução do estudo histórico do direito ao ordenamento moderno. Para o observador será impossível abstrair da própria *forma mentis*, isto é, do seu instrumental técnico. Disse-o epigramaticamente Brunner, ao afirmar que para o historiador do direito é matéria morta quanto não seja susceptível de representação dogmática (entenda-se hodierna). Daqui a ênfase posta na proclamação da preparação jurídica do historiador do direito. A quem não disponha de formação jurídica profissional, será vedado entrar no terreno da *História do Direito*.

A esta concepção opõe-se uma outra, para a qual o estudo histórico do direito impõe a tomada do objecto respectivo na sua própria configuração, sem que o facto de o observador estar a séculos de distância, ter uma mentalidade diferente e pensar segundo esquemas dogmáticos específicos só por si implique uma distorção da respectiva visão. Importa ver o ordenamento jurídico histórico como ele na realidade se estruturou e desenvolveu durante a sua vigência. Para isso, devemos olhá-lo nos seus condicionamentos, enquanto solução de um problema de ordenação correspondente à época própria.

A tal respeito escreve Coing: «(...) hermenêuticamente, a compreensão de um ordenamento jurídico está ligada incindivelmente à compreensão dos seus condicionamentos; só a partir destes condicionamentos pode o historiador conhecer bem os problemas a que o ordena-

mento jurídico por ele investigado tenta dar respostas» (Coing, 1977, 51). Já sobre o tema nos pronunciámos. Tudo quanto dissermos aqui representa uma simples precisão do escrito antes.

Em nosso entender a verdade está basicamente com a segunda tese. Traduziremos algumas palavras de Orestano para transmitir o nosso pensamento: «O estudo da experiência jurídica será, em outros termos, o estudo dos modos em que, numa dada época, cada 'complexo de experiência' é concretamente vivido e especulativamente entendido como conjunto de fenómenos que genericamente se podem considerar jurídicos, mas cuja juridicidade é, muitas vezes, individualizada e determinada com base em elementos constitutivos daquela experiência particular que nos propomos estudar, fora de todo o apriorismo e de toda a indevida generalização» (Orestano, 1967, 20).

Parece-nos de negar, com Orestano, a correspondência entre os conceitos e a realidade. Aqueles não constituem senão uma representação dela. O objecto da história não é constituído por conceitos mas pelo «mundo integral da acção, em todas as suas implicações e explicações (...), a ponto de nada do reconduzível à referida experiência se poder considerar como insignificante ou irrelevante, visto todos os elementos, factos e dados serem partes integrantes dela, como factores constitutivos.» (Orestano, *ib.*). Em apoio de tal doutrina, aduz Orestano um motivo de facto, retirado da maneira como a historiografia se tem modernamente orientado: a multiplicação dos interesses a ponderar com a dupla exigência «de análise e de síntese, de individualização e de conceptualização», levou à constituição, frequentemente de maneira pragmática e «não consciente», de «uma espécie de estudo da experiência jurídica — *ante*

*litteram*». Averiguações parciais «tomáveis por meramente eruditas ou arqueológicas» — escreve o professor italiano —, «investigações que pelo tema ou fim parecem somente culturais ou históricas em sentido lato, estudos reputados estranhos ou meramente instrumentais relativamente aos estudos dogmáticos, explorações que se presuntavam à acusação de fragmentarismo caótico e desordenado em confronto com as exigências sistemáticas — senão mesmo inúteis e ociosas —, novas conceptualizações de dados históricos encaráveis como supérfluos ou mesmo como danosos superamentos de esquema tradicionais, prepararam e dinamizaram a visão — senão mesmo concepção — integral e omnicompreensiva da experiência jurídica, em função da qual muito de tudo isso veio a adquirir valor e significado, da mesma forma que as pequenas pedras de um grande mosaico em via de execução só pouco a pouco revelam o desenho de conjunto e apenas integradas no todo, por elas antecipado, ganham uma função unitária, revelando-se simples elementos». (*Idem*, 363).

A função unificadora, cremos nós, pertence aos esquemas jurídicos, sem ao observador se tornar possível desprender-se dos módulos do seu tempo. Os fenómenos hão-de ser observados por olhos resultantes de uma *forma mentis* necessariamente diversa da pertencente aos homens da época estudada — pelo que julgamos legítima a ordenação expositiva dos factos historicamente apurados de acordo com os instrumentos da dogmática moderna. Não cabe aqui desenvolver essas premissas, tão ardorosamente debatidas na doutrina contemporânea, mas sempre se deseja consignar que elas parecem legítimas enquanto não conduzem a imputar aos documentos dogmas posteriores. Uma coisa é servirmo-nos dos conceitos modernos para analisar

os factos históricos e, nomeadamente, sistematizá-los, outra colori-los com tintas desconhecidas no seu tempo e ornamentar as doutrinas de hoje, não com a imputação de um desenvolvimento progressivo de factos só mais tarde teorizados, mas sim com dogmas já perfeitamente estabelecidos, como quem acrescenta antepassados a uma genealogia. A aplicação da dogmática moderna aos estudos históricos tem um papel evidente, quer no superamento do atomismo factual, quase sempre resultante das fontes, quer no estudo do desenvolvimento dos institutos. Só com o seu aproveitamento se poderá surpreender o próprio momento de formação dos nossos conceitos, separá-lo dos factos antecedentes, motivadores, e estabelecer o confronto com as instituições que os precederam.

O estudo da *experiência jurídica* — empregue a expressão no seu sentido técnico — não pode prescindir da história dos próprios dogmas, e esta impõe a utilização dos resultados alcançados pela «elaboração conceptual-sistemática das normas jurídicas levada a cabo com processos lógico-abstraitantes», para falar como Enrico Parese (*Enc. Dir.*, XV, 1964, 678). A este propósito, merece a pena dar de novo a palavra a Orestano. Se, na verdade, disse ele, representou «uma falaz ilusão admitir a intrínseca correspondência dos conceitos jurídicos à realidade (ilusão que tantas vezes levou a conceber a realidade histórica ordenada conceptualmente), e se é também uma falaz ilusão admitir que os conceitos jurídicos têm valor absoluto (ilusão que tão frequentemente conduziu a ciência do direito a dar valor substancial às próprias construções e a substituí-las à consideração da realidade), é uma ilusão igualmente falaz pensar que a ciência do direito se pode preocupar com a realidade histórica prescindindo do

emprego de conceitos, admitir que lhe seja possível aproximar-se e captar os factos ou coisas sem a sua mediação. Na ciência do direito os factos não estão jamais presentes em si mesmos, na sua realidade factual, mas sim através da sua 'redução' e transposição em palavras e conceitos» (Orestano, 1967, 20).

Concluindo: devemos tomar por módulo referencial da história do direito não o direito moderno, ou uma representação conceitual de valor intemporal, mas sim um fenómeno de organização para os problemas coevos concretamente individualizado, cuja juridicidade só se pode «determinar com base em elementos constitutivos daquela própria experiência particular que se pretende estudar, fora de todo o apriorismo e de toda a ilusória generalização» (Orestano, 1964, 366) — ou modernização, escrevemos nós. Com efeito, neste ponto parecem-nos também inteiramente de rejeitar as concepções historiográficas nascidas do jusnaturalismo, do «racionalismo» formal, do «cripto-jusnaturalismo», do neo-racionalismo da Pandectística, bem como de certos normativismos ou formalismos, a que devemos acrescentar, para além daquele autor, os romantismos. Mas à rejeição do dogma básico não importa que algumas das teses não mereçam acolhida. Julgamos, com efeito, difícil aceitar a possibilidade de o observador se despir inteiramente do seu mundo, conseguindo prescindir de todo o ambiente no qual vive, numa palavra, ignorar a dogmática e os quadros do tempo no qual está inserido. Mas o reconhecimento dessa dificuldade não autoriza a erigi-los em módulos do estudo histórico. Pelo contrário, a sua pressuposição tornar-se-á um *test* da respectiva validade. O observador, embora com as limitações impostas pela natureza das coisas, terá de tomar o momento histórico que estuda, em si mesmo, como forma de organi-

zação correspondente a uma problemática concreta cuja juridicidade só pode ser averiguada intrínseca e internamente.

A partir daqui julgamos, todavia, que existem observações válidas nos ensinamentos das escolas historiográficas ligadas à jurisprudência dos conceitos. Assim sucede com a vinculada ideia de que o historiador do direito precisa de uma formação jurídica. Sem a intervenção de conceitos jurídicos não será factível o conhecimento histórico do direito. Eles são imprescindíveis, não obstante carecerem de intemporalidade. Saber, porém, qual o grau da sua validade é já uma tarefa histórica.

**14. Idem. (Cont.) O objecto da história do direito** — Chegados a este ponto é altura de passarmos a outro domínio: o do objecto da *História do Direito*. Tivemos já ocasião de o assinalar, por necessidades relativas à maneira como o historiador deve considerar o seu objecto. Dissemos então, com palavras em grande parte de Orestano, que ele consiste na experiência jurídica. Mas quais são os limites desta? Ao procurar responder, escreveu Coing: «De um lado estão as grandes questões da organização política, da organização económica, das relações entre as classes e os grupos, e de outro, os problemas técnicos, os problemas próprios da arte jurídica, como a disciplina da responsabilidade do devedor no contrato. Ou os requisitos da mora. A história do direito, em nosso entender, deve expor ambos os grupos de problemas» (Coing, 1977, 51). Também assim o cremos — de afastar julgando a opinião que reduz a história do direito aos segundos, como queria Marc Bloch (fundado na ideia da falta de idoneidade do facto jurídico para constituir uma verdadeira história a não ser se a

tomássemos como história dos juristas — grupo de homens especializados numa técnica, com um raciocínio peculiar inerente) e parece decorrer de algumas posições de D'Ors. Como para o historiador alemão, para nós a experiência jurídica centra-se à volta de três pólos: a) coordenação de direitos e delimitação de esferas de interesses (regras e decisões de direito internacional sobre os limites do Estado — ou *Respublica* —, bem como regras de solução de conflitos pela delimitação inter-subjectiva de interesses); b) organização da cooperação ou colaboração (regras e decisões que vão desde a disciplina dos pactos à organização da personalidade colectiva e instituições inerentes, tal como ao reconhecimento ou negação da *humanitas*); c) superação de conflitos (regras, instituições processuais e decisões) — e representa a submissão do *ser* ao *dever ser* — encarnado na ordem jurídica — e adaptação daquele a este. O direito é, assim, uma forma organizativa, que definiríamos, a partir da lição de Kantorowicz, no seu aspecto mais neutro perante as manifestações históricas, e considerando não apenas o aspecto normativo, como o conjunto — ou conjuntos, conforme nos parece de corrigir tendo em atenção as ordens jurídicas pluralistas — de regras, instituições e decisões consideradas em certo momento por justiciáveis, seu enquadramento institucional, e respectivo pensar sobre elas, o que permite não só tomar a história de direito como ramo autónomo e especial da história mas também a consideração de uma especificidade deste dado social, enquanto fenómeno cultural, impondo-se ao historiador averiguar as condições em que surgiu e se desenvolveu, o conteúdo que possuiu, o grau de eficiência que conseguiu e, portanto, como foi vivido e aplicado.

**15. Idem. As circunstâncias pré-jurídicas ou condicionantes** — A tal propósito interessa atentar num aspecto vizinho. Na vida, as diferentes manifestações culturais não se apresentam isoladas umas das outras. Cada um daqueles campos cuja projecção se traduz para o observador numa disciplina autónoma apresenta-se ligado aos demais e ao conjunto. Todo o fenómeno social constitui uma função em relação aos outros. Não escapa o direito à regra, pelo que ao *ius-historiador* se impõe ter presente as chamadas circunstâncias condicionantes do ordenamento jurídico.

Em abstracto, como programação formal de posição, torna-se fácil enunciá-lo — e muitas vezes a visão intuitiva do *ius-historiador*, o carácter sintético e sincrético do espírito, permite ter visões globais dos fenómenos e processos históricos como que imediatas, dispensantes de perspectivas analíticas e, portanto, de forma superadora de um trabalho de sistematização das relações entre o facto *direito* e o ambiente onde ele se insere. Formalmente, porém, e na maioria dos casos assim não sucede, preciso se tornando ao *ius-historiador* distinguir. Compreender-se-á a importância do problema enunciado — Coing chama-lhe *problema fundamental* — se atentarmos que ele implica e traduz, em derradeira análise, a conexão da *história do direito* — história de um facto social irreduzível na sua especificidade — com a *história* em sentido geral. Ao *ius-historiador* torna-se forçoso enunciar uma metodologia sobre a maneira como devem ser investigadas e expostas as relações existentes entre as circunstâncias extrajurídicas e a ordem jurídica tomada em consideração.

Uma primeira via poderá consistir no desenho de um quadro geral da época, ou pelo menos dos elementos considerados influentes na ordem jurídica, que se faria anteceder

ou seguir da exposição concernente a esta. Tal quadro consistiria, afinal, num pórtico ou numa cúpula relativamente à exposição do ordenamento jurídico considerado. Foi mais ou menos o intentado entre nós por Coelho da Rocha. São, porém, consabidos os inconvenientes de tal orientação. Ela importa seguramente um risco: a de se colocar a exposição geral e a exposição especial «uma ao lado da outra, sem conexões entre si». Foi quanto sucedeu, nomeadamente, com aquele historiador e o preço pago por alguns dos mais eminentes cultores da chamada *Escola dos Anais*, não obstante a sua preocupação de uma história global. A isto acresce a circunstância de tal método, mesmo realizado na perfeição dos seus pressupostos, trazer em si um vício, o de tomar a *história* geral por um todo e, portanto, a consideração dos diferentes eventos, com alheamento de qualquer discriminação selectiva, como se todos tivessem igual importância para o *ius-historiador*. Esta posição que, em abstracto, corresponde a uma visão correcta da fenomenologia histórica — cada facto é função do *conjunto* dos demais, conforme escrevemos antes — na prática torna-se insuportável. Acabará por afogar o *ius-historiador* numa multidão de factos e quadros irrelevantes — com a agravante de nunca ter uma realização total, pois sempre será irreconstituível qualquer época histórica, se por isso entendermos a enunciação integral dos factos ocorridos.

O enlace entre a *história do direito* e a *história* considerada em geral há-de fazer-se pela selecção de factos que esta tem por objecto — ou seja, discriminando os factos condicionantes ou influentes da ordem jurídica.

Assim sendo, correr-se-á, porém, o risco de delimitar de acordo com as concepções do mundo próprias de cada historiador os factos a tomar em consideração. Para um

historiador idealista, «crente no poder das ideias e para quem a história do direito consistirá na marcha do direito através da história» — a síntese é de Coing (*Idem*, 58) — eles serão seleccionados em função de critérios totalmente diferentes dos adoptados por um adepto do materialismo histórico, debruçado, sobretudo, sobre os factos económicos.

Para diminuir o subjectivismo — frisa-o ainda Coing — propôs Tonybee uma fórmula «aberta». A investigação dever-se-ia processar tendo em consideração as necessidades a que corresponde cada solução cultural. Trata-se da fórmula do «*challenge and response*», ou seja de «estímulo e resposta», de «problema e solução», como fundamento da estrutura social e que, como método histórico, corresponde à projecção de uma via já seguida pelos prudentes romanos, que encararam o direito como o resultado de um problema formulado casuisticamente, controversiticamente, problematicamente.

A equação enunciada implica na sua projecção prática uma tomada subsequente de posição, conforme viu Coing, que aderiu francamente ao método. As soluções representadas pelo ordenamento jurídico — pergunta-se este jurista — devem «enlaçar-se *globalmente* com os outros elementos essenciais da correspondentemente cultura, ou deve-se procurar estudar as normas e instituições jurídicas separadamente, quer dizer numa relação especial, não global, com determinados fenómenos extra jurídicos»? (*Idem*, 59). Ao primeiro método (ou seja à *globale Verknüpfung*) imputa-se o envolvimento com soluções conceptualizantes, baseadas aprioristicamente nas categorias mentais do próprio historiador. Demonstra-o, nomeadamente, o verificado com a Escola Histórica, ao posicionar o direito no

espírito do povo e é o comprometimento que implicam as chamadas posições idealistas, ao investigarem a realidade à luz de prismas conceptuais: espírito da nação, estilo da época, pré-capitalismo, burguesia, ou quaisquer outros semelhantes... — que forçosamente se hão-de ter por construções mentais do historiador (*ib*). Aplicar, pois, esta via seria contraditar o princípio inicial da fórmula *challenge and response*.

Ao defeito enunciado pretende fugir o método oposto da *spezielle Verknüpfung*, intentando exclusivamente a conexão de uma norma especial com um elemento determinado da cultura geral, de forma a obter-se uma prova directa do liame. Na prática «quando o historiador do direito se situa ante a tarefa de estabelecer a relação entre a solução jurídica e os factores extrajurídicos de uma época, o ponto de partida deve ser constituído pelo tratamento hermenêutico dos textos que versam sobre a questão. Contra isso levantou-se a crítica de que esta interpretação, ou seja, a hermenêutica, nos conduz somente aos propósitos ou intenções do autor das leis, ou como mais comumente se disse: conduz ao autor das normas em questão e não ao leque de conexões económicas e sociais existentes. A nós, todavia, afigura-se-nos de todo em todo o contrário, pois mediante as questões hermenêuticas sobre as intenções do autor das normas podemos encontrar o caminho das forças ideais e sociais que determinaram estas normas em particular. Por isso, é também tão essencial, especialmente na história do direito da Idade Moderna, o averiguar o particular sobre as pessoas que tomaram parte em uma determinada lei nos parlamentos ou em postos burocráticos.» (*Idem*, 64-65).

Esta orientação, que temos fundamentalmente por certa se a alargarmos de forma a incluir na sua ponderação não

só as normas mas também os fenómenos institucionais e as decisões<sup>1</sup>, não nos parece, todavia, completa. Ela apresenta um acentuado carácter microscópico. Permite, na generalidade dos casos, uma observação rigorosa, evitando desvios que a *globale Verknüpfung* provocará quando aplicada a hipóteses concretas, por demasiado geral e abstracta. Mas não abarca os fenómenos sociais de grande amplitude. Falta-lhe o poder das lentes macroscópicas. Por isso se afigura, nomeadamente, inservível para a periodificação. Há casos que por corresponderem a uma concepção de mundo bem demarcada podem ser tratados pelo método da conexão global. É quanto sucede na Idade Média relativamente ao influxo cristão. Pode tomar-se, segundo julgamos sem risco, o tom religioso da cultura medieval como um elemento passível de permitir o enlace dos elementos jurídicos aos elementos objecto da história geral.

Não se declare aberta com esta porta a entrada para o conceptualismo idealista. Não há nestes domínios posições absolutas. Temos para nós que o chamado conceptualismo é ilegítimo quando subjectivo, quando estabelecido a partir de análises mais ou menos circunscritas e feitas de acordo com a *forma mentis* do historiador, não se representar a realidade observada. Dir-se-á que, mesmo a ser como pretendemos, sempre ficará a dúvida sobre quem outorgará a carta de legitimidade à conexão global e quando se verificará o rigor da representação conceptual. Não se estará, bem vistas as coisas, a cair no vício de onde se tinha querido sair?

Não o cremos. A conexão global só em casos bem demarcados, insistimos, se deverá aplicar. A sua legitimidade implica a existência de uma concepção de mundo de carácter

1. Cfr. *infra*, n.º 196.

colectivo na época considerada (por isso, há pouco tomámos como ponto de referência a Idade Média) — o que em grande parte exclui o subjectivismo do intérprete. Estaremos então em face de parâmetros generalizados e susceptíveis de documentação, aliás, pela universalização de resultados parciais — e multiplicáveis — do próprio método das conexões especiais.

Poder-se-á argumentar, naturalmente, com uma incerteza, ao menos relativa, quanto ao próprio agente apurante não de uma concepção individualmente estabelecida pelo hermenauta, mas de uma real concepção de vida existente no período em causa.

Não haverá, evidentemente, a possibilidade de deferir o corte do nó górdio a uma entidade supra-histórica. Pensamos, porém, que a *communis opinio*<sup>1</sup> constitui em casos limite (e estamos perante um deles) processo válido de conhecimento — isto por um lado; por outro, que não será possível em qualquer análise intelectual um objectivismo susceptível de inteiramente suprimir um certo grau de relatividade gnoseológica, se nos podemos exprimir por esta forma. O observador há-de contar sempre e a prova, por muito desenvolvida e completa que se apresente, tem sempre um cerne indiciário. Não fora assim e ter-se-ia encontrado uma resposta para a inquietante pergunta: O que é a verdade?

Devemos, pois, concluir que o método da conexão especial, não apresenta, igualmente, um valor absoluto — e isto não apenas em casos de deficiente aplicação, mas em si mesmo. Também ele encerra algo de subjectivo e pessoal. Como tantas vezes sucede no mundo do espírito, os extre-

1. Cfr. *infra*, n.º 82 b).

mos tocam-se. Neste caso, levados ao derradeiro limite dos seus desenvolvimentos, os métodos do *spezielle Verknüpfung* e da *Globale Verknüpfung* compartilham uma zona comum. A diferença entre ambos é assim mais quantitativa do que qualitativa ou de essência. Por isso, nos foi possível, em vez de adopção exclusiva de um deles, uma posição mitigada, sem estarmos a criar um híbrido.

Sempre se poderá interrogar, é certo, qual o motivo de preferirmos, então, o método especial ao global e quando admitimos ou não a mitigação daquele com este — razão de avançarmos já as respostas. Sendo a diferença quantitativa não de essência, na maioria dos casos será mais rigoroso o emprego da conexão especial, isto quanto à primeira pergunta; quanto à segunda, diremos que, em abstracto, apenas se torna possível consignar a dependência das circunstâncias. À luz destas e em conformidade com critérios de bom senso se julgará. O bom senso, hoje tão desacreditado, também é, afinal, criador — se nele quisermos confiar.

Constitui pressuposto desta orientação, que em tempos de tanta incerteza julgamos de vincar, a preparação jurídica do historiador do direito. Sem ela tornar-se-á inexequível.

**16. (Cont.) O jurídico e o pré-jurídico. A história do direito e a história geral** — Preso aos problemas acabados de equacionar anda o que respeita à relação da história do direito com a história em geral, ou as histórias de outras disciplinas específicas — respeitantes à cultura não jurídica. Podem a este respeito agrupar-se as posições historiográficas em duas grandes categorias.

Para a primeira, a história do direito não possui autonomia substancial. O pressuposto respectivo reconduz-a a um

capítulo complementar de uma história passível de ser chamada comum — a respectiva visão informante permite a consideração das obras nas quais se exterioriza como simples divisão de histórias genéricas. Ilustram-no vários exemplos para os quais García-Gallo chamou a atenção: as *Lecciones de Historia del Derecho*, de Torres López, constituem, na maior parte, a reprodução literal dos capítulos por ele escritos para a *História de España*, dirigida por Menéndez Pidal; a *Deutsche Rechtsgeschichte*, de Von Schwerin, compreendia-se numa colecção orgânica de manuais históricos; o mesmo sucedia com as obras dedicadas ao direito e incluídas na colecção *L'Évolution de l'Humanité*, dirigida por Berr (e de que representa paradigma o livro de Decla-reuil sobre *Rome et l'Organisation du Droit*).

Sem uma demarcação dos pressupostos interdisciplinares feita tão claramente, foi esta a orientação que se seguiu entre nós até ao manifesto metodológico do Prof. Cabral de Moncada<sup>1</sup>, conforme a demonstração deste autor, para a qual, por motivos de brevidade, remetemos. Apenas consignaremos aqui que se o critério dominante — o chamado étnico-político<sup>2</sup> incorporava materialmente uma ideia de *história do direito* como simples divisão da *história geral* e o trazia de maneira formal, o segundo (chamado, modernamente, *jurídico-externo* e aplicado por Ricardo Raimundo Nogueira<sup>3</sup>), embora substancialmente se reconduzisse àquele, preludia já uma certa autonomia formal. Em todo o caso, circunscrevendo-a à história das fontes ou história externa...

