

de que nos ocupamos permanece ainda hoje essencialmente válida a síntese de Gama Barros: «Não havia sobre a publicação uma regra invariável. Os procuradores dos concelhos em cortes costumavam pedir cópia, que pagavam, daquelas resoluções em que tinham algum interesse. E esta prática mostra ou que não era regular a publicação quando se deixava entregue somente à iniciativa dos oficiais da coroa, o que é crível sobretudo quando a conveniência da execução estivesse principalmente do lado dos concelhos, ou que estes entendiam necessário precaver-se contra os abusos, munindo-se do transumpto fiel das disposições legais. Mas geralmente a publicação das leis e de quaisquer ordens do soberano estava a cargo dos tabeliães, que, depois de as registarem nos seus livros, as deviam ler no tribunal do concelho, ordinariamente uma vez em cada semana, durante um certo período que chegava não raro até um ano. Além disso publicavam-se também as leis na chancelaria da corte¹; mas parece que esta prática nem sempre se observara. Nas *Ordenações Afonsinas* (Liv. I, Tit. 2.º) não se encontra ainda, entre os deveres do chanceler-mor, a obrigação de publicar as leis, que nas *Ordenações Manuelinas* é expressa no Liv. I, Tit. 2, § 9».

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

Doutor, e presente os Licenciados Fernam Gonçalves, e Vasquo Gil de Pedroza do Desembarguo do dito Senhor, e Rodrigo Annes Ouvidor da Raynha, e outros muitos boões, homees, que hi presentes estavam». E o texto continua: «*A qual publicacão o dito Chanceller mandou a mim Johan Fernandes Escripvan do dito Senhor que o escrepvesse. E eu por seu mandado assi o escrepvi*».

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

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

Em matéria de registo — anote-se também — ordenou-se, em alguns casos, não apenas os tabeliães que procedessem a transcrição nos seus livros, mas às autoridades locais. Numa lei de D. Afonso III relativa a custas (datada erradamente de 1340, mas certamente de 1310) dispõe-se do seguinte modo: «*Mando que cada huũ de vos em vossas vilas*

1. V. *infra*, n.º 155, a).

que façades escrever todas estas cousas compridamente E uos tabeliões escrevede esta postura en vossos Registros». A nível da corte foi a ordem de registo por vezes dirigida aos sobrejizes. Na «Ley per que el Rey taussou aos escriptuaes das suas audiencias e da ssa corte quanto leuassem das cartas e das outras escripturas que fazessem. E como fossen diligentes ao sseu ofiçeo», dispõe o monarca: «Pera este sseer guardado mando que sse pobraique esta minha hordenaçom nas audiencias. E que cada huã ssobrejiz o faça escprever em huã livro» (ODD.).

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

Relativamente à aplicação da lei no espaço, devemos considerar que nem todas são de âmbito geral. Ao lado das normas aplicáveis à escala do país e dimanadas do poder central — isto é, do rei, só ou em cortes —, outras existiam igualmente dele oriundas, mas de aplicação geográfica restrita. Para além delas, contudo, existiam ainda preceitos cogentes estatuídos pelas comunidades inferiores — como os concelhos — e a tais comunidades restritas. Sobrelevam as *posturas*, regras jurídicas dos municípios, com natureza policial. A palavra *postura*, aliás, não designou apenas semelhantes normas particulares, mas também se aplicou, consoante foi referido¹, para designar a lei geral emanada do rei. É este o valor da fórmula “*postura da Corre*” (OA., v.g. III. 46. 1; IV. 11.1.).

¹ Cfr. *supra*, n.º 52.

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

Em matéria de retroactividade, numa lei de 1349, é ela expressamente salvaguardada: «E esta nossa lei nom estendemos aos contrautos que ata aqui foram feitos mais tam solamente aqueles que depois da pobricaçom desta nossa ley foram feitos (sic)» (LLP., 448; ODD., 522).

Sobre a interpretação da lei ensinavam as *Partidas* (*Partida* I, Título I, Lei 11): «Entender sse deué as leys bẽ e dreytamente parando sempre mētes eno verdadeiro entendimēto dellas tomando [o] may sãao e o mais proveytoso e segundo as palauras e as rrazões que lly forõ postas E porende nõ se deué escreuer per altuamento de scriptura nẽ per rrazões minguardas per que os homẽs cajà en erro entendendo e huã maneyra ssegundo a letera e seendo doutra segundo razõ. Ca saber as leys nõ he tan solamēte en aprender e decorar as leteras dellas may saber o sseu veradadeyro entēdimēto».

Este é, realmente, um princípio interpretativo que vemos consagrado no período de que nos estamos ocupando (cfr. ODD., 491 e 492) e ainda consagrado no período imediatamente subsequente àquele de que nos ocupamos. D. Duarte, então infante, estabelecerá que a lei deve ser interpretada de acordo com a sua letra e recto espírito,

pois condena os que se afastam daquela alterando enganosamente o sentido: «*As Leyx e Posturas dos Reyx e Princeses em vão som postas, e feitas, se nom forem guardadas, e usadas, e aquellas, a que he cometido que as fação guardar e cumprir segundo a letera, mudando ho entendimento, e effeito dellas com engano, merecem d'aver pena...*» (OA, II. 22.16).

A interpretação autêntica encontra-se expressamente afirmada no período em análise mais como obrigação do que como faculdade do legislador: «*e porque os Papas, e os Emperadores, e os Reyx, que fazem as Leyx, devem declarar qual foi o entendimento, que ouverem as Leyx, que fizeram* — são palavras de D. Dinis a propósito de certa lei — ; *por este querendo eu tolher estas duvidas, que nacen sobre a Ley sobre dita, outorgo, e declaro que tal foi o meu entendimento...*» (OA, II. 15.5.). Não faltam, aliás, casos de declaração. D. Afonso IV, por exemplo, esclarece concretamente por tal meio o alcance da lei sobre os empréstimos entre os seguidores das diversas crenças religiosas (ODD, 521).

56) Monumentos jurídicos castelhanos vertidos em português. Problemas relativos à sua vigência. Aplicação das *Partidas* como direito subsidiário. Sua observância abusiva em prejuízo de outras fontes — Na Idade Média foram traduzidos para a nossa língua vários textos de direito castelhano. Referem-se, de hábito, a *Suma* ou *Flores de Derecho*, *Suma* ou *Flores de las Leyes*, e os *Nueve Tiempos del Juicio*, da autoria de Jácome Ruiz ou Jacobo das Leis, havido durante longo tempo, mas por erro, como aio do infante D. Afonso, que viria a reinar

com o nome de Afonso X, o Sábio, bem como o *Fuero Real* e as *Partidas* (*Siete Partidas*), obras tradicionalmente imputadas àquele monarca.

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

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

- a) Certidão, datada de 1449, do foral latino da Guarda e de outros documentos respeitantes ao concelho em causa;
- b) As *Flores de las Leyes*, em versão portuguesa;
- c) Tradução em vulgar do foral da Guarda;
- d) Costumes municipais do mesmo concelho;
- e) Algumas leis gerais;
- f) *Tempos dos Preitos*;
- g) Uma lei de D. Dinis;
- h) Tradução em português do *Fuero Real*;
- i) A lei da avoenga de D. Afonso III.

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

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

O Prof. Paulo Merêa retirava ainda do carácter grosseiro ou defeituoso da tradução — cheia de erros e deslizes — um argumento eventual a favor da difusão das *Flores de las*

Leyes entre nós, pois isso indicaria que se tratava de má cópia de um original português.

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

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

É que o *Fuero Real* apresenta-se, por natureza, com carácter localista. De feito, esse corpo legal, redigido entre 1252 e 1255, não foi promulgado com carácter genérico, mas para integrar o direito local das comunidades que carecessem de foro e julgassem por faanhas¹, árbitros e

1. Cfr. *infra*, n.º 68.

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

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

«*Porque os corações dos omees son departidos porē naturalmete natural cousa é que os entendimē-itos nē as obras non acordē en huu. E por esta razō auen muytas descordias e — muytas contendas an'ros omees. Vnde conuen a — todo rey que ha de teer os pobos en justiça e en deryto que faça — l(e)es per que os pobos sabyā como an de uiuer e — as desa — lueenças e os preytos que nasçerē anr'elles seyā de — lpartidos de guisa que aquelles que mal faze recebā pēa e os boos uiuam seguramente en paz. E porende nos lldō Affonso pella graça de Deus rey de Castilla e de Tuledo e — de Leō e — de Guadiza e — de Seuilha e — de Cordoua e de Murça e de Beça e de Jahē e de Badalhouce e da Andaluzya, entēdendo que muytas cydades e muytas vilhas e castellos de nossos reynos non ouerō foro ata o nosso tempo e iuygassē per faça-lhas e por aluidros departidus dos omees e — per usos des — lguysados e — sen — deryto de omees e — que uiā muytos danos e — muytos maeas aos omees e — aos pobres e — a — todo o poboo, peído — lnos mercee que lhyss enmendassemos os usus seus que acha-lssemos que erā sen deryto e — que — lhes dessemos foros per que iugassē derytiamēte des — aqui adeante, nos ouuemos consello cū nossa corte e cō os sabedores de deryto e demushys este — foro que é scripto eneste liuro per — que*

se iuygē cōmunal-/ment baroes e — molheres e mandamos que este foro seya aguardado per todo sempre. E nenguu seya ousado d'ir contra el en nulla maneyra so pea do corpo e de quanto ouuer.»

A manutenção do passo acabado de transcrever e a ausência de qualquer referência a uma recepção do *Fuero Real* como lei geral do país parece indicar que:

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

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

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

De qualquer forma, as dúvidas expostas militam no sentido de se proceder com as mais severas reservas quanto aos juízos sobre a influência dos referidos textos no nosso país, visto, por um lado, não termos provas da sua applicabilidade e, por outro, da existência de um só

exemplar parece difícil inferir algo sobre a respectiva difusão, considerada em termos quantitativos.

Se a respeito da difusão e aplicabilidade em Portugal dos três monumentos jurídicos referidos parece legítimo e cremos aconselhável proceder com bastante reserva, já o mesmo não se diz quanto às *Partidas*, um dos padrões jurídicos da Idade Média, «*el intento de sistematización de derecho mas formidable en los tiempos medios*», como escreveu Menéndez Pidal — isto a despeito de elas suscitarem numerosas questões que vão desde a da sua autoria ao início e processo da feitura e à sua vigência em Castela. Admitido tradicionalmente que se tratava de obra de Afonso X e que a redacção das *Partidas* havia começado em 1256, pouco depois de terminada a do *Fuero Real*, aceitavam-se também como datas prováveis do termo da elaboração da obra os anos de 1263 ou 1265 (não faltando quem advogasse a existência de duas redacções, uma terminada naquela primeira data, outra, mais simplificada, na segunda). Em estudos de 1951 e 1963, o Prof. García-Gallo veio, não obstante, contestar quer a autoria — elas seriam produto de um grupo de juristas do trânsito do século XIII ao século XIV, cujos nomes hoje se desconhecem —, quer o processo de elaboração — ter-se-ia este prolongado no tempo, passando por sucessivas revisões (chegou a admitir cinco) que se protrairam muito para cá do reinado do *Rei Sábio*. Polemizando com o Prof. Arias Bonet, em 1976, García-Gallo procedeu a uma revisão simplificadora da sua tese, mas mantendo essencialmente três pontos:

- 1.º — Que a obra se deveria a um grupo de juristas da corte de Afonso X;

ante que aucta pnyzo o alayre que eni se fuy
ger o preito facilla conar aaquel quea deua elso
terminat: y alguu deveyto aua pado co queo cal
nonlly respoada. mayz por elha. Este deveyto. y no
aui se autro tal ou preito queo ualha alicu oretica
aque fuy o tozo pnyz eurtou. nentfy entar causa
q outo toua. que a ante q agardasse p deveyto.
Qua quer coia que e mieda enomnada de fu
aydo. leouto agetis lileitay que eta enomnada
leva outo de respoader e de fuy deveyto aaquel q foy
mieda ally como eta outo aaquel qa racien an.
Se alguu coia foy mieda en uayzo e ay faretar
en embaleu ante q foy la mieda pnyzo ep aneq
et en poder foy de demarcar. dea demarcar
aaquel que fuy albeu ou aaquel quea trebeu.

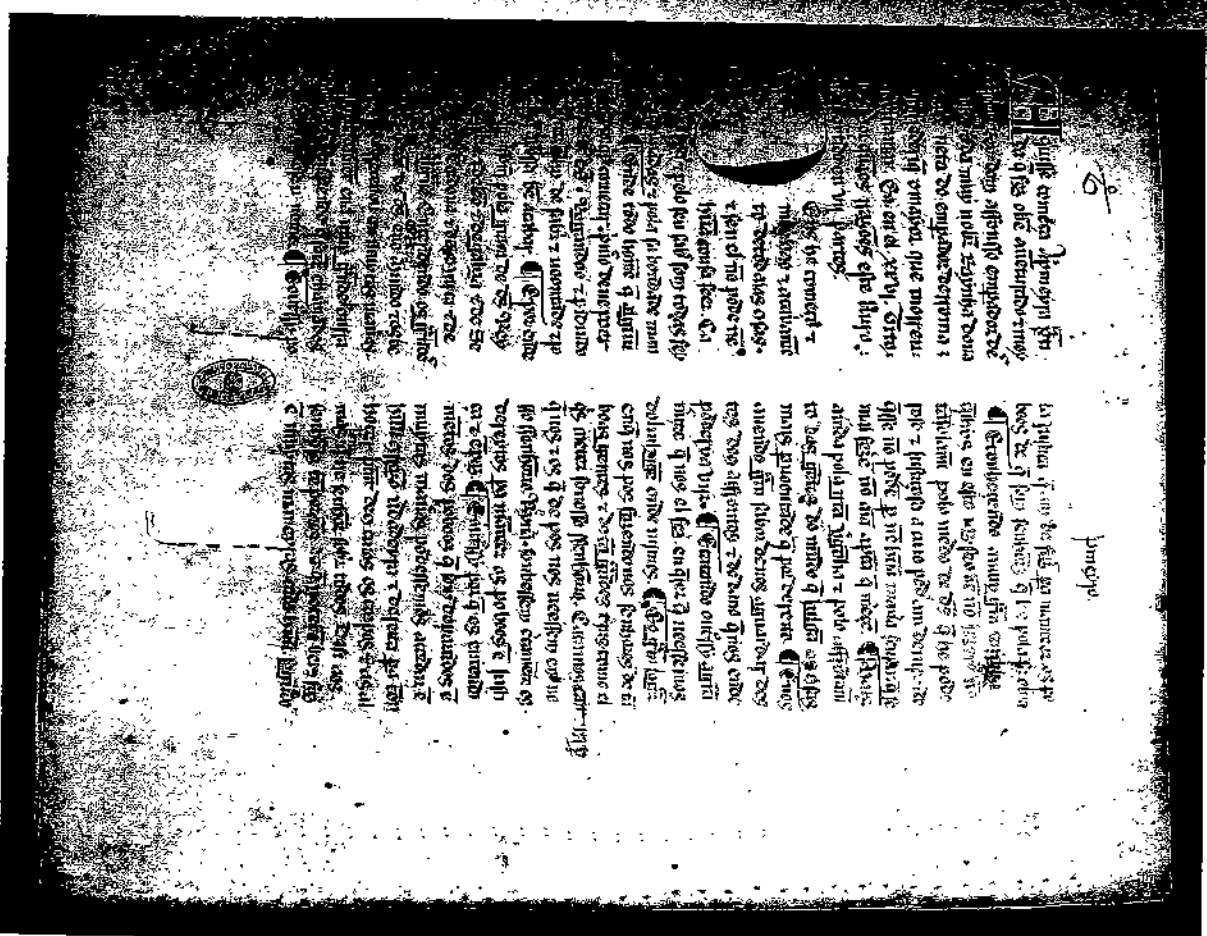
ay fac omyto lura. eomnate ofegimpo.
Deveyto titulo de lura segunso. Deveyto
to titulo de uayz anteque deue respoader
de demarcar. Segunso titulo de demarcar
de alayres. Deveyto titulo de enffamentay aq
ua respoada. Deveyto outo de alcentamietay q
de alque para fuyal para respoader. Deveyto
outo de viac das feyres enq deue arcer preytay.
Deveyto de respoada p que comega q preytay.
Deveyto de respoada de fuyal de fuyal.
Deveyto de respoada de fuyal de fuyal.
Deveyto de respoada de fuyal de fuyal.
Deveyto de respoada de fuyal de fuyal.

- 2.º — Que dela houve várias redacções; e
3.º — Que o processo elaborativo se estendeu para além do passamento do mesmo Afonso X, ocorrido em 1284.

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

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

As *Partidas* circularam largamente em Portugal. O Prof. Avelino de Jesus da Costa encontrou onze fragmentos medievais das *Siete Partidas* em português e cinco em castelhano ao proceder ao levantamento dos fragmentos de códices antigos nas bibliotecas e arquivos do nosso país (sendo os primeiros relativos às *Partidas* I, II, III e VII e os segundos às *Partidas* II, III, IV e VI). E com estes fragmentos não se esgotam os conhecidos. Um fragmento



Versão Portuguesa das *Siete Partidas* (ANTT).

de tradução portuguesa da *Segunda Partida* foi publicado por Pedro de Azevedo; um fragmento da *Terceira* (T. XVI, leis 37, 38, 39 e 40, e T. XVII, leis 3, 4, 5 e 6) foi dado a conhecer por Paulo Merêa; outro fragmento da *Terceira Partida* encontra-se em mãos particulares; um outro ainda, contendo o T. XVIII, leis 59 (final), 60, 61 (início), 69 (final) e 70, pertence ao arquivo paroquial de S. João de Souto (Braga); desta mesma *Partida* existe o texto completo no *AVTT*. (n.º 3 do Fundo Antigo), que foi editado recentemente pelo Prof. José de Azevedo Ferreira, isto para não falarmos já num fragmento galaico-português dado a lume em 1975 por José Luís Pensado. E também ponto geralmente aceite que as *Siete Partidas* foram glosadas e já vertidas para a nossa língua ainda em tempo de D. Dinis, visto o seguinte passo do testamento do cônego de Coimbra, João Gonçalves (1285): «*Item quemdam librum de VII^m partibus glosatum per linguam l...! Item alium librum de VII^m partibus glosatum per latinum.*» Alguns querem mesmo, mas sem razão, que por este rei. A tudo acresce que, pelo menos da *Terceira Partida*, houve duas versões portuguesas diferentes. Sabe-se ainda que as *Siete Partidas* obtiveram aplicação no nosso território com prejuízo até da legislação canónica e da legislação pátria, o que suscitou os protestos do clero (Cortes de Elvas de 1361, OA., II, 24) e dos estudantes da Universidade. Desse protestos resultaria, aliás, que tal aplicação era feita abusivamente e à margem do poder.

Nas *ODD*, porém, ao enumerarem-se «os casos da santa escriptura per que a egreia nom uall nem deue defender os que se colherem a ella», regista-se um — o sexto — do seguinte modo: «*E com estas sentenças sobredicidas acordam muytos direitos e outrosy a lley iiij^a da Primeira*

Partida Titullo xb. E diz assy homens hi a que nom deuem ser emparados em na igreja. E os podem ende sacar sem coima nhã, assy como os ladrões manifestos e pubricos que teem os caminhos....».

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

BIBLIOGRAFIA — 1. Para o direito visigótico: MARTIM DE ALBUQUERQUE, «Codex Euricianus», in *Verbo. Enciclopédia Luso-Brasileira de Cultura*, Lisboa, 1977, V; GUIDO ASTUTI, «Note sull'Origine e Attribuzione dell'Edictum Theodorici Regis», in *Tradizione Romanistica e Civile Giuridica Europea*, Nápoles, 1984; J. BASTIER, «Droit Visigothique et Droit Germanique», in *Mélanges Offerts à Jean Dauvillier*, Toulouse, 1979; GUILHERME BRAGA DA CRUZ, *História do Direito Português*, Coimbra, 1955, pol.; e *Adiantamentos de Direito Português*, Coimbra, 1958, pol.; LUÍS FERNANDO DE CARVALHO DIAS, «Algumas Cartas do Doutor António Ribeiro dos Santos aos Seus Contemporâneos», Coimbra, sep. da *RPH*, 1975; FERNANDEZ ESPINAR, *Las Fuentes del Derecho Histórico Español*, Madrid, 1985; ALFONSO GARCÍA-GALLO, «Nacionalidad e Territorialidad del Derecho en la Época Visigoda», in *AHDE*, XIII, 1936-1941; «La Territorialidad de la Legislación Visigoda», *Ibid.*, XIV, 1942-1943, «Discurso de Posse [na Academia Portuguesa da História]», in *Recepção Académica aos Profs. Doutores Alfonso Garcia-Gallo e Rafael Gibert*, Lisboa, 1985, «Consideración Crítica de los Estudios sobre la Legislación y la Costumbre Visigodas», *AHDE*, XLIV, 1974; GAUDEMET, «Le Breviaire d'Alaric et les Epitomes», in *IRMAE*, IP, 2b, aa, ß; RAFAEL GIBERT, «Fuentes del Derecho Visigótico», in *ASD*, 3-4, 1959; JUAN GARCIA GONZALEZ, «Consideraciones sobre la Fecha del Código de Eurico», in *AHDE*, XXVII, 1956; KING, «The Alleged Territoriality of Visigothic Law», in *Authority and Power*, col., Cambridge, 1980 e *Law and Society in the Visigothic Kingdom*, Cambridge, 1972; *Society in the Visigothic Kingdom*, Cambridge,

1980; RENZO LAMBERTINI, *La Codificazione di Alarico II*, Turim, 1990; E. LEVY, *Gesammelte Schriften*, Colonia-Graz, 1963; PAULO MERÊA, *Textos de Direito Visigótico*, I, Coimbra, 1923, II, 1920, *Resumo de Hist. do Dir. Port.*, Coimbra, 1925, «Uma Tese Revoluicionária a Propósito de um Artigo de García-Gallo», no *BFDC*, XVIII, 1942, «Para uma Crítica de Conjunto da Tese de García-Gallo», *Ibid.*, XXI, 1944, «Ainda Sobre a Tese de García-Gallo», *Ibid.*, XXI, 1945; «Sobre a Tese de García-Gallo», *Ibid.*, XXII, 1946; «Sobre os Casamentos Mistos na Legislação Visigótica (Nova Contribuição para uma Crítica de Conjunto da Tese de García-Gallo)», *Ibid.*, XXIII, 1947, «Ainda a Tese de García-Gallo. Estado da questão», *Ibid.*, XXIV, 1948, *Estudos de Direito Visigótico*, Coimbra, 1948, *Recensão a Alvaro D'Ors*, «La Territorialidad del Derecho de los Visigodos», in *BFDC*, XXXI, 1955, «Edictum Theodorici e Fragmenta Gaudenziana — A Propósito de um Recente Trabalho do Prof. Vismara», *Ibid.*, XXII, 1956; ALVARO D'ORS, *La Territorialidad del Derecho de los Visigodos*, in *Estudios Visigóticos*, Roma, 1956. I; BRUNO PARADISI, «Crítica e Mito dell'Editto Teodoriciano», in *BIDR*, 1965; P. RASI, «Sulla Paternità del c.d. Edictum Theodorici Regis», in *AG*, 1953, «La Legislazione Giustiniana e il c.d. "Edictum Theodorici"», in *Studi De Francisci*, Milão, 1956, IV, «Ancora sulla Paternità del c.d. Edictum Theodorici», in *ASD*, 1961-1962; W. REINHART, «Sobre la Territorialidad de los Codigos Visigóticos», in *ADHE*, XVI, 1945; SANCHEZ-ALBORNOZ, «Tradición y Derecho Visigodos en León y Castilla», in *Investigaciones y Documentos sobre las Instituciones Hispanas*, Santiago do Chile, 1970; «Pervivencia y Crisis de la Tradición Jurídica Romana en la España Goda», in *Il Passaggio dall' Antichità al Medio Evo in Occidente. Settimane di Studio del Centro Italiano di Studi sull' Alto Medioevo*, IX, Spoleto, 1962 e «Tradición y Derecho Visigodos en León y Castilla», in *CHE*, 1959, XXIX-XXX; A. SCHULTZE, *Über Westgotisch-Spanisches Eherecht*, Leipzig, 1944; NUNO J. E. GOMES DA SILVA, *História do Direito Português*, Lisboa, 1991, 2.^a ed.; A. THOMSON, *The Goths in Spain*, Oxford, 1969; GIULIO VISMARA, El «Edictum Theodorici», in *Estudios Visigóticos...*, cit., «Edictum Theodorici», in *IRMAE*, IP, 2 b aa α, 1967 e «Edictum Theodorici», in *Scritti di Storia Giuridica*, I; UREÑA, *La Legislación*

Gótico-Hispana, 1905; WOHLHAUPATER, «Das germanische Element in altspanischen Recht», in *Zeit. der Savigny Stiftung*, (Germ. Ab), 66, 1948; KARL ZEUMER, *Historia de la Legislacion Visigótica*, Barcelona, 1944.