Em oposição a tais critérios — cuja utilidade prática para o jurista tem sido denunciada como nula, e cuja decla-

1, 2 e 3. Cfr. *supra*, n.º 2.

ração de inservível para o historiador geral, se encontra também apontada — situam-se as orientações que vêem no direito um facto social específico, distinto de todos os demais e deles independente. Como consequência desse ponto de partida a *história do direito* traduzir-se-á numa sucessão de sistemas e a historiografia respectiva no seu estudo. É este um ponto que vimos já<sup>1</sup> e bem vincado pelos sequeles do método — que separam os sistemas incisivamente, em função da própria ideia de sistema, como algo autónomo, possuído de lógica própria e desligado dos condicionamentos sociais. À «*purificação do direito*», tomado em si mesmo, com alheamento de tudo quanto não é exclusivamente jurídico, corresponde a *purificação da história jurídica*. Sem negarem o valor de uma colaboração entre a *história do direito* e os outros ramos da *história* em geral, os adeptos desta orientação refutam totalmente que aquela possua por finalidade o estabelecimento das conexões entre o *jurídico* e o *pré-jurídico*. A *história do direito* deve conceber-se como «uma história de conceitos construtivos e das dogmáticas dos diversos sistemas jurídicos do passado, procurando fazer-se a reconstituição, fixação e caracterização destes nas suas relações entre si e com o presente» (Cabral de Moncada, 1949, 213). Por incontrolável se afigura à *Escola* que a *história do direito* deve cessar de se apresentar como uma «história sociológica do direito» adquirindo a configuração de uma «história da conceptualia jurídica, no mais amplo sentido desta palavra, ou se quisermos da Dogmática». Noutros termos: o reivindicado para a *história do jurídico* é um papel *jurídico*, que lhe advém de ser considerada «uma história do desenvol-

1. Cfr. *supra*, n.º 2.

vimento das “formas” e “categorias” do jurídico puro» e não o papel de uma disciplina «histórica de conteúdos e soluções positivas do jurídico social», trocando o ponto de vista até aqui dominante, o ponto de vista *sócio-teórico*, por um outro *jurídico-dogmático* (*Idem*, 214).

A mesma preocupação de independência da história jurídica face à história geral, à história ou histórias comuns, foi proclamada por um autor de larga audiência na historiografia peninsular: García-Gallo.

Sem resumirmos toda a tese, enunciaremos o pensamento deste grande mestre dizendo que ele deriva da natureza particular da *história do direito* e da sua autonomia relativamente à *história* — bem como da consideração daquela como ciência jurídica e não histórica —, da peculiaridade temporal do direito, por si impeditiva da recondução à historicidade «dos actos humanos ou de cultura conforme é habitualmente entendida — como individualidade ou sucessão não reiterada dos mesmos» (García-Gallo, 1953, 27).

Esse entendimento corresponde, na verdade, ao que se verifica nas «actividades políticas ou militares, fundamentalmente oportunísticas; é uma intenção (...) na arte — o artista persegue a originalidade —, na técnica ou na ciência — nas quais se intenta superar o conhecimento — e ainda que menos acusadamente na economia (...)» (*Ibid.*). Não se conforma, todavia, com a essência de outros fenómenos culturais, em si contrários ao afã de individualidade ou diferenciação, como a língua e o direito. Seria absurdo, escreve García-Gallo, «pensar que alguém criasse uma língua ininteligível para os outros (...)». É igualmente contrário à sua natureza um ordenamento jurídico que servisse só para uma pessoa e para uma ocasião. O direito

(...) tem a persistência como uma das suas características; aspira a reger indefinidamente e a ser aplicado da mesma maneira em todos os casos (...)» (*Idem*, 28). Por isso, a *história do direito* deve atender tanto à persistência como à variabilidade do ordenamento jurídico. Considerar sobretudo esta pode ser um processo historiográfico comum, mas não será próprio de um *ius-historiador*, para quem o fundamental ficaria esquecido. «A tarefa — escreve García-Gallo — de destacar e valorizar só os elementos diferentes ou característicos do direito de certa época, pode ser suficiente para o historiador, que desta forma põe em relevo como a cultura da época incide no direito e vice-versa. Porém é inaceitável para o jurista, ao qual interessa a integralidade do ordenamento jurídico, impossível de apreciar se, fazendo passar os seus elementos por diferentes filtros, se logra isolar o que é típico de cada época e se trata de operar só com ele. Por isso, a história do direito só pode conceber-se na sua plenitude, como ciência, a partir do próprio direito. O enfoque histórico deve constituir só um dos modos de o estudar» (*Idem*, 29).

É a persistência do jurídico que se «opõe ao intento de conceber a história do direito como uma sucessão de sistemas, entendendo por tal termo as estruturas nas quais se agrupam e coordenam logicamente em correspondência com uma unidade de espírito, sem contradições, todos os princípios e regras que explícita ou implicitamente contém um direito positivo (*Ib.*)».

A concepção de sistema representa apenas um reflexo da dogmática jurídica. Não existe — assevera Gallo, a nosso ver com razão<sup>1</sup> — uma sucessão de sistemas «pois o direito

1. Cf. *supra*, n.º 2.

não evoluciona a um ritmo na sua totalidade, nem sem saltos». Mesmo quando os ordenamentos parecem haver alcançado um grau de «coesão e estabilidade», a inexistência de um sistema «total e único é manifesta». Poder-se-ia, nomeadamente, invocar, para demonstração, a coexistência em Roma de um único direito privado com as constituições republicana e imperial; em Espanha, desde o século XIII, com os reinos medievais, a monarquia absoluta, ou o estado constitucional; do *Code Civil* com várias estruturas políticas de França. Além disso, muitos exemplos atestam, também, a inexistência de um sistema «que abarque todo o âmbito do direito» (*Idem*, 29-30). Comprova-o, para o mundo romano, a simultaneidade do *ius civile* e do *ius honorarium*, do direito clássico e do vulgar; na Baixa Idade Média, dos direitos locais e territoriais, «uns e outros de raiz popular», «em paralelo» com as codificações reais e o «*ius commune*» (*Ib.*). Tudo revela, diz ainda García-Gallo, que «não só o sistema carece de unidade, mas também que não vigora em certo momento um só sistema. A dificuldade de os limitarmos no tempo depõe, igualmente, contra tal interpretação». A *história do direito* não tem, pois, por objecto uma sucessão de sistemas ou uma «*história de conceitos de conteúdo vário e flutuante*». Como concebê-la, então?

Para não falsearmos o pensamento do Mestre, entreguemos-lhe a responsabilidade de responder: «Existem realidades e situações que estão por cima do direito e que este se limita a regular ou a moldar: o indivíduo, a família, a sociedade nas suas diferentes manifestações; a vida espiritual; a tenência e o uso das coisas, as relações de cooperação e auxílio entre os homens, etc. Estas realidades e situações no fundamental são sempre as mesmas em todos

os povos e em todos os tempos; ainda que, naturalmente, a sua complexidade e desenvolvimento variem de maneira considerável em uns e outros» — escreveu García-Gallo cujas palavras tiveram a seguinte sequência: «Assim, também, o direito apresenta sobre um núcleo uniforme e persistente umas formas variáveis que intentam adaptar-se àquelas. A variabilidade do direito radica-se não só quantitativamente em função do seu desenvolvimento, mas também na diversidade de soluções com que se pretende ligar àquelas realidades. Assim, v.g., a autoridade dirigente de uma comunidade, pode basear-se num poder absoluto de origem divina, ou num contrato entre o rei e os súbditos; a transmissão dos bens para depois da morte, pode conseguir-se mediante a ficção de um vínculo filial pelo adoptante, por uma doação sujeita a termo ou por um testamento. Os conceitos e os preceitos jurídicos são só o instrumento de que o homem se vale para regular estas situações e interesses, e, por conseguinte, faz uso dos mesmos na medida em que podem servir-lhe, e prescinde deles ou cria outros novos quando o julga necessário. Por isso, dada a sua variabilidade, tais conceitos não podem servir de base para estabelecer o processo de formação e desenvolvimento do direito. Ele só é encontrável naquelas realidades, situações ou relações antes aludidas.» (*Ib.*).

Como salientou um seguidor de García-Gallo, esta construção renuncia a uma visão global e sincrónica «dando resposta à autonomia evolutiva dos diferentes sectores do direito como queria Von Schwerin, por quanto avalia cada instituição no seu tempo próprio, coincide ou não com as demais» (Escudero, 1973, 48). Consoante frisa o mesmo autor, ela intenta evitar uma história de normas inapreensíveis, «caprichosamente encadeadas» por uma «dogmá-

tica de momento»; e resolve — é também o mesmo escritor a afirmá-lo — o conflito (conflito «bastante incómodo») da pluralidade normativa. Será assim?

Cremos que a tese apresenta vários núcleos correctos: a ideia de *história do direito* como disciplina jurídica<sup>1</sup>; a análise que faz do conceito de sistema à luz da *história do direito*; a constatação da continuidade histórica como consequência da persistência e da pretensão de vigência intemporal do direito; a tese da diversidade de ritmos de desenvolvimento dos diferentes institutos. Salvo o devido respeito pelo Mestre eminente, a partir daqui não o seguiremos, porém.

Em primeiro lugar, apresenta-se-nos como demasiado hipertrofiado o papel daquele núcleo de realidades que se sobrepõem ao direito e o informam, que este aceita como nexo comum às várias ordens jurídicas. O primeiro exemplo aduzido por García-Gallo — o da personalidade — é frísante. Com efeito, em inúmeras ordens jurídicas verificaram-se fenómenos contraditantes da pretensa função de valor determinante e aporético que o historiador espanhol lhe atribui. Reportamo-nos à escravatura. Depois, a tese de García-Gallo não atenta na existência de certos factos com influência em toda a ordem jurídica, que, a prazo mais ou menos curto, directa ou mediatamente, se repercutem sobre ela, pela modificação das circunstâncias de facto nas quais se insere. Tal foi, em Portugal, o caso dos Descobrimentos<sup>2</sup>. Idêntico reparo julgamos fazer à falta de qualquer conexão entre a teoria como é exposta e as concepções de mundo.

Sem pormos em causa o facto de o fenómeno jurídico envolver um factor de persistência insusceptível de se conciliar com a ideia de sistema, afigurar-se-nos levar García-

1. V. *infra*, n.º 21. 2. Cfr. *supra*, n.ºs 5 e 6.

-Gallo demasiado longe as consequências daí retiradas. A ideia de continuidade pode ser estabelecida pelo alongamento dos períodos considerados, conjugando-a com a realidade das diversidades verificáveis entre os institutos por meio do estabelecimento de subperíodos. Quanto ao primeiro ponto, afirmou-o Hegel, quando ensinou que os contrastes se poderão dialecticamente suprimir ou vincar diminuindo ou aumentando o período relativamente ao qual se faz a observação. No tocante ao segundo, reconheceu-o um dos adeptos da corrente em causa. Embora não possa ser levado *ad infinitum*, dentro de termos razoáveis o processo é útil.

Também não achamos aceitável a superação dos pluralismos que se pretende alcançada com as soluções propostas. Se não tivermos ao menos um quadro típico mínimo de ordenação dos fenómenos acabaremos por construir não uma *história do direito* mas um feixe de histórias monográficas de institutos concretos, escritas em paralelo e de tom cronológico. Ora a utilidade dos tipos<sup>1</sup> reside exactamente nesse mínimo de análise e enquadramento, consituindo a passagem de uma ordem jurídica pluralista a monista — ou vice-versa — um daqueles factos onde se revela o impacto da concepção de mundo e nos quais se evidenciam os eventos com repercussão em toda a ordem jurídica. De resto, a ideia de uma ordem jurídica como pluralista consente, conjugada com o estabelecimento de períodos e subperíodos, assinalar os factores de continuidade e de inovação, demarcando as instituições com ritmos diferentes, de forma tendencialmente clara. Tenhamos presente pedir-se à periodificação não um retrato integral da ordem jurídica mas uma ordenação apenas relativa.

1. V. *infra*, n.º 18.

**17. Metodologia da exposição — sincronia ou cronologia?** — Apenas algumas palavras quanto a um aspecto complementar. Dever-se-á seguir na exposição das matérias o método cronológico, o método sistemático ou um método misto (exposição cronológica para a história externa, exposição sistemática para a história interna), como querem, para Espanha, Pérez-Prendes e Lallinde e foi praticado, com maior ou menor desenvolvimento por Pertile, Salvioni, Pollock-Maitland, e, entre nós, em alguma das suas lições, pelo Prof. Merêa? Depois de quanto dissemos sobre o valor do sistema na exposição do direito, não reputamos necessário consignar, a respeito, qualquer desenvolvimento. Relativamente ao método cronológico, diga-se, muito sinteticamente, que permitindo o apercebimento linear de um ou mais institutos determinados, acaba, ou pode acabar, por conduzir à perda de sentido de conjunto, obrigando o expositor a constantes remissões. Ele oferece — como já se escreveu — «o enorme inconveniente de turvar uma visão completa da evolução, salpicando fragmentariamente o quadro dos institutos em diversos lugares».

A combinação dos dois métodos será viável, segundo uma apreciação de valor? Não oferecerá os inconvenientes de ambos, sem a bondade de nenhum? É problema que não pode ser respondido em abstracto e senão em termos relativos. Dependerá do objecto ao qual se aplicar e da periodificação a fazer. Dependerá, também, de quanto se pedir. Para quem se contentar com uma resposta que contenha em si o reconhecimento do valor meramente instrumental e tendencial da periodificação a legitimidade do método será uma. Para quem lhe exija um rigor absoluto, será outra. Em qualquer caso, impõe-se a breve consignação de que a separação entre a história externa do direito (fontes) e a história interna (institui-

ções ou conteúdo) se quadra bem e se se radica numa concepção normativa-abstracta da ordem jurídica é facilmente conciliável e prejudica a visão da fenomenologia concreta postulada pelo institucionalismo e o decisionismo<sup>1</sup>.

Para nós, como princípio, não se poderão separar os processos de análise dos de exposição. Concebido o conteúdo do direito como um produto do monismo ou pluralismo da ordem jurídica, do papel das diferentes fontes do direito, v.g. do Estado, da organização da sociedade e da concepção de mundo, e tomados em consideração os valores inovatórios e tradicionais, existirá uma correlação entre todos os factos a estudar — embora possa haver algum desfazamento epocal, provocado pela maior sensibilidade ou resistência de um ou outro instituto aos factores de influência (verificação da chamada lei de variação das instituições). Será um fenómeno a consignar a propósito de cada caso. Por isso, a periodificação há-de reflectir esta unidade, pelo alargamento ou encurtamento de períodos e deverá renunciar ao método entre nós seguido da fonte prevalecente — período de influência de ..., — para se estabelecer em função do monismo ou pluralismo dos ordens jurídicos, consideradas enquanto tipos.

**18. (Cont.). Direito e fontes *cognoscendi*?** Falámos já na «prova»<sup>3</sup> como condição do conhecimento do direito do passado. Importa agora determo-nos nessa matéria sem ser com carácter incidental.

A apreensão do ordenamento jurídico faz-se através das fontes respectivas (*fontes cognoscendi*). Como determiná-

1. Cfr. *infra*, n.º 193. 2. Cfr. *supra*, n.ºs 13, 14 e 15. 3. V. *supra*, n.º 15 *in fine*.

-las, todavia? Reside a dificuldade da tarefa na circunstância de uma selecção importar na determinação prévia do que foi *direito*, de forma à luz deste conceito se escolherem as fontes respectivas e tornar-se necessário ter feito já a escolha para saber o que se entendeu por *direito*. Não há, com efeito, a respeito do conceito de *fontes cognoscendi*, «nem numa doutrina com pretensões de validade universal» (Coing, 1977, 45) — e como, ao contrário, existem várias concepções sobre o conceito de fontes formais, em conformidade com as diferentes épocas, a ideia de *fontes cognoscendi* apresenta um valor bastante relativo, na medida em que as fontes de conhecimento hão-de, necessariamente, conexas-se com as fontes formais.

Como orientação metodológica formulou-se na historiografia moderna a ideia instrumental de tipo — ou seja, a construção de módulos ideais correspondentes às diferentes fontes do direito tal como fenomenologicamente nos aparecem nas culturas jurídicas do nosso conhecimento. Tais tipos fixar-se-iam por extrapolação dos fenómenos jurídicos por nós apreendidos com recurso a uma visão cronológica (história) e a uma visão espacial (direito comparado). Os conceitos-tipo seriam úteis, não só para fins descritivos, mas também para fins heurísticos enquanto indicadores dos materiais sobre os quais se concentraria a análise.

Julgamos esta orientação válida — em conformidade, aliás, com quanto escrevemos a respeito do mínimo conceptual necessário para a compreensão da *história do direito* e da opinião comum como forma de conhecimento<sup>1</sup>. Por isso, dedicaremos algumas linhas ao desenvolvimento que lhe deu o respectivo propugnador: Coing.

1. V. *infra*, n.º 82, b).

Segundo este autor, uma teoria dos tipos jurídicos poder-se-ia referir à classe de fonte que ocupa o lugar mais relevante no quadro geral da tipificação, como «o direito legislado, no século XIX, o direito judicial em Inglaterra (...), o direito científico da Universidade no direito comum da Idade Média ou as opiniões dos juristas prestigiados no direito romano da República romana» (Coing, 1977, 46-47). Outro ponto de vista para a formação de tais tipos referentes às fontes do direito residiria na oposição entre «concepções pluralistas e concepções unitárias do direito». Caracterizar-se-ia a concepção unitária pelo facto de só uma fonte do direito ser reconhecida e considerada — ou seja, dita de valor exclusivo — como sucede, por exemplo, com a vontade do soberano ou do povo formulada por intermédio dos seus representantes (recorde-se, a propósito, a afirmação de Álvaro D'Ors de que o Estado liberal é um Estado absoluto por pretender o monopólio das fontes do direito)<sup>1</sup>.

A concepção pluralista aceitaria, por seu turno, não só a co-existência de diferentes ordenamentos jurídicos considerados «territorial ou pessoalmente», mas também a possibilidade de fundamentar a solução de problemas jurídicos em normas que de um ponto de vista político não foram nunca estabelecidas como vigentes nos diferentes países ou promulgadas<sup>2</sup>. Ilustraria a primeira modalidade a Teoria Geral do Direito, de Austin. A segunda, o curioso fenómeno do direito romano considerado como *ratio scripta* durante a Baixa Idade Média<sup>3</sup> e o sistema inglês, ao admitir junto às disposições legais e aos precedentes, as chamadas *persuasive authorities* (*ib.*).

1. Cfr., *supra*, n.º 4. 2. Cfr., *infra*, n.º 193. 3. Cfr. *infra*, n.ºs 80, 83, 93, 95 e 98.

Inclinamo-nos decididamente para a segunda orientação — considerando-a como uma metodologia extremamente fecunda. Já anteriormente ao aparecimento do volume de Coing, publicado na Alemanha em 1976, tínhamos esboçado em algumas linhas a oponibilidade, como tipos, do monismo ao pluralismo — e vice-versa. Desenvolvemo-las depois, durante uma regência de *direito romano* num curso de pós-graduação. Nessa ocasião foi-nos possível uma formulação mais completa do nosso pensamento, incorporando as polémicas travadas no seio da romanística sobre a existência ou inexistência de um pluralismo no direito romano<sup>1</sup>, conjuntamente com uma visão sobre os esforços do Estado para dominar a produção jurídica e submeter a *prudência*, por um lado e, por outro, as teorizações modernas do direito prudencial enquanto categoria *perene*<sup>2</sup>. Quando pela primeira vez nos debruçámos sobre o tema considerámos a possibilidade de ver no jurista a tese e no Estado a antítese — ou vice-versa. Ainda hoje estamos convencidos da realidade da problemática assim formulada dialecticamente em torno desses dois tipos conceituais.

Tais tomadas de posição servir-nos-iam para apoiar quanto Coing escreveu abstractamente a respeito da sua sugestão de tomar tipos para análise das fontes: «À luz de tais tipos ideais se devem ver as manifestações da época sobre o que nela se entende por direito para conseguir captar as ideias dessa época correspondentes ao quadro das fontes do direito» (1977, 47).

Só depois de fixados os tipos hermenêuticos será viável caracterizar individualmente as diferentes fontes. Ensinou-o, também, Coing, cujos ensinamentos precedentes são

documentados com as seguintes palavras: «Queremos ilustrá-la com um exemplo. Suponhamos que se chega à conclusão de que uma determinada época conheceu sobretudo ou exclusivamente fontes de direito representadas por extensas compilações de leis e se trata de compreender a peculiaridade, o tipo destas compilações. Dentro da história do direito europeu dever-se-á distinguir entre o tipo de compilação que surgiu com a *Ilustração* e o tipo de compilação jurídica recolha de autoridades, especialmente representado pelo Código de Justiniano (...). Ter-se-á que destacar e contrapor, ao lado desses dois tipos, os livros didácticos baseados na *auctoritas* (a codificação Justiniana incorpora as *Instituições*<sup>1</sup>, e no direito espanhol encontramos outro exemplo representado pelas *Partidas*<sup>2</sup>). Só assim se chegará a determinar as fontes do direito existentes na sua especificidade» (*Idem*, 48).

Compreender-se-á a importância metodológica da fixação de tipos se atentarmos ser um postulado da historiografia contemporânea a admissão de uma multiplicidade de métodos de estudo da *história do direito* — método das sobrevivências, método colonial, método etnográfico, método filológico, método comparativo, método sociológico, método estatístico... —, por vezes usados como alternativas das orientações dogmáticas e das estritamente historiográficas ou socio-teóricas quando não entre si combinados em diversos graus, bem como a utilização de uma variedade de fontes de conhecimento: crónicas, hagiólogos, livros de linhagens, tratados científicos não jurídicos, obras de arte, lendas, provérbios, crenças populares, usos tradicionais, inscrições, moedas e poesias, conforme o destacado para

1. Cfr., *supra*, n.º 2. 2. V. *infra*, n.ºs 70 e ss.

1. Cfr. a propósito, *infra*, n.º 72. 2. V. a tal respeito, *infra*, n.º 56.

o *Direito Peninsular* por Hinojosa, cuja lição é de hábito aduzida a propósito. Ora, se esta diversidade tornava já difícil a recondução das *fontes cognoscendi* às fontes de produção, a imprecisão de fronteiras entre as disciplinas afins e a relatividade da qualificação de ciências auxiliares torna-a mais delicada, impondo determinar quando estamos perante fontes de conhecimento específicas da *história do direito* e, portanto, com correspondência no quadro dos factos normativos e institucionais — dos quais se devem ter como expressão — ou perante fontes de conhecimento correspondentes à *história geral*, que no contexto se deve tomar como auxiliar ou complementar da *história do direito*. No primeiro caso encontrar-nos-emos nos domínios do jurídico, no segundo não. O problema encerra tanto maior complexidade quanto já existem dificuldades em traçar critérios de diferenciação, com validade se projectados historicamente, entre o direito e os usos sociais. Sem uma fixação de tipos será praticamente impossível fixar categorias limitrofes, com a consequência de tomarmos ou rejeitarmos arbitrariamente certas fontes como fontes válidas para o conhecimento do direito e, portanto, de aceitarmos um quadro mais ou menos largo dos factos normativos.

**19. (Cont.) Relevância do pensamento jurídico e demais factores a atentar num curso de história do direito** — Na reconstrução da ordem jurídica parece-nos de destacar particularmente a apreensão do pensamento jurídico da época, pois só com a sua fixação se conseguirá apurar o grau de cultura jurídica inerente ao ordenamento cuja fixação se pretende. Existiu nele (ou não) uma linguagem técnica própria;

houve ou não uma fixação legal da terminologia; à linguagem jurídica correspondeu a formulação «de regras precisas e determinadas»<sup>1</sup>, apresentadas «em forma sintética e sistematizada»? — são interrogações habituais que se devem colocar ao lado das correspondentes aos processos mentais dos juristas, à determinação de quais os métodos e instrumentos utilizados e quais os processos de expressão respectiva. Ao investigador compete averiguar como eles chegaram às soluções: problemática ou sistematicamente<sup>2</sup>, utilizando a *auctoritas* própria ou baseando-se na opinião de outros<sup>3</sup>, ressaltando a tradição ou com independência face a ela, etc., etc.

Ainda neste ponto se afigura útil a proposta elaboração de tipos<sup>4</sup>, correspondentes, nomeadamente, a um pensamento jurídico processual ou a um pensamento jurídico material — conforme a *actio* ou o *ius* seja o título causal ou a consequência correspondente — à existência de uma pluralidade de fontes ou a um monismo normativo; a uma mentalidade acrítica e aceitante de um ordenamento com pretensões aporéticas, «sacro», «sacralizado» ou «sacralisante» da actividade do intérprete ou a uma mentalidade «científica» correspondente a processos de análise empírico-argumentativos ou sistemático-dedutivos<sup>5</sup> ou antes a uma metodologia explicativa interna (a interpretação obedece a razões de lógica formal inerente ou a considerações histórico-sociológicas consubstanciadas v.g. em tópicos<sup>6</sup>); ao fim da exegese: este é a reconstrução de um pensamento histórico — da lei, do legislador ou das circunstâncias — ou à determinação de um fim correspondente a problemas desligados do cuncunstancialismo que ditou a formação do coman-

1. V. *infra*, n.º 99.

2. Cfr., *infra*, n.ºs 81-83.

3. V. *infra*, n.ºs 70 e 81.

4. Cfr. *supra*, n.º 18

5. V. *infra*, v.g. n.º 82 b)

6. V. *infra*, n.ºs 81 e ss.

do; a formas de estrita hermenêutica ou de *inventio* (repor-tam-se ela exclusivamente «a um instrumental técnico» ou situa-se numa solução «aberta», que consente a invocação de quaisquer autoridades culturais podendo integrar-se o ordenamento com elas)<sup>1</sup>. A estas consagradas maneiras de tipificar o pensamento jurídico, outras se poderiam, aliás, aduzir.

Quanto antes escrevemos a respeito da cultura jurídica e do direito prudencial<sup>2</sup> é transponível, com as necessárias adaptações, para as outras manifestações de direito não estatal (nomeadamente para o direito consuetudinário) e para o próprio direito estatal, de maneira a poder analisar-se como realidade própria as diferentes componentes que integram o direito de uma dada época.

O conhecimento deste far-se-á pela integração das diversas formas num todo complexo.

Seja, com efeito, como for, admita-se ou não como boa a solução dos tipos, ter-se-ão de conjugar as diversas fontes do direito (em sentido de factos normativos) que coexistem nas ordens jurídicas pluralistas. Será mesmo a diferente maneira da respectiva conjugação que permitirá a inteligibilidade de cada ordem jurídica específica e o seu confronto com as demais — isto não apenas no aspecto cronológico, mas também da evolução de cada direito. O menor ou maior grau de mobilidade existente nas ordens jurídicas; a tendência hegemónica de certos tipos de factos normativos ou de agentes deles; a mutação das fontes, consoante as épocas, tudo são factores a ter em conta e que julgamos deverem reflectir-se particularmente num curso de *história do direito* organizado com fins pedagógicos.

1. V. *infra*, n.º 82 b) e c). 2. V. *infra*, n.ºs 3, 9 e ainda 70, 71 e ss., e 83.

Não bastará, todavia, a compreensão dos factos produzidos do direito e da respectiva articulação para se chegar ao conteúdo deste<sup>1</sup>. Necessário é igualmente determinar os elementos translacitivos, fixados pela tradição — isto é, apurar quanto numa dada ordem jurídica não corresponde ao criado contemporaneamente para responder aos problemas concretos, mas que foi herdado de épocas anteriores e, dentro desta última categoria, fazer uma subdistinção entre as soluções que, embora criadas antes, continuam a ser tidas por válidas para problemas comuns ao período em causa, como o foram para os seus antecessores, e tudo aquilo já despedido de uma efectiva vivência coeva, vigente, mas não vivo, simples sobrevivência mantida pela inércia, pelo gosto ritual, por incapacidade de renovação. A este propósito deve consignar-se a insistência da moderna metodologia em destacar os elementos de renovação jurídica dos elementos tradicionais como forma de apreensão do âmago das ordens jurídicas e, enquanto tal, útil em termos de comparativismo.

Necessário é ainda à inteligência das soluções materiais, consagradas por uma ordem jurídica determinada, atentar, por um lado, na chamada concepção integral de mundo — como antes referimos — e, por outro, nos estratos sociais ou classes (conforme se queira)<sup>2</sup>, sobretudo em épocas de forte hierarquização expressa formalmente não só em parâmetros ditos sociais mas também em múltiplos estatutos jurídicos diferenciados.

A exposição do conteúdo do direito<sup>3</sup> — para falar como García-Gallo — surge, assim, enquadrada pela resolução de uma série de problemas — alguns de simples metodologia

1. Cfr. *infra*, volume correspondente aos *Grupos Sociais e Conteúdo do Direito*.

2 e 3. Cfr. *vg. infra*, n.º 193, *in fine* e o volume relativo aos *Grupos Sociais e Conteúdo do Direito*.

externa com incidência exclusiva na observação, outros de características materiais, mas condicionantes ou de natureza causal. Não haverá aqui que repetir considerações já enunciadas. A referência agora feita a este momento hermenêutico destina-se a vincar apenas a validade histórica dos conteúdos concretos e não a entendê-los como reportados exclusivamente aos aspectos formais organizativos.

**20. (Cont.). Aceitação e rejeição da ordem jurídica** — Ficaria incompleto o quadro da fenomenologia jurídica a fornecer pelo ensino histórico do direito se não se atentasse nos problemas postos pelo grau de aceitação ou rejeição do direito no meio considerado, isto é, nos factores relativos à sua observância espontânea, ao funcionamento dos órgãos encarregados de o ministrar e ao aproveitamento pelos sujeitos de direito dos institutos postos ao seu dispor (*Rechtsatsachen*).

Trata-se de um domínio cujo estudo é particularmente recomendado na historiografia moderna — e de dificuldades intrínsecas sobretudo no concernente a certas épocas. Se dispomos de alguns dados a respeito de vários aspectos — a duração e custo dos processos, o grau de obediência ao direito e a qual ou quais das suas fontes, por exemplo — noutros está quase tudo por investigar, nomeadamente o respeitante ao diverso grau de influência e à zona da vida social respectivamente disciplinada pelo direito e pelos demais factores estruturantes das relações inter-subjectivas — como a religião, o amor, as virtudes<sup>1</sup> e os usos — assim como aspectos mais circunscritos, v.g., as

1. V. *infra*, n. os 24 e 25.

formas de influência exercitada pelos poderosos na aplicação do direito e a permeabilidade dos diversos graus hierárquicos a tais intervenções, conforme a outros propósitos procurámos apurar. Estudo a que importaria dar autonomia seria o correspondente à maneira como os leigos encaravam a ordem jurídica — com estabelecimento das diferenças entre os vários grupos sociais — connexionando-a com a forma pelo qual os juristas o viram e conceberam. É, porém, matéria praticamente descurada, salvo em aspectos parciais e sobretudo «literários».

**21. História do direito — História ou direito? —** Chegamos a este ponto, importa perguntar: a *história do direito* é uma disciplina jurídica ou uma disciplina histórica? Ao menos a *história do direito*, identificado este como o fizemos e a história jurídica enquanto objecto de estudo e enquanto via de conhecimento, a *história do direito* que, afinal, toma em consideração o dado jurídico e as suas conexões sociais? É sabido terem sido dadas respostas em ambos os sentidos. Quanto aqui se escreve constitui apenas uma breve anotação.

Começaremos por sublinhar que o direito é, essencialmente, epocal. Como qualquer facto cultural tem uma *duração*. O tempo é ínsito ao direito. O tempo faz parte do respectivo *modo de ser*. Não é possível pensar uma ordem jurídica fora do tempo. Reconhecido isto, segue-se que o direito só pode apreender-se ponderada que seja a sua projecção cronológica, visto só se tornar possível conhecer qualquer objecto através da análise do *modo de ser* das correspondentes características essenciais. Noutros termos: a história (jurídica) é um modo de conhecimento do direito. Sem ela

este não poderia inteliuir-se. A *história do direito* (arte ou ciência histórica) representa uma reflexão *essencial* sobre a *essência* do *ius*.

Deste reconhecimento segue-se a identificação da nossa posição com a daqueles que fazem da *história do direito* (conhecimento histórico do direito) uma disciplina jurídica. O método é histórico: o fenómeno é jurídico. Aquele está por isso parificado a qualquer outro modo de conhecimento do direito — seja ele filosófico, descritivo, dogmático ou exegético. Para nós, carece de sentido a interrogação de Marcello Caetano sobre se devemos abordar a *história do direito* como historiadores ou como juristas. Sabido que nenhum ângulo de análise do *ius* é por si suficiente para o conhecimento do respectivo *ser*, apenas revelando um aspecto, uma das suas múltiplas faces, fornecendo unicamente uma visão parcial, forçoso se torna concluir pela imprescindibilidade da *história do direito* para a determinação da realidade jurídica.

A este respeito uma glosa mais. A visão histórica do direito suplanta mesmo qualquer outra na determinação do *real* — pois é a mais compreensiva. É ela que incorpora o maior grau de juridicidade, a mais divesificada soma de aspectos, revelações, fenómenos e experiências desse fenómeno que é o *ius*. Ela é, numa palavra, o mais categorizado instrumento de conhecimento do direito.

**22. Observações finais** — As páginas destas lições são completadas pela explicação ministrada nas aulas. Dela não poderão ser, consequentemente, separadas, quer para a sua compreensão e a sua inteligibilidade, quer no tocante ao esclarecimento de muitas noções prévias co- envolvidas e às

exemplificações factuais ou doutrinárias apresentadas. A este respeito importa que o estudante tenha presente e consulte os *Elementos Auxiliares*, nos quais se fornecem, além de elementos relativos à didáctica do curso e vária documentação susceptível de «vivificar» a sua aprendizagem, muitos quadros delimitadores e noções ou elementos anciaes. Motivou a compilação de todos esses materiais o propósito de dispensar o aluno da tarefa de consultar fontes múltiplas, diversificadas nem sempre de consulta fácil ou atraente — que, sendo árdua, lhe poderia causar perplexidade ou desorientação. Com ela se consegue também reduzir as indicações bibliográficas a um mínimo, suprimindo todo o aparato erudito. Legítimo — quando não imprescindível — em obras de investigação ou para especialistas, incluído nestas páginas representaria um peso morto, inútil, e talvez prejudicial, pelas hesitações que poderia gerar. Apenas se indicam a propósito de cada tema as obras utilizadas e fundamentais — ou alternativas —, seleccionando-as pela capacidade de reflectirem as grandes linhas respectivas, o desenvolvimento global que interessa apreender, deixando propositadamente de lado os trabalhos cujo objecto é o estabelecimento de pormenores ou a disquisição mais ou menos académica.

É certo que a bibliografia carreada ao longo dos anos excede em alguns casos estes propósitos. Mas afigurou-se útil mantê-la como informação — ao menos para acentuar o carácter sintético e relativo da exposição.

Tal referência será feita no fim dos capítulos, altura em que o leitor possui já uma visão genérica do assunto em causa e poderá, se ele o atraui, procurar maiores desenvolvimentos ou explicações complementares. Com isso alcançar-se-á também a vantagem de suprimir as notas

intercalares ou de pé de página, que, se meramente bibliográficas, tenderão a ser ignoradas ou, quando assim não suceda, a desviar a atenção do fio do discurso com dispêndio do esforço reflexivo. Porque esse fenómeno ocorre igualmente em relação às explanações de carácter intercalar, versadas frequentemente nas notas, procurou-se uma exposição que dispensasse as últimas e, tanto quanto possível, linear, discursiva, funcional, inserindo no lugar próprio do texto os parêntesis explicativos e os circunlóquios pedagógicos. O mesmo se fez com os trechos documentais.

De observar ainda que a bibliografia, por óbvias razões de comodidade, se cita segundo ordem alfabética norteadas pelos apelidos dos autores, antepondo-se a todas as demais as fontes legislativas e documentais, as obras anónimas e as colectivas — estas quando não publicadas sob coordenação individual. A pormenorização de transcrições respectivas no texto faz-se pela identificação do autor seguida pela data da edição — quando há mais de uma obra no mesmo ano potencia-se essa data com a indicação de um ordinal relativo à ordem de indicação dos trabalhos — e do número da página, a menos que a fonte seja indicada de acordo com as abreviaturas incluídas na tábua a elas respeitantes e publicada no lugar próprio.

No tocante à matéria já exposta, o leitor deverá ter também especialmente em consideração o facto de haver sido colocado perante sínteses cuja sede própria cabe no desenvolvimento da obra. Terá, por isso, de confrontá-las com os respectivos desenvolvimentos e atentar na fenomenologia histórica aí referida. De outra maneira encontrará dificuldades escusadas.

Com intenção, aliás, de as minimizar, ao menos parcialmente e tanto quanto possível, inseriram-se algumas notas

de pé de página com remissões para os lugares onde as matérias encontram tratamento específico. Possibilitou o sistema — que será igualmente adoptado nos capítulos subsequentes a este volume em função de paralelismos ou de desenvolvimentos complementares — o facto de as presentes lições, não obstante publicadas de forma a adaptarem-se ao ritmo de ministração das aulas, constituírem, em grande parte, nova edição de textos divulgados já em anteriores anos lectivos.

A tal respeito escrevemos nas lições publicadas em 1989: «efectivamente, o plano que lhes preside teve já execução nas versões ciclostiladas — embora na maioria não revisitas — correspondentes aos cursos de 1980/81, 1981/82 (sob o título de *História das Instituições*), 1982/83 — aparecidas com indicação final 1983 —, em versão *offset* divulgada em 1983/84 (apenas parcialmente), em 1984/85 e na versão incompleta impressa em 1986/87». Relativamente a estas últimas — referíamos ainda no texto de 1989 —, «o presente volume contém algumas variantes. Além de indicações bibliográficas suplementares, modificações estilísticas e de pormenor, um ou outro desenvolvimento de capítulos achados mais carenciados — como o respeitante ao direito canónico —, procedeu-se à rearmação de certas matérias com vista a evitar repetições e inseriram-se nele novos temas. É o caso de quanto se escreve relativamente à organização da comunidade internacional e da *iurisdictio imperii*, que, embora assente em investigações já divulgadas pelos autores há algumas dezenas de anos, apenas eram referidas incidentalmente na edição anterior. É o caso também da matéria correspondente à administração e à organização da justiça. A necessidade de nos anos lectivos anteriores se fechar rapidamente o volume correspondente a

este, de forma a os alunos disporem de um texto nos finais de Janeiro, começos de Fevereiro, levou a prescindir da respectiva inclusão, suprimindo-se a lacuna pela remissão para as lições ministradas no ano lectivo de 1982/83, onde os referidos temas se encontravam versados e que nessa parte foram de novo reeditadas». Infelizmente não consentiu a marcha do ano lectivo concretizar a inclusão destas matérias no texto divulgado em 1989. «Ainda, então, se utilizou o referido processo de remeter para as páginas divulgadas em 1982/83». «O facto de agora se apresentar uma nova exposição dessas matérias» — escrevemos nesta última edição — «constitui um motivo de júbilo, que se reporta também à síntese final ensaiada no termo do volume».

Foi uma falsa profecia. Só na versão de 1993 tais propósitos lograram realizar-se. Não se verificou, em todo o caso, possível nela incluir a parte relativa à administração — empregue o termo no contexto abaixo referido<sup>1</sup> — militar, nem à fiscal, escrevemos nós relativamente ao texto anterior, sem que o voto tivesse sido cumprido. Apenas foi possível disponibilizar fascículos soltos para uso exclusivo dos alunos e sem que se fechasse o respectivo volume, carecido nomeadamente, das projectadas gravuras, de índices, da tábula de abreviaturas, de uma revisão final. Para minorar todos esses inconvenientes divulgaram-se sucessivas erratas, que embora imperfeitamente colmataram algumas deficiências. Veremos se desta vez conseguimos o propósito enunciado, embora com a consciência das contingências da divulgação de um texto da índole do presente no decurso de um único ano lectivo e sujeito às respectivas condicionantes. Em compensação logrou-se o intento de se acrescentar, já no texto anterior, a matéria respeitante ao

1. Cfr. *infra*, n.º 140.

direito hebraico e ao direito muçulmano. Trata-se de temas que não haviam sido considerados dada a estreiteza do tempo escolar — mas que pela respectiva relevância deveriam ser incluídos, mesmo por ventura com sacrifício de outros. O decorrer do ano lectivo o dirá. Por agora, importa justificar a respectiva inserção, tanto mais que a historiografia nacional se tem, em grande parte, mantido alheia a tal estudo. Os historiadores do direito, mesmo os que restringem o seu objecto à história das fontes, quando não ignoram totalmente ambos esses ordenamentos esquecem pelo menos o judaico e remetem o estudo do islâmico para o de épocas anteriores à fundação da nacionalidade — não obstante entre nós os *judeus* e os *mouros* serem compreendidos nos trabalhos dos historiadores das instituições no tocante à respectiva orgânica administrativa<sup>1</sup>, aos aspectos institucionais, às correlações com o poder político. E outro tanto se diga quanto à historiografia comum<sup>2</sup>: também ela deixa de lado aqueles ordenamentos normativos. Trata-se de omissão em contraste com o dominantemente sucedido em Espanha. Se aí os cultores da história geral, v.g. da dos seguidores de Moisés e de Mahomet, não desprezam também a consideração normativa<sup>3</sup>, os historiadores do direito (García-Gallo, Gibert, Pérez-Prendes, Lalinde, Fernandez Espinar...) tratam-na *ex professo* e em obediência a premissas metodológicas objectivas, embora alguns apenas versem o direito muçulmano a propósito da dominação islâmica na Península.

Se se impõe transmitir ao aluno a correlação comunidade-direito (*ubi societates-ibi ius*), a tendência para a institucionalização dos grupos e sociedades humanas<sup>4</sup>, a necessidade de ponderar conjunta e harmonicamente o lado

1. Cfr. *infra*, n.º 192. 2. 3. e 4. V. *infra*, n.º 196.

normativo, o aspecto decisionista, a fenomenologia institucional, para a compreensão do que é o direito<sup>1</sup>, então devemos explicar como se regeram as comunidades judaicas e moura, inseridas no corpo social fixado no nosso território, completando o estudo da sua orgânica com o do ordenamento intrínseco que as conformou. Sem isso, dar-se-á uma visão errada da realidade histórica e da fenomenologia jurídica, por parcial e amputada. A ignorância dos momentos normativos correspondentes a cada um desses dois grupos é tanto mais significativa quanto qualquer deles se apresenta muito ilustrativo, pela diversidade respectiva e o contraste com o da comunidade cristã. «*Não havendo ciência do individual*», só poderá, assim, explicar o silêncio e a omissão antes referida quem tiver a este respeito presentes vários preconceitos de ordem cultural, nomeadamente a irrelevância das minorias e o falso dogma da estadualidade do direito — bem como o repetido reconhecimento da pequena importância, seja do direito israelita, seja do maometano, no futuro desenvolvimento do direito português<sup>2</sup>. A tal respeito não se poderá, todavia, esquecer que a *história do direito* não se identifica com o estudo dos *efeitos* deste e que a configuração das ordens jurídicas se não circunscreve ao estabelecimento de relações de causalidade. Pertence à fenomenologia respectiva a existência de fenómenos sem efeito ou de efeito relativo.

Para nós militam ainda outras circunstâncias. O pluralismo jurídico, referido como característico da época, não ficará individualizado no seu grau próprio — e por referência ao monismo subsequente — sem o estudo mencionado, isto por um lado; por outro, porque dificilmente se compreenderá o «direito cristão» se o estudarmos apenas em si

1. V. *infra*, n.º 196. 2. Cfr. *infra*, n.º 121.

mesmo, abstraindo das relações dialécticas de confronto e divergência. Acresce a peculiaridade do título de recepção<sup>1</sup> de ambas as ordens jurídicas em questão — que se baseia na benevolência, causa de um *privilégio* (dando ao termo o seu sentido técnico-jurídico) — constituir um elemento específico cujo entendimento é relevante para a percepção do direito da época.

As referências precedentes explicam a génese e os condicionamentos do presente livro, sendo certo que as primeiras só se justificam para salvaguarda do «*seu a seu dono*». A este propósito é preciso sublinhar que nele se incorporaram algumas páginas de lições anteriores às já referidas — como sucede relativamente às ministradas no ano lectivo de 1976/77 —, havendo-se aproveitado também investigações realizadas pelos autores e por estes subscritas ao longo dos anos e divulgadas em trabalhos monográficos ou sob a forma de artigos.

A este propósito, os autores lastimam serem obrigados a registar nesta edição o facto de muitas das páginas de sua responsabilidade haverem sido integralmente transcritas em obras alheias sem qualquer indicação de origem e de muitas outras terem sofrido decalque mais ou menos disfarçado. Enfim...

A terminar deve consignar-se uma palavra de reconhecimento aos Assistentes Mestre Eduardo Vera-Cruz Pinto e Mestre Teresa Moraes pelo trabalho de revisão do presente livro — e que lhes exigiu dilatado esforço, tempo e dedicação. Aqui fica o agradecimento devido, sendo certo que de outra maneira não seria possível divulgar estas páginas já no princípio do ano lectivo. Feito já relativamente à versão

1. Cfr., *infra*, n.ºs 98 e segs.

provisória anterior, este agradecimento cabe aqui de forma renovada.

Reconhecem os autores as deficiências da obra. Apesar disso gostariam de a dedicar à memória dos professores Pedro Martins e Paulo Merêa — a quem expressa e legalmente sucederam nas «vagas» que lhes pertenciam e em relação aos quais é grato consagrar laços afectivos de várias naturezas; à memória do Prof. Braga da Cruz, amigo de sempre e Mestre para sempre; e ainda à de Garcia-Gallo, o formidável estudioso cujo convívio é inolvidável. Dois outros nomes da cultura espanhola merecem a mesma homenagem — Álvaro D'Ors e Rafael Gibert, a quem os dois autores confessam profundas dívidas de amizade e de natureza intelectual. Impossível é esquecer, igualmente, a reverência devida ao Prof. Raúl Ventura, Mestre de ambos e grande figura da cultura jurídica portuguesa. O nome do Prof. Sebastião Cruz não deve também faltar neste momento, pela grata lembrança de quem foi por ele sucessivamente examinado em provas académicas e pela indomável coragem intelectual que demonstrou na sua vida universitária. Possa a congregação numa mesma confissão de reconhecimento de nomes de professores espanhóis e portugueses ser entendida como correspondente a um ideal universitário sem fronteiras e o facto de a esses nomes pertencerem diferentes épocas no quadro da investigação ser tomado como signo da perene continuidade do estudo.