2. Quanto aos concílios ou cúrias de Leão, Coiança e Oviedo: *El Concilio de Coyanza (Miscelanea)*, León, 1951; *Liber Fidei Sanctae Bra-carensis Ecclesiae. Edição Crítica pelo Padre Avelino de Jesus Costa*, Braga, 1965, I; *Livro Preto da Sé de Coimbra*, Coimbra, I; *PMH., Leges et Consuetudines*, I; A. CAETANO DO AMARAL, «Memória IV para a História da Legislação e Costumes de Portugal», in *Memorias da Literatura Portuguesa Publicadas pela Academia Real das Sciencias de Lisboa*, Lisboa, 1806, VII; MARTINEZ DIEZ, «Concillos Españoles Anteriores a Trento», in *RHCEE*, V, 1963; ALFONSO GARCÍA-GALLO, «El Concilio de Coyanza. Contribución al Estudio del Derecho Español en la Alta Edad Media», Madrid, Sep. do *AHDE*, 1951; PAULO MERÊA, «De Portucale (Civitas) ao Portugal de D. Henrique», in *História e Direito*, Coimbra, 1967, I; JOÃO PEDRO RIBEIRO, *Dissertações Chronologicas e Críticas sobre a História e Jurisprudência Ecclesiastica e Civil de Portugal*, Lisboa, 1867, T. IV, P. I, Dis. X.

3. Relativamente às leis portuguesas e problemática da lei: *Chancelaria de D. Pedro I* (1357-1367), Lisboa, 1984; *LLP.; ODD.; OA.; PMH., Leges et Consuetudines*; GAMA BARROS, *HAP.*, I; MANUEL BENTO, *Subsídios para a História do Direito Português (Notas dos Portugaliae Monumenta Historica)*, Lisboa, 1941; A. H. DE CARVALHO HOMEM, «Dionisius et Alfonsus, Dei Gratia Reges et Communis Utilitatis Legiferi», in *RFLP.*, 1994; FANZ-PAUL LANGHANS, *Estudo de Direito Municipal. As Posturas*, Lisboa, 1938.

4. Sobre os monumentos jurídicos castelhanos: AFONSO X, *Fuero Real. Edição, Estudo, Glosário e Concordância da Versão Portuguesa*, por José de Azevedo Ferreira, Braga, 1982, I; ALPHON-SE X, *Primeyra Partida. Édition et Étude*, por José de Azevedo Ferreira, Braga, 1980; *ODD.*; JESÚS LALINDE ABADÍA, *Iniciación Histórica al Derecho Español*, Barcelona, Caracas, México, 1978;

R. BIDAGON, «El Derecho de las Decretales y las Partidas de Alfonso el Sabio de España», in *ACIL.*, III; JERRY R. CRADDOCK, «La Cronología de las Obras Legislativas de Alfonso X, El Sabio», *AHDE*, 51 (1981); AZEVEDO FERREIRA, *Subsídios para uma Edição da Tercera Partida de Afonso X*, Lisboa, 1984; Afonso X. *Foro Real*, I (Edição e Estudo Linguístico), II *Glosário*, Lisboa, 1987; IGLESIAS FERREIROS, «Alfonso X el Sabio y su Obra Legislativa», in *AHDE.*, 1981; A. GARCIA Y GARCIA, «Fuentes Canonicas das Partidas», in *Glossae, Rev. de Hist. de Derecho Europeo*, 1992; PAULO MERÊA, «A Versão Portuguesa das Flores de las Leyes de Jacome Ruys», in *RUC.*, 1917 e tb. in *Estudos de História do Direito*, Coimbra, 1923; ALFONSO GARCÍA-GALLO, *Manual de Historia del Derecho Español*, Madrid, 1979, I, «El Livro de Leis de Alfonso el Sabio», *AHDE.*, 21-22 (1951-52), «Nuevas Observaciones sobre la Obra Legislativa de Alfonso X», *AHDE.*, 46 (1976); JOSÉ MANUEL PÉREZ-PRENDES Y MUÑOZ DE ARRACÓ, *Curso de Historia del Derecho Español. Parte General*, Madrid, 1978; RAFAEL DE UREÑA Y SMENIAUD e A. BONILLA Y SAN MARTIN, *Obras del Maestro Jacobo de las Leyes, Jurisconsulto del Siglo XIII*, pub. port., Madrid, 1924.

SECÇÃO II

DIREITO OUTORGADO E PACTUADO

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

É enorme a variedade das cartas de privilégio, nelas se contando, por exemplo, a *carta de liberdade de uma população* (*charta libertatis* ou *liberationis*), a *carta de doação* (*charta donationis*), isto é, a carta de concessão de uma terra, a *carta de franquia* (*charta franquitiatis*). Nelas se

incorporaram também e habitualmente as *cartas de povoação*, os *forais* e *foros*, não obstante e quanto às primeiras Jesú Lalinde Abadía contestar que se lhes possa aplicar tal designação em sentido próprio.

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

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

O carácter contratual das cartas de povoação tem, não obstante, sido impugnado nos nossos dias. Pérez-Prendes contesta, implicitamente, o contratualismo das *cartas de povoação*, ao escrever que «são comparáveis a *leges dictae romanas*». Tomás y Valiente, por seu turno, argui contra a qualificação das cartas de povoação como *contratos agrários colectivos* dois argumentos básicos: 1.º As cartas de povoação em geral não costumam adoptar a forma contratual, representando antes um acto unilateral do

senhor; 2.º De qualquer forma, ostentam sempre aquilo que Font Rius chamou «*a sua dimensão normativa*» — «O seu carácter de estatuto ou conjunto de condições que regerão as relações de assentamento e cultivo» e «que afectam e obrigam não só aos primeiros povoadores (que acaso tivessem intervindo na negociação das condições), mas também aos que no futuro se incorporarem no lugar». Conexamente com estas reservas, Tomás y Valiente observa ainda que a carta de povoação, «enquanto núcleo da relação senhorial, colocava os povoadores debaixo da dependência pessoal do senhor, com o que o conteúdo de tais cartas excedia a esfera jurídica privada e afectava a situação jurídico-pública do homem, do senhorio, submetido desde o seu assentamento na terra a relações de sujeição e serviço a favor do senhor».

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

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

É hoje corrente a inclusão na área dos contratos daqueles actos em que se oferece genericamente a todos, presentes ou futuros, um modelo apresentando um conjunto determinado de cláusulas, que os interessados têm liberdade de aceitar ou não, mas apenas na totalidade, através de uma manifestação inequívoca de adesão. E nem interessa que não exista a liberdade de discussão e fixação do conteúdo,

pois a essência do contrato não reside tanto na *liberdade de estipulação*, como na *autonomia* da vontade, à qual é dado regular os seus interesses como melhor entender e, por isso, ajustar-se ou não aos modelos que lhe são propostos. Por outro lado, não há irreduzibilidade necessária entre o aspecto *negocial* e o aspecto *normativo*. O negócio jurídico (que é o contrato) e a norma colocam-se em planos diferentes e, portanto, são susceptíveis de articulações diversas. Assim, do contrato podem resultar efeitos não meramente individuais, mas também genéricos.

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

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

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

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

todavia, o direito geral chamado a integrar as disposições forais, sempre insuficientes e lacunares.

Esta é a regra. O problema da articulação entre as normas forais e o regime geral surge¹, todavia, com carácter problemático nos casos em que, dimanando o foral de um senhor ou outra entidade particular, nele se inserem estatuições de âmbito não local. Gama Barros observou, na verdade, que de alguns forais, adoptando aliás outros como modelo, resultam direitos para os vizinhos além dos limites do território municipal. Assim, no de Sarzedas (de 1212), dado por D. Egídio e pelo arquidiácono Plágio, dispõe-se que os moradores não pagarão *calúnia* em todo o reino senão de acordo com esse foral e que o gado da terra não pagará *montado* em nenhuma terra mais. «É óbvio», escreve Gama Barros, «que tais concessões e outras de igual natureza, se as entendermos realmente extensivas a todo o reino, não cabiam no poder do senhor da terra».

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

Os forais eram outorgados quer pelo monarca — hipótese mais usual —, quer por um senhor eclesiástico (por exemplo, o foral do Porto de 1123, que foi concedido pelo bispo

D. Hugo) ou um senhor secular (como o de Sernancelhe de 1124, o de Numão de 1130, o de Arganil de 1175), quer ainda por uma instituição religiosa (estão nesta situação, o de Ferreira de 1156, o de Redinha de 1159, os de Tomar de 1162, 1174 e 1176, os de Pombal e do Castelo da Foz do Zêzere de 1174, todos oriundos de uma ordem militar)¹.

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

Em certos casos, os forais senhoriais ou eclesiásticos, para maior firmeza, vêm confirmados pelo monarca, a mulher e mesmo seus filhos. No de Numão lê-se: «*Ego Alfonsus II.^{us} dei gratia Port. Rex una cum uxore mea Regina domna Vrraca et filiis nostris Infantibus domno Sancio et domno Alfonso et domna Alionor concedo et confirmo firmiter vobis populatoribus de Noman istud forum ed istam cartam quam Fernandus menendiz vobis fecit*».

Os forais de uma primeira fase encontram-se redigidos em latim vulgarizado, isto é, alheio a toda a sintaxe clássica e com bastantes corruptelas, de alguns se tendo, porém, procedido, mais tarde, a tradução em romance (nomeadamente, os forais de Soure 1111, Penela 1139, Tomar 1162, de Lisboa

1. Cfr. *infra*, n.º 111.

1. V. *infra*, n.º 191.

2. Cfr. *infra*, n.ºs 185 e 190.

1170, Tomar 1174, Santarém 1179, Lisboa 1179). Numa segunda fase, passaram a ser redigidos na nossa língua.

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

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

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

Herculano, classificando os concelhos em *rudimentares*, *imperfeitos* e *perfeitos* e Torquato de Sousa Soares em

rurais, *urbanos* e *distritais*, conforme a simplicidade ou complexidade das estruturas locais, fornecem correlativa e implicitamente uma tipologia e uma classificação foraleira¹.

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

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

1. Cf. *infra*, n.º 167.

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

Se os foros, costumes ou estatutos se perfilam relativamente aos forais, pela sua dimensão, deles se separaram ainda epocalmente, visto, entre nós ao menos, surgirem mais tardiamente. As recolhas *sub iudice* datam dos finais do século XIII ou mesmo do século XIV. Mas se a compilação dos estatutos apenas se verifica então, neles se registaram normas muito anteriores. Afloram nos foros municipais reminiscências e prolongamentos dos antigos

ordenamentos que se sucederam ou sobrepuaram na Península e, em particular, no território que hoje nos corresponde: de direito romano, de direito germânico, de direito muçulmano... Em regra, os historiadores do direito ressaltam neles especialmente as repercussões do direito germânico. Institutos como o *co-juramento*, ou a *penhora extrajudicial*, ou a *vingança privada*, ou a *perda de paz* são invocáveis a título exemplificativo¹.

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

García-Gallo, que à matéria dos foros municipais dedicou larga atenção, discerne, a nível peninsular, quatro áreas dentro das quais se distribuem as várias famílias de foros extensos: a aragonesa-navarra, a da Estremadura-leonesa, a da Estremadura-castelhana e a catalã. Pelo que toca a Portugal, interessa-nos sobremaneira a da Estremadura-leonesa, a que pertencem os foros de *Cima* ou *Ribacoa*. São estes, quatro — o de Castelo Bom, o de Alfaiates, o de Castelo Rodrigo e o de Castelo Melhor, os dois primeiros redigidos em latim bárbaro e os demais em vulgar. Estes foros, estudados entre nós especificamente por Luís Lindley Cintra, foram mais recentemente objecto de investigação de Martínez Díez (1971) — o último insere-os na «*família de Ciudad Rodrigo*» por considerar o foro desta localidade a base ou origem dos foros de Estremadura-leonesa: Alfaiates, Coria, Castelo Bom, Castelo Rodrigo, Castelo Melhor, Cáceres e Usagre. Ciudad Rodrigo, que terá constituído o texto modelo ou o *centro da família dos*

1. Cfr. *Infra* volume sujeitante aos *Grupos Sociais e Conteúdo do Direito*.

foros referida, teve, de facto, um foro extenso, redigido posteriormente a 1190 e com mais de uma versão desaparecida. Diversa é, porém, a opinião de García-Gallo. Em seu entender, os mencionados *foros* proviriam, talvez, de um, igualmente desaparecido, foro de Ávila.

Ainda em sede de *foros* municipais, têm os historiadores portugueses vincado e lamentado o escasso número de que há notícia quanto ao nosso território. Herculano que, no seguimento dos *Inéditos* da Academia das Ciências, os reuniu nos *PMH.*, realçando o seu valor — considera-os dos «monumentos históricos que melhor nos fazem conhecer, além das relações jurídicas da vida civil, as usanças, hábitos e ideias, o grau de civilização moral e material do primeiro período da nossa Idade Média» —, anota, porém, que diminutos pelo número os que nos restam, «nem por isso eles deixam de ter pertencido a uma vasta porção do território habitado nos primórdios da monarquia».

BIBLIOGRAFIA — *Coleção de Inéditos de História Portuguesa, publicados por ordem da Academia Real das Sciencias de Lisboa*, Lisboa, 1793 e 1824, III e V; *PMH., Leges et Consuetudines*; JESUS LALINDE ABADÍA, *Iniciación Histórica al Derecho Español*, Barcelona, Caracas, México, 1978; RUI PINTO DE AZEVEDO, «O Foral de Santarém, de Maio de 1179, Padrão dos Forais de Lisboa e Coimbra da Mesma Data», in *Actas do Congresso Histórico de Portugal Medievo*, Braga, 1963, I; RAFAEL ALTAMIRA, *Historia del Derecho Español*, Madrid, 1903; HENRIQUE DA GAMA BARROS, *HAP.*, I; MANUEL BENTO, *Subsídios para a História do Direito Português* (Notas dos *Portugaliae Monumenta Historica*), Lisboa, 1941; TEÓFILO BRAGA, *História do Direito Português. Os Forais*, Coimbra, 1868; MARCELLO CAETANO, *História do Direito Português* (1140-1495), Lisboa, 1981, I; L. F. LINDLEY CINTRA, *A Linguagem dos Foros de Castelo Rodrigo*, Lisboa, 1959; MARIA

H. CRUZ COELHO, «A Propósito do Foral de Coimbra de 1179», in *Homens, Espaços e Poderes* (Sécs. XI a XVI), Lisboa, 1990, I; MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Temas de História do Direito*, Coimbra, 1970; GONZALO MARTÍNEZ DIEZ, «Los Fueros de la Familia de Coria Cima-Coa», in *RPH.*, XIII (1971); FRANCISCO NUNES FRANKLIN, *Memoria para Servir de Índice dos Forais das Terras dos Reinos de Portugal e seus Domínios*, Lisboa, 1816; ALFONSO GARCÍA-GALLO, *Manual de Historia del Derecho Español*, Madrid, 1979, I; RAFAEL GIBERT, *Historia General del Derecho Español*, Madrid, 1978; JOHN GLISSEN, *Introduction Historique au Droit*, Bruxelles, 1979 — trad. port. de 1988; ALEXANDRE HERCULANO, *História de Portugal desde o Começo a Monarquia até ao Fim do Reinado de Afonso III*, Lisboa, 7.ª ed., VII; CAEIRO DA MATA, *Colecção de Textos de Direito Português*, I. *Forais*, Coimbra, 1914; PAULO MERÊA, *Resumo de História do Direito Português*, Coimbra, 1925; M. CARVALHO MONIZ, «O Foral Afonsoino de Beja. 1254», sep. do *Arquivo de Beja*, 1953; H. BAQUERO MORENO, *Os Municípios Portugueses nos Séculos VIII a XVI. Estudos de História*, Lisboa, 1986; ALEXANDRE M. FLORES-ANTÓNIO J. NABAIS, *Os Forais de Almada e seu Termo. Subsídios para a História de Almada e Seixal na Idade Média*, Seixal-Almada, 1983; JOSÉ ARTUR ANES DUARTE NOGUEIRA, *A Organização Administrativa da Riba Coa nos Séculos XIII e XIV*, I. *A Municipalização. Estrutura Municipal*, Lisboa, 1980 (tese pol. de pós-graduação); JUAN ANTÓNIO SARDINA PARAMO, *El Concepto de Fuero. Un Análisis Filosófico de la Experiencia Jurídica*, Santiago de Compostela, 1979; JOSÉ MANUEL PÉREZ-PRENDES, *Curso de Historia del Derecho Español*, Madrid, 1978; ANTÓNIO MATOS REIS, *Fundação de Viana: O foral de D. Afonso III*, Viana do Castelo, 1994; GALO SANCHEZ, *Curso de História del Derecho. Introducción y Fuentes*, Valladolid, 1980 (10.ª ed.); FRANCISCO TOMÁS Y VALIENTE, *Manual de Historia del Derecho Español*, Madrid, 1979; MARGARIDA GARCEZ VENTURA, *O Foral da Ericeira no Arquivo Museu*, Lisboa, 1993.

SECÇÃO III

COSTUME E DIREITO JUDICIAL

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

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

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

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

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

62. Causas do prestígio do direito consuetudinário.

Âmbito de aplicação — Tomando o *costume* sobretudo no sentido restrito (e ainda mesmo em sentido amplo), afigura-se verdadeira, em termos gerais, a proposição de hábito enunciada pelos historiadores de que ele é, no período da fundação da nacionalidade e nos tempos directamente subsequentes, a *fonte jurídica por excelência*. A sociedade da Reconquista nesses tempos distantes reveste, em não poucos aspectos, carácter bastante rudimentar.

E o *costume* surge, exactamente, no quadro das fontes como a mais antiga delas, portanto como a que corresponde aos estádios de civilização material mais lineares. Só adquire mesmo pujança onde não exista um aparelho de autoridade, administrativo ou burocrático, relativamente forte e largamente desenvolvido. É que, além do mais, ele resulta de uma prática confirmada e criada *espontaneamente* pelos membros da comunidade, obrigados a auto-ordenarem-se. Daí, responder, na essência, ao sentimento natural desta. Só de tal forma se explica a observância uniforme da conduta (*elemento objectivo*) e a ideia generalizada do carácter obrigatório da regra que tal adopção pressupõe (*opinio necessitatis* ou *elemento subjectivo*). Porque traduz o sentimento comum do meio social, o costume tem, aliás e frequentemente, por base a *tradição*. Daqui, o duplo interesse aos olhos do historiador para o conhecimento e compreensão do passado.

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

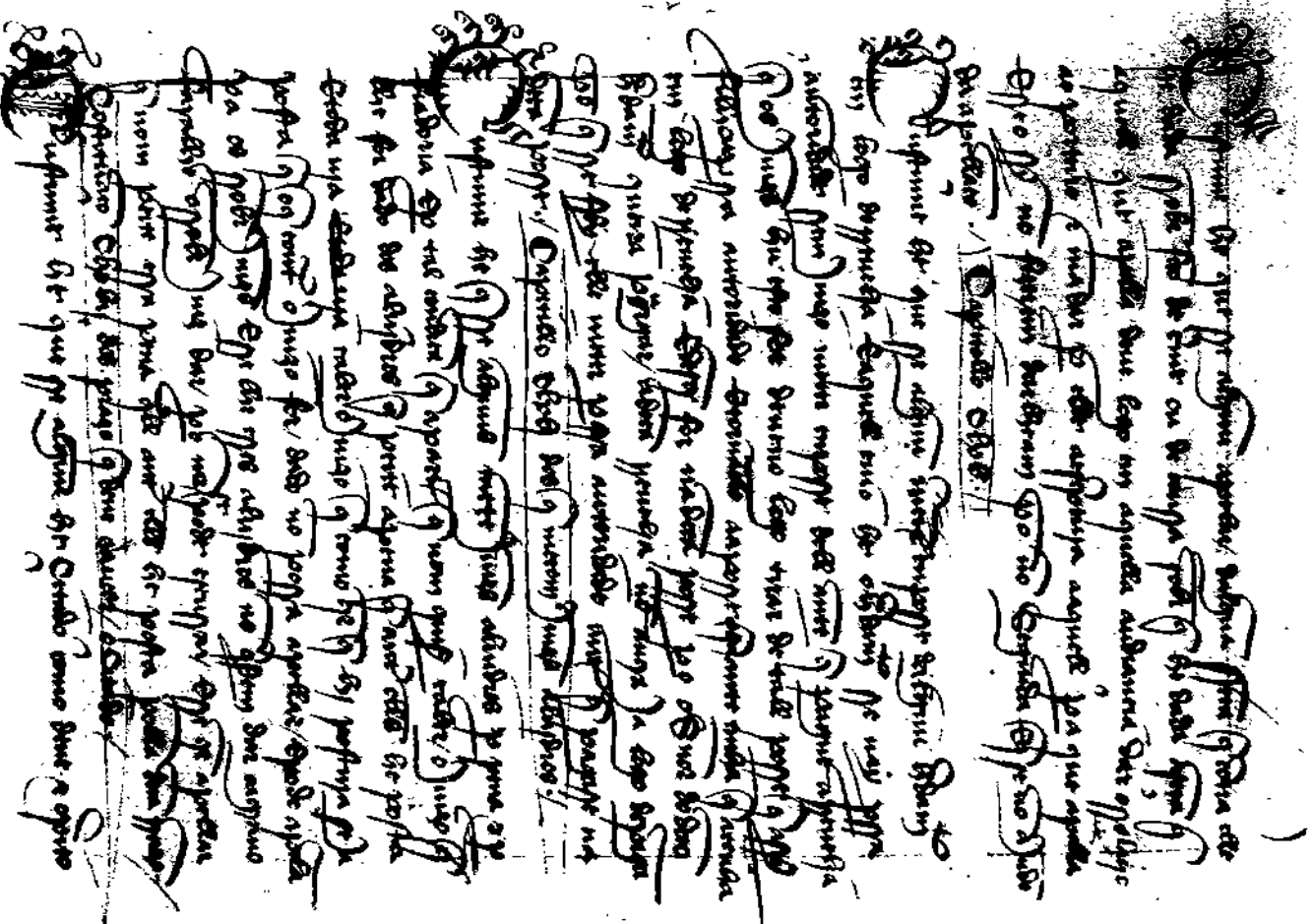
A redução dos *costumes* a escrito feita com índole meramente privada, como simples colectânea particular, não lhes retira características específicas. Na medida, porém,

em que se trata de consagrar o costume através de outra fonte perde ele a sua idiossincrasia para se diluir em norma diversa, pelo menos quanto à obrigatoriedade.

Por isso, os costumes recolhidos nas cartas outorgadas e pactuadas, não espontaneamente assumidos, e pelo legislador — «*Costume foi d'antigamente usado em estes Regnos em tempo dos Reyx que ante nós foram e ainda achamos que foi escripto no nosso Livro de Chancellaria em tempo d'El Rey Dom Affonso o Terceiro*» (OA., IV. 13. pr.; v. também: IV. 14. pr.); «*Em a nossa Chancellaria foi achado hum costume escripto em tempo d'El Rey Dom Affonso o Terceiro...*» (OA., IV. 33. pr.) —, permanecendo direito consuetudinário quanto à proveniência última, são já do prisma da ratio vinculatoria algo distinto ou, pelo menos, em parte algo distinto. Numa lei de D. Afonso V lê-se: «*El Rey Dom Affonso o Terceiro [...]* fez Ley en esta forma que se segue. *Costume he que [...]* E visto per nós o dito costume tornado em Ley, como dito he, declarando acerca delle, dizemos...» (OA., IV. 105. pr. 1. e 2.) A primazia do costume no quadro das fontes jurídicas do primitivo direito português tem de ser olhada dentro dos parâmetros apontados, cujos tons se devem acentuar com o transcurso do tempo.