**BIBLIOGRAFIA:** Para a exposição relativa à *Periodificação*: JESUS LALINDE ABADIA, "Historia del Derecho Frente a Filosofía del Derecho (Contrarréplica Extemporanea a Hans Kelsen)", in *AHDE.*,

LXV, 1995; MÁRIO DE ALBUQUERQUE, *O Significado das Navegações e Outros Ensaaios*, Lisboa, 1930; MARTIM DE ALBUQUERQUE, «Política Moral e Direito na Construção do Conceito de Estado em Portugal», in *Estudos de Cultura Portuguesa*, Lisboa, 1984, I; «O séc. XVIII na Legislação de Pombal», in *Pensamiento Jurídico y Sociedad Internacional. Libro... Homenaje al Profesor D. Antonio Truyol y Serra*, Madrid, 1986, I; "História das Instituições. Relatório sobre o Programa, Conteúdo e Métodos do Ensino", in *RFDL.*, XXV; RUY DE ALBUQUERQUE, *Os Títulos de Aquisição Territorial na Expansão Portuguesa*, Lisboa, pol. 1958 e «História do Direito Português». Relatório (Nos termos da alínea a) do N.º I do Art.º 9 do Decreto N.º 301/72, de 14 de Agosto, de harmonia com o Art.º 4.º do mesmo Diploma), in *RFDL.*, 1986; ALEXANDROWICZ, *An Introduction to the History of the Law of Nations in the East Indies (16th, 17th and 18th Centuries)*, Oxford, 1967; ANZILOTTI, *Corso de Diritto Internazionale*, Pádua, reedição de 1964, I; ROMEU DE ARMAS, «Los Problemas Derivados del Contacto de Razas en los Albores del Renacimiento», in *Cuadernos de Historia*, I; MARCELLO CAETANO, *Lições de História do Direito Português*, Coimbra, 1962, e *História do Direito Português*, Lisboa, 1981, I; CATTANEO, *Iluminismo e Legislazione*, Milão, 1966; BRAGA DA CRUZ, «Formação Histórica do Moderno Direito Privado Português e Brasileiro», in *Obras Esparsas*, Coimbra, 1981, II, 1.ª P; NGUYEN QUOC DINH, PATRICK DAILLIOS e ALAIN PELLET, *Droit International Public*, Paris, 1980; ESCUDERO, *História del Derecho: Historiografía y Problemas*, Madrid, 1973; SAMPAIO FERRAZ, *O Conceito de Sistema no Direito*, S. Paulo, 1967; GARCÍA-GALLO, «Historia, Derecho, y Historia del Derecho», in *AHDE.*, XXIII, 1953 e «La Historiografía Jurídica Contemporánea. Observaciones en Torno a la Deutsche Rechtsgeschichte de Planitz», in *AHDE.*, XXIV, 1954; PECOURT GARCÍA, *Tendencias Actuales de la Doctrina Italiana de Derecho Internacional Público*, Valência, 1986; MARTINEZ GUÓN, «Ante una Nueva Exposición de Conjunto de la Historia Del Derecho Español», in *AHDE.*, XXXII; J. GILISSEN, «Introduction à l'Étude du Pluralisme Juridique», in *Le Pluralisme Juridique*, ob. col., Bruxelles, 1972; OLIVIER GUILLOT, "Clovis, le Droit Romain et le Pluralisme Juridique", in *Libertés, Pluralisme et Droit. Une Approche Historique*,

Bruxelas, 1995; L. INGBER, «*Le Pluralisme Juridique dans l'Oeuvre des Philosophes du Droit*», *Idem*; MARROU, *De la Connaissance Historique*, Paris, 1955 — há trad. port.; PEDRO MARTINS, *História Geral do Direito Romano, Peninsular e Português*, Coimbra, 1907; MICHELIS, *Le Origini Storiche e Culturali del Pensiero di Ugo Grozio*, Florença, 1967; CABRAL DE MONCADA, «O Problema Metodológico da História do Direito Português», e «Origens do Moderno Direito Português», in *Estudos de História do Direito*, Coimbra, 1949, II; ORESTANO, *Introduzione allo Studio Storico del Diritto Romano*, Turim, pol., 1963; OURLIAC, «Histoire Nouvelle et Histoire du Droit», in *RHDFE.*, 70, 1992, 3; VICENTE FERRER DE NETTO PAIVA, *Reflexões sobre os Sete Primeiros Títulos do Livro Único da Parte 1.ª do Projecto do Código Civil Português*, Coimbra, 1959; BALLADORE PALLIERI, *A Doutrina do Estado*, Coimbra, trad. port. de 1964; ROLANDO QUADRI, *Diritto Internazionale Pubblico*, Nápoles, 1968; R.-M. RUMPELBERG, «O Nomen Dulce Libertatis», in *Libertés, Pluralisme...*, supra cit.; NORBERT ROULAND, «Pluralisme Juridique», in *Dictionnaire Encyclopédique de Théorie et de Sociologie du Droit*, Paris, 1993 e *L'État Français et le Pluralisme. Histoire Politique des Institutions Publiques de 476 à 1792*, Paris, 1995; BROWN SCOTT, *El Origen Español del Derecho Internacional Moderno*, Valladolid, trad. esp. de 1928; TRUYOL Y SERRA, *Noções Fundamentais de Direito Internacional Público*, trad. port. de 1962, Coimbra; N. E. GOMES DA SILVA, *História do Direito Português*, Lisboa, 2.ª edição, 1993; J. VANDERLINDEN, «*Le Pluralisme Juridique. Essai de Synthèse*», in *Le Pluralisme...* cit.; DIEZ VELASCO, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Madrid, 1986; WALZ, *Derecho Internacional y Crítica de sus Negadores*, Madrid, trad. esp. de 1943.

2. Para a matéria relativa aos *Problemas e Orientações Metodológicas*, veja-se além das obras anteriormente referidas de J. LALINDE ABADIA, 1995; RUY DE ALBUQUERQUE, 1986; MARCELLO CAETANO, 1981; CABRAL DE MONCADA, 1949; ESCUDERO, 1973; GARCIA GALLO, 1953 e 1954; MARTINEZ GIJON, 1952 e ORESTANO, 1963 — MARTIM DE ALBUQUERQUE, *História das Instituições*, ed. pol., Lisboa, 1978; RAFAEL ALTAMIRA,

*Historia del Derecho Español*, Madrid, 1903; FELICE BATAGLIA, «*Scienze della Natura e Scienze Umane. Alcune Considerazioni sulla "Massime di Esperienze"*», in *RIFD.*, 1963, V; RUDOLF BECHERT, «La Importanza del Pensiero Storico e la Utilità della Conoscenza Storica», in *RSDI.*, 1929; JUAN BENEYTO, *Una Sociologia de la Historia Jurídica*, Madrid, 1957; D. BIZZARRI, «Problemi di Indirizzo e di Metodo nella Storia del Diritto Italiano», in *Riv. Stor. Italiana*, 48, 1931; MARCH BLOCH, *Introdução à História*, Lisboa, trad. port. de 1965; E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Die deutsche verfassungsgeschichtliche Forschung im 19. Jahrhundert. Zeitgebundene Fragestellungen und Leitbilder*, Berlim, 1961; BRANDILEONE, «Di un Indirizzo Fondamentale degli Odierni Studi Italiani di Storia del Diritto», in *Filangieri*, XIII, 1888; CALASSO, *Introduzione al Diritto Comune*, Milão, 1951 e «Elogio della Polemica», in *RISG.*, 1950; CAPOGRASSI, «*Analisi dell' Esperienza in Concreto*», «*Studi sull' Esperienza Giuridica*», «*Il Problema della Scienza del Diritto*», «*Nota sull' Esperienza Giuridica*», «*L' Esperienza Giuridica nella Storia*», «*Incompiutezza della Esperienza Giuridica*», in *Opere*, Milão, II e III, 1945; CASSANDRO, v.º «Storia del Diritto», in *NDI.*, XVIII; HELMUT COING, «*Die europäische Privatrechtsgeschichte der neuen Zeit als einheitliches Forschungsgebiet. Probleme und Aufbau*», in *Ius Commune*, I, 1967; *Las Tareas del Historiador del Derecho. Reflexiones Metodológicas*, trad. esp. de 1977, Madrid; P. COSTA, «Storia Giuridica. Immagini e Confronto», in *AHDE.*, 1997; P. FERREIRA DA CUNHA, *Para uma História Constitucional do Direito Português*, Coimbra, 1995; ÁLVARO D'ORS, «Vulgarismo Jurídico, Hoy», «Derecho y Ciencias Sociales» e «Los Romanistas ante la Crisis de la Ley», todos em *Escritos Varios Sobre el Derecho en Crisis*, Roma-Madrid, 1973; JOSÉ ANTÓNIO ESCUDERO, «Derecho y Tiempo: Dogmática y Dogmáticos», in *AHDE.*, 1970; FASSÒ, *La Storia Come Esperienza Giuridica*, Milão, 1953; GARCÍA-GALLO, *Metodologia de la Historia del Derecho Indiano*, Santiago do Chile, 1970 e *Manual de Historia del Derecho Español*, Madrid, 6.ª ed., 1975; GAUDEMET, «Méthode Historique et Droit Romain», in *RHDFE.*, 1946-1947; JOSÉ MARTINEZ GIJÓN, «Ante una Nueva Exposición de Conjunto de la Historia del Derecho Español», in *AHDE.*, 1962; A.

di una Nuova Disciplina: La Storia del Diritto Europeo», in AG., 1944; SAVIGNY, *Juristische Methodenlehre*, Stuttgart, 1951; MARNOCO E SOUSA, *História das Instituições do Direito Romano, Peninsular e Português*, Coimbra, 3.<sup>a</sup> ed., 1910; ALDO SCHIAVONE, *Storiografia e Critica del Diritto. Per una «Archeologia» del Diritto Privato Moderno*, Bari, 1980; NUNO J. E. GOMES DA SILVA, *História do Direito Português*, 2.<sup>a</sup> ed., Lisboa, 1991; PETER STEIN, *Legal Evolution. The Story of an Idea*, Cambridge, 1980 e «Legal History: The British Perspective», in *TUR/RHD*, LXII, 1994; HANS THIEME, «L'Histoire du Droit et de la Science Juridique», in *História do Direito e Ciência Jurídica. Homenagem Póstuma a Guilherme Braga da Cruz*, Porto, 1977; A. MOTA VEIGA, *História do Direito Português*, «de harmonia com as preleções do Exmo. Prof. Dr. Joaquim Pedro Martins», Lisboa, 1931; A. VISCONTI, «Dove Va la Storia del Diritto», in *RSDI*, 1952.

3. Para a posição assumida quanto à inclusão do estudo relativo ao direito judaico e ao direito muçulmano, cf. v.g. J. LALINDE ABADIA, *Iniciación Histórica al Derecho Español*, Barcelona, 1970; MARCELO CAETANO, *História do Direito Português (1146-1495)*, Lisboa, 1981; GARCÍA-GALLO, *Manual de Historia del Derecho Español*, Madrid, 1975, I; RAFAEL GIBERT, *Historia General del Derecho Español*, Madrid, 1978 e *Los Elementos Musulman y Judío en lo Estudio Jurídico Español*, Madrid, 1995; JOHN GILSEN, *Introduction Historique au Droit*, Bruxelles, 1979 — trad. port. de 1986.

GIULLANI, it. *Concetto di Prova. Contributo alla Logica Giuridica*, Milão, 1971; ROGER GRAND, *L'Histoire du Droit Français. Ses Règles. Sa Méthode. Son Utilité*, Paris, 1920; G. GURVITCH, *L'Expérience Juridique et la Philosophie Pluraliste du Droit*, Paris, 1935; M. HAURIOU, *L'Histoire Externe du Droit*, Paris, 1984; A. MANUEL HESPANHA, «O Direito e a História. Os Caminhos de Uma História Renovada das Realidades Jurídicas», sep. da *Rev. de Direito e Estudos Sociais*, Lisboa, 1971, *A História do Direito na História Social*, Lisboa, 1978 e *História das Instituições*, Coimbra, 1982; HINOJOSA, «El Derecho en el Poema del Cid» e «Poesia y Derecho», in *Obras*, I e III, Madrid, 1958; P. GROSSI, *L'Ordine Giuridico Medievale*, Roma-Bari, 1996; A. GUARINO, *O Direito e a História*, sep. da *RFDL*, 1984; MAX KÄSER, *En Torno al Método de los Juristas Romanos*, trad. esp. de 1964, Valladolid; H. KANTO-ROWICZ, *La Definición del Derecho*, trad. esp. de 1964, Madrid; RICARDO RAIMUNDO NOGUEIRA, *Preleções sobre a História do Direito Pátrio*, Coimbra, 1986; E. OPCHER, *Il Valore dell'Esperienza Giuridica*, Treviso, 1947; «Concetto di Esperienza Giuridica e Idealismo», «Considerazioni Sugli Ultimi Sviluppi della Filosofia del Diritto in Italia», in *RIFD*, 1950 e 1951 e v.<sup>o</sup> *Esperienza Giuridica*, in *Enc. Dir.*, XV; ORESTANO, *Introduzione allo Studio Storico del Diritto Romano*, Turim, 1963 e *I Fatti di Normazione nell'Esperienza Romana Arcaica*, Turim, 1967; BRUNO PARADISI, «I Nuovi Orizzonti della Storia Giuridica», in *RISG*, 1952-1953 e *Apologia della Storia Giuridica*, Bolonha, 1973; E. PARESCHE, v.<sup>o</sup> «Dogmatica Giuridica», *Enc. Dir.*, XV, 1964; J. M. PEREZ, «Acerca del Sentido de la Historia del Derecho como Historia. (Historia como Narración)», in *AHDE*, 1997; B. PITZORNO, «Elaborazione Scientifica della Storia del Diritto Italiano», in *Temí Emiliana*, 1928, 5-9; T. F. T. PLUCKNETT, «Maitland's View of Law and History», in *LQR*, 67, 1951; MIGUEL REALE, *O Direito como Experiência. Introdução à Epistemologia Jurídica*, S. Paulo, 1968 e *Filosofia do Direito*, S. Paulo, 1969; RACASÈNS SICHES, *Experiencia Jurídica, Naturaleza de la Cosa y Lógica «Razonable»*, México, 1971; RAFAEL RIBEIRO, *História do Direito Português*, Lisboa, 1923; ROBERTI, «Il Metodo Storico di N. Tamassia», in *RSDI*, 1932; G. SANTINI, «Nascita

## PRIMEIRO PERÍODO

## CAPÍTULO I

# A JUSTIÇA E O DIREITO SUPRAPOSITIVO

## SECÇÃO I A JUSTIÇA

23. **Introdução** — A Idade Média não teorizou o direito como um complexo autónomo. Concebeu-o, antes, enquanto função da justiça. Para ter, pois, uma visão da maneira como ele foi entendido importa começar por nos referirmos a esta última.

24. **A justiça como condição da sociedade. A justiça universal** — A justiça foi para os homens dessa época o fundamento da vida social. Sem ela seria impossível uma convivência organizada<sup>1</sup>, a manutenção da comunidade

---

1. Cfr. *infra*, n.º 143.

política, a concepção como povo de um grupo humano. Enunciada na esteira de Santo Agostinho (*De Civ. Dei*, 19.21.3) ao longo de toda a época em múltiplas páginas de teóricos, entre nós esta doutrina, divulgada nomeadamente nas *Partidas* (III, 1), aparece-nos, inclusive avalizada, de forma mais ou menos explícita em diplomas subscritos por D. Afonso IV (*LLP*, 241, 283-284, *ODD*, 378), assim como em páginas de cronistas (*Liv. Ln.*, in *PMH.*, *Scp.*, I, 254; Anón. — *Cr. dos Cinco Reis*, *AH.*, 3; e *Cr. dos Sete Primeiros Reis*, *AH.*, 4). A sociedade, nas suas concretas e diferentes manifestações históricas, não traduzia uma consequência automática e inelutável de uma ordem pré-estabelecida pela suprema vontade de Deus ou por leis da natureza, necessidades e inalteráveis, mas sim o resultado do múltiplo e diversificado operar humano tendente à realização da perfeição individual (*SR.*, I, 24, 100, 128, 154, 162, 204, 248, 326, 436; *SPE.*, II, 36, 38, 370, 538, 608; III, 96, 150; IV, 50, 344, 358).

A ordem social representava, numa palavra, a projecção comunitária da condição dos seus membros. Sendo os homens justos, justa seria a sociedade. Por isso, os estóicos e Platão haviam querido já o governo político nas mãos dos filósofos (*SR.*, I, 40), podendo perguntar-se como se terá por imperfeita a sociedade, nela havendo injustiça, se todos os homens forem perfeitos. A perfeição identifica-se, pois, e necessariamente, com a justiça.

Dentro também dos quadros do tempo, a plenitude individual correlativa à justa configuração da vida colectiva pressupõe, por seu turno, o acatamento pelo homem da lei divina e da lei natural, na sua integralidade moral, submetendo-se-lhes livremente. Para as atingir deverá realizar um trabalho intelectual de conhecimento do respectivo conteúdo e uma tarefa volitiva respeitante à sua observância.

Da própria causa final da justiça resultava nela ínsita a existência de um elemento de habitualidade. Quem só esporadicamente tivesse vontade de a respeitar não seria justo — que tanto vale dizer não realizaria a justiça. A justiça traduzia-se, pois, numa *virtude*, definida esta como era: *habitus operativus bonus*, o hábito bom orientado para a acção. É que a prática de cada acto virtuoso constitui uma preparação para o cometimento de um outro ulterior — conforme ensinou entre nós D. Durando Pais. Aperfeiçoando e fortalecendo as potencialidades do homem, a realização da acção virtuosa desenvolve-lhe naturalmente a capacidade de agir virtuosamente ao promover as faculdades de governar os sentidos e as paixões. Disse-o, a respeito da virtude em geral, o nosso D. Durando Pais (*De Econ.*, 141), tendo Santo António ensinado outro tanto em relação à justiça especificamente considerada: «*A justiça é hábito de ânimo que, guardando o bem comum, atribui a cada um aquilo de que é digno*» (*Ob.*, I, 251). Por seu turno, o redator do *Livro de Linhagens do Conde D. Pedro*, que pôs na boca de D. Henrique as palavras que ele terá dirigido na hora da morte ao nosso primeiro monarca, registou a mesma concepção: «*E faz sempre justiça (...) ca sse huum dia leixares de fazer iustiça huum palmo loguo outro dia se arredará de ti huuma braça e do teu coração. E porem, meu filho, tem sempre justa em teu coração e averás Deus e as gentes*» (*PMH.*, *Scp.*, 254).

Tendo reproduzido este mesmo episódio, quem quer haja sido o autor das crónicas dos *Cinco Reis* e dos *Sete Primeiros Reis* — que, embora correspondendo a textos iniciados em 1419, assentam em materiais anteriores — consagrou de forma abstracta a mesma ideia: «*(...) iustiça a qual virtude que dura sempre na vontade de homes ilustres*», diz-se naquela

primeira fonte (AH., 3); «(...) a qual he huma vertude que dura sempre nas vontades dos homens justos (...)» (AH., 4). Fernão Lopes, na *Cr. de D. Pedro* (Pr.), haveria, aliás, de enfatizar a necessidade de um procedimento constante para a realização da justiça. A virtude forma-se, pois, pela repetição de actos livres praticados a partir das propensões nobres ou pela correcção das características psíquicas de cada homem realizada mediante operações do conhecimento.

Conforme o praticado pelos expositores da época, v.g. por Álvaro Pais (SPE., VI, 84, 228, 270 *et passim*), poder-se-á ilustrar tal ideia com a invocação do vício, antítese da virtude. Assim como o hábito de praticar actos maus acaba por comandar o homem, constituindo vícios que lhe deformam ou anulam a vontade, assim a prática de actos virtuosos fortalece-lhe a possibilidade de caminhar virtuosamente, que tanto vale dizer tornar-se perfeito.

A ideia do homem justo como homem perfeito conduziu à concepção de justiça enquanto virtude universal ou síntese de todas as virtudes — visto ninguém ser perfeito se alheio a qualquer virtude. Ela era, assim e também, considerada a rainha das demais, segundo uma imagem frequente.

Tratava-se de uma concepção conforme ao pensamento greco-romano e ao pensamento judaico e cristão. Ensinada na Antiguidade Clássica, nomeadamente por Cícero e pelos padres da Igreja, foi acolhida por S. Tomás (ST., II.<sup>a</sup>, II.<sup>ae</sup>, q. 58) e encontrou expressão em variados textos próprios ou conexos à cultura nacional. A título exemplificativo indicaremos, entre os de carácter literário, os ensinamentos de Santo António (III, 376), de Álvaro Pais (SR., I, 322; SPE., II, 238, 370, V, 394) — para quem o culto da justiça é o «supremo bem nesta vida» (SPE., 370, V, 258, 349), e que a considerou virtude preeminente entre todas (SR., II, 255),

«libertação do pecado», como ensinara S. Paulo (SPE., VI, 194), identificando-a com o próprio Cristo, de acordo com Hilário (SPE., VI, 50, v. tb. III, 140, 152) — de Fernão Lopes (*Cr. D. Pedro*, Pr.). Na legislação vamos encontrá-la consagrada, nomeadamente, em textos de D. Afonso IV (LLP., 283; ODD., 378; OA., II, 53 Pr.) e D. Fernando. O primeiro chamou-lhe «A Melhor das Virtudes», o último declarou-a «virtude mais alta, e mais proveitosa» (OA., II, 60).

A concepção de justiça antes enunciada foi particularmente importante como elemento determinante da voluntária observação do direito — sem a qual nenhuma ordem jurídica pode subsistir, visto o mecanismo da sanção se revelar inadequado para a assegurar. Foi igualmente saliente como base susceptível de consentir à ciência do direito estabelecer os pontos de contacto entre este último e a moral, constituindo o máximo factor comum entre ambos. Foi ainda considerável a sua influência na fundamentação das penas e na consideração do delinquente para a graduação da penalidade (SR., I, 94; SPE., II, 38; LLP., 241; OA., II, 60; *Cr. Cinco Reis*, AH., 3.). Teve relevo em outros aspectos particulares do direito. Mas relativamente à determinação do conteúdo deste não lhe pertenceu o papel mais saliente, como veremos. Pode dizer-se mesmo que no tocante ao direito, a ideia de justiça assim concebida funcionou sobretudo como um elemento crítico, evidenciador do papel relativo que lhe cabe na disciplina social. A partir dela se teorizaram mesmo os ditames de diferente natureza disciplinadores da vida em sociedade, como a bondade e o amor, postos em concorrência com o direito por algumas escolas, nomeadamente a franciscana<sup>1</sup>.

1. V. *infra*, volume correspondente aos Grupos Sociais e Conteúdo do Direito.

25. **A justiça particular. Conceito** — A ideia de justiça, complexo de todas as virtudes, coexistiu com a concepção de justiça como virtude específica. Denominada esta última justiça particular, ela corresponde à noção hodiernamente comum, tendo, depois de Leibniz, suplantado a primeira.

A justiça particular separa-se da justiça universal em quanto esta considera sobretudo o mundo intra-subjectivo e a justiça particular o campo as relações inter-subjectivas. Nisso se distingue também das virtudes específicas que regulam a conduta do próprio agente para consigo, como a paciência e a temperança — mas não fica ainda suficientemente caracterizada. Outras virtudes (a caridade, a gratidão...) regulam igualmente a nossa conduta em relação aos demais. Só, pois, a separação da justiça face a elas consentirá circunscrevê-la.

Na esteira de Aristóteles, cuja teorização sobre a justiça tem consentido à crítica moderna atribuir-lhe o título de fundador da filosofia do direito, os pensadores da época realizaram a essa tarefa considerando a especificidade do respectivo objecto imediato: a atribuição do seu a cada qual. Tal ideia receberam-na eles, contudo, não só de textos do Filósofo, mas de outras fontes clássicas baseadas mais ou menos directamente no próprio pensamento aristotélico: obras de Cícero, monumentos patrísticos, produções jurídicas provenientes da Idade Clássica e divulgadas no *Digesto*. «*Justiça é o hábito da alma que atenta a utilidade comum, atribui a cada um o próprio da sua dignidade*», ensinara o Orador (*De Inv.*, II., 85, 160). «*O que é a justiça senão a virtude que dá a cada um o quanto lhe é devido*», interrogara Santo Agostinho, que noutro lugar proclamou: «*a justiça é a virtude que dá a cada um o seu*» (*De Civ. Dei.*, I, 19-25 e 31); «*a justiça é a constante e perpétua vontade de dar a cada um*

*o seu direito*», dissera Ulpiano, numa das mais famosas definições da enciclopédia jurídica de sempre (*D.* 1. 1. 10.).

Esta ideia de justiça como vontade permanente de dar a cada um o seu pode ter-se como tópico generalizado durante o período agora em estudo. Vamos encontrá-la nas mais diferentes fontes e em pensadores de todos os quadrantes, sendo múltiplos os juristas que a acolheram e comentaram. Dos textos com significado directo para a nossa cultura podemos enumerar ensinamentos de Santo António (*Ob.*, I, 251; II, 109), referências subscritas por Álvaro Pais (*SR.*, I, 94, 248, 326, II, 246; *SPE.*, II, 38, 370, IV, 514), a lição do *Boosco Deleitoso* (I, IV, 22), a teorização das *Partidas* (II, 1), textos diversos de leis. Sirva de exemplo uma carta de D. Dinis, de 1 de Agosto de 1281. Ao declarar havê-lo Deus criado rei para fazer justiça, referiu-se o monarca a esta última dizendo que ela lhe impunha uma actuação «*de guisa que cada um aja aquello, que deue aaver*», (*Elucidário*..., v.º 'Pontaria'). D. Afonso IV proclamou outro tanto: «*(...) aquello per que cada huĩ ha o seu e per que a cada um he aguardada sa onrra e manheudo no seu estado e he esta vertude he a Justiça*» (*LLP.*, 284; *ODD.*, 378; *OA.*, V. 53.). D. Fernando asseverou que a justiça é «*encomendada nos Reyx (...) pera guardar, e defender cada huĩ no seu*» (*OA.*, II, 60; *CPDF.*, I, 86). Idêntica lição se encontra nos tardios textos das crónicas dos *Cinco Reis* (*AH.*, 3) e dos *Sete Primeiros Reis* (*AH.*, 4). Reproduziremos as palavras daquela, que em tudo são idênticas às restantes: «*Daa [a Justiça] a cada huĩ seu drj.<sup>to</sup> igualmente.*»

26. **A justiça particular: a determinação do seu** — A apontada definição de justiça precisa, para não ficar cir-

cunscrita a um parâmetro meramente formal, de ser reportada à determinação do *seu*.

Deve-se ao esquecimento de assim haverem procedido as escolas medievais grande parte das críticas dos autores modernos — Kelsen à frente — em cujo pensamento a ideia de justiça representa mera noção abstracta e, como tal, inservível para fundamentar o direito ou mesmo determinar conteúdos concretos da ordem jurídica.