Se o costume, à medida em que vai sendo acolhido noutras fontes, perde o carácter específico para assumir, total ou parcialmente, a feição destas quanto à obrigatoriedade, vai também, não obstante, adquirindo generalização crescente.

Por um lado, resulta isso da *comunidade de costumes* decorrente das *famílias de forais e estatutos*. Por outro lado, do âmbito de aplicação mais ampla das fontes de absorção — como a lei.



Página das Ordenações de D. Duarte em que foram reduzidos a escrito vários costumes

Ao dizer-se que o costume vai adquirindo *generalização crescente* de forma alguma se pretende contestar — bom é accentuá-lo — que ele mantém, não obstante e em larga medida, carácter restrito ou particular. Para além da norma consuetudinária comunicada ou outorgada a núcleos ou territórios diversos dos originais e do costume a nível do país — «*Custume he geeral*» (LLP, 92 e 224), «*he deryto e huso e costume geeral dos meus Reynos*» (LLP, 187), «*em todallas parte de noso Regno*» (ODD, 44), «*costume de meu reyno*» (ODD, 102), «*custume jeerall da cassa rel rey E do reyno*» —, temos costumes circunscritos, quer geográfica-mente — «*Custume he de lixbõa*», «*segundo o Custume de lixbõa*» (Cortes de Santarém, 1331), «*custume he da corte del Rey*» (ODD, 79), «*Custume he de sobre mar*» (ODD, 85), «*Custume he em Cassa del rrej mais nom alhur*» (ODD, 119) — quer, facto não menos revelador, a certos grupos, sociais e étnicos. Numa lei de D. Dinis alude-se aos «*boõs costumes, que som antre os Filhos d'algo*» (OA, V. 101. 1.). E na confirmação do mosteiro de S. João de Tarouca feita por D. Pedro I afastam-se, com a lei feudal, os «*costumes dos fidalgos de espanha*».

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

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

De qualquer modo, todavia, era o ensinamento do direito romano, traduzido em mais de um passo do *Digesto* — costume antigo observado por muitos anos, costume diuturno («*longa consuetudine per annos plurimos observata*», «*diuturna consuetudo*») — e das *Instituições* («*diuturni mores*»). Como vimos, também as fontes canónicas exigiam, entre outros requisitos da norma consuetudinária, que fosse legitimamente prescrita («*legitime prescripta*»). Quanto aos grandes doutores e juristas medievais, discutiam o sentido da fórmula «*annos plurimos*». Azão¹ e Acúrsio² fixaram o número de anos em dez e vinte, conforme contra presentes ou ausentes. João André e o Panormitano optaram por dez anos, visto o costume se originar no povo, o qual se considerava presente de forma constante. Dez anos e vinte anos eram também, sem especificação, os prazos estatuídos nas *Partidas* (P. 1, Tit. 2, Lei 5). Nas fontes jurídicas portuguesas deparam-se-nos formas como: «*costume antigo*» (LLP, 287) «*custume antigo*» (ODD, 44); «*custume antigo en purtugal en tempo del Rey nosso padre e dos outros Reis que dantel foram*» (LLP, 286); «*costume usado (...) per longos tempos...*» (ANTT, Gav. III, maço 5, n.º 1); «*Custume que sempre no noso tempo E dos nosos antecessores foy guardado per quarenta anos*» (LLP, 428);

¹ e ² Cf. *infra*, n.º 75.

«*Custumne geeral he que a memória dos homeses nom he em contrario...*» (OA., IV. 73. 1.); «*Foy costume antigo em tempo de nosso padre E aynda ora Nosso...*» (ODD., 421).

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

O consenso da comunidade (*consensus communitatis*) era, igualmente, olhado como condição essencial da norma costumeira; os partidários deste requisito (S. Raimundo de Peñafort, por exemplo) argumentavam que é o povo quem introduz o costume, pelo que se requer o consentimento da maioria. A partir de João André, o *animus* ou *consensus populi* é qualificado como *causa eficiente* do costume. Bártolo designa-o como «*causa proxima*». Ora o *consensus populi* obriga ao conhecimento do costume que, por vezes, é publicado, tal como a lei. De certo costume imemorial, escrito nos livros da Câmara de Lisboa, dizem as *Ordenações Afonsinas*: «*E esto he estabelcido e acustumado de longo tempo, por se averem de tirar brigas, e contendas ante as pessoas, e por boõ pagamento. E foi publicado no Paço do Concelho da Cidade de Lixboa em Juizo perante Affonso Martins Alvernaz Alguazil geeral em a dita Cidade, estando hi Lopo Affonso das Regras Procurador do Concelho da dita Cidade, que fez poblicar o dito custume per mandado de Fernam Rodrigues, e de Pero Esteves, e de Affonso Rodrigues Vereadores, e Regedores por ElRey em essa meesma Cidade polo dito Senhor, e o poblicou em Juizo aos vinte dias do mes d' Outubro Era de mil e quatrocentos e onze annos*» (OA., IV. 73. 5.).

Com os decretalistas requer-se também o *consensus legislatoris*, que pressupõe conhecimento consciente do costume e aprovação voluntária, excepto se o costume for legitimamente prescrito (*legitime praescripta*). O *consensus communitatis* e o *consensus legislatoris* podiam coincidir, quando à comunidade pertencia a *potestas legis condendae*¹.

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

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

64. **Valor jurídico do costume** — A articulação do *consensus communitatis* com o *consensus legislatoris* coloca-nos perante o problema das relações entre o direito costumeiro e o direito legislado, tema que se insere na problemática mais vasta do valor e da posição do costume dentro do quadro das fontes jurídicas da época. De acordo com o *Decreto de Graciano* (D. 1. c. 5), que reproduz a lição de Santo Isidoro, o costume vale como lei na falta desta («*pro lege suscipitur cum deficit lex*») e mais de uma decretal refere-o como o melhor intérprete da lei ou como confirmador dela, não faltando as que lhe atribuem igual força. Algumas destas formulações obtiveram, aliás, expresso acolhimento nas fontes portuguesas medievais, onde o costume figura expressamente reconhecido como

1. Cfr. *supra*, n.º 52. 2. Cfr. *supra*, n.º 39 e *infra*, n.º 113.

direito: «*Custume he e des hi he dereyto*» (LLP, 28, ODD, 140 e 141, 216), «*he custume E de direito*» (ODD, 112). «*Qum (ou Quoniam et) consuetudine, que pro lege suscipiunt*» eis uma fórmula que aparece em documentos de Sancho I, e mais tarde regista-se a fórmula: «*Consuetudine approbata quae pro lege suscipiunt*». Esta segunda fórmula faz depender o valor do costume da aprovação, isto é, do *consensus legislatoris*, alterando essencialmente a sua força intrínseca. Numa lei de D. Afonso IV faz-se declaração de uma outra anterior devida a D. Dinis, afirmando-se «*que per custume antigo esta Ley foi entendida e praticada de certa guisa*» (OA, V. 7. 3.).

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

Frisando a necessidade de os homens acatarem as leis, diz a Lei 11 do já mencionado Título 2 da *Primeira Partida*: «*Pero per o huso e o custume podẽ m̃jgar dellas ou t[o]lhelhas de todo segundo de susso dissemos. Outrossy como quer que estes dereyos se tornẽ d'huũ en outros assy como en saindo do uso custume, e ffor do do custume, e do foro ley, e en descendendo da ley foro, e do*

foro custume e do custume uso. Todavia a ley ha estas onrras assinaadas demays que estas outras ca depoyos que a ley he feyta ha de seer foro conselheyro e pubrica Outrossy rregebe en ssi custume pera seer custumada pera sempre. E outrossy deve seer custumada pera sempre. E outrossy deve seer husada por que en outra maneyra nõ sse poderyã aprefeytar della as gentes.»

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

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

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

1. Cfr. *infra*, n.º 113.

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

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

A regra é o acatamento espontâneo e voluntário do preceito jurídico, sem necessidade de intervenção concreta das estruturas que detêm o poder. Não é pois, assim, necessário que os tribunais criem os princípios em que se traduz o costume. Em geral, limitam-se a declará-los, aceitá-los e registá-los como fundamento das suas decisões. De tal forma, os órgãos judiciais não só os fortalecem, como os revelam. Pode dizer-se que constituem, então, as decisões judiciais *fons cognoscendi* do direito. Fora disso, todavia, elas

assumem, por vezes, verdadeira função criadora do direito, enquanto estabelecem um precedente, que nuns casos se torna vinculatório e noutros, embora não sendo obrigatório, suscita no futuro a adesão espontânea dos tribunais.

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

Quanto se acaba de mencionar, documenta-se, por exemplo, através do exame da actividade do órgão judicial a que cabia em Portugal na hierarquia da época o lugar supremo: *a cúria régia (corte ou casa de el-rei)*¹. As fontes referem, a propósito dela, fórmulas como estas: «*Costume (ou Costume) he en casa del Rey*», «*huso e costume da Corte*» (LLP., 125, 217, 222-223, 224, ODD., 102, 118, 119, 120; AVTT., Gav. XIII, m.4, n.º 7) face às quais têm os historiadores do nosso direito olhado, por vezes, a actividade da cúria mais do prisma da norma consuetudinária que do direito judicial. Em verdade, porém, as fórmulas mencionadas são pouco rigorosas ou precisas e a elas correspondem outras em que sobreleva o aspecto judicial — «*Julgado he en casa d’El Rey*» (LLP., *passim*; PMH., *Leges et Consuetudines*, 271) — ou a definição autoritária do direito — «*Estabelecido he en*

1. Cfr. *infra*, n.º 143.

casa d'El Rey» (PMH., *Leges et Consuetudines*, 259) —, não faltando mesmo expressões como esta: «*Costiecom geeral he fezia en casa d'El Rey*» (LLP., 223); ou, ainda, sob uma rubrica de *Constituciom*, a referência a costume: «*Costume he en cassa del Rei*» (ODD., 117 e s.), «*Costume he geerall E he feito em Cassa del Rei*» (ODD., 118). O que sobreleva — repete-se — em algumas das fórmulas assinaladas é a ideia de norma reforçada ou fixada pela via do julgamento. Este acrescentava algo ao carácter consuetudinário de base.

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

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

66. **Estilo** — Porque ostenta algo de peculiar em relação ao costume tomado em sentido específico — que dimana da própria comunidade em si — o costume judicial, produto de um órgão que é privativo, não tardará em autonomizar-se conceptualmente, libertando-se, em consequência, da velha nomenclatura, para adquirir expressão terminológica própria. Assumirá, então, o nome de *estilo*, conceito

que, adoptado desde cedo pela doutrina medieval, representa qualificação corrente noutras fontes a partir da segunda metade do século XIV (na Catalunha, por exemplo, regista-se o *estilo* da corte desde 1374).

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

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

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

¹ Cf. *Infra*, n.º 77.

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

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

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

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

1. Cfr. *infra*, n.º 112. 2. Cfr. *infra*, volume relativo à 2.ª Época. Fontes. 3. Cfr. II.

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

68. **Conceito e natureza das façanhas** — A palavra *façanha* (do latim *facinus*) designa vulgarmente uma acção heróica, singular, assinalada, fora do comum ou do normal. Com tal sentido se nos depara em numerosos textos medievais de índole literária: por exemplo, nas *Cantigas de Santa Maria*, de Afonso X, o Sábio («*direi un miragre, onde grande façanha fillaredes*», «*pera fillardes façāya*», «*agora oyredes todos a mui gran façanmalque ali mostrou a vūgen*») ou na tradução galega da *Crónica Geral* («*das façayvas antigas*»). No campo da *história do direito*, porém, o exacto

alcance do termo *façanha* foi objecto de opiniões divergentes, que José Anastácio de Figueiredo se deu ao trabalho de recolher e criticar numa das *Memórias de Literatura Portuguesa*. Para Duarte Nunes de Leão — seguido nomeadamente por Rafael Bluteau —, *façanha* «*he hum juízo sobre algum feito notável, e duvidoso, que por autoridade de quem o fez e dos que o approvárão, e louvarão ficou dell hum direito introduzido para se imitar, e seguir como ley quando outra vez aconteeesse*». Jorge de Cabedo (e na esteira dele Bento Pereira), por seu turno, atribui-lhe, para além da ideia de comando (*determinação*) proveniente de um caso notável, a aceção de *opinião altercada*. Finalmente, D. Rodrigo da Cunha vê na *façanha* «*hum tal, e tam generoso feito, que assi pela estranheza e valor com que foy obrado, como pela autoridade da pessoa, que obrou, e daquellas, que louvarão e celebrarão, mereceo e alcançou hum prudencial juízo de ser tido, e avido por ley, onde concorressen iguaes, ou semelhantes circunstancias. De maneira que não seja Façanha, o juízo, que ao feito illustre se segue, se não o mesmo feito, e acção, a quem segue o juízo, que pelas fontes dade nasceo, ficou como em ley, e determinação*».

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

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

Partindo do enquadramento conceptual das *façanhas* na *Terceira Partida*, Tít. 22, Lei 14 («*Como non vale el juizio*

que es dado so condicion, o por fazañas»), José Anastácio de Figueiredo sustentou, não obstante, que as *façanhas* eram sentenças que valiam não só para o respectivo processo onde eram pronunciadas, mas para todos os outros semelhantes, por:

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

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

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

Ou seja: para Figueiredo, a *façanha* retira a obrigatoriedade da sua natureza régia, enquanto para Duarte Nunes a respectiva força vinculativa decorre da autoridade do agente do feito e dos que o acreditam; a *façanha* gera-se para aquele nos casos *duvidosos*, não exigindo necessaria-

mente um *feito notável*. De acordo com a lógica do seu raciocínio, José Anastácio de Figueiredo declara, inclusive, que os factos qualificados nas fontes anteriores às *Partidas* como *façanhas* mas que não constituem sentença dada por monarca, não possuíam *autoridade alguma* para servir de lei geral e tinham força apenas entre as partes ou representavam até meo conselho.

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

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

nas leis, cartas de doação e confirmação até ao final do século XV é frequente a inserção de cláusulas revogatórias das normas de toda a espécie em contrário a tais cartas, incluindo as referidas *façanhas*. José Anastácio de Figueiredo exemplifica tipologicamente com as seguintes: «*Sem embargo de quaesquer Leys, grosas, ordenações, foros, façanhas, opiniões de Doutores, e Capituulos de Cortes,*» «*Não embargante quaesquer direitos canonicos, civis, costumes, façanhas, estilos que contra o seu contheudo fossem;*» *porque em quanto contra o mesmo fossem se ha tudo por revogado, annullado, e de nenhum vigor*». Outras, porém, seria possível invocar a título ilustrativo¹.

69. Os «*alvidros*» — O *alvidro* ou *alvedrio* configurou entre nós instituto distinto, ao menos a partir de certo momento, do designado com tais palavras na generalidade da Península Hispânica. No foro de Iznatoraf dispõe-se: «*Empero si tal caso aviniere que la carta non determine, sea en alvedrio del juez o de los alcades*». E o preceito referido concorda com muitos outros (*Fueros de Teruel*; *Zorita de los Canes*; *Béjar*; *Baeza*; *Cuenca*..). Daqui se retira que o *alvedrio* correspondia à faculdade da justiça (o *juiz*, o *homem-bom*...) integrar uma lacuna ou criar uma norma para suprir o defeito de um estatuto — não significando, aliás, possibilidade ilimitada de actuação, isto é, a *capricho* ou *livre arbitrio*, mas decisão por outros valores, como o *costume* e a *equidade*. Pelo que respeita a Portugal, preceitua o título dos *Juizes alhydores*: «*Jvizes aluidros son aqueles que som feytos he elegudos a prazer das partes. E podem fazer huu*

1. V. *infra*, n.º 112.

Juiz ou dous ou tres ou mayns alvidros sobre huu preyto soo. e sobre huua demanda ou sobre mayns» (LLP, 107). E o mesmo título, dispondo que em princípio tais juízes «*nom poden seer Juizes firmes nem estauis*», consigna também: «*Estes Juizes nom an mayor poder de quanto this he dado e outorgado das partes...*» (LLP, 107, 108 e 109; ODD, 83 e s.). De tais juízes também os homens do mar («*aqueles que andam sobre mar*») usavam (LLP, 110, ODD, 4 e 85) e das suas sentenças se recorria para o sobrejuiz («*pode aquel contra que a dicta sentença for dada apelar pera o sobre-Juiz*» — LLP, 212). As sentenças dos juízes alvidros, isto é, os alvidros, aliás, eram passíveis de serem alegadas em certos casos. «*Costumhe he que se alguem he dado por procurador a comporen que posa alegar aluidros*» (LLP, 92).

Temos, assim, que:

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

BIBLIOGRAFIA — *Cortes Portuguesas. Reinado de D. Afonso IV (1325-1357)*, Lisboa, 1982; LLP; PHM., *Leges et Consuetudines; JESÚS LALINDE ABADÍA, Iniciación Histórica al Derecho Español*, Barcelona, Caracas, México, 1978; Alphonse X, *Primeyra Partida. Édition et Étude*, por José de Azevedo Ferreira, Braga, 1980; RAFAEL

ALTAMIRA, *Historia del Derecho Español*, Madrid, 1903; RUI DE AZEVEDO, AVELINO COSTA e MARCELINO PEREIRA, *A Chancelaria de D. Sancho I*, Coimbra, 1980; BALDO, *Prælectiones In Tot. Codicem*, Lião, 1546; JOAQUÍN COSTA, «Requisitos de la Costumbre Jurídica Según los Autores» in *Estudios Jurídicos y Políticos*, Madrid, 1884; GUILHERME BRAGA DA CRUZ, *História do Direito Português*, Coimbra, 1955, e *O Direito Subidiário na História do Direito Português*, Sep. da RPH, Coimbra, 1975; BERTACHINUS DE FERMO, *Repertorium Iuris*, Lião, 1525, III; JOSÉ ANASTÁSIO DE FIGUEIREDO, «Memória Sobre Qual Seja o Verdadeiro Sentido da Palavra *Façanhas*, que Expressamente se Achão Revogadas em Algumas Leis, e Cartas de Doações e Confirmações Antigas, como ainda se Achá na Ord., Liv. 2, Tit. 35, § 26», in *Memórias de Literatura Portuguesa Publicadas pela Academia Real das Sciencias de Lisboa*, Lisboa, 1790, I, (2.ª ed.); ALFONSO GARCÍA-GALLO, *Manual de História del Derecho Español*, Madrid, 1978 e «Una Colección de Fañañas Castellanas del Siglo XII», in AHDE., XII, 1934; JUAN ARIAS GOMEZ, *El Consensus Communitatis en la Eficacia Normativa de la Costumbre*, Navarra, 1966; JUAN GARCÍA GONZÁLEZ, «Notas sobre Fañañas», in AHDE., XXXIII; ALEXANDRE TARTAGNA IMOLENSIS, *Consilia*, Franc. ad Moenum, 1616, II; RAMÓN LORENZO, *Sobre Cronologia do Vocabulário Galego-Português (Anotações ao Dicionário Etimológico de José Pedro Machado)*, Vigo, 1968; PANORMITANO, *Comentaria Super Decret. Lib.*, Lião, s.d. (1512?-1547?); ALFREDO PIMENTA, *Fuero Real de Afonso X, o Sábio*, versão portuguesa do século XIII, Lisboa, 1946; JOSÉ MANUEL PÉREZ-PRENDES Y MUÑOZ DE ARRACO, *Curso de História del Derecho Español*, Madrid, 1978; CLAUDIO SÁNCHEZ-ALBORNOZ, «La Curia Regia Portuguesa. Siglos XII y XIII», in *Investigaciones y Documentos sobre las Instituciones Hispanas*, Santiago do Chile, 1970; DANILLO SEGOLONI, «Practica», «Praticus», «Praticare», in Bartolo e in Baldo, in *L' Educacione Giuridica*, II, *Profillo Storici*, Perúsia, 1979; JOSÉ VERÍSSIMO ÁLVARES DA SILVA, «Memória sobre a forma dos juízos nos primeiros séculos da monarquia portuguesa», in MLP; N. E. GOMES DA SILVA, *História do Direito Português*, Lisboa, 2.ª edição, 1991.

SECÇÃO IV

DIREITO PRUDENCIAL. INTRODUÇÃO. ENQUADRAMENTO GERAL

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

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

Trata-se da ordem normativa criada pelos *prudentes*, ou seja, pelos que conhecem o direito, o justo e o injusto; por aqueles cuja *autoridade* (*auctoritas*) lhes permitia declarar a verdade jurídica nos casos concretos (Álvaro D'Ors)¹.

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

Nesta acepção, por exemplo, fica afastado do *direito prudencial* o que hoje designamos por *jurisprudência* — o resultado da actividade do juiz enquanto magistrado que dita a solução dos casos litigiosos munido do direito de império (*ius imperii*) do Estado. Compreende-se isto claramente tendo presente a diferença entre o juiz actual, funcionário do poder, e o juiz romano clássico, que era um privado. «O juiz», escreve Álvaro D'Ors, «é um particular, não é um funcionário, não é um magistrado. Teria sido um grave insulto à liberdade do cidadão romano (*civis romanus*) que um organismo oficial se lhe impusesse como juiz (*iudex*) num litígio privado. O magistrado, o pretor de Roma, instruía a instância, autorizava o processo, e pré-julgava de certo modo; a isso chama-se *ius dicere*, e *iurisdictio* é a função do magistrado que administra a justiça. Formalizado o litígio no contrato processual chamado *litis contestatio*, o assunto passava ao juiz privado, que as partes haviam nomeado livremente. O juiz tinha de receber as provas apresentadas

pelas partes, embora conservasse liberdade para as valorar sem imposições nem presunções fixas, e, finalmente, declarava a sua opinião com toda a simplicidade, sem necessidade de formalidades especiais. Com a sua opinião, com a sua *sententia*, a *res* (a questão) ficava julgada (*iudicata*) e o pretor podia conceder a execução. A função do juiz chama-se julgamento (*iudicatio*)».

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

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

1. Cfr. *infra*, 82, c).

mutação e de crescente complexidade. Por isso, um ordenamento jurídico cada vez mais trabalhado e elaborado, dotado de capacidade de resposta.

O árduo trabalho de ultrapassagem e superação do antigo e rudimentar ordenamento jurídico das diversas nações coube, na Idade Média, aos *prudentes*. Trata-se, pela forma como a tarefa foi levada a cabo, de um momento único na história do direito. Esse momento único, todavia, se não pode deixar de ser encarado na sua peculiaridade e singularidade, não deve também ser desligado do fenómeno perene a que pertence — a linha de luta pelo pluralismo jurídico e contra o «estatismo» atrofiante e totalitarista da ordem jurídica legal.

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

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

Com a passagem de Roma da condição primitiva de *estado-cidade* a um espaço geográfico-político em expansão

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

Como escreve Juan A. Alejandre García: «Ao ser o direito romano o único oficial, teoricamente produz-se um afastamento ou aniquilamento dos direitos particulares ou indígenas ainda em vigor. Se bem se possa adiantar que a resistência que estes opõem à sua desapareição, unida à impossibilidade prática de uma total difusão e aplicação do direito de Roma, amplo, complexo, em grande medida abstracto e não em consonância com certos níveis de cultura, daria lugar a outras soluções, entre as quais se inscreve a aparição e desenvolvimento do chamado direito romano vulgar». Este constitui um fenómeno paralelo ao do latim vulgar — e com tal nome designou Brunner, em 1880, aquele direito romano aplicado nas províncias e distinto do direito romano puro quer pela contaminação (*contaminatio*) dos direitos indígenas, quer pela correcção e adaptação levada a cabo pelos prácticos.

Temos, assim, que o processo evolutivo da penetração do direito romano nesta primeira fase apresenta duas etapas. Uma de *romanismo directo* e outra de *romanismo vulgar* ou de *vulgarização*, produto este da criação popular e da prática, oriundo das «instituições pré-romanas latentes», mas, sobretudo, dos elementos de estípite germânica que constantemente se vão infiltrando em Roma, empapando pouco a

pouco as suas instituições de um germanismo cada vez mais acentuado (Pérez Prendes)¹.