Qual fosse o *seu* (de cada um) a respeitar pela justiça, determinaram-no os doutores de acordo com o direito natural. Assim o ensinou nomeadamente Álvaro Pais, dentro dos quadros de um agustinismo filosófico, cristianizante dos ensinamentos de Cícero e Séneca (SR., I, 74, 94-96, 324, *et passim*), autores que haviam ligado a justiça à própria natureza concebida como princípio ordenador ou consubstanciada na racionalidade do homem. Por isso, não falta na teórica moderna quem atribua à ideia medieval de justiça uma natureza derivada e não primária.

A determinação do *quidam* preceptivo correspondente à justiça traduzia-se num operar cognoscitivo. Ele era função da *prudência*, que os intelectuais da época, teólogos, filósofos, moralistas, juristas, *verbi gratia* Santo António, Álvaro Pais, o Anónimo da *Corte Imperial*, definiram na esteira do pensamento antigo, representado, nomeadamente, por Cícero, Séneca e Ulpiano — cuja lição o *Digesto* conservava — como virtude susceptível de permitir a distinção entre o bem e o mal, o devido e o indevido. A jurisprudência não era senão a prudência específica da acção jurídica.

Esta ideia de que a justiça pressupunha, para a determinação do seu conteúdo, um acto deliberativo, encontra-se

documentada em várias fontes conexas à cultura nacional. «*A Justiça é dar a cada um o que lhe pertence, depois de feito um juízo recto*», ensinou Santo António (Ob., II, 109) que, de outra feita, diria: «*Nota que a justiça é dar o seu a seu dono, depois de recto juízo*». (Idem, II, 109). «*À prudência pertence dirigir os actos das outras virtudes*», ensinou Álvaro Pais, reportando-se, nomeadamente, à justiça (SPE., II, 538; III, 268, 358; v. tb. SR., I, 438; II, 246, 248). Por seu turno, nas *Canigas de Santa Maria* escreve-se: «*aa justiça mostra a razão*» (186, 37).

A este propósito convém acentuar o facto de o trabalho deliberativo consubstancial à determinação da justiça não se configurar como operação de lógica formal — nem o poder ser, atenta a circunstância de ela se apresentar como instrumento de recepção da ordem natural. Assentava, antes, na consideração do *seu* como algo ordenado aos fins de alguém. Assim o ensinou S. Tomás (S. Th., II, II<sup>ae</sup>, q. 58), cuja influência entre nós pode ser atestada pelos manuscritos de obras suas que sabemos existentes nas bibliotecas medievais portuguesas. De acordo também com o pensamento deste Doutor, o *seu* deve pensar-se em função de uma *ordo*, ou seja, da adaptação não só de cada ente ao competente fim, mas também da existência de múltiplas pessoas com interesses próprios, individual ou colectivamente consideradas.

Daqui, como consequência, não poder alguém ser privado de quanto for necessário à realização do seu fim (físico e metafísico) ditado pela natureza respectiva e de tudo o que lhe é útil apenas lhe ser devido enquanto não prejudica os demais, individualmente ou colectivamente considerados. Por isso, se entendeu não ser contra a justiça a expropriação feita para vantagem da comunidade de um

bem legítimo de alguém — embora formalmente tal acção não correspondesse à ideia de atribuição do *seu*.

Coincidente com este fundo doutrinar se apresenta o pensamento de Álvaro Pais, tal como no-lo transmite o *Espelho dos Reis* — e salvo, por vezes, um esbatimento dos contornos exteriores (SR., II, 246-524). Isto, não obstante o nome do Doutor Angélico não aparecer referido pelo bispo de Silves, denotando bem tal facto o carácter generalizado da doutrina.

Com a ligação da justiça particular, através da prudência, ao mundo perceptivo suprapositivo a teorização medieval construiu-a como uma peça de ética jurídica material, para empregar termos de Welzel, preenchendo substancialmente a definição na aparência formal que dela dava. Mas com isso não chegava ainda ao fim da especulação.

Determinada a natureza da justiça (vontade constante) e o propósito desta (a atribuição do *seu*) impunha-se ainda uma determinação quantitativa, ao menos tendencialmente, do operar humano, sob pena de não haver consideração casuística da acção a desenvolver conforme as circunstâncias. Ela processou-se pela ponderação das diferentes modalidades da justiça.

**27. As modalidades da justiça** — Traduzindo-se a justiça no dar o *seu* a cada um, fácil é ver a possibilidade de ordenar várias classes de justiça — mesmo se não nos reportarmos à ideia universal de justiça, como nos parece ter feito Santo António.

As *Partidas* apresentam uma tentativa de classificação compreendendo a justiça espiritual (que se traduz na atri-

buição a Deus de quanto Lhe é devido pelo homem), a justiça política (que se identifica com atribuição pela comunidade aos respectivos membros de quanto lhes cabe e por estes àquela), a justiça contenciosa (a que se aplica nos pleitos) (III, Pr.). Álvaro Pais (SR., II, 246 e s.) enumera a justiça para com Deus (*Iatria*), para com as criaturas merecedoras de honra e consideração (*dulia*), para com os superiores (*obediência*), para com os inferiores (*disciplina*), para com os iguais (*equidade*) — classificação na qual está subjacente a ideia aristotélica da separação entre a justiça que deve presidir às trocas entre iguais e a justiça a observar nas relações entre a comunidade e os indivíduos no tocante à repartição de encargos e honras, ideia que seria largamente difundida por S. Tomás (ST., II, II<sup>ae</sup>, 58 e 61).

Diferentemente de Álvaro Pais, o Anjo das Escolas ligava, contudo, a justiça apenas à ordenação do homem para com o homem.

De acordo com a filosofia escolástica, havia a distinguir apenas dois tipos de justiça particular: a justiça comutativa ou sinalagmática e a justiça distributiva. A primeira dizia respeito às relações entre iguais (pessoas privadas); a segunda às relações da comunidade com os seus membros — já que a relação destes com aquela parece haver sido integrada na justiça geral e não na justiça particular.

O objecto típico da justiça sinalagmática é a troca ou comutação. Requer-se nela absoluta igualdade entre o que se dá e quanto se recebe, havendo o dever de restituir quando assim não ocorre. Por isso, a justiça significa igualdade e tem um acentuado matiz quantitativo.

O campo de aplicação da justiça distributiva é o das relações do conjunto político com as pessoas individualmente

consideradas. Ela impõe que os representantes da comunidade repartam os encargos segundo a capacidade de resistência de cada membro e os bens públicos e prémios de acordo com a respectiva dignidade e mérito. Ideia comum em toda a Idade Média pode ser documentada em múltiplos textos com interesse directo para nós. Santo António viu na justiça a atribuição «a cada daquilo de que é digno» (I, 251), devendo o rei justo distribuir a justiça «a cada um segundo as suas obras» (I, 154). Nas *Partidas* ensina-se outro tanto. Afirmando convir aos reis «conocer las cosas según son e estremear el derecho del torto e la mentira de la verdad», escreveu Afonso X: «Ca el que no supiere esto, no poderá fazer la justizia bien e cumplidamente, que es dar a cada uno lo que conviene cumplidamente e lo que merece.» Álvaro Pais (SR., I, 98) ensinou, por seu lado, cumprir aos reis administrar com justiça, distribuindo os bens temporais «proporcionalmente, de harmonia com as condições de cada um», ideia esta que glosou repetidamente e de forma mais ou menos explícita (Cfr. v.g., SPE., II, 36, 38 e 370; SR., I, 92, 98 et passim). É esta mesma concepção a que vamos encontrar nas fontes legislativas. D. Afonso IV escreveu que «aqueilo per que cada hũu ha o seu e per que a cada hũu he aguardada sa onra e mantheudo no seu estado e he esta uerdade he a Justiça» (LLP., 283-284; OA., V, 53.). Outro tanto disse D. Fernando numa lei que viria a ser incluída nas *Ordenações Afonsinas*. É o seguinte o seu teor: «Em nome de Deos, que todas as cousas creou, e estabeleceo cada hũa em seu graao. Quando Nosso Senhor Deos fez as creaturas assy as rasoavees, como aquellas, que carecem de razom, nom quis que todas fossem iguaees, mais estabeleceo, e ordenou cada hũa em sua virtude, e poderio, departindo-as segundo o graao, em que as pos: e bem assy os Reyx, que em logo de

Deos em a terra sam póstos, em as obras, que de fazer ham de graças ou de mercees, devem seguir o exemplo do que elle fez, e ordenou, dando, e distribuindo nom a todos per hũa guisa, mas a cada hũa apartadamente, segundo o graao condiçõ, e estado de que for» (OA., II, 63. 1. e II, 40, Pr.). O mesmo monarca proclamou a justiça «pera ajuda, e defenson, e especialmente dos pequenos menos poderosos que os maiores» (OA., II, 60.).

Não exige, portanto, a justiça distributiva uma igualdade absoluta — e rejeita-a mesmo, pois tratar igualmente o desigual traduzir-se-ia numa desigualdade. Requer contudo que a relação entre o mérito e a recompensa, a capacidade e o encargo, seja a mesma e igual para todos. A quem pode trabalhar mais do que os outros, deve-se exigir-lhes mais, na exacta proporção da capacidade de trabalho. Aristóteles chamou *geométrica* à igualdade da justiça distributiva; *aritmética* à igualdade da justiça comutativa. S. Tomás ilustrou a mesma ideia com um exemplo numérico. Referindo-se ao Filósofo, escreveu ele relativamente ao meio postulado pela justiça distributiva e por referência ao caso a ilustrar: «Segundo a proporção geométrica, em que se atende à igualdade não na quantidade, senão na proporção. Assim dizemos que seis estão para quatro como três para dois, porque em ambos os casos a proporção é equivalente, porque no número maior se contém o menor e mais metade deste; não porque seja igual em quantidade o excesso, pois seis excedem quatro em dois e três excede dois em um (...).» (S. Th., II<sup>a</sup>, II<sup>ae</sup>, q. 61, art. 2).

Tendo presente quanto antes fica escrito, não se torna difícil explicar alguns textos foraleiros portugueses — como o foral de Tomar — nos quais se contrapõe a justiça à igualdade. Neles mais se não faz do que consagrar uma doutrina,

cujas raízes são bem anteriores, de origem clássica e que encontramos, afinal, durante todo o período agora em estudo.

**28. A justiça objectiva** — Ao lado das concepções anteriores, ou concepções subjectivas, vamos encontrar nos juristas da época a ideia de uma justiça objectiva, forma de rectidão plena e normativa (modelo de conduta).

Tal ideia encontra as suas origens na patrística clássica. Ligada a justiça à vontade, a consideração da justiça divina a isso havia de conduzir. Pois não era a vontade de Deus perfeita, modelar, permanentemente inalterável? Em Deus a vontade constituía, em si mesma, um cânone, pela confusão do subjectivo com o objectivo, pela coincidência do aspecto volitivo com o deliberativo, por causa da omnisciência e perfeição divina. Por isso, a justiça, na sua forma pura, identificava-se com o próprio Deus (*SPE.*, III, 140, 152, VI, 50; *CF.*, I, 218), assim como com Ele se identificava o direito natural. Ora, sendo Deus o modelo dos homens, feitos à Sua imagem e semelhança, seguia-se, naturalmente, a consequência de uma justiça humana também objectiva, embora não perfeita, e apenas reflexo da justiça divina. A própria natureza racional, que tendia para o Criador, a isso conduzia.

São concepções estas que, adoptadas por muitos glosadores e comentadores, perpassam em palavras de Santo António (I, 110) e se encontram recolhidas nas *Partidas* — onde se menciona Cristo como sol e fonte de toda a justiça, sem «*desgaste nin mengua*» (III, 1) — e cujo afloramento se adinha em referências e autoridades invocadas por Álvaro Pais (*SR.*, II, 254; *SPE.*, I, 370, III, 140, 152, VI, 50) — que aliás diz também Cristo sol da justiça. Atesta-nos igualmente tal ideia a versão medieval portuguesa do apócrifo agusti-

nianeu *Livro de Solilóquio*, cujo autor chama a Deus «Sol da justiça» (XXXII). Outro tanto se diz no *Boosco Deleitoso* (III, 39, 271).

Pela própria índole da justiça objectiva esta difere da subjectiva no tocante à respectiva constância. Enquanto a justiça subjectiva permite em si mesma variações, a justiça objectiva há-de entender-se como inalterada e inalterável, postulante sempre das mesmas condutas.

Posto isto, e fácil sendo encontrar para a justiça divina o estabelecimento do módulo respectivo — Deus na sua perfeição (Álvaro Pais, *CF.*, I, 218; *SPE.*, III, 140, 152, VI, 50) —, como o estabelecer para a justiça humana? Qual o paradigma de conduta justa que se impõe objectivamente na vida em sociedade? Não, decerto, a conduta correspondente ao criminoso, pois isso seria negar o destino metafísico do homem. Não também, decerto, o modelo do Santo, pois isso transcenderia o comum das pessoas. Sob a influência da ideia romana do *bonus pater familias*, a jurisprudência medieval determinou o conteúdo da justiça humana objectiva com recurso à ideia de homem médio. Este, na racionalidade do seu actuar, constitui o exemplo a seguir — e é, portanto, normativo. As fontes nacionais apresentam-se, porém, quase totalmente omissas a tal respeito, quanto sabemos, apenas se podendo referenciar alguns textos indirectos, nos quais se usa em domínios conexos a noção de *termo médio* (Álvaro Pais, *SPE.*, V, 572), ou aplicações parciais (*Idem*, *SPE.*, IV, 536). Vários textos ligam, porém, a ideia de justiça à misericórdia (Álvaro Pais, v.g. *SR.*, I, 114, II, 246, 376, 414; *SPE.*, II, 526, III, 162, 364, IV, 168, V, 280, 416).

**29. Justiça e direito** — Concebeu o pensamento medieval a justiça como a causa do direito. No seguimento de Boé-

cio, um dos homens que lhe transmitiu a cultura antiga, a Idade Média figurou, frequentemente, a justiça como fonte do curso de água com que representou o direito, consoante se pode ver nas *Partidas*. Imagem também da época foi a da filiação: o direito está para a justiça como o filho para a mãe.

De tais figurações decorria a consequência de justiça e direito possuírem a mesma natureza. Por isso, encontramos, não raro, a ideia de que preceptivamente justiça e direito se identificam. Os três preceitos do direito referidos por Ulpiano — viver honestamente, não prejudicar o próximo, dar a cada um o seu — são comuns à própria justiça, conforme o expressamente ensinado por Álvaro Pais (SR., I, 92-96, SPE., II, 370). É a concepção que está subjacente à hendiáde *justiça e direito* de tantos dos nossos documentos da época: textos de lei (v.g. LLP., 169, 241, 243, 275, 452), respostas a agravos apresentados nas cortes (CP., D. Af. IV, 31, 128), cartas régias (CC., II, 53), homologações de acordos (CC., II, 164), fontes costumeiras (CIHP., V, 524) e literárias (An. — Cr. de Cinco Reis, AH., 3; Cr. dos Sete Primeiros Reis, AH., 4; Fernão Lopes — Cr. D. Pedro, Pr.), etc., etc.

Entre justiça e direito, a diferença residia no facto de este traduzir aquela mediante preceitos autoritariamente fixados. O direito era assim apenas um instrumento de revelação da justiça. Ensinou-o, por exemplo, Álvaro Pais (SR., I, 74, SPE., II, 370). É quanto se exprime também no *Fuero Real*. Aí se nos apresenta a lei como demonstração (*muestra*) simultânea do direito e da justiça, termo aquele que na versão portuguesa do século XIII é adaptado (em virtude de o vocábulo singular *lei* haver sido substituído por *leis*) na forma plural. As leis, lê-se nela, «*demandã e demonstrã dereyto e iustiça*». Texto a este respeito também significativo encontrámo-lo nas palavras que D. Dinis terá

proferido quando da prática feita aos prelados e homens do seu conselho sobre a criação do estudo universitário. Segundo o monarca, para a fé e a justiça poderem existir no reino, tornava-se necessário haver «*varoens em toda a doutrina e ciências divinas, e humanas bem ensinados*» (Pina — Cr. D. Dinis, XIII). Quem tiver presente não só a enciclopédia do saber da época, como a própria orgânica da nossa universidade, facilmente descortinará em tais palavras uma alusão ao direito como instrumento ou meio de justiça. Texto igualmente revelador temo-lo numa lei de D. Afonso IV. São as seguintes as palavras respectivas: «*nas outras terras hu se guardou senpre e sse manteue Justiza sempre esquiuaron estes acoomamentos e derom logar ao dereyto comum pera se ffazer per ele justiza (...)*» (LLP., 284; ODD., 378).

Quanto antes escrevemos explica a ideia medieval de que não é direito — ou seria direito nulo, como hoje diríamos — a lei injusta (Álvaro Pais, SR., I, 96, SPE., II, 370 et passim), e de que o cumprimento desta não obriga em consciência ao súbdito e deve ser por ele repudiado, como um dever<sup>1</sup>.

Também só tendo presente as concepções de justiça antes referidas se compreenderá a disciplina medieval dos contratos (como a consagração da lesão de mais de metade, que deriva directamente da noção de justiça comutativa), a teoria da pena como sanção equivalente do crime (baseada igualmente na justiça comutativa), a ordenação social estipulante de direitos e deveres não uniformes para todos os homens. Aqui a fundamentação, última e teórica, encontrava-se na doutrina da justiça distributiva, casando-se a concepção subjectiva com a objectiva. É que o homem médio requerido

1. Cfr. v.g., *infra*, n.ºs 33 e 34.

por esta, construía-se com referência a deveres e direitos decorrentes de estados diversos (o de clérigo, o de cavaleiro...), conforme se vê nos manuais de exemplos e nas apoloéticas da época. É também a ideia subjacente em lei de D. Afonso IV (LLP, 283-284) e numa de D. Fernando, mais tarde recolhida nas *Ordenações Afonsinas* (II. 63. 1.), e a que já fizemos referências.

**BIBLIOGRAFIA** — *Cortes Portuguesas. Reinado de D. Afonso IV; LLP.; OA.; ODD.*; AFONSO X, o Sábio, *Canitigas de Santa Maria*, Coimbra, 1964; *Partidas; Fuero Real*, versão port. por A. Pimenta, Lisboa, 1964 e agora também de José de Azevedo Ferreira, Lisboa, 1987 — de grande rigor científico; SANTO AGOSTINHO, «De Civ. Dei», in Migne, — *Parologia Latina*; ANON., *Boosco Deleitoso*, Rio, 1950; *Crónica dos Sete Primeiros Reis de Portugal*, ed. de Silva Tarouca, Lisboa, 1952; ANON., *Crónica de Cinco Reis de Portugal*, ed. por Magalhães Basto, Porto, 1945; ANON., *Livro de Soliloquio*, apócrifo agustiniano, pub. por M. A. Vale Cintra, Lisboa, 1957; ANON., *O Livro da Corte Imperial*, Porto, 1910; F. D'ANTONIO, *La Giustizia. Studio de Filosofia Giuridica*, Florença, 1938; SANTO ANTÔNIO, *Obras Completas*, trad. port., Lisboa, 1970; MAX ASCOLI, *La Giustizia. Saggio di Filosofia del Diritto*, Pádua, 1930; BURDESE, «Sull Concetto di Giustizia nel Diritto Romano», in ASD., 1970-1973; PIER GIOVANNI CARON, «*Aequitas*» Romana, «*Misericordia*» Patristica, ed «*Ephicheia*» Aristotelica nella Dottrina dell' «*Aequitas*» Canonica, Milão, 1971 e «*Aequitas Est Iustitia Dulcore Misericordiae Temperata*» (Hostiensis, *Summa Aurea*, Lib. 5, Tit. De Dispensationibus, n.º 1), in *LI.*; R. W. CARLYLE e A. J. CARLYLE, *A History of Mediaeval Political Theory in the West*, Londres, 1970, 5.ª ed., II; TOMAS CASARES, *La Justicia y el Derecho*, Buenos Aires, 1974, (3.ª ed.); G. CASSANDRO, «Ideali di Giustizia Universale nella Repubblica Medioevale», in *LI.*; CATHREIN, *Filosofia del Derecho*, trad. esp., Madrid, 1941; M. BIGOTTE CHORÃO, *Temas Fundamentais de Direito*, Lisboa, 1986; CÍCERO, «De Inventione», in *Op. Omnia*, pub. por Baites e Kaiser,

1860; CORTESE, *La Norma Giuridica*, Milão, 1962; DESPOTO-POULOS, «Les Concepts de Juste et de Justice Selon Aristote», in *APD.*, 1964; A. FILLIPO GALLO, «Diritto e Giustizia nel Titolo Primo del Digesto», in *LI.*; GARCÍA-GALLO, *Manual de Historia del Derecho Español*, Madrid, 1985; J. GAUDEMET, *La Formation du Droit Séculier et du Droit de L'Église aux IV<sup>e</sup> et V<sup>e</sup> Siècles*, Paris, 1957; ALESSANDRO G. GONELA, «Apetti Teologici della Giustizia», in *Diritto e Morale. Saggi di Teoria e Storia*, Milão, 1960; H. KELSEN, *A Justiça e o Direito Natural*, Coimbra, 1979; STEPHAN KUTTNER, «A Forgotten Definition of Justice», in *SG.*, XX e «Tra Giurisprudenza, Filosofia e Diritto e i Canonisti del Medioevo», in *LI.*; FERNÃO LOPES, *Crónica de D. Pedro I*, ed. por Damião Peres, Porto, 1965; MOIX MARTINEZ, *Aikh. Nuevas Perspectivas de la Justicia Classica*, Madrid, 1958; OGLIATI, *Il Concetto di Giuridicità in San Tommaso d'Aquino*, Milão, 1955; ÁLVARO PAIS, *CF.*, SR., SPE.; D. DURANDO PAIS, *De Ec.*, ed. de M. B. Amzalak, Lisboa, 1955; PMH.; JOSEF PIEPER, *Virtudes Fundamentais*, trad. port., Lisboa, 1960; R. DE PINA, *Crónica de D. Dinis*, Porto, 1945; A. SALVADOR, *Genesis de Nuestro Concepto de Justicia*, Madrid, 1963; SENN, *De la Justice et du Droit. Explication de la Définition Traditionnelle de la Justice*, Paris, 1912; PEREIRA DA SILVA, «Virtude», in *Enc. Verbo*; A. BRAZ TEIXEIRA, *Filosofia do Direito e do Estado*, Lisboa, 1985, (pol.) e *Senido e Valor do Direito*, Lisboa, 1990; CASTAN TOBEÑAS, *La Idea de Justicia (Su Trayectoria Doctrinal e Problemática de Sus Contenidos)*, Madrid, 1958; S. TOMÁS, *Summa Theologica*, BAC, VIII; ULMANN, *The Medieval Idea of Law as Represented by Lucas de Penna*, N. Y e Londres, 1969; L. LOMBARDI VALLAURI, «Il Diritto Naturale come Articolata Giustizia: Prospettive Filosofiche e Teologiche», in *LI.*; DEL VECCHIO, *Licções de Filosofia do Direito*, trad. port. de 1979, Coimbra e *La Giustizia*, Roma, 1946 — trad. franc. de 1987 — e «Justicia y Derecho», in *Derecho y Vida. Nuevos Ensaes de Filosofia Juridica*, trad. esp. de 1942; RAÚL VENTURA, *Manual de Direito Romano*, Lisboa, 1962, I; VILLEY, *Philosophie du Droit. Définitions et Fins du Droit*, Paris, 1975; VITERBO, *Elucidário das Palavras. Termos e Frases que em Portugal Antigamente se Usaram*, Porto, 1966.

## SECÇÃO II

### O DIREITO SUPRAPOSITIVO E O DIREITO HUMANO

30. O direito divino — Do que ficou escrito sobre a justiça, logo decorre a existência para o homem medieval de uma pluralidade normativa, de uma normatividade complexa.