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

Na parte oriental do Império, mais influenciada pela cultura grega e helenística, o desenvolvimento do direito romano processar-se-á em conformidade com *altos padrões de técnica jurídica*, vindo a culminar no século VI com a obra legislativa do imperador Justiniano, que será o cerne do que depois se denominará por *Corpus Iuris Civilis* (*corpus iuris*, como nota Savigny, constitui «a expressão técnica empregue para designar as fontes adoptadas pela escola de Bolonha», aparecendo, v. g. num catálogo de livros ingleses, de 1177, bem como em várias obras de Azão, e *Corpus Iuris Civilis* é forma utilizada já por Ugolesino; todavia, a designação de *Corpus Iuris Civilis* aposta como título à colecção justinianeia, aparece só com a edição de Dionísio Godofredo ou Godofroy, Lião, 1583). Compunham a grande compilação justinianeia: o *Código* (*Codex*), colecção de leis dividida em doze livros, promulgada em 529 e, depois emendada em 534 — à segunda redacção, única que chegou até nós, dá-se o nome de *Código de Segunda Leitura* (*Codex Repetitae Praelectionis*); o *Digesto* (*Digestum*) ou *Pandectas* (*Pandectae*), promulgado em 533, constituído por *iura* (ou doutrina dos juriconsultos) e repartido por cincoen-

ta livros: as *Instituições* (*Institutiones*), por vezes, também mas impropriamente, chamadas *Institutas* — manual escolar para aprendizagem do direito a que foi atribuída força legal em 533; e as *Novelas* (*Novellae*), conjunto de constituições posteriores de Justiniano, a que vieram juntar-se leis de outros imperadores.

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

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

73. Processo de «renascença» do direito romano — É nesta conjuntura que precisamente em Itália se *redescobre*, passe o termo por significativo, embora bastante impróprio, o direito justinianeu e que sobre ele os juristas medievais

1. Cfr. *infra*, n.ºs 117 a 119.

erguerão um vasto labor exegetico de adaptação e criação, com vista a ministrarem à sociedade do tempo os instrumentos jurídicos adequados.

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

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

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

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

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

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

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

74. As escolas jurisprudenciais na Idade Média.

Introdução — É costume apresentar a jurisprudência medieval como duas escolas sucessivas: a dos glosadores e a dos comentadores. A primeira ter-se-ia iniciado com Inério (princípios do século XII) e terminado com Acúrsio, cuja obra máxima (a *Magna Glosa* ou, simplesmente, *Glosa*) elaborada entre 1220 e 1234, se poderia tomar como respectivo termo. A segunda, cujos inícios se radi-cariam nas obras de Jacques de Révigny e de Pierre de Belaperche, haveria atingido o apogeu nos séculos XIV,

entrando em declínio com a crítica dos humanistas (séculos XV e XVI).

Esta visão tem sido, porém, acusada de excessivo esquematismo, com a sua pretensão de apresentar as duas escolas medievais como separadas uma da outra por um fosso bem demarcado, quando é certo não se encontrar facto a que se possa atribuir tal virtualidade, existirem inúmeros pontos de contacto entre elas e só ser viável o estabelecimento de contrastes entre ambas quando se lhes referenciem estádios bem separados cronologicamente — o que de si evidencia haverem os factores de distinção operado de forma lenta, contínua e, por vezes, sem uma linha de desenvolvimento progressivo, mas até com hesitações e regressões. Também aqui haverá a reconhecer um valor apenas relativo aos elementos periodificadores...

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

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

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

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

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

1. Sobre os géneros literários referidos neste número e seguintes cfr. o n.º 79.

Discípulos de Imério foram Jacobo — que, segundo a tradição, terá por ele sido designado sucessor —, Hugo, Martin de Gosia e Búlgaro, havendo estes dois originado correntes doutrinares, entre si polémicas, a *gosiana* e a *bulgariana*. Caracteriza a primeira pelo predomínio que atribuía à equidade, a segunda pela sua maior aderência ao texto legal. Hugo terá representado uma *media via*, identificada pela atracção do espírito do preceito.

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

Outro vulto a assinalar é o de Rogério — por haver sido, segundo se cre, o primeiro a elaborar umas *Dissensiones Dominorum*. Este aluno de Búlgaro escreveu ainda umas *Quaestiones* dialogadas. Nelas, Rogério debate com a jurisprudência as dificuldades surgidas na prática. Seu continuador foi Placentino. Espírito original, pertencem-lhe as *Quaestiones de Iuris Subtilitatibus*, uma *Summa* ao *Código* e outra às *Instituições*. Com ele polemizou João Bassiano, cognominado *Speculum Mundi* também discípulo de Búlgaro, debatendo o problema lógico de saber se a excepção se contrapõe à regra ou se está nela incluída, como limite. Este autor deixou-nos uma *Arbor Actionum* e um trabalho de exegese de todo o CIC largamente aproveitado por Acúrsio. Por seu turno, Pílio ficou célebre por ter introduzido no campo do direito a espécie literária dos *brocarda* (ou *generalia*), além de lhe pertencerem um *De Testibus*, uma *Ordo Iudiciorum* e vários *Consilia* esparços. Azão, que repeti-

das vezes redigiu as glosas por si subscritas, numa ânsia de perfeição, elaborou uma *Lectura* ao *Código* que em algumas edições vem rotulada de *Comentarius* ou *Aparratus Magnus* — e muitas outras obras. Ugolino escreveu uma coleção de *Quaestiones*, outra de *Dissensiones*, trabalhos de direito feudal, aditamentos à *Suma* de Azão. Jacobus Baldovinus, várias obras de direito processual, de carácter mais ou menos monográfico, e uma exposição completa deste ramo do direito — *o Libellus Instructionum Advocatorum*. Tancredo, um *Ordo Iudiciarius*, que é também uma exposição sistemática de processo. Bernardo Dorna, como Rodolfo e vários outros, compilou formulários processuais...

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

76. **Continuação (pós-acursianos)** — Entre os pós-acursianos podem citar-se, como nomes de maior relevo, o de Odofredo, autor, *verbi gratia*, de um comentário ao *Digesto Velho*, de adições à *Summa* de Azão, de uma *Summa de Libellis*, de diversificadas obras de carácter monográfico e de uma coleção de *Consilia*; o de Alberto

Gandino, dito por alguns fundadores da ciência do direito penal e autor de umas *Quaestiones Statutorum* e de um *Tractatus de Maleficiis*; o de Guilherme Durante (*Durandus*), conhecido como *Pater Practicae* e *Speculator*, por virtude do seu *Speculum Iudiciale*, exposição sistemática da ordem processual concebida como *Speculum* do direito em geral. Cabe aqui ainda o nome de Martin de Fano em razão de uma obra de metodologia jurídica (*De Modo Studendi*), que constituirá o modelo dos posteriores trabalhos sobre o tema. E quantos outros doutores se poderiam nomear...!

Comenta-se, apenas, a fim de ilustrar as características de transição desta escola — e com isso a dificuldade de a delimitar de forma rigorosa em relação à dos glosadores e dos comentadores — o facto de a historiografia moderna hesitar em nela incluir ou dela excluir certos prudentes. Assim sucede com Odofredo (m. 1265) — no qual uns querem ver um pós-acursiano típico, enquanto outros negam a justeza dessa classificação. O mesmo sucede com Alberico de Rosate (m. 1354). Autor de um comentário ao *Código* e de outro ao *Digesto*, muito apreciados pelo equilibrado sentido que revelam das orientações práticas com as teóricas, há quem o designe como um comentador pré-bartoliano, ao passo que Gibert vê nele um «pós-acursiano e protótipo do jurista profissional com pretensões».

77. **Continuação (comentadores)** — A escola dos comentadores apresenta como figuras iniciais as dos doutores franceses Jacques de Révigny e Pierre de Belleperche, ambos creditados pela larga e sistemática apropriação dos métodos dialécticos cultivados pelos teólogos

escolásticos. Ambos nos legaram diversificados trabalhos de literatura jurídica: o primeiro umas *Repetitiones*, uma *Summa de Feudis*, comentários a alguns livros do *Digesto* e das *Instituições* (em várias edições designadas por *Lectura super Institutionibus*), um tratado *De Positionibus*; o segundo, umas *Quaestiones Aureae*, *Repetitiones* ao *Digesto Velho*, comentários ao *Digesto Novo* e às *Instituições*, uma colecção de *Brocarda*, uma *Lectura* ao *Código*. Discípulo de Belleperche, Cino de Pistóia, que se exilara em França, veio no seu regresso à Itália divulgar e consagrar aí as orientações dos dois mestres franceses, em breve entradas em ocaso na própria pátria. Se no campo da literatura jurídica a sua obra principal foi um notável comentário ou *Lectura* ao *Código*, o grande veículo de difusão das ideias por si professadas residiu na criação de um discipulato numeroso, no qual brilha a figura paradigmática de Bártolo, o maior dos juristas medievais e, talvez, de todos os homens que algum dia abraçaram o *métier* de jurista, aquele que mais influência exerceu. Cognominado, elogiosa e antonomasticamente pelos contemporâneos e seguidores, *Dux et Auriga Iuris*, *Monarcha Iuris*, *Lucerna Iuris*, pertence-lhe uma vastíssima obra elaborada no curto espaço de uma vida de quarenta anos (m. 1356): além de serem possivelmente seus alguns tratados de autoria duvidosa, reconheceram-se-lhe 45 obras desta espécie. Escreveu ainda várias *Quaestiones*, *Consilia* e incomparáveis e volumosos comentários aos três *Digestos*, ao *Código*, aos *Tres Libri* e ao *Authenticum*. Vulto também de relevo indiscutível foi Baldo, o grande discípulo de Bártolo. De uma precocidade espantosa — aos quinze anos fazia a sua primeira *repetitio* — subscreveu ao longo de uma longa vida uma vastíssima obra: comentários ao *Digestum Vetus*, *Infortianum* e *Novum*;

às *Institutas* e a todo o *Codex*, incluindo os *Tres Libri*; uma *Lectura* às *Decretales* — de índole exegetica; numerosos *Consilia* — que em algumas edições impressas ocupam seis volumes *in-fólio*; grande quantidade de opúsculos; vários tratados; adições ao *Speculum*, de Durante; um *Repertorium Super Innocentium*, célebre glossador canonista que reinou como Papa, sob o nome de Inocêncio IV; uma *Practica Iudiciaria*. Revelam estes trabalhos um lúcido espírito crítico, uma cultura diversificada, um pendor filosófico, um constante reexame de soluções preconizadas que «*maravillam*» — no dizer apreciativo de Calasso.

Sem a grandeza dos epígonos referidos, podem considerar-se ainda representantes de proa desta escola Bartolomeu de Saliceto, Fulgósio, Paulo de Castro e Alexandre Tartagna. A obra máxima do primeiro é o comentário ao *Código*, tendo deixado também um comentário ao *Digesto Velho*, uma colecção de *Consilia* e algumas produções menores. O segundo (1367-1427) comentou o *Código* e o *Digesto Velho*, afastando-se com independência das «opiniones communes» e impugnando frequentemente a *Glosa* — sob salvaguarda de aconselhar aos seus alunos a assim não fazerem em tribunal. O terceiro (m. 1481) assinou uma volumosa colecção de *Consilia* e um comentário aos três *Digestos* (com uma amplitude superior à comum no seu tempo), assim como um comentário ao *Código*, abrangendo apenas seis dos respectivos livros — tendo todas estas obras o signo de uma grande honestidade intelectual. Tartagna (1423-1477), por seu lado, também comentou os três *Digestos* embora relativamente ao *Velho* o fizesse de forma muito lacunosa. O comentário ao *Código*, ainda que extenso, fica pelo sexto livro. Foi também responsável por comentários e alguns livros das *Decretais*, ao *Sexto* e às *Clementinas*.

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

78. **Ligação da jurisprudência à Universidade. Aspectos comuns e específicos das várias correntes** — A grande maioria dos juristas referidos — e de outros citáveis como significativos — é composta por professores. O fenómeno do renascimento do direito romano constitui, de um ponto de vista dos agentes da sua elaboração, processo essencialmente universitário. Bolonha, onde havia já antes de Innéio uma escola de notariado, converteu-se por acção deste e dos seus sucessores imediatos, no principal palco. Ao lado do estudo bolonhês devem citar-se, contudo, muitas outras escolas de direito, não só em cidades de Itália — Arezzo (1215), Pádua (1222), Nápoles (1224), Perúcia (1307), Pisa

(1339), Siena (1357)... — como além dela: Oxford (c. 1170), Montpellier (1230-1240), Orléans (c. 1236), Lisboa-Coimbra (1288-1290), Avinhão (1303), Valladolid (1304), Viena (1365), Heidelberg (1388).

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

Dentro deste quadro geral vamos encontrar Placentino em Montpellier, cuja escola de direito fundou; Vacario em Inglaterra, onde criou a de Oxford; Cino de Pistóia, como estudante em Orléans e mestre em Siena, Perúcia, Nápoles; Bártolo, depois de estudar em Perúcia e Bolonha, a ensinar em Pisa e Perúcia; Baldo mestre em Perúcia, Pisa, Florença, Pádua e Pavia; Saliceto transitando de Bolonha para Pádua — e daqui para ali; Paulo de Castro a doutorar-se em Avinhão, onde começou a ensinar e aonde regressaria, após uma estada em Siena. E a leccionar igualmente em Bolonha e Perúcia... As universidades tinham, aliás, professores de várias nacionalidades — embora em alguns casos houvesse exemplos de chauvinismo — e estudantes de diferentes origens. Em Bolonha, por exemplo, deparamos com portugueses entre o corpo docente — caso de Vicente Hispano e de João de Deus —, e os estudantes organizados

por *nações*. Além das correspondentes aos citramontanos (romanos, toscanos, lombardos...), existiam as dos ultramontanos (a dos franceses, dos ingleses, dos catalães, dos polacos, dos espanhóis, na qual, até 1436, se compreendiam os portugueses, a dos alemães...).

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

Nas linhas antecedentes reportamo-nos ao direito civil — que tanto vale dizer justinianeu. Fizemo-lo, porém e apenas, por comodidade de exposição. A divisão entre glosadores e comentadores é aplicável também nos domínios do direito canónico, como assinalámos já¹. Com efeito, a distinção entre canonistas e civilistas assenta nas fontes trabalhadas pelos doutores; a estabelecida entre glosadores e comentadores em orientações científicas de cada uma dessas escolas, facilmente se compreendendo a possibilidade de o trabalho doutrinal se desenvolver relativamente às normas canónicas nos mesmos moldes do realizado no tocante às civis. Deve, a propósito, vincar-se o facto de muitos doutores o serem *in utroque* (em cânones e em leis).

Torna-se, todavia, menos nítida a possibilidade de operar entre os canonistas uma separação que permita dividi-los

de forma a fazer entre eles corresponder um grupo ao dos acursianos. Os próprios autores que advogam a separação dos civilistas em glosadores, acursianos e comentadores, e simultaneamente enfatizam os caracteres comuns entre as escolas civilísticas e canónicas, como Leicht e Calasso, não ensaiam qualquer tentativa a tal respeito.

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

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

1. Cfr. *supra*, n.º 41.

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

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

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

(a) *A Glosa*. Tivemos já ocasião de definir glosa como «explicação singular de termos, conceitos ou passos de um escrito». Na sua estrutura mais rudimentar a glosa pode reduzir-se a uma simples substituição de um vocábulo por outro. Seria, porém, um erro identificar a glosa, enquanto tipo literário, com um procedimento tão singelo. Muitas vezes as glo-

sas apresentam uma patente complexidade, não só quanto aos problemas cuja solução visam, como quanto às formas literárias coenvolvidas, como ainda quanto aos instrumentos intellectuais a que nelas se recorre. São igualmente frequentes as glosas de tipo discursivo. Por isso, a catalogação habitual em glosas interlineares — isto é, escritas entre as linhas do texto — e glosas marginais — as exaradas nas margens das páginas respectivas — foi já qualificada por Cassandro de ingénua — visto atender a meros aspectos externos e ocasionais sem qualquer correspondência material. Na *ius-historiografia* moderna e atentos aos factos consignados, propõe-se, pois, a respectiva arrumação separando as glosas ditas técnicas — as propriamente jurídicas — das de índole filológica, histórica ou retórica-dialéctica. Não falta também quem procure classificar as glosas em meramente declarativas — as de índole explicativa, em sentido amplo —, e em discursivas, assim ditas, pelos seus mais amplos propósitos interpretativos, pelo seu estilo dissertativo, por uma relativa autonomia material face ao texto, embora formalmente a ele se mantenham ligadas. Exemplo característico encontrá-lo-emos nas glosas de Azão, segundo Weinmar.

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

Não se torna, também necessário abordar a polémica sobre possibilidade de se qualificar a glosa como verdadeiro género literário — pois melhor lhe caberia a designação de simples método de exposição consentâneo a vários tipos de obras jurídicas — desde que tenhamos presente, simultaneamente, o facto de todas as posições tomadas a

este respeito importarem no reconhecimento da glosa como literatura ligada a um texto e a circunstância, posta em relevo modernamente, de muitas glosas se poderem reconduzir a outros géneros literários — ou englobarem pequenas produções a eles correspondentes.

Assim, tem-se detectado nas glosas não apenas a diluição de termos ou frases, a indicação do conteúdo de um título ou de uma lei, mas também a consignação das relações entre vários títulos ou leis, feita com propósitos sistemáticos; o recurso a lugares paralelos, afins e antagónicos para com isso esclarecer antinómias; o uso de *casus*, *distinctiones*, *quaestiones*¹; a formulação das *regulae*²; por vezes, a ponderação da *intentio* e a enunciação da *conclusio* da lei, em termos semelhantes aos adoptados nas sumas, como ensinou Ermini — motivo de alguns autores derivarem da glosa quase todos os outros géneros de literatura jurídica medieval, que «*no fundo já estavam nela contidos*» (como escreveu Cassandro).

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

com o sentido ou espírito respectivo e o respectivo enquadramento sistemático¹.

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

(c) *Summulae*. O mesmo se diga no tocante a este tipo. Pequenos escritos nos quais se sumaria sistematicamente o conteúdo de todo um livro, de um título ou de parte deste, representam a evolução de uma forma originária ligada à glosa. Inicialmente resultaram da reunião de glosas a uma rubrica, a um texto integral, a um parágrafo de uma lei. Pela supressão das expressões formais representativas da autonomia das glosas ter-se-á chegado a um tipo mais homogéneo, sendo depois as obras correspondentes tomadas como modelos de outras.

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

Na opinião de Kantorowicz as *summae* (originariamente referidas com o plural, como, aliás, as *summulae*), resulta-

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

2. V. *infra*, f).

1. Cfr. *infra*, n.º 80.

riam da agregação mais ou menos mecânica de súnulas, e completada por *exordia* — a nosso ver, frequentemente, de índole ou com a marca retórica — e por aditamentos instrumentais destinados a dar uma certa unidade ao todo: *conclusiones titulum* e *summulae* intercalares escritas com a finalidade de outorgar ao texto do comentário um tom contínuo, facilitante da exposição de conjunto.

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

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

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

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

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

1. Cfr. *infra*, n.º 82, b).

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

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

de género e espécie) e dispostas de maneira que esta última se decompunha em dois ou mais termos.

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

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

A *quaestio* podia reportar-se a um facto (*quaestio facti*) ou dizer respeito à interpretação — tomada em sentido lato — do direito (*quaestio iuris*). Nas primeiras estava em causa a

existência de um evento e, portanto, provava-se «*testibus et instrumentis et iudiciis quae lege non reprobantur*». As segundas implicavam uma verdadeira disputa intelectual solúvel com o recurso a *leges, rationes e auctoritates*. A ciência da época ilustrou a diferença ensinando: «*Ad quaestiones facti non respondet legislator*», «*quia princeps non potest habere facta in scrinio suo*». «*Quaestio iuris est, ubi est factum certum, sed dubitatur quid iuris*» (Cino — *Lect. in D.* 1.5.15). O facto pode, aliás, dar origem a um problema de direito, quando não regulado por uma norma ou se não corresponde exactamente à previsão desta (*quaestio de facto emergens* que se resolve numa verdadeira *quaestio iuris*). Neste sentido, a *quaestio* é um elemento de actualização do direito, visto conduzir a um adequamento da norma — *max. romana* — às situações da vida da época.

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

No caso de uma *quaestio disputata* o mestre enunciava o problema jurídico em causa (*quaestio s.s.*) e comunicava-o com antecedência aos estudantes. Um deles deveria fazer de *actor*, outro de *reus*. No dia marcado cada um dos contendores enunciava os seus argumentos — em regra invocando textos favoráveis à tese fossem eles de lei ou baseados na autoridade dos doutores — e sugeridos frequentemente pelo próprio mestre. Este, que presidia ao debate, decidia a questão, determinando qual da série de argumentos *pro* e *contra* deveria ser acolhida (a sua sen-

¹ V. *infra*, alínea n).

tença chamava-se, por isso, *determinatio*). Algumas vezes, o mestre fazia-o autoritariamente, outras impugnando os argumentos rejeitados de forma a fundamentar a resolução mediante um novo *sic et non*.

A disputa académica não se restringia sempre ao círculo dos alunos. Muitas vezes eram admitidos a disputar todos os doutores de uma universidade ou até quem quer que fosse — as disputas públicas. Também nem sempre a iniciativa do tema pertencia ao professor. A universidade medieval conheceu a disputa *quodlibetica* na qual era formulável qualquer *quaestio* dirigida ao mestre por qualquer assistente, aluno ou rival que fosse (*de quodlibet ad voluntatem cuius libet*). Por isso, se na Idade Média a *quaestio* representou o torneio dos intelectuais, como se disse, neste caso o campeão estava exposto aos mais sérios riscos, defrontando adversários desconhecidos e sujeitando-se às mais inesperadas perguntas, muitas vezes capciosas e feitas com intuito de denegrir, por rivais mais ou menos declarados.

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

O reconhecimento do valor científico e pedagógico da *quaestio disputata* levou ao registo, inicialmente em forma de simples apontamentos do tema, dos argumentos *pro* e *contra*

e da *determinatio* feito por um *raportator* (de hábito um aluno, assistente ao diálogo). Muitas vezes o *raportator* completava esse seu trabalho com a adição de novos argumentos por si excogitados, de críticas a uma ou às duas posições assumidas, frequentemente juntando um *exordium* ou um *titulus*. Estamos perante a chamada *quaestio raportata*.

Da *quaestio raportata*, se distingue a *quaestio redacta*. Assumindo a forma do *pro* e *contra* daquela, é da autoria do mestre que aproveita as virtualidades do método para ensinar certa matéria, numa figuração de um diálogo controversístico e com o fito de acentuar, *verbi gratia*, o carácter apenas *provável*¹ da solução. São seus, com efeito, a identificação do tema (*quaestio s.s.*), os argumentos excogitados e a *determinatio*. Substancialmente pois, a *quaestio redacta* distingue-se da *raportata*, embora na forma sejam semelhantes. A primeira formulada como simples incidente da *lectura*² e, portanto, com a maturação desta, acabou também por ser dela autonomizada e apresentada como correspondendo à forma literária assumida pela *disputa*.

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

O esquema traçado é o dos juristas medievais bolonheses, de Búlgaro e seguidores, passando por João Bassiano e Azão, aos juristas da escola de Toulouse do fim do século

XIII e princípio do século XIV, para não falar já dos autores bolonheses do início do século XV. Obviamente, porém, que, à medida da progressão no tempo, a linearidade das *quaestiones* vai sendo substituída, via de regra, por aspectos sempre mais complexos.

Na actualidade, tem-se destacado a contaminação retórica da *quaestio*. O estilo da redacção — sobretudo na *quaestio redacta* — contrasta com o tom seco e sintético da *glosa*, das *summulae* e mesmo das *summae*, numa evidente preocupação de aliciamento intelectual em favor de uma tese median-te a forma ou exposição¹. Muitos dos argumentos adoptados — *verbi gratia*, na *determinatio* — são meramente persuasivos ou baseados na *authoritas* do mestre². Finalmente, duvida-se de que o factor da generalizada adopção das *quaestiones* como processo de exposição doutrinária tenha consistido numa superior eficácia do método para expor problemas jurídicos, melhor sendo filia-lo na aptidão da *quaestio* para consentir ao autor expor as próprias opiniões de maneira mais persuasiva para facilmente rebater as razões adversas. Tal se poderá já documentar com a obra de Rogério. Seja como for, a *quaestio* liga-se essencialmente a uma forma de pensar probabilístico e, portanto, ao enigma ou silogismo retórico-dialéctico³. Já Gilbert de la Porré ensinou que nem toda a contradição se identifica com a *quaestio*. Esta só existe quando as duas teses em presença se apresentam como provavelmente verdadeiras: «*Cuius vero utraque pars argumenta veritatis habere videtur quaestio est*.»