O direito situa-se, de facto, não apenas no plano humano, mas decorre mesmo, em última análise, da realidade que ultrapassa o homem — Deus. Daí, que se possa falar, e se tenha falado, de *direito divino* — que representa o escalão último do jurídico. Este conceito, porém, deve entender-se através da precisão terminológica, pois na Idade Média aludiu-se indiferentemente, por vezes, a *direito divino* e *direito natural*, considerado aquele numa noção restrita na letra das *Escrituras*. Deste modo, Graciano definia: «*Ius naturale est quod in lege et evangelio continetur*»; e Rufino — «*Iuris naturalis (...) in lege mosaica relevatur, in evangelio perfecitur, in moribus decoratur*». Por seu turno, o grande canonista português Vicente Hispano identificará ainda o direito natural com o direito divino em tal senti-

do — *Gl. ad v. Naturali* (X.1.4.11) e *Gl. ad. v. Transgressor*, Compilação III, 3.26.1 (X.3.34.5). O nosso doutor, aliás, parece alargar de certo modo o direito divino do *Antigo* e do *Novo Testamento* aos cânones dos principais concílios ecuménicos (Niceia, Constantinopola, Efeso e Calcedónia) pela equiparação das respectivas autoridades — *Gl. ad. v. Canonum* (X.1.2.1). A distinção entre os dois direitos torna-se, contudo, absolutamente precisa em autores como Guilherme de Auxerre e S. Tomás de Aquino o que não impediu a subsistência da confusão ainda em alguns escritos tardios (por exemplo, na glosa ao *Espeelho da Saxónia* — *Sachsenspiegel* —, que é já do século XIV).

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

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

De acordo com o ensinamento do Doutor Angélico, existem quatro espécies de leis — a lei eterna, a lei natu-

ral, a lei divina e a lei humana. A lei eterna é a própria razão de Deus, governadora e ordenadora de todas as coisas (*ST.*, I.<sup>a</sup>, II.<sup>ae</sup>, q. 95, art. 1). Dela procedem a lei natural e a lei divina. A primeira definiu-a S. Tomás como uma participação da lei eterna na criatura racional que lhe permite distinguir o bom e o mau; como a impressão da luz divina no homem (*ST.*, I.<sup>a</sup>, II.<sup>ae</sup>, q. 91, a.2). Também a lei divina é uma participação da lei eterna. Simplesmente, a lei divina, constituída pelo *Velho* e *Novo Testamento* (*ST.*, I.<sup>a</sup>, II.<sup>ae</sup>, q. 91, a.5) foi por Deus expressamente revelada para que o homem pudesse sem vacilações nem dúvidas ordenar-se em relação ao seu fim sobrenatural, que é a bem-aventurança eterna (*ST.*, I.<sup>a</sup>, II.<sup>ae</sup>, q. 91, a.4).

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

32. **Pluralidade de entendimentos quanto ao direito natural** — O direito natural não se apresenta, assim, como um conceito unívoco; não é terminologicamente axiomático. Sobre as questões de terminologia, que implicam também já problemas de conceptualização, na Idade Média assiste-se, todavia, em volta do direito natural a uma pluralidade de noções e fundamentações,

por vezes dificilmente conciliáveis ou, até mesmo, contraditórias entre si.

Na esteira do ensinamento de Gaio, houve quem concebesse o direito natural como eminentemente racional; ao invés, segundo Ulpiano, o direito natural teria como base o instinto, comum a seres racionais e irracionais. É neste segundo sentido que ele aparece, por exemplo, em versão castelhana (embora não a original) das *Siete Partidas*, numa lei (P. 1, Tit. 1, Lei 2), que, aliás, foi omitida na versão portuguesa existente no Fundo Antigo do ANT.: «*Tanto quiere dezir en romance, como derecho natural, que han en si los omes naturalmente, e aun las otras animales...*» Entre nós, a grande orientação parece ter sido a da racionalidade. Vemo-la subscrita por Vicente Hispano, partindo da concepção da origem divina do direito natural e da sua existência desde a criação do homem — «*creatum fuit ius naturale in principio*», diz-se no prólogo à *Compilação I* e no prólogo às *Gregorianas*: «*creavit Deus hominem in virili aetate... et cum eo creavit ius naturale*». Vemo-la editada igualmente por João de Deus (*Super Decreto*): «*Est itaque ius naturale quedam in humane creature a natura insita*». Também o mesmo se lê no documento de fundação por Estêvão Martins, abade de Alcobaça, de uma escola de gramática, lógica e teologia (1296): «Em todas as criaturas está posta uma luz natural de inteligência pela qual se nos facilita o caminho de podermos vir ao natural conhecimento do Criador, já deposta a escuridade da primeira ignorância: todos os homens se pudessem ser, comodamente, houveram de procurar com diligência o benefício da sabedoria.»

Esta problemática em torno do carácter racional ou não do direito natural, pela sua restrição apenas ao homem ou

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

Por outro lado, frente a uma *concepção sacral*, em que a lei natural (ou a lei divina positiva) se subsume, condensa ou confunde com o *Evangelho* e até com a lei mosaica, contida no *Antigo Testamento*, surge outra, «mais profana, mais filosófica», para empregarmos a qualificação de Philippe Delhaye, em que por influência do renascimento da ideia de natureza e sob impacto dos escritores pagãos (Ovídio, Claudiano, Séneca) primeiro e, a partir do século XIII, do aristotelismo-tomista, conforme as palavras do autor citado, «a um universo sacral regido por Deus a seu bel-prazer, sucede um cosmos ordenado, feito de seres submetidos às leis naturais». E se é certo que Deus, fonte e origem de tudo e da natureza inclusive, não foi banido do processo, desde então «o direito natural, muito inspirado que seja por Deus, situa-se ao lado do direito positivo divino». Se quiséssemos personalizar estas duas correntes — o que embora metodologicamente incorrecto não deixa, todavia, de possuir valor elucidativo e esclarecedor —, poderíamos apontar, relativamente à primeira, como nome representativo, Santo Agostinho, e, para a segunda, o de Alain de Lille. Enquanto para Santo Agostinho o direito natural,

síntese entre a consciência e a *graça*, foi dado por Deus desde a criação do homem, para Alain de Lille deriva-se da *natureza*, conceito vago e fluido, que, de qualquer forma, acaba ligado a Deus. Num caso, porém, o direito natural vem de Deus para o homem; noutro caso, provém da realidade das coisas, do mundo físico, para adquirir, depois, conotação moral, na medida em que a natureza é força agente de Deus (força *vicarial* ou *delegada* são expressões que aparecem nas fontes para lhes demarcar a posição relativamente à Divindade). Ou seja: além, o direito natural tem como agente e causa eficiente Deus; aqui, a natureza é o agente primário e Deus apenas causa remota.

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

A divergência conceptual medieval, aliás, irá ter consequências no que toca à configuração do regime concreto dos ordenamentos jurídicos em referência. Assim, por exemplo, no que respeita à faculdade de *dispensa* do direito natural. Identificado com a lei evangélica, com o *direito divino positivo*, fácil se torna admitir um poder dispensatório<sup>1</sup> do Papa, representante terreno do Senhor, idêntico ao que detém frente à lei positiva, à lei humana. Já o mesmo não sucederá para quantos o reconduzem em primeira linha às leis da natureza, imutáveis e válidas em quaisquer circunstâncias.

1. Cfr. *infra*, volume correspondente aos Grupos Sociais e Conteúdo do Direito.

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

Modernamente, é certo, os juristas discutem o problema da existência de um direito reportado a Deus e do direito natural. E tem-se discutido o problema da juridicidade ou ajuridicidade da *Bíblia*, que, sobretudo em relação ao *Evangelho*, dividiu alguns nomes famosos do mundo do direito, como Francesco Carnelutti e Biondo Biondi. De qualquer forma, e sem tomar posição a respeito de tais questões, o que importa do prisma do historiador é salientar o facto de, no período de que nos vimos ocupando, se poder discutir o que fosse o direito ou a lei divina, mas não a existência dessa ordem jurídica. A necessidade de ela ser respeitada pelos governantes representava mesmo um dado axiomático e indiscutível. Os governantes não estavam, aliás, apenas subordinados à lei divina, mas também à lei natural. No *Decretum* afirma-se expressamente o seu primado temporal e hierárquico sobre o costume e as constituições terrenas: «*Naturale jus inter omnia, primum obtinet et tempore et dignitate;*» «*Dignitate vero jus naturale simpliciter praevalet consuetudini et constitutione.*» Essa mesma excelência sustentam dois grandes canonistas portugueses: Vicente Hispano e João de Deus. Por sobre os debates acerca da fonte e especificidade do direito natural, ele configura-se como algo de transcendente em relação aos titulares do poder e como verdadeira ordem normativa, obrigatória ou vinculatória. Tratava-se de um sector jurídico que se sobrepunha à vontade dos governantes e dos

súbditos, de todo e qualquer membro de uma comunidade — da Igreja ao Império, do Império aos Reinos... — por anterior ao próprio poder político e à colectividade. A subordinação do governante à lei natural representa mesmo uma ideia que, na esteira de Santo Agostinho, os autores medievais, como S. Tomás, Henrique de Gand e Godefroid de Fontaines (para citar apenas alguns grandes nomes) repetem incansavelmente. Era, aliás, da necessidade de sujeição da ordem jurídica humana ao direito anterior ao governante que resultava a inviolabilidade do direito subjectivo para quantos entendiam o príncipe como fonte única e exclusiva da ordem positiva — *omnia jura habet princeps in pectore suo* —, superior a ela — *«quod principi placuit legis habet vigorem»*, *«princeps legibus solutus»* —, ou, ao menos, tendencialmente identificável com ela — *«princeps est lex animata»*, *«error princeps facit jus»*.

Todos estes aforismos foram conhecidos em Portugal no período medievo — incluindo o último, menos corrente e cujo eco se detecta, por exemplo, em Álvaro Pais (*De Planctu Ecclesiae*, Liv. 1, a.6) —, embora recebessem, em geral, interpretação restritiva ou atenuante. Aqui, todavia, era também, via de regra, entendimento vulgar que se o príncipe estava acima da lei positiva se encontrava abaixo da lei natural. Ensinara Egidio Romano, um dos tratadistas da *De Republica* que maior aceitação teve entre nós, verdadeiro educador político da época: *«positiva lex est infra principatem sicut lex naturalis est supra»* (*De Regimine Principum*, III, 2, c. 29).

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

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

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

D. Afonso IV declara que a vindicta não era verdadeiro — «directo» — costume, por contrária à lei de Deus e à lei natural. «E nos ueendo o que pediam e uisto outrosi essa ley com os da nossa Corte auudo conselho sobre todo achamos que aquel custume antigo que os filhos dalgo diziam que *this fora guardado nom podia seer directo custume. porque nom tam solamente era contra direito de deus. mays ainda era contra dreyto natural*» (LLP., 287, ODD., 389). E o mesmo príncipe declarava, a propósito de certa matéria, que «*serya contra ley de deus. E contra humanydade....*», (ODD., 520). A partir daqui coloca-se, inevitavelmente, um problema de acatamento ou não acatamento e entra-se já no campo das relações entre o dever de obediência e o direito de resistência. Sem grandes vacilações, e seja qual for a tese que neste campo concretamente houvessem adoptado, os teóricos medievais entendiam que não se estava obrigado a observar, nem se devia observar, quanto fosse determinado em desconformidade com as normas últimas. Disse-o João das Regras, para justificar a não obediência ao rei de Castela e a sua mulher, D. Beatriz: «*Nem ley nenhuia he dita ley se non he conforme com a ley de Deos (...)*». (Cr. D. João I, I, C. 85). Disse-o também Álvaro Pais: «*Hanc autem iustitiam colere sumum bonum est in hac vita (...). Leges quas sanciant reges tales debent esse ut per eas fiant homines boni et virtuosii, alias non sunt leges; sed corruptiones legum*» (SR., I, 96; SPE., II, 370, et passim).

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

**35. O princípio da imutabilidade e inderrogabilidade do direito divino e do direito natural** — O quadro que nas

suas grandes linhas de rumo e de facto se acaba de apresentar necessita, todavia, de ser retocado pela consideração de outros vectores que lhe esbatem os tons e enfraquecem as linhas de contorno.

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

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

*veteris testamenti quoad precepta et prohibitiones non potest inmutari per ius positivum vel consuetudinem... quantum ad demonstrationes potest*. Vicente Hispano, para mais, não se esquece de recorrer a Graciano a fim de declarar que apenas aparentemente ou superficialmente as *demonstrationes* se apartam do direito natural, visto que sempre obedecem ao seu espírito — «*secundum superficiem videantur esse mutata, tamen secundum moralem intelligentiam mutabilitatem nescire prebantur*».

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

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

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

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

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

1. Cfr. *infra*, volume respeitante aos Grupos Sociais e Conteúdo do Direito.

2. V. *infra*, n.º 82 b).

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

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

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

**BIBLIOGRAFIA:** — MARTIM DE ALBUQUERQUE, *Santo Anónimo, o Direito e o Poder*, sep. do «Itinerarium», 1983; G. AMBROSETTI, *Diritto Naturale Cristiano*, Roma, 1964; R. A. AMSTRONG, *Primary and Secondary Precepts in Thomistic Natural Law Teaching*, The Hague, 1966; AUBERT, *Le Droit Romain dans l'Oeuvre de Saint Thomas*, Paris, 1955; MOSES BENSABAT AMZALAK, *D. Durando Pais e o seu Comentário ao Tratado «Da Economia» Atribuído a Aristóteles*, Lisboa, 1955; FRANCISCO CARPINTEIRO BENITEZ, *Del Derecho Natural Medieval al Derecho Natural Moderno: Fernando Vasquez de Menchaca*, Salamanca, 1977; R. W. e A. J. CARLYLE, *Political Theories of the Middle Age*, Cambridge, 1938, II; ENNIO CORTESE, *La Norma Giuridica. Spunti Teorici nel Diritto Commune Classico*, Milano, 1962, I; S. COTTA, *Il Concetto di Legge nella Summa Theologiae di S. Tommaso d'Aquino*, Turim, 1955; PHILIPPE DELHAYE, *Permanence du Droit Naturel*, Louvain-Lille, 1967; A. P. D'ENTRÈVES, *Natural Law. An introduction to Legal Philosophy*, trad. ingl., London, 1970; JOSÉ DE AZEVEDO FERREIRA, *Alphonse X,*

**36. Direito suprapositivo e supralegal. O «ius gentium»** — O estudo histórico do direito implica, assim, a consideração de uma ordem jurídica que ultrapassa os governantes, de uma ordem suprapositiva que se estende a todos. Por isso mesmo (para lá da lei eterna cuja universalidade era óbvia), não faltou quem, a propósito do direito natural, o qualificasse como lei ou *direito comum*. Em tal sentido, escreve D. Durando Pais, *magister artium* pela Sorbona e aí catedrático, bispo de Évora, autor de um comentário ao tratado *Da Economia* atribuído a Aristóteles e falecido cerca de 1283, ao referir os deveres recíprocos de fidelidade entre marido e mulher: «É esta a lei comum, ou, por outras palavras, a lei natural». Por seu turno, em versão portuguesa da *Primeira Partida*, a expressão *derecho natural* do texto castelhano foi substituída, como já se viu, por *derecho comunal* (Cfr., nessa versão, o Título II, Lei 5). Para além disso, porém, haverá que ter em consideração, pelo que já atrás largamente ficou escrito, preceitos que, sendo de origem humana, contudo, se situam para lá do espaço nacional ou do espaço político concreto — o que se designará, abreviadamente, por direito *supra regna*, com o qual iniciaremos o estudo do primeiro período do nosso curso, servindo as considerações registadas sobre a justiça, o *direito divino* e o *direito natural*, como pano de fundo ou substrato comum.

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

Do ordenamento jusnaturalístico provém, de facto, por via diversa, o *direito das gentes* e o *direito civil*. Quanto

*Primeira Partida. Édition et Étude*, Braga, 1980; OTTO VON GIERKE, *Giovanni Althusius e lo Sviluppo Storico delle Teorie Politiche Giusnaturalistiche*, trad. ital., Torino, 1974; *Political Theories of the Middle Ages*, trad. ingl., Cambridge, 1938; EUSTACIO GALAN Y GUTIERREZ, *Ius Naturae*, Madrid, 1961, I e II; HANS KELSEN, *A Justiça e o Direito Natural*, Coimbra, 1979; O. LOTIN, *Le Droit Naturel Chez Saint Thomas et ses Prédecesseurs*, Bruges, 1931; ANA MARIA BRACINHA DE LIMA MACHADO, *Vicente Hispano. Aspectos Biográficos e Bibliográficos*, Lisboa, 1965; MONTEMAYOR, *Storia del Diritto Naturale*, Nápoles, 1910; F. OLGIATI, *Il Concetto di Giuridicità in San Tommaso d'Aquino*, Milão, 1955; ÁLVARO PAIS, *SPE*, Lião, 1517; RAFAEL GOMES PEREZ, *La Ley Eterna en la Historia. Sociedad y Derecho Según San Agustín*, Navarra, 1972; FRANCISCO ELÍAS DE TEJADA SPINOLA, *Las Doctrinas Políticas en Portugal (Edad Media)*, Madrid, 1943; LEO STRAUSS, *Natural Right and History*, Chicago, 1953; HANS WELZEL, *Introducción a la Filosofía del Derecho. Derecho Natural y Justicia Material*, Madrid, 1971.

## CAPÍTULO II

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

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

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

O *direito canónico* pode ser genericamente definido, numa primeira aproximação, como o conjunto de normas jurídicas relativas à Igreja. Mais exactamente, é, como diz Van Hove, o complexo de cânones ou leis estabelecidas, propugnadas ou aprovadas pela autoridade eclesiástica, para recta instituição da sociedade eclesiástica.

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

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

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

38. Fontes do direito canónico — Estabelecida a noção de direito canónico, ocupar-nos-emos agora das suas fontes. Isto é, dos modos de formação e revelação deste

direito. Quanto aos modos de *formação*, o problema reconduz-se à *origem* ou *autoría* das normas; quanto à revelação, situamo-nos no capítulo do conhecimento dos monumentos ou colecções de monumentos de que consta o direito. No primeiro caso, reportamo-nos às fontes *essendi, existendi* ou *materiales*; no segundo, às fontes *cognoscendi, notitiae* ou *formales*.

Postas estas noções, que constituem denominador comum, vamos passar em revista as diversas fontes de direito canónico.

39. **Sagrada escritura, tradição e costume** — Entre as fontes de direito canónico em razão do autor revestem especial importância as *Sagradas Escrituras*, a *tradição* e o *costume*.

Aquelas abrangem o *Anigo* e o *Novo Testamento*. O primeiro contém *preceitos cerimoniais* (respeitantes ao culto), *preceitos judiciais* ou *revelatio mosaica* (concernentes ao povo de Israel enquanto sociedade *qua tali*) e *preceitos morais*. No *Novo Testamento* há *preceitos de direito divino* (isto é, estatuições obrigatórias dos Evangelhos), de *direito divino-apostólico* (desenvolvimentos dos preceitos de direito divino levados a cabo pelos apóstolos) e de *direito apostólico* (ditados pelos apóstolos na sua actividade evangelizadora).

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

O direito do *Novo Testamento* (*ius Novi Testamenti*), revelado pelas *Sagradas Escrituras* e pela *tradição*, constitui a fonte principal de direito (*fons primarius iuris*) da Igreja Católica.

Quanto ao *costume*, norma resultante dos usos da própria comunidade e acompanhada da convicção de obrigatoriedade, ocupou lugar importante desde os tempos da Igreja primitiva, em que assumiu o papel de modo de suprimento de lacunas da legislação (*cum déficit lex*). Segundo alguns pontífices (Gregório VII e Urbano II, por exemplo), o costume estava subordinado à *razão*, à *fé* e à *verdade*, pois não prevalecia contra elas.

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

De qualquer modo, não só a *antiguidade* e a *racionalidade* eram consideradas *in genere* requisitos do *costume*, mas também a *consensualidade* (isto é, a aceitação da comunidade), consoante se especificará ao tratarmos particularmente do costume no quadro das fontes do nosso direito<sup>1</sup>.

1. Cfr. *infra*, n.º 63.

40. **Cânones e decretais** — Com a qualificação de fontes canónicas de *direito humano* são de hábito apontados pelos canonistas além do *costume*, os *cânones*, as *decretais*, a *doutrina* e as *concórdias* ou *concordatas*.

De acordo com a sua origem, classificam-se estas fontes em *eclesiásticas* e *mistas*.

Há também quem fale em *fontes civis* (de direito humano canónico), a propósito das disposições sobre matéria eclesiástica contidas nas grandes compilações jurídicas seculares, como a do imperador Justiniano, ou as *Siete Partidas*, de Afonso X, o *Sábio*<sup>1</sup>.

Por cânones significam-se aqui as determinações conciliares. Ou seja: a palavra *cânone* é utilizada agora num sentido restrito.

Concílio (do latim *concilium*) denomina uma assembleia eminentemente religiosa, uma reunião do clero. Podiam os Concílios ser de âmbito mais ou menos amplo: à escala universal, nacional ou regional, tomando os primeiros a designação de *concílios ecuménicos*.

A autoridade conciliar foi enorme, a ponto de os seus partidários — os *conciliaristas* —, por vezes, terem declarado o poder do Concílio superior ao do Papa. Contra esta tendência se ergueram os *curialistas*, que sustentaram a tese inversa, da supremacia da Cúria ou do Papa sobre o Concílio.

De qualquer forma, o Papa exerceu o seu poder legislativo, o poder de fazer leis em prol da Igreja Universal (*potestas iura condendi pro Ecclesiae universali*), quer só, quer em concílio ecuménico (*vel solum, vel in concilio oecumenico*).

1. Cfr. *infra*, n.º 56.

Celebraram-se oito concílios ecuménicos no Oriente e no Ocidente tiveram lugar, no período que vimos tratando, os seguintes: *Lateranense* I, II, III e IV, respectivamente em 1123, 1139, 1179 e 1215; *Lugdunense* I e II, em 1245 e 1274; *Vienense* (1311-1312); *Constantiense* (1414-1418).

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

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

De reter, ainda, são também as várias Cúrias ou Concílios de Leão (1017-1020 a 1091), de Coiança (1055) e de Oviedo (1115), cujos preceitos normativos obtiveram, ao que parece, projecção no nosso país. As leis gerais do Concílio de Leão de 1017 foram reflectir-se no chamado *Fuero de León*<sup>1</sup>.

Por último, uma prevenção terminológica. As determinações conciliares receberam outras designações, para lá da mais vulgar de cânones: de constituição sinodal (*constitutio*

*synodalis*), de estatuto (*statutum*), edicto (*edictum*) e sanção (*sanctio*). As leis disciplinares dos Concílios do século XV, em especial do de Constança, surgem também com o nome de *decreti*.

Frente aos cânones, temos a legislação do Pontífice romano. Graciano chama decretos (*decreta*) aos actos do Papa por oposição aos estatutos conciliares (*status conciliorum*). Na *Glosa* ao *Decretum Gratiani* separam-se *decretum*, ou seja, «o que o Papa estatui por conselho dos seus cardeais sem consulta de ninguém» (*quod Papa statuit de consilio cardinalium suorum ad nullius consultationem*) e *decretal* «que o Papa estatui sozinho ou com os cardeais a consulta de alguém» (*quam statuit Papa vel solus vel cum cardinalibus ad consultationem alicuius*).

As normas pontificias foram, por vezes, também denominadas *constitutiones*, e os actos papais, atendendo à forma externa (*ratione formae externa*), conhecem várias designações ou qualificações.