(j) *Quare*. Escritos, afins dos anteriores, nos quais se confrontam dois princípios enunciados nas fontes percepti-

1. V. *infra*, n.º 82, b). 2. Cfr. *infra*, q).

1. Cfr. *infra*, n.º 82, b). 2. Cfr. *infra*, n.º 79, c). 3. Cfr. *infra*, n.ºs 79, c) e 82, b).

vas e aparentemente contraditórios, não com a finalidade de resolver casos práticos, mas unicamente com propósitos teóricos. Enquanto a *quaestio* partia de um caso concreto, aqui examinam-se regras abstractas.

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

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

(m) *Tractatus*. Corresponde este tipo de obras ao que hoje chamaríamos monografias. Os glosadores perfilharam o género quando a matéria a tratar apresentava relativa vastidão ou se encontrava esparsa por mais de um título do *Digesto* ou do *Código*, não consentindo o acompanhamento do texto justinianeu típico de *summa*. É communmente aceite como primeiro exemplo o *Ordo Iudiciorum* de Búlgaro, podendo citar-se muitas obras processuais. Isto pela circunstância de a teoria do processo se adaptar mal aos outros géneros literários, visto nomeadamente o exame de actos seguintes que implica.

O *tractatus* tem sido apresentado como um género literário sistemático e globalizante, caracteristicamente cultivado pelos comentadores. Há, todavia, que atentar na circunstância de encontramos exemplos deste género já no tempo dos glosadores (tendo mesmo o *De Computatione*

Gradum, de Martim de Gosia, nascido como glosa, depois destacada do texto e tratada com autonomia), isto por um lado; por outro, o facto de a historiografia moderna ter observado que vários tratados foram compostos pela reunião de *quaestiones* sobre um tema unitário, acrescidas de *consilia* e de algumas passagens destinadas a unificar essas diferentes partes.

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

O facto de o *consilium* se destinar a solucionar um caso prático e, portanto, a repercutir-se em interesses reais, implicava a necessidade de garantir a sua idoneidade material e formal. Daqui serem os *consilia*, por vezes, jurados e normalmente escritos sob a invocação do nome de Deus e da Virgem. Daqui, também, formalidades como a aposição do selo do autor, a intervenção de notários da universidade a que o mestre pertencia, a presença de testemunhas. Ilustra-o um caderno pergamíniceo que possuímos, datado de 1408, e no qual professores de Bolonha e de Pádua — Benedictus de Puteo Plumbino, Francisco Zabarella, Pedro de

1. Cf. *infra*, alínea g).

Ancharano, Jacobo e Bartolomeu de Saliceto, António de Butrio, Floriano de Sancto Petro e Bernardino de Zambicharis, grandes nomes da época, contemporâneos ou discípulos de Baldo — se pronunciavam sobre a sucessão do morgadio de Góis, em Portugal. Tem ele muito interesse neste aspecto, pois todos os pareceres obedecem às formalidades referidas, o que não podemos comprovar na maioria das colecções de *consilia* publicadas, visto aí se suprimir naturalmente o selo e quase sempre o formulário, inútil do ponto de vista do registo do respectivo conteúdo, motivo da sua divulgação.

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

Dissemos normalmente, pois, se de hábito são as partes num processo que solicitam o *consilium* — ou até o próprio juiz, preso de hesitações¹ —, não faltam casos de a solicitação ser feita por um príncipe em circunstâncias graves, por motivos políticos ou a fim de ultrapassar escrúpulos, decidindo em consciência e com conhecimento de causa. Exemplos temos-los no tempo de D. Dinis, monarca que ouviu doutores de Bolonha por causa de uma controvérsia com o bispo de Lisboa (*OA.*, II. 7. 57.); com D. João I, que igualmente se socorreu do saber dos mestres bolonheses; *circa* 1430, D. Duarte ouviu os professores de Bolonha e doutores *in utroque* António Pratovechio e António Rosellis sobre a legalidade da guerra contra os mouros da Barbé-

ria (*Mon. Henr.*, IV, docs. 140 e 141). Nas suas diferentes expressões, os *consilia* foram cultivados quer pelos glosadores, quer pelos juristas posteriores, tendo alcançado um superior desenvolvimento com os comentadores.

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

(p) *Commentarius*. Não obstante se partir deste género para se caracterizar a última das escolas medievais, não deixa de ser difícil a respectiva individualização. Lombardi vê em tais obras trabalhos elaborados com o intento de estabelecer «*uma visão sintética de um instituto*» — pela consideração exaustiva de todos os seus aspectos — feita «*sobre uma base lógica e não exegetica*», separando-os da glosa por corresponderem a uma forma específica de ensino. Não falta quem os caracterize como longas dissertações organizadas segundo regras da lógica escolástica em torno de um tema, com desprendimento da ordem justinianeia e de forma a poder mesclar com os preceitos romanos os dos diferentes *iura propria* dos estados italianos, do direito feudal e do direito canónico. Entre nós, tem-se distinguido o comentário da glosa ligando estas à *letra* das normas, aquele ao seu sentido, buscado pelo método escolástico dialéctico — ensinamento a que por vezes se acrescenta o de os comentários versarem sobre institutos concretos, isto é, delimitados por considerações dogmáticas *a priori* e não em conformidade com as divisões do *CIC*. Não colhe,

1. Cfr. *supra*, n.º 70.

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

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

Como a generalidade dos géneros literários anteriormente referidos, a *lectura* constituiu-se a partir de uma exposição oral. O mesmo se deve assinalar relativamente à *repetitio*, que dela se distingue apenas pela circunstância de

corresponder a uma lição dada em desenvolvimento daquele — o que chamaríamos hoje aula prática —, muitas vezes registada por um simples *rapporteur*.

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

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

A crítica moderna — pela pena de Asuti, Chiazzese e Orestano, entre outros — tem posto em causa a atribuição aos glosadores de uma feição meramente teórico-científica. Não merece, igualmente, acolhida a ideia de que glosadores se terão limitado a determinar a letra da lei, só os comentadores se tendo alcançado até ao sentido. Funda-se ela em

alguns textos medievais, é certo, nos quais os intérpretes hodiernos a têm visto expressamente consignada. Só que essas fontes não consentem tal conclusão. Impedem-na o facto de elas não poderem encarar-se como rigorosas descrições históricas de um estado de coisas generalizado, traduzindo antes posições polémicas e, portanto, insusceptíveis de serem tomadas na expressão da sua literalidade. Só uma consideração dos glosadores como personalidades culturalmente fungíveis, hoje em causa, mas dominante a partir de Savigny (m. 1861), permitiu esse entendimento — quando é certo que entre eles se encontraram múltiplas individualidades bem marcadas (como procurámos ilustrar)¹, divergências doutrinárias, controvérsias, que destroem qualquer possibilidade de encerrar os doutores da escola como um todo cientificamente homogêneo. Se está hoje feita a história da polémica humanista contra as escolas medievais, resta ainda por fixar a travada dentro de cada uma delas e a das mais modernas contra as mais antigas. Quanto a seu respeito se conhece, porém, é suficiente para excluir a possibilidade de aceitar como verdadeiras, justas e susceptíveis de serem tomadas por depoimentos rigorosos todas as afirmações depreciativas da actividade dos juristas fornecidas pelos textos medievais.

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

1. Cf. *supra*, n.ºs 41, 43, 75, 76, 77 e 78.

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

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

O método da descoberta dos quatro sentidos de cada texto, que tinha nas artes do *trivium* — a gramática, a retórica e a dialéctica — os instrumentos respectivos, encontrou nestas três vias do saber medieval um factor daquela generalizada difusão por nós assinalada. Vemo-lo, com efeito, praticado por homens de todos os quadrantes — literatos, enciclopedistas, moralistas, teóricos do Estado, políticos, apologetas, teólogos — e, como não podia deixar de ser, pelos juristas, sobretudo os canonistas. Estes, preocupados como estavam com a eticização do direito e influenciados pela cultura dos teólogos — qualidade que muitos possuíam também — praticaram-no largamente, *verbi gratia* na construção da ideia de Igreja, poderes do

Papa, relações do poder eclesial com o civil, na construção da figura das pessoas colectivas... Domínios onde tais métodos encontraram ainda larga aplicação foram os relativos à justiça e equidade, os direitos divino e natural. De resto, a exegese bíblica praticava-os generalizadamente, contando-se as Sagradas Escrituras entre as fontes do direito canónico¹. A contaminação dos *dois direitos* (o canónico e o civil)² não podia deixar, portanto, de introduzir uma hermenêutica metalingual nos arraiais dos civilistas, tanto mais que a sua preparação trivial (gramatical-retórica)³ tornava a isso propenso o terreno. Assim se explica aparecer aos olhos dos primeiros glosadores a consideração predominante do *sensus* da *littera* em prejuízo dos sentidos metalinguais, consentâneos à equidade, como algo estranho aos parâmetros da cultura cristã. Martin de Gosia criticará Imério, que «*adhaerabat litterae tanquam iudeus*», malgrado a sua «*aequitates bursales*» (cf. Azão, *Lect. In Cod.*, 7.5.2.) — crítica esta insusceptível de ser tomada como simples particularização de um pensamento individual sobre os ditames da hermenêutica. Com efeito, a própria *Glosa* censurou em termos semelhantes o intérprete cuja exegese não ultrapassasse — empreguemos o termo sem compromissos — o simples literalismo: «*A verbis tanquam iudeus recedere noli*», (gl. *Amplexus*, C. *De legibus*, 1. *Non dubium*). Por seu turno, Alberto de Gandino ensinou outro tanto, não já relativamente aos textos do *CIC*, mas aos dos *iura propria* (os estatutos). Segundo ele, seria um judaísmo uma interpretação «*iuxta grammaticalem intellectum*» (Tract. *De Maleficiis*, Rub. — *De Observ. Statutorum*, 12). Eram posições que decorriam directa-

1. Cfr. *supra*, n.º 39. 2. V. *infra*, n.º 83. 3. V. *infra*, n.º 86.

mente dos mais incontestáveis parâmetros da cultura cristã. Mesmo nos Evangelhos se encontram repetidos ensinamentos sobre a primazia do espírito em relação à expressão e S. Paulo repetiu-o várias vezes: «a letra mata; o espírito vivifica» (2.^a Cor., III, 6)¹.

O significado, proclamado pelos juristas destas proposições metodológicas, melhor se alcançará se tivermos presente que muitos outros textos mandam atender à *mens legis* e, ainda, o facto de elas terem sido comuns à escola dos pós-glosadores. Álvaro Pais, por exemplo, acolheu-as de forma mais ou menos expressa (Cf. v.g. *SPE.*, V, 22, 316, VI, 36, 76, 192, 246); Baldo repudiou qualquer «*interpretatio iudaica*» exaltando a por si reputada «*anima legis*» (*In textum Cod. Lib.*, Rub. *De serv. fugi.*, 1. *Quicumque*, n.º 17). Paulo de Castro ensinou, por seu lado, que «*magis sit inspicienda mens et intentio (...) quam verba, licet ignorantur e grossi homines, ut plurimum, faciant contrarium, adherentes verbis sicut iudei*» (*In Sec. Digesti Nov.*, Rub. *Ad Treb.*, 1. *Ubi § Te rogo*, n.º 2). A consideração do puro teor do texto não representava, assim, senão a inépcia do intérprete. Por isso, um autorizado escritor nosso contemporâneo — Nicolini — pôde escrever com referência a toda a jurisprudência medieval que «*a doutrina intermédia não cessa de fixar e estudar a regra segundo a qual o intérprete deve procurar a verdadeira mens legis, não fixar-se na expressão, que pode encontrar-se bem distante da intenção do legislador*».

Se o quadro descrito veda a caracterização da escola dos glosadores através de uma metodologia identificada pela atenção à letra com prejuízo do sentido dos preceitos,

¹. Cf. *infra*, n.º 100.

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

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

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

sentença e da sua letra, e nela olha-se não só ao sentido, mas também às palavras; glosa é a exposição do sentido que também contém a exposição da letra).

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

Os glosadores identificaram o direito positivo com o direito romano-canónico — ou tenderam a fazê-lo. Contemporâneos dos esforços do Império para a assunção de uma efectiva *potestas* relativamente ao orbe cristão no auge das lutas com o papado¹, viram no ordenamento romano-canónico o direito dos dois gládios que governariam a cristandade, a ordem jurídica por excelência, à qual todas se deveriam conformar e, conseqüentemente, objecto de um estudo autónomo e preferencial.

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

Concomitantemente com a vitória do papado, afirmou-se a recusa de uma série de príncipes e cidades reconhecerem a *iurisdicção* imperial². Isso obrigou os juristas à conciliação e adaptação do direito romano — exaltado pela maioria dos glosadores como expressão do poder imperial — em função das novas condições de facto e dos ordenamentos jurídicos de todos esses «estados»³.

Esteve, portanto, em causa não uma diferença da metodologia hermenêutica das escolas — o instrumental e propósitos da exegese —, que variou apenas de grau, mas a diferente maneira de encarar o objecto de análise em conseqüência de circunstâncias estranhas às próprias normas,

1. Cfr. *infra*, II, ^{os} 133 e ss. 2. Cfr. *infra*, II, ^{os} 132 e ss. 3. Cfr. *infra*, n.º 83.

ou seja, de vicissitudes políticas. De umas escolas para as outras mudaram não os processos de acção, mas o ponto de partida respectivo — e com isso naturalmente os objectivos de cada uma. Enquanto os glosadores visaram, em conseqüência das premissas adoptadas, uma construção consagrada do *ius commune* como direito por antonomásia, as escolas subseqüentes, sobretudo os comentadores, sem teoricamente renunciarem a essa concepção, privilegiaram a mútua integração entre ele e os *iura propria*.

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

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

Relativamente ao primeiro: o jurista medieval aproximou-se da lei com o intuito essencial de determinar os preceitos não pela consideração da globalidade do ordenamento jurídico, através do qual e mediante processos de dedução lógica e pressupostos de coerência, correlativos à ideia de sistema, se chegaria à delimitação dos diferentes

comandos — cuja enunciação constituiria apenas uma expressão particularizante do conjunto total —, mas vendo nestes algo de imediato, dotado de individualidade, a apreender em si mesmo. Os processos de correlação dos diferentes normativos não constituem, portanto, algo a atentar à partida, mas um simples instrumento mediato para fixar o preceito. Traduzem apenas expedientes exegeticos da individualização dos comandos. Numa palavra — o dado *a priori* para o jurista medieval não é o sistema jurídico, é a norma concreta.

Com esta afirmação não se pretende naturalmente repudiarmos a consideração de elementos sistemáticos na mentalidade jurídica medieval¹. Quer-se, apenas, accentuar que eles correspondem a operações de segundo estádio ou grau, representando a aproximação em relação ao preceito individualizado o fenómeno imediato (pelo menos na expressão típica do operar dos juristas da época). Ao princípio era, pois, o preceito.

A fórmula que consignámos pode, aliás, esclarecer-se e documentar-se com quanto escrevemos sobre os diferentes géneros literários — e quer isso seja tomado na descrição histórica da passagem de uns para os outros, quer no próprio processo de composição dos mais amplos e globais. No primeiro aspecto haverá a recordar o facto de, na sua grande maioria, serem eles derivados da *glosa*, em si mesma analítica e reportada a passagens e textos específicos. No segundo, a circunstância de as sumas, tratados e comentários, frequentemente e mesmo em épocas já tardias, resultarem da juxtaposição mais ou menos formal de textos de âmbito parcial ou limitado². De resto, dever-se-á

ter presente o facto de cronologicamente a fase inicial da jurisprudência medieval ter correspondido à hegemonia da glosa.

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

Para o jurista medieval a solução não se obtinha a partir da subsunção do facto à norma legal, mas pela ponderação das soluções possíveis. Em função destas era «achada» a norma aplicável, determinado o seu âmbito, estabelecida a interpretação competente¹. A aplicação das leis tinha de ser controlada em função das respectivas consequências face a critérios de justiça e de direito natural. A legitimidade da solução, além de sempre estar dependente da pertinência e correlação dos processos com que fora encontrada, deveria ceder perante outra considerada como justificação superior, *verbi gratia* pela sua utilidade prática. Quanto escrevemos anteriormente em relação às *distinctiones*², *quaestiones*³ e *solutiones contrarietatum*⁴ ajudará a compreender este aspecto. Importa mesmo assim determinar-nos nele um pouco mais.

1. Cf. *supra*, n.º 79 e *infra*, n.º 82, b).

2. Cf. *supra*, n.º 79, h), l), ll).

3. V. *supra*,

n.º 79. 4. V. *supra*, n.º 79, e).

1. Cf. *supra*, n.º 79, a).

2. Cf. *supra*, n.º 79, d), q).

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

As linhas anteriores não permitem a conclusão de todo o processo mental dos juristas medievais se haver radicado na intuição. Com elas quer-se apenas salientar a circunstância de isso ter sido facilitado em virtude de partirem, frequentemente, da análise de casos concretos (problemas)

e de muitas vezes assim ter acontecido — mesmo quando na aparência se adopta o modelo do raciocínio discursivo — mediante a fusão intelectual de processos literários e lógicos com autonomia formal. Mas estes constituíram um frequente instrumental do jurista e, embora tenham sido muitas vezes utilizados em conjunto ou com certa mescla, podem, ao menos para efeitos de análise didáctica, serem considerados com independência. Antes de os referirmos faremos ainda uma prevenção: eles correspondem aos processos que ainda hoje se utilizam tanto na prática como na ciência da construção jurídica.

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

Leges
a) *Leges*. A ciência jurídica medieval — como, aliás, a nossa — é uma ciência de textos. A ideia de fonte formal¹ apresenta-se em si mesma elucidativa. O preceito encontra a sua expressão num texto, ou seja, tem uma forma escrita — o que tanto vale dizer: só se pode apreender o respectivo significado mediante o significante. Este obedece, nomeadamente, às regras da gramática — a *ars* pela qual o espírito se exprime. Detenhamo-nos assim um pouco para melhor compreensão deste ponto essencial à superação daquelas posições que atribuem a séculos de exegese jurídica medieval uma simples função literal, feita com divórcio do *sentido* e apenas de acordo com

1. V. *supra*, n.º 38.

regras sintáticas. A isto acresce a necessidade de vincarmos que a separação entre *leges*, *rationes*, *auctoritates* é essencialmente formal. Numa ponderação substancial não se verifica essa simplicidade esquemática, pois a inteligibilidade das *leges* pressupõe operações mentais nas quais aqueles outros dois termos se encontram coenvolvidos ou que lhe são afins. A *lex* constitui, assim, apenas um elemento alcançável mediatamente.

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

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

Esta gramática especulativa visava, como escreve Vignaux, «*para lá das particularidades linguísticas, dos acidentes, uma estrutura universal e trata das maneiras de significar* — de modis significandi». Chega-se, assim, à ideia de uma gramática universal, comum a todas as lin-

guas «*porque a língua é a significação visível do espírito, e o espírito é idêntico em todos os tempos e em todos os lugares*», segundo a síntese que Régis faz de tal orientação. Ela encontra, aliás, apoio e pode exprimir-se com algumas proposições medievais consideradas modelares por Garin: «*Grammatica una et eadem est secundum substantiam in omnibus linguis licet accidentaliter varietur*» (a gramática é substancialmente uma e a mesma em todas as línguas, embora varie accidentalmente), «*sciens grammaticam in uno idiomate, sciant eam in alio*» (sabendo a gramática num idioma sabemo-la noutro), «*inventio grammaticae grammaticam praecedit non ergo grammaticus sed philosophus proprie naturas rerum diligenter considerans, ex quibus modi essendi o propriari diversis rebus cognoscuntur, grammaticam inventi*» (a descoberta da gramática é anterior ao gramático; não foi, com efeito, o gramático, mas o filósofo aquele que — ao considerar com diligência a natureza das coisas, das quais se conhecem as formas de ser apropriadas — encontrou a gramática).

Neste quadro não admira que se tenha já escrito haver a Idade Média promovido a gramática à «*dignidade da disciplina filosófica*». Podê-lo-emos compreender melhor se atentarmos no ensinamento de John of Salisbury, autor cuja influência nos juristas está hoje comprovada, segundo o qual as regras da gramática nos permitem «*tanto receber como transmitir a sabedoria*» — visto consistirem em métodos directos e sintéticos para utilização da linguagem, dividida pela razão para facilitar a comunicação verbal, conforme ele próprio acentuou — com elas se preparando o espírito para «*compreender quanto pode ser significado com palavras*», isto por um lado; por outro, tendo em atenção também os ensinamentos de um dos maiores lógicos medievais,

Abelardo (m. 1142), cuja influência nos juristas está igualmente documentada. Numa distinção — «*ao gosto moderno*», como recentemente escreveram os Kneale — Abelardo separava a física, estudo dos factos, da lógica, estudo do sentido das palavras. Para Abelardo a lógica tratava da *oratio* enquanto veículo do raciocínio, nela se reflectindo sobre as convenções que «*dão às palavras os sentidos que têm*» e como estes variam nas diferentes posições.

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

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

Desta forma a gramática ligava-se à lógica, dialéctica e retórica, tendo, a propósito da última, escrito Nicolau Tibini: «*(...) rethorica scientia, que presupponit grammaticam.*» Outro tanto vale dizer que o conhecimento da gramática pelos juristas, impossível de negar no quadro medieval, não

só os levava à consideração lógica dos textos, mas lhes consentia dominá-los e abarcar as virtualidades do respectivo significado literal mediante o estudo dos modos significantes.

Chegados aqui, interessa ainda chamar a atenção para um ponto conexo, por relativo, também ele, ao carácter mediato das *leges* na *ars inveniendi*. Brugi — e, na sua esteira, Lombardi — vincou a circunstância de a própria invocação do preceito legal poder decorrer de um processo argumentativo paralelo à análise dos significantes, se tomarmos esta como a vimos. Com efeito, os preceitos legais podem ser citados «*pura e simplesmente* (simpliciter) *quando decidem de modo expresso o caso; ou em via de argumentação* (in argumentum) *quando a decisão aí fosse implícita*», disse o primeiro daqueles autores. Nós preferíamos substituir as palavras «*quando a decisão aí fosse implícita*» pela ideia «*quando tais textos pudessem ser utilizados para a descobrir*». Neste estádio as citações legais aproximam-se consideravelmente das *rationes* e *auctoritates*. Lombardi escreveu que elas constituem «*qualquer coisa de intermédio entre as *leges* e as *rationes**». Pelo nosso lado, chamaríamos de novo a atenção para o esquematismo da separação dos elementos da *ars inveniendi*.

b) Rationes. Com este termo *rationes* designa Lombardi os argumentos de equidade — nós, anteporíamos, de justiça —, de direito natural, de oportunidade e de lógica que «*não encontram o seu apoio num texto de lei humana e divina*». Para este escritor as *rationes*, frequentemente inerentes à argumentação espontânea dos juristas, formam «*a matéria da tópica ou ars inveniendi que é a parte mais conspícua dos tratados tardios de dialéctica legal*». Se nos

1. Cf. *infra*, alínea c).

parece certa a subsequente afirmação de Lombardi de que quanto maior for o recurso às *rationes* mais o ordenamento jurídico será *prudencial* e menos será *legal*, já temos dúvidas sobre a integral correcção do seu ensinamento quando apresenta as *rationes* como carentes de apoio em texto legal e quando as reconduz integralmente à tópica¹. No tocante ao primeiro ponto, se, em certos casos, as *rationes* fundamentam uma solução *alegal*, construída em sede exclusiva de justiça, utilidade ou racionalidade; se, noutros, é através delas que se censura o preceito textual, sobre o qual incide o juízo de desfavor e se justifica, portanto, um ditame *contra legem*; se, noutros ainda, se vai para além da lei mediante as operações discursivas morais e lógicas; se é, ainda, possível conceber as *rationes* como instrumentos interpretativos da própria lei — é também viável a utilização de preceitos legais de forma discursiva e, portanto, como elementos do raciocínio, desde que não aduzidos *sic et simpliciter*, mas argumentativamente. Neste sentido as *rationes* apoiam-se em citações legais.

Quanto ao segundo ponto: os elementos do discurso jurídico não se reduzem à tópica². Eles implicam igualmente a consideração dos argumentos topicamente estabelecidos, mediante processos de lógica analítica e de lógica persuasiva. São temas que trataremos de seguida.

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

1. V. *infra*, alínea c). 2. Cfr. *infra*, alínea c).

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

Foram estas premissas acolhidas também por Aristóteles. O *Estagirita* contrapôs a uma lógica do indiscutivelmente necessário, e portanto necessariamente verdadeiro, a lógica de quanto não possuindo essa qualidade era apenas contingente, embora intrinsecamente apresentasse por si razões sérias de credibilidade. A primeira correspondia a quanto se tinha como provado; a segunda, ao que cumpria provar (*provável*) e susceptível, em consequência, de contradição. Nesta última «lógica» teorizavam-se os caminhos que permitiam à razão concluir por um termo possível, embora sem certeza indiscutível da falsidade do termo antagónico (antes aceitando mesmo a possibilidade de ele ser verdadeiro), conforme ensinou um dos maiores discípulos medievais de Aristóteles, S. Tomás, assumível como paradigma da sua época. Sem a convicção moderna — hoje, aliás, em via de abjuração, se não já abjurada — da possibilidade de reduzir todo o conhecimento válido a proporções certas e necessárias, o pensamento medieval aceitou o conhecimento provável como ínsito a vastas zonas de actividade intelectual, delimitando-o pelo *necessariamente verdadeiro* e pelo *necessariamente falso*, aos quais se contrapunha. Consequentemente com tais premissas desenvolveu uma lógica probabilística (*ratio proba-*

bilis), legitimante da *verdade provável* e determinante dos respectivos limites.

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

Quanto se diz para a filosofia, pode dizer-se para a teologia e para o próprio direito. Também este parte — ao menos em larga medida — de um sistema de valores

opinativos, não se identificando com um somatório de posições certas e necessárias. Está assim dominado por uma lógica do provável e não do necessário, pelo que as *verdades* respectivas carecem de *prova* (argumento).

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

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

A retórica é a arte da persuasão, conforme resulta, aliás, de algumas definições célebres: «*Rhetorica*», escreveu Santo Isidro, Et. 2.1.2., «*est bene dicendi scientia, in civilibus quaestionibus [eloquentia copia] ad persuadendum justa et bona*.» «*Rhetorica*», ensinou outro dos grandes divulgadores medievais da cultura antiga, Cassiodoro (2.2), «*dicitur a copia deductae locutionis influere. Ars autem rhetorica est (...) bene dicendi scientia in civilibus quaestionibus*.» Formalmente apresenta-se sob a forma de discurso, susceptível de longos encadeados de conclusões (*epigrammas e sorites*), incorporante de elementos de natureza psicológica — *verbi gratia* emocional — e atento ou moldado por considerações e regras estéticas.

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

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

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

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

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

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

de a conclusão dialéctica não impor a exclusão de outra contrária ou a formação de um diverso silogismo.

b) *Rationes*. (*Cont.*) — A historiografia jurídica moderna tem posto em destaque o conhecimento da dialéctica tanto pelos glosadores como pelos juristas posteriores — e a aplicação das respectivas regras nos seus escritos¹. Não faltam hoje, também, vozes que proclamam mesmo um uso imoderado desta arte por parte dos juristas, que aliás debateram entre si a legitimidade e os limites de tal procedimento. Alberico de Rosate² e o seu contemporâneo Lucas de Penna denunciaram os exageros da aplicação da dialéctica no raciocínio jurídico. O segundo criticou mesmo a elevação da dialéctica, praticada no seu tempo, de simples *modus sciendi* a *scientia*. Era um protesto contra a demasiada formalização do pensamento jurídico, em prejuízo dos valores (virtudes).

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

O facto de, a partir do século XVI, — e em virtude de Ramus ter atentado sobretudo na sua vertente estética — a retórica ser progressivamente entendida como uma teoria literária, aliás sedida para o nosso gosto contemporâneo pelo funcional, levou ao esbatimento da sua índole material de lógica de valores, — para o que contribuiu também, de forma decisiva, a posterior hegemonia do positivismo, de si avesso às preocupações axiológicas. Só moderna-

mente os estudiosos da lógica probabilística encetaram a reabilitação da retórica como elemento insito no pensar dos juristas.

No campo da historiografia, não obstante alguns reflexos de tais orientações, é, assim, relativamente escasso o pecúlio retórico reconhecido nas obras medievais. Normalmente a influência retórica é identificada com a redacção dos prólogos e dedicatórias, proclamações dos autores nos finais das obras, alguns tropos literários, citações de escritores não juristas, sobretudo representantes da cultura antiga, para fundamentar, mediante o respectivo exemplo, uma ou outra asserção. O jízo emitido pelo grande Savigny (n. 1779 — m. 1861) sobre o processo mental dos juristas medievos — cujas obras acusava de leitura odiosa pela constante prática dos processos dialécticos — não encontrará muitos críticos para o repudiarem.

Sem contestarmos o saldo retórico que fica descrito — parece-nos que ele atenta no menos importante. Embora quanto possuímos sobre as peças dos advogados e o registo de audiências seja muito escasso e as sentenças da época não contenham exposições de motivos (fundamentação jurídica), alguns documentos forenses revelam-nos um uso dos processos retóricos que as necessidades da persuasão judicial levam a admitir por manifestações de uma metodologia decerto generalizada. Aquele superamento da interpretação literal que assinalamos como praticado pela jurisprudência medieval há-de ter sido também influenciado pela retórica. Por um lado, o tipo de argumentação retórica não era de molde a consentir o acompanhamento de textos *pari passu*, como seria exigido por uma exegese meramente literal, consideração esta tanto mais relevante quanto

1. Cfr. *supra*, n.ºs 79, 79 e), 79 i), *et passim*.

2. Sobre este jurista cfr. *supra*, n.º 75.

o ensino universitário se configurou de forma essencialmente oral e, como vimos, muitas obras escritas nele se baseavam ou o reproduziam¹. Por outro lado, a preocupação retórica pelos valores (ou seja, na terminologia da época, as virtudes) que conduzia a contrastar pelos seus diâmetros os resultados da hermenêutica dos textos — afastando-a ou não em conformidade com o postulado pela justiça, pela prudência, etc., e pelo direito natural — levava necessariamente à consideração mais da *ratio* dos textos que da sua expressão. De resto, a tradição herdada dos precedentes retóricos clássicos — qualquer que haja sido a influência directa da arte retórica nos prudentes romanos, matéria hoje em discussão — consagrava a dicotomia *letra-espírito*, como actualmente se diria (*litera e sententia*)².

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

1. Cfr. *supra*, n.ºs 79 j) e 79 q).

2. Cfr. *supra*, n.ºs 79 a), 79 q) e 80.

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

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

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

Cícero, cuja lição vai ser repetida pela Idade Média, definiu a argumentação como desenvolvimento de argumentos, «*explicatio argumenti argumentatio*». (PO., XIII. 46). Isto evidencia-nos que tanto a dialéctica como a retórica, enquanto lógicas do provável, pressupõem e arrancam de um arte prévia e comum: a *tópica*, ou arte de encontrar argumentos (*ars inveniendi*) (Top. II. 6), seja qual for a matéria a deliberar. Reportando-se à noção ciceroniana, um autor alemão dos nossos dias — Zieliński — desenvolveu-a em termos que para melhor compreensão aqui reproduzimos: «*Arte de invocar em qualquer situação da vida as razões que aconselham ou dissuadem certo passo, ponderadas as razões num e noutro sentido, ou seja, as razões positivas e as negativas*». A *tópica* liga-se, assim, ao domínio do deliberativo e, portanto, a problemas — ou seja, a

1. Cfr. *supra*, n.º 79 j), 79 q).

questões que consentem mais de uma resposta. Daqui a sua radicação no provável. Cícero ensinou-o também expressamente ao definir *argumento* como uma razão plausível de convencimento construída a partir de tópicos (*PO*, II, 5).

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

Para explicar a adopção do termo lugar (*locus*) como sede de argumentos tem-se, aliás, usado uma outra ideia. Assim como no mundo físico quem procura um objecto perdido o encontrará rapidamente se souber onde procurar, também quem busca um argumento o descobrirá

com facilidade indagando no *sítio* certo. Qual ele seja traduz-se na teoria dos *loci* (lugares) ou tópicos. Por tal razão Cícero — e depois dele a Idade Média — fala indiferentemente em *locus* (lugar) como argumento e «depósito» de argumentos.

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

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

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

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

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

Auctoritates. A aceitação como premissas de asserções que em si mesmas não consentem a demonstração da respectiva verdade ou falsidade e cuja legitimidade provém unicamente da sua probabilidade, coloca o problema de qual o critério para julgar a credibilidade por elas merecida. Aristóteles, que ilustrou este aspecto contrapondo a *dialéctica* à *sofística*, resolveu-o separando as opiniões — correspondentes àquela — das simples *aparências* de opiniões — que se identificariam com esta. A opinião traduzia o ponto de vista — passe o francesismo por expressivo — de todos os homens, da maioria deles ou dos mais sábios. Como a primeira hipótese é, ao menos tendencialmente, apenas teórica e a segunda só verificável em circunstâncias específicas, alheias ao trabalho intelectual, o pensar por opiniões importa uma referência à *auctoritas* dos depoimentos e, portanto, dos autores que em cada caso se pronunciaram¹.

Chenu demonstrou, face a textos romanos, que o termo *auctoritas* designava a intervenção daquele que afluava ou garantia algo, ou seja, de quem era digno de crédito. Por isso Alvaro D'Ors viu na *auctoritas* um saber socialmente reconhecido². A *opinião* traduzia o ensinamento de um douto — daquele, portanto, que era perito numa arte e cujo testemunho de vivência e experiência respectiva se aduzia para dar credibilidade a uma asserção insusceptível de demonstração em termos de verdade ou falsidade, de si imediativos de qualquer discussão. O pensamento por opiniões traduz, assim e em última análise, um pensamento de peritos (doutores). Como, porém, entre o círculo destes pode haver divergências, em função de eles próprios «garantirem» posições apenas prováveis, torna-se necessário averiguar a

1. Cfr. *supra*, n.º 79 c). 2. Cfr. *supra*, n.º 70.

possibilidade de conciliação entre as diferentes formulações. Daqui uma série de processos de hierarquização das opiniões, dos quais nos interessa salientar o da *opinião commun dos doutores*, a propósito da qual aludiremos a outros.

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

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

Não nos parece legítimo tal ensinamento. As opiniões foram analisadas não só em função dos respectivos autores, como em si mesmas. Assim, discutia-se a admissibilidade, e — concedida esta — qual o valor das asserções de santos, filósofos, poetas, gramáticos, etc., quando invocados no discurso jurídico. Relativamente aos juristas também se distinguiu entre canonistas e legistas, doutores antigos e doutores novos, por exemplo, o que se foi frequente e talvez essencialmente feito em consideração de prerrogativas honoríficas, não deixou de se projectar no campo

da *auctoritas*. Aliás, as próprias características individuais dos juristas, o seu *curriculum* e a sua obra — o grau de especialização, diríamos hoje —, pode aperceber-se nos epítetos que autonomasticamente lhes foram concedidos. Os reservados a Bártolo¹, por exemplo, denotam bem o superior peso da *opinio Bartoli* em confronto com a de qualquer outro jurista?

No tocante não ao subscritor da proposição mas a esta mesma também se traçou uma casuística variada, ponderando-se desde a forma da respectiva emissão³, ao intuito do autor ao subscrevê-la — «*ex professo*» ou incidentalmente (*incidenter tantum*) — passando naturalmente pela extensão lógica respectiva. Neste campo, o grande meio utilizado foi o da *divisio*⁴. As proposições entre si antagónicas eram parceladas por tal forma que delas resultava uma série de enunciados, cada um com uma espécie de competência própria, como já alguém escreveu de forma sugestiva, — e passíveis, portanto, de hierarquização particular, capaz de diminuir a contradição dos enunciados gerais.

Só pois, posteriormente, à constatação da autoridade particular dos juristas e da impossibilidade de hierarquizar as opiniões ou de as conciliar é que se lançava mão da operação registada nos textos da contagem dos subscritores de cada orientação. Decerto que neles se não encontra esse condicionalismo expressamente referido, aludindo-se (como vimos no texto de Baldo acima recortado⁵), apenas à operação estatística de levantamento das vozes apoiantes de cada solução. Pressupõe-no, porém⁶. A elisão explica-se mesmo pela inelégância de qualquer referência formal, pois

1. Cfr. *supra*, n.º 77.

2. Sobre a dialéctica número-qualidade cfr. lb. n.ºs 152 e 164.

3. Cfr. *supra*, n.º 79 c).

4. Cfr. *supra*, n.º 79 lb).

5. Cfr. *supra*, n.º 82 c).

6. Cfr. *infra*, n.º 89.

o tópico da opinião comum não representava senão um *locus* (lugar) determinado e, portanto, inseria-se no conjunto destes, com o qual se conjugava.

A opinião comum dos doutores, enquanto simples tópico, não tinha em si a virtude de tornar certa ou evidente a solução advogada. O seu papel era mais modesto e circunscrito ao domínio do provável. Isto porque não possuindo qualquer doutor mais do que uma *authoritas probabilis* não o tinha o conjunto destes. Mesmo a *Magna Glossa* carecia de autoridade de índole superior e os próprios livros aprovados pelas escolas para o ensino da jurisprudência não constituíam autoridades necessárias (*authoritates necessariae*). Em vez do dogmatismo que se atribuiu ao pensamento medievo, este estruturava-se, através da adopção do pensar probabilístico, em patente humildade intelectual que raiava pelo cepticismo metodológico, precursor de Descartes com a sua dúvida metódica. Percebê-lo-á quem tiver presente haver a jurisprudência da época dividido, com vista a fixar o valor das diferentes *opiniones* pressupostas pelo pensar probabilístico inerente ao raciocínio jurídico, as autoridades em *approbatæ* (*leges et canones*) e *nec approbatæ nec reprobatæ* — a saber, meramente enunciativas ou recitativas (histórias e crónicas) ou *quæ procedente disponendo et determinando*, com duas subcategorias, as *approbatæ in studiis* (Aristóteles, Hipócrates...) e as *non approbatæ in studiis* (*doctores*, ou seja, canonistas e civilistas), segundo o esquema de Bártolo, que traduz a doutrina anterior e será recolhido pela posterior. Os juristas deveriam ser acatados apenas como peritos de uma «*ars*» — ou seja, a opinião de cada doutor não era tida como necessária, mas apenas provável e, portanto, sujeita ao contraste com a dos demais homens do *métier* — conforme

se pode documentar com uma afirmação de Cino de Pistóia: «*Disseram-no os doutores da Glosa e mesmo Odofredo. E por muitos que fossem a afirmá-lo, ainda que mil, todos errariam*». Tratava-se, aliás, de ensinamentos conformes à posição translática fora das escolas jurídicas. Honório de Autun escrevera muito antes: «*Não há autoridade senão a da verdade, provada pela razão*». Gilberto de Tournai dissera também: «*Os que escreveram antes de nós não são senhores, mas guias. A verdade está aberta a todos, porque nunca foi possuída totalmente*». E quantos outros depoimentos, de leigos ou de juristas, se poderiam referir...

Só não era o livre exame levado ao mais extremado individualismo pelo facto de a mesma porta que o abria — o valor apenas *provável* da opinião — contribuir, simultaneamente, para o cerrar, na medida em que, enquanto provável, a opinião continha uma presunção de verdade. «*Aquilo que a Glosa estatui deve ser mantido, pois nas decisões das glosas raramente se encontram erros*», afirmou Baldo — aliás, sem qualquer originalidade. Daqui a recolha sistemática das diferentes opiniões, tidas como comuns, emitidas a propósito dos diversos assuntos e por vezes contraditórias. Era um processo de economia de trabalho, destinado a facilitar a investigação e o raciocínio, dispensando a busca de sentenças (*opiniones*) muitas vezes proferidas de forma esparsa pelos doutores, ao comentarem textos ou quando da resolução do caso concreto. Sirva-nos de exemplos o *Liber Opinionum* do português João de Deus. Redigido com o propósito de fixar as diferentes opiniões, cuja variedade e contradições tornavam difícil o estabelecimento da verdade [«*(...) item difficile potest in tot opinionibus varias apprehendi quare per servum sudarii generalis, Johannen de deo, fecimus varietates maiores*

opinionum in uno volumine redigi!] foi submetido pelo autor ao Papa, para este aprovar as disso merecedoras e reprová-las as que se impusesse («*approbandas approbare et improbandas improbare*»).

A *actorias* dos juristas — comum ou própria — enquanto tópico, funcionou, aliás, como determinante do processo de busca de argumentos, antes referido. Com efeito, perante a multiplicidade de normas aplicáveis a cada caso — concurso normativo, como hoje se diz — a escolha da efectivamente aplicada foi o fruto das justificações dos doutores. Mas não constituiu esse apenas o respectivo papel. A norma, quando não resolva *simpliciter* o caso, implica na sua aplicação, enquanto tradutora de premissas gerais, uma adaptação às reduzidas dimensões daquele, que pode ser feita com recurso a mais de um tópico formal — por maioria de razão, por paridade de razão, *a contrario*, etc. Ora, a escolha de qual deve ser adoptado¹ e resolva *simpliciter* o caso, o que só raramente acontece — apresenta um carácter meramente prológico, sendo justificável, portanto, apenas em termos dialécticos-retóricos e na base de justificações tópicas, nomeadamente pela consideração da consequência — desejável ou indesejável — a que conduz. A *actorias* dos juristas, enquanto tradutora das experiências precedentes, funciona neste caso como elemento legítimo do tópico formal escolhido para base da argumentação probabilística posterior. Ainda aqui se revela a importância do direito prudencial, sabido como é que o carácter geral da norma implica uma passagem ao caso concreto que não encontra nela mesma factores possibilitantes.

1. Cfr. *supra*, n.º 82 b).

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

A tal respeito deve o estudante ter bem presente a circunstância de o *Corpus justinianeu* representar a ordem normativa de um imperador, falecido havia cerca de seis séculos, cujo poder se não exercera sobre a generalidade dos países que constituem a maior parte da Europa Ocidental e que, mesmo onde logrou impor-se, só o conseguiu fugazmente. É certo que o Império foi renovado, como já houve oportunidade de sublinhar, na pessoa de Carlos Magno, e que dos francos se trasladou aos germanos; como indubitável é também que os imperadores medievais se arrogaram, como continuadores e sucessores dos antigos imperadores romanos, da jurisdição universal. A *iurisdicção imperii* porém, encontrou pela frente as afirmações de autonomia e independência dos vários príncipes¹. Naufragou ante a reivindicação da isenção relativamente ao Império (*exemptio imperii*), feita nos diversos territórios. Assim, se o direito romano se apresenta como *direito comum* (*ius commune*) ao longo dos séculos que decorrem de Innério até ao fim da Idade Média, resulta isso não do poder imperial, mas do trabalho científico dos prudentes. São estes que o impõem como «lei geral de todos» (*lex omnium generalis*). Daí a afirmação de que em linguagem corrente o direito comum abrange também a interpretação dos doutores — «vul-

1. Cfr. *infra*, n.ºs 132 e ss.

garmente falando, por direito comum entende-se também toda a interpretação dos doutores» (*vulgariter loquendo per ius commune intelligitur quoque omnis doctorum interpretatio*).

É precisamente por influência dos doutores que o direito romano justinianeu será reelaborado em termos de adequação às necessidades medievais, de tal modo que adquira novo sentido. Os juristas manejarão-o em concomitância com o direito canónico e com os direitos locais — *iura propria* — para obterem um ordenamento eficaz em termos de realidade. Estabelecem, com base no direito romano, uma interpenetração de ordenamentos jurídicos de que sairá esse quase que terceiro género que é o *ius commune*. Alguns autores têm chegado a ver no *ius commune* uma fusão dos diversos elementos, sobretudo do direito romano e do canónico, indo Francesco Calasso até ao ponto de afirmar que o *ius commune* representa um *sistema legislativo*. Semelhante modos de ver, porém, não colhem, como ainda há pouco mostraram Giovanni Cassandro e Bruno Paradisi. O direito romano e o direito canónico actuaram reciprocamente um sobre o outro em relação de concorrência e em relação de conjugação, consoante as épocas, as próprias relações entre os poderes e as ideologias. Houve *dialética* e *simbiose*, mas não *fusão*. Trata-se de dois direitos diversos (*utrumque ius*), e não de um direito (*unum ius*). O direito comum é direito romano ampliado, modificado, transformado pela interpretação doctorum, mas direito romano. *Ampliações e limitações* não lhe retiram a qualidade. «*Quando os juristas*», diz Giovanni Cassandro, «*adoptam o termo ius commune, em regra pensam no direito romano, não no utrumque ius.*» *Ius commune* é *ius commune romanum*¹.

1. V. *infra*, n.º 120.

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

BIBLIOGRAFIA — 1. Para os aspectos gerais, caracterização das escolas e tipos de literatura jurídica v., entre a inúmera bibliografia: ASTUTI, «La 'Glosa' Accursiana», in *ACISA*, II, 1968 e *L'Europa del Diritto Comune*, Roma, 1994; FERNANDEZ BARREIRO, *Derecho Común y Derechos Nacionales en la Cultura Jurídica Europea*, La Coruña, 1991; BELLOMO, *Aspetti dell'Insegnamento Giuridico nella Università Medievale*, R. Calabria, 1974 e *Saggio sull'Università nell'Età del Diritto Comune*, Catânia, 1979; *L'Europa del Diritto Comune*, Roma, 1994; BESTA, *Fonti: Legislazione e Scienza Giuridica dalla Caduta dell'Impero Romano al Secolo Decimo-Quinto*, Milão, 1925 (= *Storia del Diritto Italiano*, publicada sob a direcção de Del Giudice) e *L'Opera di Irnerio*, Turim, 1986; BRUGI, «Il Metodo dei Glossatori Bolognesi» em *Studi in Onore di S. Riccobono*, Palermo, 1936, I; CALASSO *Introduzione al Diritto Comune*, Milão, 1951 e *Medioevo del Diritto*, Milão, 1954, I; CANNATA, *Lineamenti di Storia della Giurisprudenza Europea*, Turim, 1976; MARIO CARVALE, *Ordinamenti Giuridici dell'Europa Medievale*, Bolonha 1994; F. CARPINTERO, «En Torno al Método de los Juristas Medievales», in *AHDE*, LI, 1982; CASSANDRO, *Lezioni di Diritto Comune*, Nápoles, 1971; CAVANA, *Storia del Diritto Moderno in Europa*, Milão, 1979; CHÉVRIER, «Sur l'Art de l'Argumentation chez Quelques Romanistes Médiévaux au XII^e et au XIII^e Siècle», in *APD*, 1966; CHIAZZESE, «Vicende e Interpretazione delle Fonti Romane in Occidente», in *Annali del Sem. Giur. della Univ. Palermo*, XXXIII; CLAVERO, *Temas de Historia del Derecho Común*, Sevilla, 1977 e *Institucion Histórica del Derecho*, Madrid, 1992; COING, *Derecho Privado Europeo*, trad. esp. de 1996, Madrid, I; W. ENGLEMANN, *Die Wiedergeburt der Rechtskultur in Italien durch die wissenschaftliche*

Lehre, Leipzig, 1938; G. ERMINI, «L'Educazione del Giurista nella Tradizione del 'Diritto Comune'», in *L'Educazione Giuridica*, II, *Profilo Storici*, Perugia, 1979; FERNANDEZ ESPINAR, *Fuentes del Derecho Histórico Español*, Madrid, 1985; GENZMER, «I Glossatori», in *Arch. Giur.*, 1938 e «Vorbilder für die Distinctionen der Glossatoren», in *ACI*, II, Roma, 1937; GIBERT, *Elementos Formativos del Derecho en Europa. Germanico, Romano, Canonico*, Granada, 1975; *Ius Romanum Medii Aevi*, ob. col. Milão — em curso de publicação; GORDON, «Cinus and Pierre de Belleperche», in *Daube Noster*, Edinburgh, 1974; P. GROSSI, *L'Ordine Giuridico Medievale*, Roma-Bari, 1966; HORN, «Philosophie in der Jurisprudenz der Kommentatoren: Baldus Philosophus», in *Ius Commune*, 1967; H. KANTOROWICZ, *Studies in the Glossators of Roman Law*, Cambridge, 1938, «The Quaestiones Disputatae of Glossators» e «Die Allegationen im spätem Mittelalter», ambos in *Rechtshistorische Schriften*, Karlsruhe, 1970; KOSCHAKER, *Europa y el Derecho Romano*, Madrid, trad. esp. de 1955; S. KUTTNER, «Réflexions sur les Brocards des Glossateurs», in *Mélanges Joseph de Ghellinck*, S. J., Gembloux, 1951; LE BRAS, «L'Age Classique (1140-1378). Sources et Théorie du Droit», in *Histoire du Droit et des Institutions de l'Eglise en Occident*, Paris, 1965; «Résolution de Desaccords entre Droit Romain et Droit Canon dans l'Oeuvre des Grands Cassiques», in *SV*, I; LEICHT, *Storia del Diritto Italiano, Le Fonti*, Milão, 1956; S. DI NOTO MARRELLU, «Doctores», *Contributo alla Storia degli Intelletuali nella Dottrina del Diritto Comune*, Pádua, 1994, I e II; MASCHI, «Accursio Percursore del Metodo Storico-Critico nello Studio del 'Corpus Iuris Civilis'», in *Atti... St. Accursiani* cit., II; MEIJERS, *Études d'Histoire du Droit*, Leyden, 1956-1959; MORTARI, *Dogmatica e Interpretazione. I Giuristi Medievali*, Nápoles, 1976; 1966 e *Aspetti del Pensiero Giuridico Medievale*, Nápoles, 1979; NICOLINI, «I Giuristi Postaccursiani e la Fortuna della 'Glosa' in Italia», in *Atti... di St. Accursiani* II, cit. e *Il Principio di Legalità nelle Democrazie Italiane*, Pádua, 1965; PARADISI, *Storia del Diritto Italiano*, Nápoles, 1969; SAVIGNY, *Geschichte des Römischen Rechts in Mittelalter*, Hei-delberg, 1834-1851 — trad. franc. de 1839 e ed. it. de 1854-1857; A. PADOA SCHIOPPA, *Il Diritto nella Storia d'Europa. Il Medioevo*, I, Pádua, 1995; STEIN, *Regulae Iuris. From Juristic Rules to Legal Maxims*,

Edinburgh, 1956; VAN DE KAMP, *Bartholo de Sassoferrato*, Urbino, 1935; P. WEIMAR, «Die legistische Literatur und die Methode des Rechtsunterrichts Glossatorenzeit», in *Ius Commune*, II e «Argumenta Brocardia», in *SG*, XIV; G. WESENBERG-G. WESSENER, *Neuer Deutsche Privatrechtsgeschichte im Rahmen der Europäischen Rechtsentwicklung*, Viena-Colónia-Graz, 1985 — trad. esp. de 1998; F. WIEACKER, *Historia do Direito Privado Moderno*, Lisboa, trad. port. 2.ª ed., 1993, etc., etc.