Desde cedo aparecem no Ocidente colecções de cânones e decretais. As mais importantes são a *Colecção de Dionísio*, o *Exíquo*, do século VI, e a *Colecção Hispana* (*Collectio Hispana*), do século VI ou VII. A primeira foi objecto de uma revisão pelo Papa Adriano I (772-95) para corresponder a um pedido de Carlos Magno e essa revisão tomou o nome de *Hadriana*. A segunda, de origem visigótica, deu origem a uma outra, a *Hispana Sistemática*, assim chamada em virtude da particular disposição das matérias respectivas. Finalmente haverá que referir as *Decretais Pseudo-Isidorianas*, forjadas pela segunda metade do séc. IX na arquidiocese de Reims e atribuídas a Isidoro Mercator, onde se contém à mistura com textos verdadeiros cânones falsos, mas que conheceram um imenso sucesso nos tempos medievais, só vindo a ser

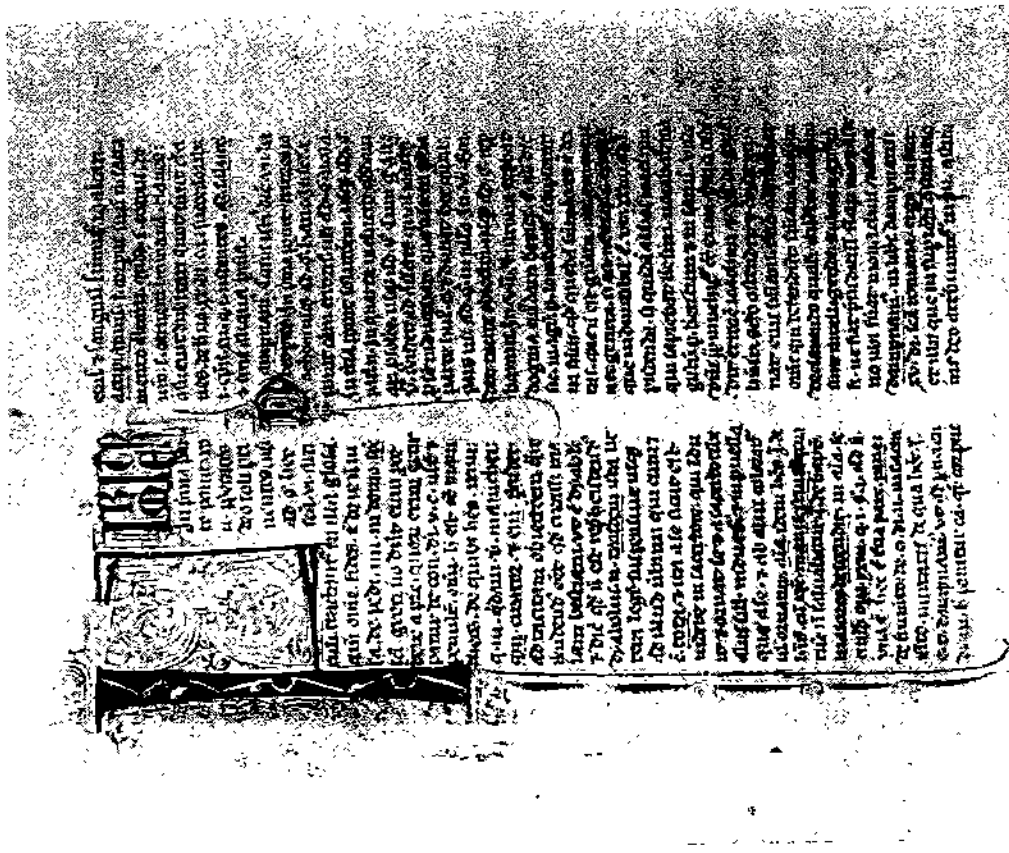
1. Cfr. *infra*, n.º 51.

demonstrado o carácter espúrio da colectânea já no século XVII (1628), por David Blondel.

Com o renascimento do direito romano, nos séculos XII e seguintes, desenvolve-se largamente a actividade compilatória dos cânones e decretais.

A primeira grande colecção inserida neste movimento é o *Decreto (Decretum)*, que constitui o direito novo (*ius novum*). Trata-se de obra doutrinária em que o autor, Gregório IX, procura harmonizar, concordar, os textos ou regras discordantes. De produção particular, passou em breve, todavia, a ter força de lei.

Começam, igualmente, a organizar-se importantes colleções de decretais. Estão neste caso as cinco compilações antigas (*Quinque Compilationes Antiquae*), que se encontram, em grande parte, na origem de uma compilação posterior, em cinco livros, as *Decretais de Gregório IX (Decretales Gregorii IX)*. Das *Compilationes Antiquae*, a primeira é devida a Bernardo de Pavia e contém essencialmente decretais de Alexandre III e Clemente III (i.e. de Papas que regeram a Igreja de 1159 a 1191); a segunda, da autoria de João Galense, concluída entre 1210 e 1215, contém decretais de Alexandre III ao início do pontificado de Inocêncio III; a terceira, redigida por Tancredo, *circa* 1210, recolhe decretais também deste Sucessor de Pedro; a quarta abrange cânones do Concílio de Latrão de 1215 e certas decretais de Inocêncio III; por último, a quinta, enviada por Honório III à Universidade de Bolonha, para ser objecto do ensino, encerra decretais suas e uma constituição imperial de Frederico II Hohenstaufen. Às *Decretais de Gregório IX*, repartidas em cinco livros, veio acrescentar-se um sexto livro no tempo de Bonifácio VIII. Posteriormente ainda, Clemente V mandou proceder a nova compilação, as



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

*Clementinas (Clementinae)*. Por último, existem recolhas de decretais que andavam dispersas (*vagantes extra*). Ao conjunto de textos referidos — do *Decreto às Extravagantes* — deu-se, mais tarde, o nome de *Corpus Juris Canonici*.

O *Corpus Juris Canonici* integra, pois:

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

41. **Doutrina** — A *doutrina*, ou seja, a opinião e obra científica dos juristas, assumiu papel da mais alta importância, principalmente depois da aliança ou conúbio entre a

lei canónica (*lex canonica*) e a lei secular (*lex mundana*), pela revivescência dos estudos de direito romano, operada a partir dos séculos XII e seguintes. É no âmbito dessa aliança entre ambos os direitos (o *Utrumque Ius*) que a canónica terá o seu florescimento. O *Utrumque Ius* constitui o produto do superamento da concorrência ou rivalidade das duas grandes ordens jurídicas medievais. Representa, como diz Pierre Legendre, a sua *simbiose*.

Os canonistas dividem-se em dois grupos: os *decretistas* e os *decretalistas*. Aqueles escreveram sobre o *Decreto* de Graciano, estes sobre as *Decretais*. Podem ainda separar-se os intérpretes do direito canónico do *Decreto* de Graciano (1140) às *Decretais de Gregório IX* (1234), e destas ao Concílio de Trento, no século XVI. De qualquer forma, e atendendo ao método, durante toda a Idade Média distinguem-se, no campo do direito canónico, à semelhança do que acontece no campo do direito romano<sup>1</sup>, duas grandes escolas: a dos *glosadores*, iniciada por Imério, e que terá o seu apogeu com a *Glosa Ordinária* ou *Magna Glosa* de Acúrsio, espantosa obra de recolha e sistematização de dezenas e dezenas de milhares de glosas, que aparece designada, frequentemente, apenas por *Glosa*; e, a partir do século XIV, a dos *comentadores*, iniciada por Cino de Pistóia, também chamada *bartolista*, do nome do seu maior representante, Bártolo de Sassoferrato.

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

1. Cf. *infra*, n.º 74.

Ricardo Anglico, Silvestre, Alão, Lourenço Hispano, João Galense, Vicente Hispano, Tancredo, Dâmaso, Hugolino, Martinho e João Teutónico.

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

Para o período que corresponde aos comentadores recorram-se os nomes de João de Lignano, Egídio de Bellamera, Baldo de Ubaldis (o mais famoso dos seguidores de Bartolo), Pedro de Ancharano, Francisco Zabarella, António de Butrio, Domingos de Sancto Geminiano e o Abade Nicolau de Tudeschis (chamado, por isso, simplesmente o *Abade* — ou o *Panormitano*).

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

A influência do direito canónico e da ciência jurídica dos canonistas no direito em geral e para a formação do direito moderno apresenta-se como fundamental. Certas zonas do jurídico receberam importante contributo da Igreja e do respectivo ordenamento. O direito da família (em especial, o casamento e a respectiva liberdade, bem como o regime conjugal de bens)<sup>1</sup>; as obrigações — estas através dos conceitos da *aequitas canonica*, da *bona fides*, da *conscientia honestas*<sup>2</sup>;

1 e 2. Cfr. *infra*, vol. correspondente à matéria *Grupos Sociais e Conteúdo do Direito*.

o direito processual, no que respeita à racionalização da prova<sup>1</sup>; o adoçamento da ordenação laboral e do direito penal pela noção de *misericórdia*, de um lado; e, de outro, as relações internacionais — mediante a arbitragem, a disciplina da *guerra justa*, o estabelecimento de tréguas... —, constituem alguns campos demonstrativos desse impacto do direito canónico. Não é só, todavia, através do reflexo concreto na disciplina de certos institutos ou ramos da enciclopédia jurídica que isso se torna visível. É-o na própria metodologia jurídica, em resultado da interpenetração dos dois direitos — o canónico e o civil. Franz Wiaeker chamou, precisamente, a atenção para o que designa princípio de mútua subsidiariedade (*ein gegenseitiges Subsidiaritätsprinzip*), traduzido na aplicação subsidiária do direito romano pelos tribunais eclesiásticos e na aplicação pelos tribunais civis, em idêntico plano, dos princípios gerais do direito canónico<sup>2</sup>. Como escreve o autor citado, a fórmula *ius canonicum et civile sunt adeo connexa, ut unum sine altero non intellegi potest*, que revela a recíproca, profunda e íntima penetração dos dois direitos, expressa o «sentir dos contemporâneos». É bem reveladora da importância do direito da Igreja na formação do pensamento jurídico moderno.

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

1. Cfr. *infra*, n.ºs 45 e 139.

2. Cfr. *infra*, n.º 44.

Os primeiros acordos conhecidos são do tempo de Afonso II e, de hábito, apontam-se como principais concórdias e concordatas actos dos reinados de D. Dinis, D. Afonso IV e de D. Pedro I. Na verdade, porém, segundo sustentou Marcello Caetano, nem a todos esses actos que têm sido designados de uma ou outra forma caberiam semelhantes designações. Assim, por exemplo, se o acordo celebrado entre representantes do Pontífice e de D. Dinis, em 1289, formado por quarenta artigos constantes da bula *Cum Olim*, e ratificado pelo Papa e pelo monarca português, reveste a forma de autêntico tratado, pelo que lhe quadraria a designação de *concordata*; se os onze artigos assentes entre os bispos portugueses e o mesmo príncipe no referido ano constitui acordo negociado que mereceria, por isso, o qualificativo de *concórdia*; já o mesmo não se verificaria noutros casos em que houve uma resolução arbitral de conflitos (*LLP*, 129-136 e *CC*, II), ou nos quais o rei acedeu em cortes a agravamentos do clero (*LLP*, 128 e 371). Na hipótese da arbitragem, trata-se não de um acordo negociado, mas de decisão judicial e também na reparação de agravamentos em cortes. Não se estaria ante forma nacional, mas de definição imperativa do direito (visível na própria fórmula de desembargamento: «*mando...*»), embora a requerimento. Semelhante equação do problema affigura-se, todavia, extrema. Por um lado, arbitragem pressupõe um acordo quanto à resolução por árbitros; de outro lado, ver no desembargo dos agravamentos em cortes simples definição imperativa do direito equivale a esquecer, em nome de uma interpretação meramente literal das fórmulas, o possível carácter actual das deliberações. Impõe-se nestes casos ir mais fundo e descortinar a própria intenção e substância das coisas.

43. **Penetração do direito canónico na Península. A ciência canónica portuguesa** — O direito canónico penetrou e foi recebido na Península Ibérica desde os seus alvores. Situando-nos apenas nos tempos imediatamente anteriores à fundação da nacionalidade, podemos assinalar mais de um documento em que se refere o direito canónico na fase pré-graciana. Numa doação de D. Maurício, bispo de Coimbra, ao presbítero Afonso (14 de Fevereiro de 1103) estatui-se (*DP*, III, doc. 101) que o objecto da doação não será retirado ao beneficiado se não actuar com culpa pela qual segundo os cânones deve perdê-la (*si tu non feceris culpam per quam secundum canones debeas eam perdere*). Noutro documento, de 12 de Março de 1112, Unisca Eriz, contemplando o Mosteiro do Paço de Sousa com os bens de raiz que possui em várias localidades, bem como todos os seus bens mobiliários (*DP*, III, doc. 393), dispõe que o que por palavras repelir seu testamento pague o dobro do que dele consta «e sofra a sentença do *livro do cânone* da parte do bispo ou do arcebispo, ou conde ou rei ou autoridade que naquela terra mandar, e além disso seja anatematizado quer dos homens quer das mulheres» (*et insuper componat sententia libri canonis ab episcopo uel archiepiscopi a comite uel a rege siue potestas qui illa terra imperauerit et insuper sedeat anatematizatus siue uiris siue feminis*). Numa carta de couto outorgada pelo conde D. Henrique aos 31 de Março de 1108 (*DR*, I, I, doc. 13), contém-se alusão aos «decretos dos santos cânones sobre as ordens eclesiásticas e as liberdades das igrejas» (*sicut in decretis sanctorum canonum de ecclesiasticis ordinibus et de ecclesiarum libertatibus...*). De 1122 (14 de Outubro) temos um documento titulado certa doação de bens do Mosteiro de S. Pedro de Cete

(DP., IV, 1, doc. 288) em que se fala na «autoridade e regra do santo cânone e na deliberação do livro judicial», isto é, do *Código Visigótico*<sup>1</sup> («*secundum auctoritatem et regula sancti canonis et secundum deliberacionem libri iudicialis deseruiat*»). Finalmente, numa doação de bens do bispo de Coimbra, lavrada em 10 de Outubro de 1123 (DP., IV, I, doc. 379), aparece a menção: «*secundum decreta canonum*».

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

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

1. Cfr. *infra*, n.º 50.

Mestre Gil de Leiria); *Decretales Antiquae* (1264, testamento de D. Afonso Pais, deão de Lamego).

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

A partir destes dados iniciais multiplicam-se em actos e documentos medievais as alusões aos livros de direito canónico. Conhece-se, inclusive, graças aos trabalhos de alguns eruditos, com menção especial para o Prof. Isaías da Rosa Pereira, o conteúdo de várias bibliotecas da época abundantes em tais obras, quer ligadas ao *Decreto* quer às *Decretais*. As *Decretais de Gregório IX* circularam também largamente e, já em 1359, se achavam traduzidas para português, como resulta de um documento do Convento de Pendorada relativo às partilhas de Vasco de Sousa, cidadão do Porto, em que se fala de «*humas Degretaes em lingoagem*», o que foi assinado a primeira vez por João Pedro Ribeiro.

A penetração do direito canónico era tal que nas cortes ou cúria alargada de 1211 houve necessidade de hierarquizar-lo em relação ao direito do rei. A ordenação estabeleceu-se, segundo o entendimento geral, com prevalência daquele<sup>1</sup>. Estamos face a um reconhecimento de supremacia eclesiástica, traduzida aqui na superioridade — aliás afirmada no *Decreto* — das normas jurídicas da Igreja

1. V. *infra*, n.ºs 46 e 52.



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

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

Mereceu tal requisito uma extensa resposta ao rei: «A esto respondeu El Rey», lê-se no texto recolhido nas Ordenações Afonsinas, «que elle nom fez esta cousa de novo, ante se acostumou sempre em tempo dos Reyx, que ante elle foram antigualmente; e este he mais por conservaçom da jurdiçom, e liberdade da Igreja, que em seu prejuizo, por manter aquelles, que estão em posse de seus Benefícios, e nom lhes seer feita força per alguães falsos, ou sorreticios que a miude vem: e ainda porque poderia seer que viriam alguães letteras em prejuizo do Rey. E porque achou, que sempre se assy usou, e que non hia contra liberdade da Igreja, ante era em seu favor, mandou que assi se guardasse; e assy o

entende daqui em diante guardar; e assy se guarda nos outros Regnos, e Terras: e que a Hordenaçom, a maneira, que em esto tem, he boa, e esto nom pertence a elles».

Não foram, contudo, apenas os monarcas a oporem forte resistência à penetração do direito canónico. O anticlericalismo de parte da população, por um lado, e, por outro, a existência de numerosas heresias em relação ao credo religioso<sup>1</sup> constituíram também obstáculos de relevo. As lutas do clero com a realza, aliás, serviram para acentuar o primeiro dos aspectos acabados de mencionar. Haja em vista o anticlericalismo que ressalta da própria poesia trovadoresca em torno da contenda gerada pelo caso de Sancho II. Os poetas tomam decididamente posição pela facção nobiliárquica apoiante do rei e contra o clero e a Igreja de Roma. Em parte, a resistência à penetração do direito canónico é, na verdade, um aspecto da resistência ao próprio clero e às suas pretensões de imunidade e hegemonia.

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

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

Os tribunais eclesiásticos conheciam as causas em função da matéria ou em função da pessoa. Certas matérias eram

1. Cfr. *infra*, vol. correspondente aos Grupos Sociais e Conteúdo do Direito.

consideradas da competência especial da jurisdição eclesiástica; da mesma forma, entendia-se que certas pessoas só podiam ser julgadas pelos tribunais da Igreja. O costume gradualmente desenvolvido de que o clero não podia ser levado perante um tribunal civil foi reconhecido oficialmente pelo imperador Justiniano, que o consagrou como privilégio<sup>1</sup>. Mas não deixou de ser motivo de hesitação e dúvidas doutrinais a contradição entre a lei canónica e a civil. Poder-se-ia entender que a Igreja, *maxime* o Papa teria querido abrogar uma lei? No direito justiniano vários exemplos submetiam as leis aos capítulos eclesiais, conforme consignado por Le Bras, em resposta à interrogação anterior. Não parece que se possa dar uma resposta genérica a tal respeito, sendo preciso atermo-nos a opiniões diferenciadas conforme os doutores. Também aqui, porém, ir-se-á caminhando no sentido de limitar ou circunscrever o regime de excepção. No *Livro das Leis e Posturas* encontra-se já uma rubrica dos «casos em que os *clerigos* som da *Juridiccom del Rey* e *deven responder perante* (*sic*) *el ou perant seu Juiz*» (LLP., p. 380).

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

1. Cfr. *infra*, n.ºs 160 e 161.

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

Mais tarde, o direito canónico foi relegado para a posição de direito subsidiário, isto é, apenas aplicável quando faltasse

1. Cfr. *infra*, o volume correspondente à 2.ª época, *Fontes do Direito*.

o direito nacional. Aqui iria, aliás, entrar em concorrência com o direito romano ou imperial. O critério de ordenação relativa do ordenamento canónico e do cesáreo seria o critério do pecado. A prevalência do primeiro sobre o segundo dependeria de se tratar ou não de matéria de pecado<sup>1</sup>.

47. O «*ius romanum*». Remissão — Ainda no que respeita ao direito *supra regna* haveria que versar o direito romano. Remete-se, porém, o assunto para quando se tratar do direito prudencial, na medida em que a sua vigência foi devinda não à superioridade do Império sobre Portugal, mas à recepção voluntária pelo príncipe e à actividade dos prudentes<sup>1</sup>.

**BIBLIOGRAFIA:** — FORTUNATO DE ALMEIDA, *HIP.*, I; PEDRO LUÍS BLANCO, *Noticia de las Antiguas Colecciones Canónicas Inéditas de la Iglesia Española*, Madrid, 1798; GABRIEL LE BRAS, *Histoire du Droit et des Institutions de l'Église en Occident publiée sous la direction de (...)*, t. VII: *L'Âge Classique 1140-1378. Sources et Théorie du Droit*, por G. Le Bras, Ch. Lefebvre, J. Rambaud, Paris, 1965; EDUARDO BRASÃO, *Colecção de Concordatas Estabelecidas Entre Portugal e a Santa Sé*, de 1238 a 1940, Lisboa, s/d.; JAMES A. BRUNDAGE, *Medieval Canon Law*, Londres e Nova Iorque, 1995; MARCELLO CAETANO, *História do Direito Português (1140-1495)*, Lisboa, 1981; CARLO CALISSE, «I Concordati del Siglo XV», in *Chiesa e Stato. Studi Storici e Giuridici per il Decennale della Conciliazione tra la Santa Sede e l'Italia*, Milão, 1939; CHAVES e CASTRO, *O Beneficência Régio em Portugal*, Coimbra, 1885; RIBEIRO COELHO, *O Beneficência*, Braga, 1884; AVELINO DE JESUS DA COSTA, *A Biblioteca e o Tesouro da Sé de Coimbra nos Séculos XI a XVI*, Coimbra, Sep. do «Bol. da Bibl. Univ.», Coimbra, 1983; *A Biblioteca e o Tesouro da Sé*

1. Cfr. *infra*, n.ºs 70 e ss.

de Braga nos Séculos XV a XVIII, Braga, Sep. da «Revista Theologica», 1985; «*Fragments Preciosos de Códices Medievais*», Braga, Sep. do «Boletim do Arquivo Municipal», 1949; MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, «Para a História da Cultura Jurídica Medieval em Portugal», in *BFD.*, 1959; A. D. SOUSA COSTA, *Mestre Silvestre e Mestre Vicente, Juristas da Contenda entre D. Afonso II e suas Irmãs*, Braga, 1963, *Concordatas Portuguesas*, in *Itinerarium*, 1966 e *Um Mestre Português em Bolonha no Século XIII — João de Deus. Vida e Obras*, Braga, 1957; SÉRGIO COTTA, *Il Concetto di Legge nella Summa Theologiae di S. Tomaso d'Aquino*, Turim, 1955; GUILHERME BRAGA DA CRUZ, *O Direito Subsidiário na História de Direito Português*, Coimbra, Sep. da *RPH.*, 1975; MARTÍNEZ DIEZ, «Conciliaos Españoles Anteriores a Trento», in *RHCEE.*, V, 1976; ANTÓNIO GARCÍA Y GARCÍA, *História del Derecho Canónico*, Salamanca, 1967, I; *Estudios sobre la Canonística Portuguesa Medieval*, Madrid, 1976; «La Canonística Ibérica Medieval Posterior al Decreto de Graciano», in *RHCEE.*, I, 1967, V, 1976; *Synodicum Hispanum*. II, Portugal, Madrid, 1982, obr. col. dirigida por A. García y García; «Derecho Canónico y Vida Cotidiana en el Medioevo», in *RPH.*, XXXIV, 1990; «Fragmentos de Manuscritos del Decreto y de las Decretales de Gregorio IX em Portugal», in *RUC.*, 1989; «Los Comentarios de los Canonistas a las Constituciones del IV Concilio de Latrán (1215)», in *Congrès de Droit Canonique Médiéval. Louvain et Bruxelles*, Louvain, 1969; *Derecho Comun en España, los Juristas y Sus Obras*, Murcia, 1991; GABRIEL LE BRAS, «Resolution de Desaccords entre le Droit Romain et le Droit Canon dans l'Oeuvre des Grands Classiques», in *SV.*, I; P. FOURNIER e G. LE BRAS, *Histoire des Collections Canoniques en Occident*, Paris, 1931, I e II; JEAN GAUDEMET, *Les Sources du Droit de l'Église en Occident du II<sup>e</sup> au VII<sup>e</sup> Siècle*, Paris, 1985 e *Église et Cité. Histoire du Droit Canonique*, Paris, 1994; A. VAN HOVE, *Prolegomena ad Codicem Iuris Canonici*, Malines-Roma, 1945; E. F. JACOB, *Essays in the Conciliar Epoch*, Manchester, 1976; S. KUTTNER, *Repertorium der Kanonsistik (1140-1234)*, *Prodromus Corporis Glossarum*, Vaticano, 1953; LE BRAS, «Resolution et Désaccords entre le Droit Romain et le Droit Canon dans l'Oeuvre des Grands Classiques», in *SV.*, I; ANA MARIA

BRACINHA DE LIMA MACHADO, *Vicente Hispano — Aspectos Biográficos e Bibliográficos*, Lisboa, 1965; PAULO MERÊA, *Domingos Domingues Canonista Português do Século XIII*, Coimbra, Sep. do BFDc., 1967; JOSÉ MATOSO, *Identificação de um País. Ensaio sobre as Origens de Portugal, 1096-1325*, Lisboa, 1985, II; CARLO GUIDO MOR, «Le Relazioni tra la Chiesa e gli Stati della Caduta dell'Impero al Concordato di Wormes», in *Chiesa e Stato...*, cit.; CH. MUNIER, «Droit Canonique et Droit Romain d'après Gratien et des Décretistes», in *EHDCCLB.*, II; J. A. DUARTE NOGUEIRA, *Sociedade e Direito em Portugal na Idade Média*, Lisboa, 1990; EDUARDO NUNES e MARTIM DE ALBUQUERQUE, *Parecer do Doutor Valasco di Portogallo sobre o Beneplácito Régio (Florença, 1454)*, Lisboa, Sep. do «Tempo e da História», 1968; MIGUEL DE OLIVEIRA, *História Ecclesiástica de Portugal*, Lisboa, 1968; S. MOCHI ONORY, «Ecclesiastica Libertas e Concordati Medioevali (Da Worms a Constanza)», in *Chiesa e Stato...*, cit.; ISAIAS DA ROSA PEREIRA, *Livros de Direito na Idade Média*, Lisboa, Sep. da «Lusitania Sacra», 1966 e 1970; *Manuscritos de Direito Canónico Existentes em Portugal*, (I), Funchal, Sep. do «Arquivo Histórico da Madeira», 1959, e (II), «Arquivo...» cit., 1961-1963; «O Canonista Petrus Hispanus Portugualensis», in *AHCP*, 1968, II; PAIVA E PITTA, «História do Beneplácito Régio em Portugal», *Instituto*, XXXV (1987-1988) e XXXVII (1980-91); JEANINNE QUILLET, *Les Clefs du Pouvoir au Moyen Age*, Paris, 1972; CONDE DE SAMODÂES, *Beneplácito Régio*, Porto, 1884; SCHENKL, *Instituições de Direito Ecclesiástico*, trad. port. de 1887; J. F. VON SCHULTE, *Die Geschichte der Quellen und Literatur des Canonischen Rechts von Gratian bis auf Paps Gregor IX*, Graz, 1956; N. E. GOMES DA SILVA, «Sobre a Lei da Cúria de 1211 Respeitante às Relações entre as Leis do Reino e o Direito Canónico», in *Rev. Jurídica*, I e *História do Direito Português*, Lisboa, 1991, 2.ª ed.; A. M. STICKLER, «II Decretista Laurentius Hispanus», in *SG.*, IX e *Historia Iuris Canonici Latini*, I, *Historia Fontium*, Roma, 1974; WALTER ULMANN, *The Church and the Law in the Earlier Middle Ages*, Londres, 1975; *Medieval Political Thought*, s.l., 1975; *The Growth of Papal Government in the Middle Ages. A Study in the Ideological Relation of Clerical Law Power*, Londres, 1955; ANTÓNIO GARCIA

RIBEIRO DE VASCONCELOS, «Nova Chronologia das Constituições Diocesanas Portuguesas até Hoje Impressas», *O Instituto*, 58, 1911; MARGARIDA GARCEZ VENTURA, *Igreja e Poder no Século XV. Dinastia de Avis e Liberdades Ecclesiásticas (1383-1450)*, Lisboa, 1987; R. WEHRLÉ, *De la Coutume dans le Droit Canonique*, Paris, 1928; F. WERNZ, *Ius Decretalium*, Roma, 1898; WERNZ-VIDAL, *Ius Canonicum*, Roma, 1938; FRANZ WIEACKER, *Privatrechts Geschichte der Neuzeit*, Göttingen, 1967 (há trad. esp. e port.).