2. Relativamente às Universidades, ver, além das obras de Bellomo indicadas no número precedente e da bibliografia mencionada no capítulo seguinte (referente à Universidade portuguesa), G. BRAGA DA CRUZ, *Origem e Evolução da Universidade*, Lisboa, 1964; PH. DELHAYE, *L'Organisation Scolaire au XII^e Siècle*, Louvain-la-Neuve, 1961; A. CAPTÁN DÍAZ, *Hist. de la Educación en España*, Madrid, 1991; I. ERMINI, «Concetto di Studium Generale», in *Scritti di Diritto Comune*, Pádua, 1976; A. GIMENEZ, *Historia de la Universidad Española*, Madrid, 1971; IRSAY, *Histoire des Universités Françaises et Étrangères des Origines à nos Jours*, Paris, 1933, I; RASHDALL, *The Universities of Europe in the Middle Ages*, Oxford, 1936; W. RÜEGG, (cord.) — *Uma História da Universidade na Europa*, Lisboa, 1996; J. M. QUEIROZ VELOSO, «As Universidades. Sua História. Sua Função Social», in *Atlântida*, II, n.º 13, 1916; VERÍSSIMO SERRÃO, *História das Universidades*, Porto, 1983; SORBELLI, *Storia della Università di Bologna*, Bolonha, 1940, I; J. VERGER, *Les Universités au Moyen Âge*, Paris, 1973; OLGA WEIERS, *Terminologie des Universités au XII^e Siècle*, Roma, 1987. Outra bibliografia em: A. MOREIRA DE SÁ, R. EKKART, M. FÉNIYES, A. DE KALBERMATTEN e L. HAEBERLI, *Bibliographie Internationale de l'Histoire des Universités*, Genebra, 1976; GARCÍA Y GARCÍA, «Bibliografía de Historia de las Universidades Españolas», in *RHCEE*, VII, 1979.

3. Para o processo mental dos juristas (nomeadamente para as artes do *Trivium*), cf. *verbi gratia* e além da generalidade da bibliografia indicada no n.º 1, máx. dos estudos de Bellomo, Chévrier, Engelmann, Kantorowicz, Meijers, Mortari, Nicolini, Stein e Weimar: ABBAGNANO, «Quatro Conceptos de Dialética», in *La Evolución de la Dialética*, ob. col., Turim, 1958 — trad. esp. de 1971; RUY

DE ALBUQUERQUE, *A Integração da Auctoritas Poética no Discurso dos Juristas (Ars Inveniendi)* — no prelo; *Arts Libéraux et Philosophie au Moyen Age*, obr. col., Montreal-Paris, 1969; R. ALEXI, *Theorie der Juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses der Juristischen Begründung*, Frankfurt, 1978; GARCÍA AMADO, *Teorias de la Topica Jurídica*, Madrid, 1988; R. BARILI, *Retórica*, Lisboa, trad. port. de 1979, S. BATTAGLIA, *La Coscienza Letteraria del Medioevo*, Nápoles, 1965; R. BARTHES, «A Retórica Antiga», in *A Aventura Semiológica*, LISBOA, 1987; E. F. M. BEUCHOT, *La Filosofía del Lenguaje en la Edad Media*, México, 1981; BLANCHÉ, *História da Lógica de Aristóteles a Bertrand Russel*, Lisboa, trad. port. de 1985; BLOND, *Logique et Méthode Chez Aristote*, Paris, 1970; BYRNE, *Probability and Opinion. A Study in the Medieval Presuppositions of Post-Medieval Theories of Probability*, Haia, 1968; F. GAMA CAEIRO, *Santo António de Lisboa*, Lisboa, 1967; J. CAPLAN, *Of Eloquence, Studies on Ancient and Medieval Rhetoric*, Itaca, 1970; MANUEL M. CARILHO, *Jogos de Racionalidade*, Lisboa, 1994, e «A Retórica, Hoje: Um Novo Paradigma», na ob. col. *Retórica e Comunicação*, Lisboa, 1994; M. D. CHENU, *Introduction à l'Étude de Saint Thomas d'Aquin*, Montréal-Paris, 1974; CLARK, *Rhetoric in Graeco-Roman Education*, N. Y., 1956; COING, «Trois Formes Historiques d'Interprétation du Droit», in *RHDFE.*, 1970; MENESSES CORDEIRO, *A Boa Fé no Direito Civil*, Lisboa, 1983; AMÂNDIO A. COXITO, *Lógica, Semântica e Conhecimento na Escolástica Peninsular Pré-Renascença*, Coimbra, 1981; E. R. CURTIUS, *Europäische Literatur und lateinische Mittelalter*, Berna, 1948, trad. esp. de 1955; PETER DEGAT, *Littératures Contemporaines sur la «Topique Juridique»*, Paris, 1981; DESPOTOPoulos, «Le Raisonnement Juridique d'Après Aristote», in *APD.*, 1972; RAFAEL DOMINGO, *Teoria de la «Auctoritas»*, Pamplona, 1987; EVANS, *Aristotle's Concept of Dialectic*, Cambridge, 1977; VASILE FLORESCU, *La Rhétorique et la Neorhétorique*, Bucarest, 1982; A. FOUILLÉE, *Aristoteles y su Polémica contra Platon*, Madrid, trad. esp. de 1948; CABANILLAS GALAS *Consideraciones Sobre los Principios Generales de Derecho*, Madrid, 1977; GARIN, «La Dialéctica desde el Siglo XII a Principios de la Edad Moderna», in *La*

Evolution..., cit.; GHELINK, *Le Mouvement Théologique du XII^e Siècle*, Bruxelles, 1969; FERNANDO GIL, *Provas*, Lisboa, 1986; A. GIULIANI, *Il Concetto di Prova. Contributo alla Logica Giuridica*, Milão, 1971; «La Logique Juridique comme Théorie de la Controverse», in *APD.*, 1966 e «Prova in Generale. Filosofia del Diritto», in *Enc. Dir.*, XXXVII; GABRIEL GONZALEZ, *Dialéctica Escolástica y Lógica Humanística*, Salamanca, 1987; RUI GRÁCIO, *Racionalidade Argumentativa*, Lisboa, 1993; T. JANSON «Prose Rhythm in Medieval Latin from 9th to the 13th Century», in *Acta Universitatis Stockholmiensis*, 20, 1975; JOLIVET, «Abelard entre le Chien et le Loup», in *Cah. Civ. Médiévale*, 1977; «Abelard e il Diritto (Alle Origini della Interpretazione Meccanicistica della Legge)», in *Riv. Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, XVIII, 1964; KANTOROWICZ, «The Poetical Sermon of a Medieval Jurist», in *Rechtshistorische Schriften*, s. cit.; KENNEDY, *The Art of Rhetoric in the Roman World*, N. Y., 1972; *Classical Rhetoric and its Christian and Secular Tradition from Ancient to Modern Times*, Londres, 1980; W. E. M. KNEALE, *O Desenvolvimento da Lógica*, Lisboa, trad. port. 1980; KRIEHL, *Theorie der Rechtsgewinnung entwickelt am Problem der Verfassungsinterpretation. (Schriften zum Öffentlichen Recht, 41)*, Berlin, 1976; KUTTNER, «On 'Auctoritas' in the Writing of Medieval Canonists: the Vocabulary of Gratian», in *La Notion d'Autorité au Moyen Age*, ob. col., Paris, 1982; LANFRANCHI, *Il Diritto nei Retori Romani*, Milão, 1938; LARENZ, *Metodologia da Ciência do Direito*, Lisboa, trad. port. de 1978; H. LAUSBERG, *Elementos de Retórica Literária*, Lisboa, 2.^a ed., 1972; L. LOMBARDI, *Saggio sul Diritto Giurisprudenziale*, Milão, 1975; LUBAC, *Exegese Mediævale*, Paris, 1959-1964; MICHEL MEYER, «As Bases da Retórica», na ob. col. *Retórica e Comunicação*, Lisboa, 1994; MINNIS, *Medieval Theory of Authorship*, Londres, 1984; J. MURPHY, *Medieval Eloquence. Studies in the Theory and Practice of Medieval Rhetoric*, Londres, 1978; J. MOREAU, *Aristote et son École*, Paris, 1962; A. NEMETZ, «Literariness and "Sensus Literalis"», in *Speculum*, 1959; F. NIETZSCHE, *Da Retórica*, trad. port. de 1995, Lisboa; ONG, *Ramus and the Decay of Dialogue*, Londres, 1983; G. OTTE, *Dialektik und Jurisprudenz Untersuchungen zur Methode der Glossatoren*, Frankfurt am Main, 1971; MARIA

CÂNDIDA C. R. M. PACHECO, *Ratio e Sapientia. Ensaio de Filosofia Medieval*, Porto, 1985; PARADISI, «Osservazioni sull'Uso del Metodo Dialettico nei Glossatori», in *Atti (...) St. Accursiani, II*, PATER, «La Fonction du Lieu et de l'Instrument dans les Topiques», in *Aristote on Dialectic: The Topics*, Oxford, 1968 e *Les Topiques d'Aristote et la Dialectique Platonicienne. La Methodologie de la Définition*, Fribourg, 1965; CH. PERELMAN, *Logique Juridique, Nouvelle Rhétorique. Méthodes de Droit*, Paris, 1976; *L'Empire Rhétorique. Rhétorique et Argumentation*, Paris, 1977, trad. port. de 1993; PLEBE, *Breve Storia della Retorica Antica*, Bari, 1968, trad. port. de 1978; A. PILTZ, *The World of Medieval Learning*, Oxford, 1981; F. PUY, *Tópica Jurídica*, Santiago de Compostela, 1984; O. REBOUL, *La Rhétorique*, Paris, 1984; *Letteratura Latina del Secolo XIII*, ob. col. pub. sob a direcção de A. Viscardi e B. Nardi, Turim, 1978; L. RACASENS SICHERS, «La Natureza del Pensamiento Jurídico», in *RGLJ.*, 1971, e *Experiencia Jurídica, Naturaleza de la Cosa y Lógica «Razonable»*, México, 1971; L. SICHIROLLO, *Dialéctica*, trad. port., 1980; R. D. SIDER, *Ancient Rhetoric and the Art of Terutian*, Oxford, 1971; N. E. GOMES DA SILVA, «Ratio» e «Auctoritas», nos *Consilia de Andrea Barbaça*. (C. 1400-1479), in *BMJ.*, n.º 356 (1986); S. TOULEMIN, «Racionalidade e Razabilidade», na ob. col. *Retórica e Comunicação*, Lisboa, 1994 e *The Uses of Argument*, Cambridge, 1958; VÁRVARO, *Struttura e Forme della Letteratura Romanza del Medioevo*, 1968, trad. esp. de 1983; T. VIEHWEG, *Topic und Jurisprudenz*, Munique, 1963 — trad. it. de 1962; P. VIGNAUX, *A Filosofia na Idade Média*, Coimbra, trad. port. de 1959; MICHEL VILLEY, «Sur l'Art du Dialogue dans l'Histoire de l'Éducation Juridique», in *L'Éducation Giuridica II, Profili Storici*, Perúsia, 1979; VOLPE, *Langue, Texte, Enigme*, Paris, 1975; VONGLIS, *La Lettre et l'Esprit de la Loi dans la Jurisprudence Classique et Rhétorique*, Paris, 1968; F. A. YATES, *L'Art de la Mémoire*, trad. franc., 1966; P. ZUMTHOR, *Essai de Poétique Médiévale*, Paris, 1972.

SECÇÃO V

DIREITO PRUDENCIAL ESPECIFICAÇÃO DO CASO PORTUGUÊS

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

Da primeira cultura jurídica portuguesa não abundam elementos que permitam formular juízos incontroversos. Têm os historiadores do direito apontado alguns actos eventualmente comprovativos da concomitância do conhecimento do direito romano na forma bolonhesa com a independência nacional. «As relações que o nosso país mantinha com os outros estados da Península, com a França e a Itália numa época em que a cultura do direito romano, renovado pelos glosadores, tomava tão grande incremento em todo o Ocidente europeu, convencem de que ele se comunicaria também a Portugal pouco depois do seu renascimento na escola de Bolonha», escreve Paulo

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

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

lado do dos Godos e do dos Francos, bem poderia ser o direito antejustiniano difundido no Ocidente a partir do *Código de Teodósio*».

A primeira prova incontestada e incontestável do conhecimento do direito romano justiniano em Portugal constitui-a o testamento do bispo do Porto, D. Fernando Martins (1185), a que já aludimos para comprovar a penetração da ordem jurídica-canónica¹. «Deixo à igreja do Porto os meus Decretos e Instituições e Autêntico e Novela tal como estão num só volume, e a Suma dos Decretos e das Instituições e do Código posta noutro volume... Deixo à Igreja bracarense o meu Código e o Digesto Velho e Novo *in tres partes* com o Esforçado e o salterio glosado» (*«Mando Portugalsensi ecclesie Decreta mea et Institutiones et Authenticam et Novellam sicut in uno volumine et Summam Decretorum et Institutionum et Codicis sui in alio volumine... Mando bracharensi ecclesie Codicem meum et Digestum Vetus et Novum in tres partes cum Isforciato et psalterium glosulatum»*). Vê-se por aqui que o bispo lega dois volumes à diocese do Porto em que um contém, além de textos de direito canónico, as *Instituições*, as *Autênticas* e as *Novelas*, e o outro, uma *Suma do Decreto*, as *Instituições* e o *Código*. Lega, também, à diocese de Braga o *Código*, o *Digesto Velho e Novo* «*in tres partes*» com o *Esforçado* e um salterio glosado.

Este passo das disposições de última vontade de D. Fernando Martins tem merecido aos estudiosos alguns reparos. O Prof. Marcello Caetano põe em relevo a união entre o direito romano e o direito canónico revelada pela coexistência de textos representativos de um e outro

¹ Cfr. *supra*, n.º 43.

ordenamento, encadernados conjuntamente. O Prof. Almeida Costa, considerando-o «prova importantíssima da penetração da obra dos glosadores», entende que não demonstra que o direito romano-canónico haja sido largamente divulgado e aplicado à *vida de todos os dias*. Por último, o Prof. Isaías da Rosa Pereira adianta, quanto à identificação das várias obras mencionadas no testamento em apreço, que estão em causa, além das *Institutiones* de Justiniano, o *Authenticum* e as *Novellae*, um «volume com o Digesto distribuído em três partes segundo o uso medieval: *Digesto Velho* (L.º I-XXXIV, 2), *Digesto Novo* (L.º XXXIX-L), *Esforçado* (L.º XXIV-XXXVIII) e um volume que continha uma *Summa* do Decreto de Graciano, outra sobre as *Institutiones* de Justiniano e outra sobre o *Código de Justiniano*, obras que podem pertencer a variadíssimos autores».

Uma primeira observação respeita à referência concomitante ao *Authenticum* e às *Novellae*. Explicita-se que esta dupla menção equivale a alusão ao *Authenticum* e ao *Epitome Juliani* o que, aliás, se deduz das remissões bibliográficas feitas pelo Prof. Isaías da Rosa Pereira. Quanto, porém, à forma como o documento se reporta às diversas partes do *Digesto*, já não pode ser subscrito sem reservas o que escreveu aquele erudito investigador. Efectivamente, fala-se no «*Digestum Vetus et Novum in tres partes cum Isforciato*». Ora, a referência a *tres partes* implica uma ordenação e divisão do *Digesto* mais antiga que a considerada pelo Prof. Isaías da Rosa Pereira¹. Estamos, pois, ante uma divisão do *Digesto* mais arcaica e em três, mas com um alargamento do *Digesto Novo*, dentro do qual se distinguem duas secções, sendo uma delas a que vai desde

tres partes até ao fim do livro XXXVIII. Esta secção foi também conhecida pelo nome da expressão de começo ou *incipit*, isto é, por *Tres partes*¹.

O testamento do bispo D. Fernão Martins, não provando a penetração do direito romano-bolonhês na vida de todos os dias, representa, não obstante, marco importante, quer por nele figurar o *Digesto* na sua ordenação medieval mais antiga, quer por se aludir a todas as colecções justinianeas, quer a obras doutriniais e científicas relativas a partes delas. O significado deste testamento deve, aliás, ser fixado no contexto dos outros dados anteriormente referidos, quanto ao movimento geral europeu de difusão da ordem jurídica justinianeia e quanto à presença de legistas junto dos monarcas. Ganhará, então, fisionomia mais intensa. De uma ou outra forma, dele se dirá sempre que constitui o primeiro testemunho incontestável da existência em Portugal de obras de direito justinianeu. Apresenta-se como que padrão inicial da projecção da cultura jurídica romana-bolonhesa na cultura portuguesa; como princípio do conhecimento. E à medida que, a partir deste termo *a quo*, caminharmos no tempo em direcção a nós, os sinais do direito justinianeu e da escola de Bolonha na cultura medieval portuguesa aumentam em crescendo.

85. A chamada «recepção» do «ius romanum» — Antes, porém, de os passarmos em revista e anotando antecipadamente o fenómeno, cumpre debruçarmo-nos sobre o chamado problema da *recepção do ius romanum*, pois ele prende-se intimamente com o problema da influência real,

1. Cfr. *supra*, n.º 73.

1. Cfr. *supra*, n.º 73.

concreta, efectiva, do direito justiniano em Portugal e tem sido, não raro, equacionado em função da interpretação cultural de forma que suscita equívocos.

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

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

Começaremos por encarar o caso da «recepção» como influência ou impacto do direito justiniano na legislação portuguesa. A propósito desta matéria dividem-se as opiniões. Para alguns, caso de Gama Barros, cujas dúvidas são compartilhadas pelo Prof. Almeida Costa, não é claro que as influências romanistas na legislação portuguesa que se notam já em leis do tempo de Afonso II (1211) provendam de compilações de Justiniano, sendo possível que se originassem em textos anteriores. Para outros (Profs. N. E. Gomes da Silva e Braga da Cruz) tais dúvidas não têm razão de ser, atenta uma lei recolhida nas *Ordenações Afonsinas*, onde figura como de Afonso II (V. 70.), relativa à suspensão das penas de morte e mutilação de membros e incontestavelmente inspirada no *Código de Justiniano* (C. 9.

47. 20). Finalmente, o Prof. Paulo Merêa defende que «não é possível apresentar provas directas e seguras de estar em uso em Portugal antes do reinado de D. Afonso III, e até mesmo as leis que se costumam atribuir a este monarca e das quais se pode dizer com a maior probabilidade que têm como fonte aquele direito, não permitem fazer a tal res- peito uma afirmação categórica».

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

No reinado deste monarca ou de seu filho, aliás, o direito justiniano ganha aplicabilidade directa. E com esta asserção entramos de *pleno* no problema da *recepção* do direito justiniano no sentido da sua vigência como ordenamento normativo directamente aplicável. O maior interesse ostenta o facto, para que chamou a atenção José Anastácio de Figueiredo, de, por vezes, se afastar o direito romano em favor do direito nacional. «É o caso», são agora palavras de Braga da Cruz, «dum texto, dubitativamente atribuído ao reinado de D. Afonso III», onde se lê que «*custume he en casa delRey que aquella constituição do Codigo que diz unde ny siquys in tantum (= C. 8, 4, 7) nom seia aguardado*»; e é, igualmente, o caso duma *fórmula de legitimação*, do reinado de D. Dinis (1279 a 1325), onde se diz que «*sse alguma ley ou dreyto ou custume hy a que contra esta mha legitimaçom seia mando que lhe nom enpeesca nem aquella ley do Codigo que falla no Titulo dos testamentos que nom son ben feytos, que se começa conqueritur (= C. III, 28, 6). E o autentico que sse começa Novissima etc. ...*»

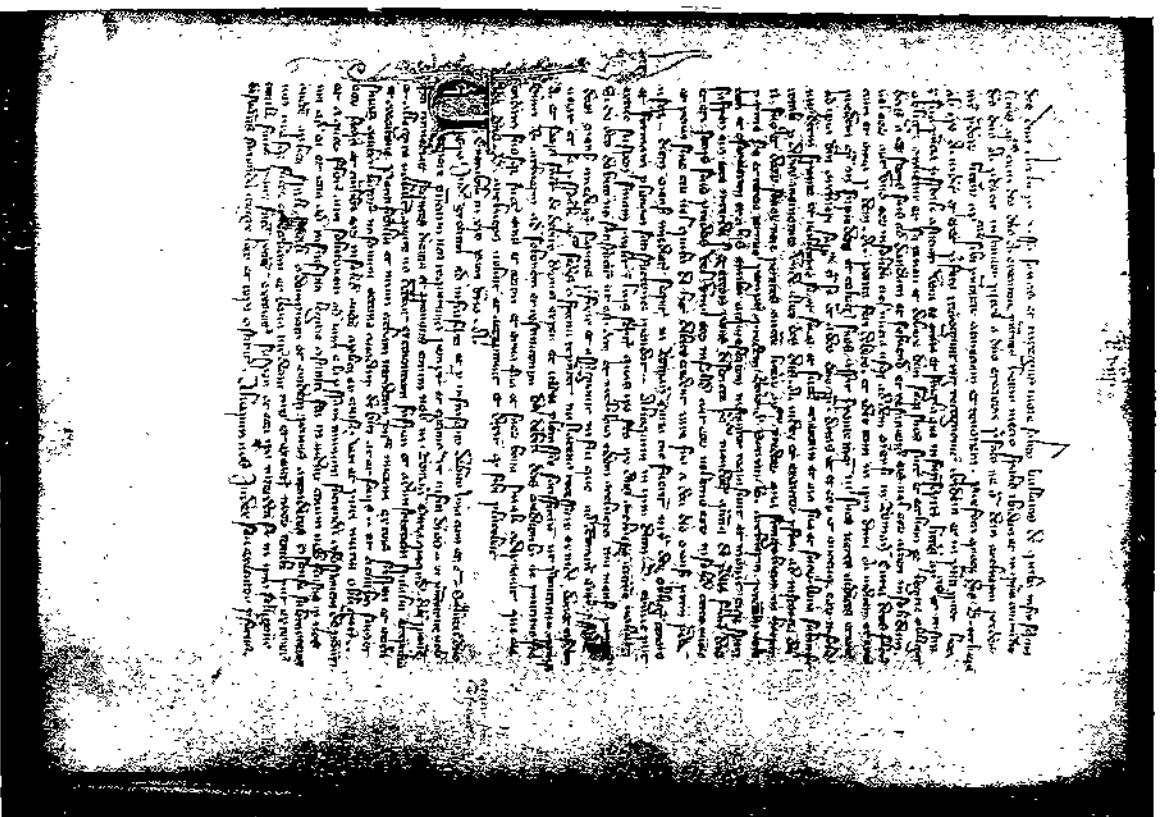
Destes textos se vê que, senão com D. Afonso III, pelo menos com D. Dinis, o direito romano se sobrepunha ao direito nacional¹.