### CAPITULO III

## «IUS REGNI»

### SECÇÃO I

## DIREITO LEGISLADO

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

(550-650), a *Lex* ou *Pactus Baiuvariorum*, dos Bávaros (séculos VII e VIII), a *Lex* ou *Pactus Alamanorum*, a *Lex Chamavorum*, a *Lex Burgundiorum* ou *Lex Gundobada*, que teve a última redacção em 507, as leis lombardas, de que a mais antiga é o *Edicto de Rothario* (643) e em que se salientam as *Leis de Liutprando* e o *Liber Papiensis*; as *leis suevo-góticas* ou *escandinavas*...

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

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

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

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

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

— o *Código Visigótico*.

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

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

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

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

No esquema clássico, ensinava-se ainda que lentamente se teriam esbatido as diferenças entre o direito godo e o

1. Cfr. *infra*, n.ºs 72 e 118.

romano e promulgado leis e nomocânones (leis de carácter secular estabelecidas nos concílios e aprovadas pelos monarcas), aplicáveis às duas raças. Discutia-se, todavia, se o *Codex Revisus*, ou seja, o *Código de Eurico* reformado por Leovigildo (que, como se disse, hoje desconhecemos) seguia ainda o *princípio da personalidade* ou antes a *regra da territorialidade* (tese de Ureña).

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

A posição de García-Gallo assenta, pelo que respeita a este código, na falta de qualquer afirmação expressa da vigência simultânea dos dois ordenamentos jurídicos e no facto de ele (cap. 327 e *Lex Visig. Antiqua*, III, I, 1) derrogar normas romanas. O cap. 327 declara revogada uma *prior lex*, que García-Gallo identifica com a Constituição de 389 (*Cód. Theod.*, V, I, 4); quanto à *Antiqua*, derrogaria a Constituição de Valentiniano I e Valente relativa aos casamentos mistos (*Cód. Theod.*, III, 14, 1). Pelo que toca ao *Breviário*, o professor espanhol argumentava com a expressão *utilitates populi nostri spectantes*, usada ao decretar-se a proibição de se alegarem fontes romanas a qual se não poderia referir apenas a não-visigodos; e, bem assim, com o facto de Teudis ter mandado incluir a sua lei sobre as custas processuais no *Breviário* e em contrapartida nada dispor em relação ao *Código de Eurico*. A posição defendida por García-Gallo deu origem a vivo debate em que participaram vários grandes historiadores do direito (Heymann, Schultze, López-Amo, Leicht e outros). E. Heymann e A. Schultze repudiaram as suas conclusões; López-Amo perfilhou-as sem hesitar, mas depois inclinou-se novamente para a tese

clássica; e Silvério Leicht aderiu a elas apenas parcialmente, defendendo que com o *Breviário* se teria voltado à dualidade, pelo que o *Código de Eurico*, a partir deste e até Leovigildo, se aplicaria apenas a visigodos. Um dos grandes impugnadores de García-Gallo foi Paulo Merêa (1889-1977). Para este, a *prior lex* a que se aludiu seria talvez uma das *leges Theodoriciane*, mas nunca a Constituição de Valentiniano e a *Antiqua III*, 1,1, não se deveria a Eurico, antes a Leovigildo. Por outro lado, a frase invocada para demonstrar que o *Breviário* se aplicava a todos os súbditos de Alarico nada significava a favor da tese da territorialidade, pois é empregada a propósito de uma medida determinando que se não aleguem mais as fontes romanas, isto é, de interesse geral. Por fim, e a respeito do argumento extraído da lei de Teudis, lembra Paulo Merêa ser bom «não esquecer que o *Breviário* era correntemente utilizado pelos Godos em matéria de processo, dada a rápida romanização do direito processual que o próprio García-Gallo põe em relevo». O que Merêa repudia em absoluto, e com maior energia, é a afirmação de García-Gallo de que o *Breviário* revogou o *Código de Eurico*. O problema foi depois retomado por Álvaro D'Ors e Guido Astuti, aos quais se deve o balanço do debate. O primeiro destes historiadores, nomeadamente, concluiu pela territorialidade da legislação visigótica, mas negou-se a aceitar, como Paulo Merêa, que o *Código de Eurico* tenha sido revogado pelo *Breviário Alariciano*. O *Breviário* teria tido por fim, não revogar aquele *Código*, mas pôr ao alcance dos magistrados uma colectânea das principais e mais citadas leis romanas, e haveria sido precedido por um *Pré-Breviário*.

Posição idêntica à perfilhada por García-Gallo fora enunciada entre nós, no século XIX, por António Ribeiro dos

Santos (1745-1818), com argumentos em parte comuns em parte diversos. Merece a pena relacioná-los pois reforçam a tese do ilustre Mestre espanhol com elementos ponderosos. São em número de nove as razões de Ribeiro dos Santos:

1.<sup>a</sup> Os Godos quando chegaram a Itália, segundo Pro-cópio (*De Bell. Gothor*, Liv. II) não tinham leis escritas e conservavam as leis romanas «e o seo governo de maneira, que nem de Theodorico, nem d'outro algum ficara Ley escrita ou tradicional», sendo «pois verosimil, que [...] os Godos de nossa Espanha como os de Itália se governassem a princípio pelas Romanas, que achavam no Paiz»;

2.<sup>a</sup> Alarico, na *Constituição ao Povo Romano*, publicada no 3.<sup>o</sup> Tomo da coleção de Goldast, prometeu que os godos e romanos a si sujeitos «usarão de hum mesmo direito commum, que não podia ser outro senão o Romano»;

3.<sup>a</sup> Ataúlfo conservou as leis romanas e fez um edicto, em Narbona, no ano de 412, para um e outro povo — *Utrumque populum* (Goldast, III, 586);

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

5.<sup>a</sup> Theodorico, sucessor de Turismundo, aprendeu o direito romano em Tolosa por conselho de Avito, propondo-o para agradar aos Romanos, «de quem tinha obtido tudo quanto havia sido dos Suevos em nossa Espanha» — por isso, Sidónio Apolinário se lhe refere dizendo: «*Mihi Romula dudum/Per te Iura placent*»;

6.<sup>a</sup> «Tanto se usava entre os Godos do direito romano que os Reys Chindasvindo e Recesvindo o proibiram depois»;

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

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

9.<sup>a</sup> O *Código de Alarico* «hé concebido em termos geraes para toda a Nação, como traz o seo Commo-nitório, ou Prefacção: ...*Utilitates populi nostri propipitia divinitate tractantes*; que na interpretação à Ley un. *de Reponsis Prudentum*, se falla em geral — *quae necessaria causis praesentium temporum videbantur elegimus*; que a não ser o Código também para os Godos, não havia necessidade de fazer esta nova compilação; que as interpretações mostrão, que a legislação se accomodou aos Godos; e que finalmente não apparece outro Código proprio, senão muito depois o de Chindasvindo».

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

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

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

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

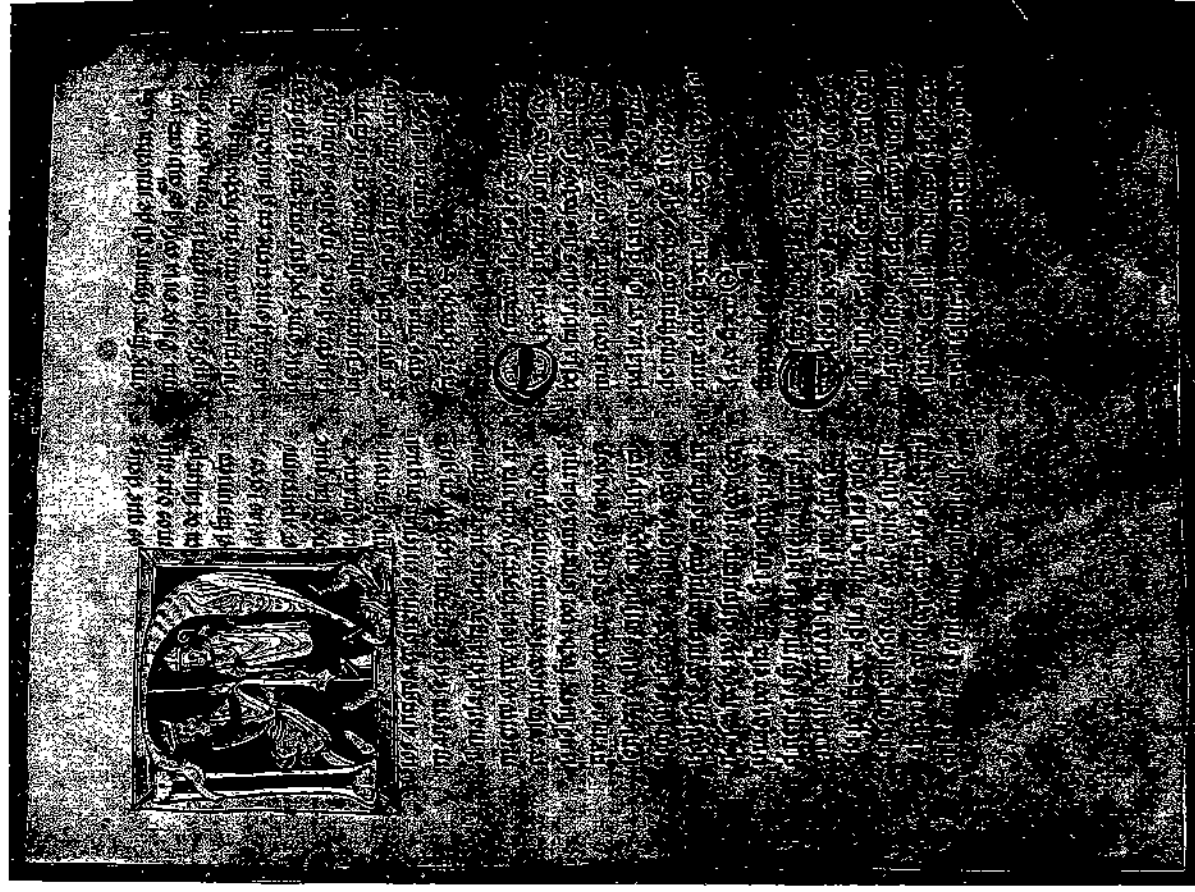
A tais formas há ainda que acrescentar outra, resultante da *revisão não oficial*, em que, além de uma nova lei (*novela*) do próprio Ervígio, quinze ou dezasseis leis posteriores de

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

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

essas citações desaparecem e o próprio fenómeno do renascimento do *Código Visigótico* operado em Castela através da sua tradução para romance (*Fuero Juzgo*) já não tem repercussões visíveis (pelo menos, directas) em Portugal».

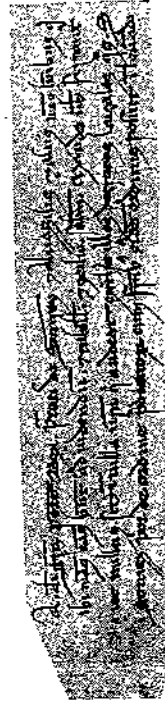
A opinião do ilustre Mestre no que toca à vigência do *Código Visigótico* em território português durante o século XII deve ser entendida restritivamente. Por um lado, é sabido que as populações cristãs sob o domínio muçulmano — os moçárabes — continuaram, à semelhança das que não caíram sob o jugo dos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



Página do *Fuero Juzgo*.

de 1135 (DR., I, 1, doc. 145, e disposições idênticas se podem ver em muitos outros, v.g., em DR., I, I doc. 146) determina-se que se deverá fazer certa composição segundo o que estiver no *Liber Judicium* («*secundum quod in libro iudicium continetur componat*»). Acresce ainda que em mais de um documento se diz, como aferimento da legalidade, que um dos firmantes tem a *Lex Gotorum* e que comprovou ou confirma por ela (DP., III, docs. 215, 359, 368). Finalmente, num documento de 9 de Novembro de 1111 (DP., IV, 1, doc. 211) conjuram-se os juizes que costumam comprovar pela lei dos Godos («*uos iudices que lex Gotorum solent comprobare*»).

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



Passo da provisão régia contra os Decretos de Soeiro Gomes

**51. Leis de Leão, Coiança e Oviedo. Presunções e provas da sua vigência em Portugal. Dúvidas quanto à classificação do órgão promanante: cúrias ou concílios? — Den- tro da rubrica de que nos vimos ocupando, cumpre agora**

aludir às disposições de três assembleias — Leão, Coiança e Oviedo — que *parecem* haver logrado vigência em Portugal. As primeiras datam do reinado de Afonso V de Leão (1017) e vieram a fazer parte do chamado *Fuero de Leon* ou *Forum Legionensis*. As segundas do tempo de Fernando I (1050). As últimas de D. Urraca (1115). Parte dos decretos da assembleia de Leão foram inseridos num cartulário bracarense — o *Liber Fidei*. Por seu turno, as estatuições de Coiança acham-se incluídas no *Livro Preto da Sé de Coimbra*. Finalmente, as leis de Oviedo foram juradas pela condessa-rainha D. Teresa e pelo nosso primeiro monarca. Destas circunstâncias, e ainda do facto de o capítulo VIII das leis de Coiança referir a sua applicabilidade ao território português, tem-se retirado uma presunção de vigência de tais normas em Portugal. Contudo, pelo menos o último facto recebe contestação, pois não faltou quem desde cedo (é o caso de António Caetano de Amaral e João Pedro Ribeiro (1758-1839)) sustentasse o passo onde se menciona tal applicabilidade como uma interposição ao texto primitivo.

Por outro lado, suscitam-se dúvidas quanto à classificação das assembleias em que as normas em causa foram elaboradas, isto é, quanto à natureza do órgão proponente. Trata-se de autênticos *concílios*, quer dizer, de *assembleias eclesiásticas* ou de *cúrias extraordinárias*, de reuniões alargadas da cúria régia, órgão consultivo normal da realza?<sup>1</sup>

Os historiadores falam hoje, preferentemente, em *Cúria de Leão* e *Concílios de Coiança* e *Oviedo*. A verdade, porém, é que a distinção se afigura algum tanto artificial, pois quer os concílios, reuniões eminentemente eclesiásticas, contavam com a colaboração de laicos, quer as cúrias,

1. Cfr. *infra*, n.º 143.

congregações políticas não religiosas, com a intervenção de membros do clero; a isto acresce que umas e outras assembleias legislavam em ambas as matérias: da Igreja e civil. Para se ver até que ponto este tipo de assembleias era indefinido bastará lembrar com Coelho da Rocha ter-se estabelecido na de Leão que nelas «*em primeiro lugar se tratassem das coisas eclesiásticas, depois as concernentes ao rei e à política e daí se passasse às particulares dos cidadãos*».

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

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

A lei aparece denominada variamente neste período — de *decreto* ou *degredo*, de *ordenação*, de *carta*, de *pos-tura*, de *enconto*, de *constituição*...

Do tempo de D. Afonso Henriques resta apenas a memória de uma lei sobre as barregãs e do de Sancho I co-nhece-se somente uma provisão. Aos poucos, todavia, foi-se processando crescente actividade legislativa dos nossos monarcas. Inicia-se a marcha lenta, mas segura, para a

monopolização do direito positivo pelo príncipe. A função legislativa, o poder legislativo (*potestas legis condendae*), torna-se *normaliter* do rei. Decerto, ela será também exercida na cúria (ou conselho régio) e ou pelas cortes juntamente com o rei. Decerto, as cortes e, por vezes, os municípios e outras formas de organização política conseguirão delimitar relativamente a esfera da competência legislativa dos soberanos em razão da matéria. Decerto, em alguns casos, o rei não pode alterar ou revogar unilateralmente as leis. Decerto, o seu poder legislativo está subordinado aos preceitos das outras ordens jurídicas, a começar pelo *direito divino* e pelo *direito natural*<sup>1</sup>. De qualquer forma, porém, torna-se cada vez mais acentuada a propensão para referir o monarca como centro legislativo por excelência. Por outro lado, este, na luta pela supremacia e pela superioridade jurídico-política da Coroa, vai assumindo e reclamando para si o *monopólio legislativo* e o papel de *árbitro* entre as diversas ordens jurídicas em presença. Torna-se, em suma, a fonte do poder e do direito. Na primeira ordenação que D. Afonso IV fez nas suas audiências, depois de se ter definido o rei como cabeça do corpo que é o reino diz-se da Corte: «*ella he fonte de que naçem E hi se emçarram todo-llos conprimentos de direito E de justiça*» (ODD., 311).

Frisante a tal respeito é o caso dos decretos de Soeiro Gomes, prior dos dominicanos. Este ordenou ou estabeleceu (*posuit*) certos decretos laicos (*decretos laicales*) cujo conteúdo hoje se ignora (Herculano viu neles a legislação promulgada pelo imperador Frederico II na altura da coroação), o que levou de imediato D. Afonso II a reagir com energia, fundando-se, nomeadamente, nos foros dos portugueses e nas

<sup>1</sup> Cfr. *supra*, n.º 34.

prerrogativas régias — «porque tais decretos são em quebra grande dos meus foros, de minha corte e dos reis meus sucessores, e dos meus fidalgos, e em suma de todas as pessoas do meu reino, fidalgos, vilãos, seculares e eclesiásticos» («*quare ista decreta sunt grande meum desaforamentum et de mea curia et de illis qui post me regnaverint et de meis filiis de algo et villanis laicis et de ordine...*») — CLS., 18.

O progressivo crescendo da legislação régia corresponde ao fortalecimento sempre constante do poder real, para o que não pouco contribuíram os juristas educados na tradição e no culto do *direito romano justinianeu*<sup>1</sup>. Trata-se da direcção ideológica contida no célebre princípio de que o que aprouve ao príncipe tem força de lei (*quod principi placuit legis habet vigorem*).

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

A impossibilidade sentida por Gama Barros deriva do escasso número de leis promulgadas até ao reinado de o *Bolanhês* e da circunstância de parte desses diplomas não ter sobrevivido na versão original (*latina*), antes em tradução (*portuguesa*), bem como à sua colocação cronológica. Em verdade, e no que toca à escassez, para além das duas leis já citadas de Afonso Henriques e D. Sancho I, até Afonso III apenas se dispõe da produção legislativa de Afonso II, pois de D. Sancho II não há vestígios de quaisquer leis. E se a Afonso II cabe a glória de ter sido verda-

<sup>1</sup> V. *infra*, n.ºs 72 e 73.

deiramente o primeiro rei legislador português — é notável, considerada em termos relativos aos predecessores, a sua elaboração normativa, sobretudo na cúria de Coimbra de 1211 —, mesmo assim apresenta-se ainda, do prisma quantitativo, modesta a obra legislativa por ele realizada. É verdade que no célebre diploma em que este rei proíbe a circulação dos já mencionados decretos do prior dos domínios Soeiro Gomes se menciona o *Livro das Leis* pelo qual se devem julgar os filhos de algo de Portugal. «Estes decretos», lê-se aí, «são contra aquele livro das leis que diz que não recebamos lei nova no nosso reino; pelo qual livro e pelo qual foro devem ser julgados os filhos de algo de Portugal» (*ista decreta sunt contra illum librum legum qui dicit quod non recipiamus novam legem in regno nostro per quem librum et per quale forum debent judicari filii de algo Port.*). Mas, e independentemente do conteúdo dos Decretos de Soeiro Gomes (questão controvertida), o *Livro das Leis* referido deve ser tido como o *Código Visigótico*, consoante se frisou.

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

A intensificação da função legislativa levou até à compilação das respectivas normas. Existiram colecções de leis, das quais apenas possuímos, redigido no período que vai até 1415, o texto de uma, hoje publicado pela Faculdade de Direito de Lisboa: o *Livro das Leis e Posturas*, onde se contêm leis de Afonso II a Afonso IV, bem como uma referência apenas como do infante D. Pedro. Na verdade, outras compilações contendo leis destes e outros monarcas, como

as chamadas *Ordenações de D. Duarte* e as *Ordenações Afonsinas* são já posteriores a 1415.

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

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

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

«*As leys* (lê-se no Livro I, *Título das leys e dos seus statelicemētos* da tradução portuguesa no *Fuero Real*) *amã e — desyña as cousas que sō de Deus e demandã e de — mos-trã deryto e — iustiça e — o ordianēto dos boos//icustumes e son guyamēto do pobuu e a — inda e — sō tã — iben pera*

os omees come peras molleres — e assy pera mance — / bos come pera uellos e — tanbẽ pera os sabedores come pera os insabes e tãben pera os das — cidades come pera os das — aldeyas e sã aguardamento del rey e dos poboos. A — ley deue seer moostrada que todo ome o possa entender que nenguu on seya enganado per ella e — que seya conue-nhauil aa terra e ao tẽpo e seya onesta e boa e dereyta e ygual e profeytosa a — todos ensinbra — a cada huu per sy». Por seu turno, lê-se em versão portuguesa da primeira Partida que as «leys som estabelecimento per que os homẽs sabhã uiuer bẽ e ordinhadamẽte segundo ho prazer de Deus e outrossy segundo conuẽ aa bõa vida deste mundo» (Título I, pr.) e que «Ley tão quer dizer come leenda en que iaz ensinamẽto e castigo e que lega a aapreme a uida do homẽ que nõ faça mal e amostra e ensina o bẽ que deve fazer e husar e outrossy som ditas leys por que todos los manda-mẽtos dellas deũ seer leaes e dereyos e cõpidos segundo Deus e segundo justaça» (Título I, Lei 2).

Quanto aos requisitos da norma legal, a versão portuguesa do Código Alfonsino ensina: «Conpridas debuẽ a seer as leys e muy conteudas e muy cuidadas e catadas de guisa que seião feytas cõ rrazõ e sobre cousa que possa seer segundo natura e as palauras dellas que seião bõas e chaas e declaradas de maneyra que todo homẽ as possa bẽ enten-ler ena memorya. E outrossy am de seer ssem escatima e ssẽ pontaria per que nõ possam sair os homẽs do dereito nõ sacar rrazom tortiçeira per seu mao entendimento querendo mostrar a mẽtira por uerdade e a uerdade por mẽtira» (Partida I, Título I, Lei 6). Dispõem ainda as Partidas que a lei deve ser feita «a serviço de Deus e a louuor e aa onra dos ssenhores que as mãdarõ fazer e a prol e a bẽ daqueles que sse per ellas ouuerem a julgar» (idem, Lei 7).



Página do Livro de Leis e Posturas.