86. Progressiva penetração do direito romano. A

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

Por outro lado, desde cedo nos aparecem alusões a obras dos glosadores, nomeadamente de Búlgaro, de Odofredo, Azão e Acúrsio. Do primeiro encontramos citada a *Summa de Arbitris* no testamento de D. Afonso Pais, deão de Lamego (1264). Numa doação feita por D. Vasco, bispo do Porto e depois de Lisboa, em 2 de Maio de 1331, menciona-se um «Odofredo sobre o *Esforçado* e o *Digesto Novo* e sobre três livros do *Código*» («*Odofredum super Infortiato et Digesto Novo et super tribus libris Codicis*»). Uma *Suma Azonis* figura em documento de 1234; com a

1. Cfr. *supra*, n.ºs 71 e 73.



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

grafia *Summa Aconis* noutro de 1285; de 1318, data a notícia de «*huū livro de somas de hordin do Ayo*», isto é, de uma *Summa Codicis* devida a Azão; quanto à *Glosa de Acúrsio* às diversas compilações de direito justiniano, podem apontar-se várias citações, a começar por um documento de 1257, o testamento de Mestre Gil de Leiria. No testamento em causa figuram um «*Digestum vetus grosatum de aparatu domni Acursio*» e um *Código* contendo um aparato de Acúrsio («*Codex apparatus de aparatu domni Acursii*»).

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

A fundação do Estudo Geral (*Studium Generale*), raiz da futura Universidade, por D. Dinis, em data imprecisa, mas que se situa entre 12 de Novembro de 1288 e 1 de Março de 1290, conferirá ao processo que se vem folheando o impulso decisivo. Aliás, já antes da fundação do Estudo Geral se verificam, consoante evidenciou o Prof. Duarte Nogueira na sua tese de doutoramento, fortes indícios de penetração do direito romano, detectável através dos cabidos catedráticos, *v.g.* Braga, Coimbra e Porto. O ensino estava, então, circunscrito às escolas das catedrais e dos mosteiros, que ministravam, essencialmente, as disciplinas componentes do *trivium* e do *quadrivium*. Para aprender teologia e direito os estudantes eram, muitas vezes, obrigados a frequentar as universidades estrangeiras.

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

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

imperador Frederico II (bisavô de D. Dinis), no que concerne às isenções dos escolares.

Sabe-se hoje muito pouco sobre a metodologia seguida pelos professores de direito nas aulas do Estudo Geral, mas através do elemento comparativo e sobretudo atendendo no modelo bolonhês, é lícito afirmar, com o Prof. García y García, que se recorria a três diferentes espécies de exercícios — as *lectiones* ou *lecturae*, as *repetitiones* e as *disputationes*. As *lectiones* ou *lecturae* reconduziam-se à leitura e comentário de um texto legal, cujo sentido literal se fixava, indicando-se os lugares paralelos, as razões pró e contra, questões derivadas, *notabilia* e apontando-se, por último, a conclusão; as *repetitiones* constituíam como que uma segunda *lectura* aprofundada; finalmente, as *disputationes* cifravam-se no debate público de questão jurídica determinada, real ou não, que em Bolonha se processava entre doutores, mas em que era dado objectar ou formular *oppositiones* aos assistentes¹. As aulas eram em latim.

87. Mediação castelhana. Obras doutriniais de Jácomo Ruiz. As *Partidas* e a aplicação do direito romano — A difusão do direito romano em Portugal não se deu somente através de um processo de *recepção directa*. Há que contar também com veículos *intermediários* ou de *mediação*, sendo de salientar, além do próprio direito canónico, que a partir de certa altura se acha penetrado do direito imperial, o direito castelhano, igualmente penetrado por este. Referiram-se já² os principais monumentos da ordem jurídica do país vizinho

que tiveram reflexo em Portugal. Importa agora sublinhar que o direito romano recebido através destes textos castelhanos não era puro, mas vinha filtrado através de vários textos literários e jurídicos, merecendo especial menção a glosa de Acúrsio — o direito acursiano — como o demonstrou, quanto às *Partidas*, Fernin Camacho Evangelista.

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

O direito romano sendo, porém, direito cesário não terá recebimento em Portugal como manifestação de uma superioridade do Império, da *iurisdictio* do Império (*iurisdictio imperii*)¹. Se o imperador se arroga a qualidade de senhor universal (*dominus orbis*), os monarcas portugueses repudiavam, todavia, qualquer dependência de facto ou de direito. Baseiam-se para isso, e como os demais reis hispânicos, na conquista do território aos mouros — «arrancaram o Reino das fauces dos inimigos» (*«regnum ab hostium faucibus erunt»*); numa doação do imperador Honório aos godos; em

1. Cfr. *supra*, n.ºs 79 j) e 79 q).

2. Cfr. *supra*, n.º 56.

1. V. *infra*, n.ºs 132 e ss.

prescrição imemorial... Como se lê no protesto (*protestatio*) feito no concílio de Constança logo no ano seguinte (1416) àquele que marca o termo do período agora em estudo, pelos representantes do rei de Portugal, «*os egrégios e honrados varões dom Gil Martins e Vasco Peres, famosos doutores de leis, Embaixadores e núncios do Sereníssimo príncipe e senhor rei de Portugal e das Algarves*», este possui, como os restantes reis hispânicos, os seus reinos e domínios livres, sem reconhecer superior na terra e só a Deus no céu: «*delém*», afirmaram eles, «os seus reinos, terras e domínios livremente e livres, sem reconhecer qualquer outro superior seu, mormente nas coisas temporais, da mesma forma que os mais reis das Espanhas» («*tenet regna sua, terras et dominiis sua libere, et libera sine recognoscendo a quocunque alto rectore sua maxime in temporalibus, quemadmodum et ceteri Reges Hispaniarum...*»).

A aplicabilidade do direito romano que, *de facto*, decorrerá como consequência da recepção da cultura jurídica bolonhesa na cultura jurídica portuguesa e das necessidades da vida jurídica, irá receber mais tarde, e no campo dos princípios, justificação através da ideia de *racionalidade* desse direito, e de que ele era «razão escrita» (*ratio scripta*), e não de uma supremacia imperial. Como se dirá, adquire vigência não pela razão do Império, mas pelo Império da razão (*non ratione imperii, sed imperio rationis*). Esta justificação, porém, é tardia. Provou Alejandro Guzmán que, «ao contrário do que se costuma afirmar, *razão escrita* como maneira de designar o direito romano não é uma expressão surgida entre os glosadores nem depois recebida ou usada por eles» e que isso mesmo «vale para os comentadores». Os primeiros usaram a expressão *aequitas scripta* e os últimos a expressão *ratio in scriptis redactis*, mas, num e noutro caso,

com um sentido técnico e particular, em nada relacionado com o conceito de «razão escrita». A própria frase célebre *non ratione imperii sed imperio rationis*, justificativa da aplicação do direito romano, é muito tardia. Aparece, tanto quanto Alejandro Guzmán pôde averiguar, pela primeira vez em C. de Ferrière (m. 1748), devendo, aliás, conectar-se com Arthur Duck, que na obra *De usu et auctoritate iuris civilis romanorum libri duo* (1653) «emprega termos bastante similares (e de igual conteúdo)».

Na Idade Média e em Portugal, a legitimidade da vigência do direito romano decorre da ideia de continuidade dos poderes políticos — entre o poder dos imperadores e o dos monarcas portugueses. Como se lê numa lei de D. Dinis (era de 1313), os imperadores foram apenas predecessores dos reis de Portugal: «*Ca seede certos que de deryto antigo e das leys dos emperadores que ante nos foram...*» (LLP, 202-203). Por serem eles os titulares dos *iusromani*, em sucessão dos imperadores, sempre se sentiram livres para o afastarem quando o entendessem não conveniente, da mesma forma que o proclamaram e fizeram quanto a todo e qualquer direito positivo (nomeadamente revogando as suas próprias leis e as dos seus antecessores)¹.

Este modo de encarar o problema está, aliás, em perfeita consonância com a fórmula «o rei no seu reino é imperador» (*rex est imperator in regno suo*) pela qual se traduziam duas ideias diferentes: a de que o rei — ou o príncipe — que não reconhece superior (*princeps superiorem non recognoscens*) é independente do Império; e a de que o príncipe detinha no seu reino um poder idêntico ao do imperador nos respectivos domínios². Aos monarcas convinha,

1. Cfr. *supra*, n.ºs 114 e 116. 2. Cfr. *infra*, n.º 133.

para mais, esta posição, já que lhes possibilitava a assunção de um poder supremo — o do imperador —, com a invocação das normas do direito justiniano relativas ao *princeps* romano, altamente favorecedoras e propícias ao fortalecimento do poder régio¹.

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

Não falta sequer em Portugal a terminologia própria do processo — *direito comum, ius commune*. Lê-se, por exemplo, em determinado passo do Livro das Leis e Posturas (pág. 213): «*Julgado he en casa deElRey que nenhũ seia theudo de alegar nem a dizer a titolo da possissom*

ergo sse for en contrayro o deryto comum». E noutro (pág. 223): «*Julgado he en casa deElRey que nenhũ seia theudo alegar nem a dizer o titulo da sa possissom ergo se for contrayro Jus comune*»¹

89. A comprovação da problemática da opinião comum em Portugal — A moderna historiografia nacional, sobretudo a mais preocupada com os problemas das fontes do direito, tem ligado entre nós a comprovação formal do fenómeno específico da opinião dos doutores ao período humanístico². Sem se contestar que na literatura jurídica nacional o tema aparece como objecto autónomo de dissertações proferidas *ex professo* nos escritores do século XVI, podemos, todavia, situar a comprovação literal da sua existência já neste período do nosso estudo. Em muitos documentos do século XIV, a opinião dos doutores encontra-se enumerada concretamente entre as diferentes fontes do direito — e da leitura desses diplomas não se pode deixar de concluir pela existência, então, não só de uma prática do pensar probabilístico (por opiniões) como também da consciência teórica da problemática inerente. Trata-se de instrumentos tanto mais significativos quanto muitas vezes neles se apresenta o conflito do direito dos monarcas — ou seja, do direito legislado — com o direito dos doutores (ou jurisprudencial)³. E que este, enquanto verdadeiro probabilisticamente, tem tendência a apresentar-se como válido para além ou mesmo em contrário daquele.

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

1. Cfr. *infra*, n.º 114. 2. V. *infra*, 2.º Vol.

3. Sobre este tema temos um estudo em preparação.

1. Cfr. *supra*, n.º 52 e *infra*, n.º 133.

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

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

Começaremos por salientar, o ter Pais concebido a opinião como algo contingente ou hipotético (*SPE*, I, 474, III, 402) e, portanto, susceptível de consentir dúvidas (*SPE*, I, 474). Daqui, a ideia da necessidade da respectiva comprovação (*SPE*, I, 300, II, 440, III, 402), nomeadamente com *autoridades* (*SPE*, I, 440, VI, 158, 164, 364, 370, 400...), por um lado; por outro, a de que a opinião corresponde ao provável ou verosímil (*SPE*, II, 300, 438, III, 402) e, portanto, que constitui em si mesmo um meio de prova (ou argumento), (*SPE*, I, 438, II, 300, III, 402). Isso explica-nos, simultaneamente, o constante recurso na obra de Pais, à autoridade como forma de comprovar opiniões (cfr. v.g. *SPE*, I, 504, II, 44, 258, 272, 278, 300, 304, 400, 418, 474, 480, 520, 530, 566, 570, 604, 590, III, 210, 212, 394, 308, 400, 402, 410, IV, 40, 524, VI, 158, 164, 304, 370, 440...) e a possibilidade, também frequentemente assinalada, de sobre o mesmo assunto existirem opiniões diversas ou mesmo contraditórias (cfr. v.g. *SPE*, I, 520, II, 72, 90, 272, 276, 288, 300, 304, 350, 390, V, 206, 264, VI, 158...). Interessante é notar o recurso ao *que communemente* afirmam os legistas (*SPE*, V, 264), à afirmação da *maior parte dos*

vizinhos, sobre tudo à dos homens sábios e honestos (*SPE*, V, 518) e a proposições de *quase todos os doutores* (*SPE*, V, 542). Não falta sequer a qualificação de opiniões como erradas e a de autoridades como impropedientes ou inconvenientes pela consequência (*SPE*, I, 372, II, 32, 574, 576, III, 84, IV, 344, V, 338, 430, VI, 158, etc.); a expressão de um dissentimento vigoroso contra aquilo que hajam dito os doutores antigos e modernos, formulado em nome da consciência (*SPE*, V, 240); a referência a opiniões rotuladas como verdadeiras (*SPE*, V, 24b); o ensinamento de que fora da teologia se pode expor contra a opinião dos maiores (*SPE*, V, 336); como não falta a gradação de argumentos segundo o respectivo valor relativo, como sucede quando, a propósito de um texto aduzido como autoridade, refere que nele se contem um *bom* ou um *ótimo* argumento (*SPE*, II, 494, 508, V, 6, 250, 272, 329, 472, 508, VI, 100, 308, 344, 391, 459...), ou quando se qualifica a opinião como sufragada pelos antigos (*SPE*, VI, 140, 160, 212, 214), nem mesmo faltando a enunciação e a conciliação de opiniões aparentemente contraditórias (*SPE*, II, 300, V, 560, 576, VI, 158...). Daqui o valor relativo da opinião e a sua menor dignidade em confronto com a ciência.

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

A posição da opinião no quadro do conhecimento encontram-na bem marcada num texto do *Speculum Regum* (I, 438). Sob a influência de Séneca, contrapôs o bispo de Silves o julgamento — entenda-se, o conhecimento — segundo a verdade própria das coisas à opinião de muitos, numa clara adopção da divisão do conhecimento em *científico* e *opinativo* e da forma revestida por este. É ela, também, que se encontra na ideia clássica, veiculada

por Pais com palavras de Séneca, da superioridade do conhecimento científico relativamente ao conhecimento por opiniões¹, postulando o nosso canonista, a propósito da doutrina segundo a qual a doação de Constantino² não teria sido válida de acordo com a pronúncia comum dos doutores, o sentido contrário, apoiado em Ostiense: «*Tenet Accursius (...) et communiter legistae quod non valit donatio. Ostiensis contra (...)*» (SPE., II, 72. Cfr. tb. V, 265). Semelhantemente se decidiu de outra feita, a respeito de o poder de o papa dispensar em juramento ilícito, baseando-se na Glosa: «*Item dispensat in illicito iuramento ex causa, licet multi contraxerint, notatur XV q. VI, Autoritatem, in glossa magna (...). Facit quod notatur XXVII. q. II, SI, in glossa sic ergo*» («Item, dispensa, havendo causa em juramento ilícito, embora muitos sejam de opinião contrária, observa-se na Glosa Magna a causa XV, q. VI, cap. *Autoritatem* (...). Faz o que se observa na glosa *Sic ergo* ao SI, da Causa XXVII, q. II»). (SPE., II, 98). E a mesma atitude tomou a outro propósito: «*Item quidem dixerunt quod non possit dispensare ut monachus proprium habeat, et matrimonium contrahat et hoc fuit communis sententia doctorum (...) sed tenet contrarium cum Innocencio et Ostiense, et facio vim in verbo «licentiam» quasi dicens sine causa*» [«Item, disseram alguns que ele não pode dispensar para que o monge tenha próprio e contraia matrimónio. E foi esta a opinião comum dos doutores (...). Mas eu sustento o contrário com Inocêncio e o Ostiense e faço força na palavra “licença” como se dissesse sem causa»]. (SPE., II, 128). E muitos mais depoimentos desta atitude se poderiam recortar...

1. Cfr. *infra*, n.º 82 c). 2. V. *infra*, n.º 124.

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

Trata-se, irrecusavelmente, de proposições denunciadoras de conhecimento da doutrina geral da opinião e de um seu desenvolvimento entendido. São também significativas pela própria consagração da terminologia *opinião comum*, numa altura que antecede mesmo a época a que a historiografia moderna atribui a hegemonia dessa tópica em Itália. Mas, com isso tudo, não esgotam as comprovações do pensar probabilístico como forma de arguição jurídica entre nós. Preciso se torna, igualmente, considerar a obra de João de Deus — *verbi gratia* o seu já referido *Livro das Opiniões*¹ — até hoje não utilizada pelos *iuris*-historiadores, e referências esparsas em trabalhos de vária proveniência, tanto jurídicos como teológicos e igualmente não mencionados a este propósito. Assim sucede com a *Summa* de D. Egas. Embora nelas se não empregue a terminologia *opinião comum*, a invocação abstracta de «autoridades» para fixar proposições em debate denuncia um clima intelectual subjacente à consagração de tal processo demonstrativo. Assim sucede, mais tarde e mais significativamente, com o *Livro da Corte Imperial*, trabalho de controversia religiosa, com uma índole dialéctica. É desta obra o seguinte texto: «*Asy este liuro trauta de grandes cousas e de muy altas questões (...) e de outras materias (...) pera conhecer e entender o senhor*

1. Cfr. *infra*, n.º 82 c).

deus segundo o poder da fraqueza humana provando tudo per autoridades da santa scriptura com declarações e exposições de doutores e per razões evidentes e necessárias e diseres de barões sabedores declaradas de latim em linguagem portugues com protestaçom de correion e emenda da sancta egreia e de doutra qualquer pessoa que o melhor entender. (LCI., 1). Desenvolve-se, com efeito, toda a controvérsia opondo a Igreja aos seus contraditores — judeus, mouros e filósofos — «razões necessárias», «evidentes e manifestas», e «autoridades» ou «testemunhos» (escritores e doutores), (18, 38, 42, 68, 129, 136, 140 183 et passim), aparecendo-nos também a oposição entre razoável ou provável e verdadeiro (138, 175).

A propósito da dicotomia razão evidente — ou necessária — e autoridade deve notar-se a circunstância de a Igreja — personagem central do LCI. — opor a cada um dos antagonistas autoridades por eles consideradas autênticas, não no sentido de verdadeiras ou não falsas, mas na aceção de credíveis: «Outrosy os ditos dos doutores do ebrayco (...) som autenticos antre os Iudeus muyto mais que os ditos de sam Ieronimo e de sancto agostinho e dos outros doutores catolicos som autenticos antre os chrisãos» (42); «E asy se mostra per estas autoridades e per as glosas autenticas antre os Iudeus» (55); «(...) verdade he que pera prouar alghũa cousa contra uos os Iudeus conuem husar das escripturas que som antre uos autenticas e nom doutras escripturas que uos nom rregebedes (...)» (189); «(...) Mas quy tal prova como esta [as escripturas santas] nom he pera todas gentes por quy os Ientys e os philosophos nom curam nem creem taes escripturas nem outrosy os mouros. Porem queremos prouar (...) per razões neçesaryas (...)» (140). Era, sem tirar nem pôr, a ideia de que a eficácia ou valor da prova depende da forma mentis do interlocutor.

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

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

Para completar esta breve notícia — e pelo facto de isso haver passado despercebido — digamos ainda que não

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

O significado do depoimento contido no *LCI* é tanto mais relevante quanto as ideias nele registadas não lhe são exclusivas. Uma outra fonte do reinado de D. Dinis — o *Codice Iluminado 47 da BNL*. — dá testemunho semelhante, de forma a consentir-nos a percepção de um clima intelectual com alguma latitude.

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

Só deixaria de ser assim se tivesse existido um obstáculo particular e inultrapassável. Não só, contudo, ele se descolhece — e facilmente se imagina mesmo qual fosse — como, ao contrário, se devem reconhecer por historicamente comprovadas as condições favoráveis ao recebimento da temática da opinião¹. Não pôde entre nós deixar de ter sido conhecido o *Tractatus* de Pedro Hispano (mais tarde designado por *Summulae Logicales*), um dos livros básicos do saber contemporâneo, incorporante da tradição lógica anterior e fundamento do ensino posterior em toda a Europa. Ora, Pedro Hispano teorizou a doutrina da *opinio*, concebendo-a, nomeadamente, como um *locus* dialéctico; entendendo a dialéctica como disputa *probabiliter* dos princípios de todas as artes; definindo o provável como o aceite por todos, pela maioria ou pelos sábios. Apurado isto e apurado, ainda, haver o estudo da lógica constituído simultaneamente elemento da cultura geral e da preparação específica para o estudo do direito², facilmente se alcança quanto se pretende assinalar em corroboração do entendimento dos textos jurídicos portugueses relativos à *opinio*. De resto, quanto se sabe das nossas literarias medievais permite afiançar o conhecimento da «lógica nova»: em Alcobaga figurava uma obra com o título *Dialéctica*, constando do mesmo código os *Tópicos* e os *Elencos*.

A tudo o que se consignou como factor de adopção entre nós não só da doutrina da *opinio* como da própria particularização da opinião comum se deve juntar a directa

1. Cfr. nomeadamente quanto ao problema da *quantidade-qualidade* no domínio da vida política, *Infra*, n.ºs 152 e 164. 2. Cfr. *Infra*, n.º 86.

influência das compilações canônicas e da exegese escritural, que largamente recorreu a tais processos, como se pode ver em vários preceitos do *Corpus Iuris Canonici* e nas respectivas glosas e casos.

90. **Resistência à penetração do direito comum** — A recepção do direito comum não se fez sem resistência: nuns casos por simples motivos fácticos como, por exemplo, o escasso número de juizes letrados e conhecedores do latim — ainda nos fins do século XV os procuradores às cortes de 1481 reclamarão que os corregedores e oficiais de justiça sejam letrados e que os juizes das sisas e outros oficiais semelhantes saibam ler e escrever e na mesma centúria se reclamou dos notários que não sabiam escrever; noutros casos por choque ou oposição com os ordenamentos jurídicos preexistentes. Em especial, o *costume* ofereceu pertinaz resistência à recepção do direito romano, sobretudo quando o *costume* respeitava aos grupos sociais, como aconteceu com os privilégios da nobreza em tempo de Afonso IV. Com fundamento no *direito commun* pretendeu o monarca extinguir o direito de vindicta privada (ou de *acoimar*), sem recurso aos tribunais no caso de morte ou desonra de parentes, mas não sem protesto da nobreza¹.

BIBLIOGRAFIA — CUP, I-III; *Documentos da Universidade de Lisboa Acerca da Moção e da Exposição da Universidade de Coimbra de Fevereiro de 1960*, Lisboa, 1960; LUIS DE ALBUQUERQUE, «Universidade», in *DHP*, IV; MARTIM DE ALBUQUERQUE, *Portugal e a Iurisdicção Imperii*, Sep. da *RFDL*.

¹ Sep. *infra*, n.º 113.

XVIII, 1964, e *O Poder Político no Renascimento Português*, Lisboa, 1968; RUY DE ALBUQUERQUE, *As Representações. Estudo de História do Direito Português*, Lisboa, 1972, II; ANON., *O Livro da Corte Imperial*, Porto, 1910; TEÓFILO BRAGA, *HUC*, Lisboa, 1892, I; MÁRIO BRANDÃO e LOPES DE ALMEIDA, *A Universidade de Coimbra. Esboço da sua História*, Coimbra, 1937; FRANCISCO DA GAMA CAEIRO, *As Escolas Capitulares no Primeiro Século da Nacionalidade Portuguesa*, Lisboa, 1966 e *A Organização do Ensino em Portugal no Período anterior à Fundação da Universidade*, Lisboa, 1968; MARCELO CAETANO, *História do Direito Português*, 1140-1495, Lisboa, 1981; JOAQUIM DE CARVALHO, «Instituições de Cultura», in *Hist. Port. (Barelos)*, II; RÔMULO DE CARVALHO, *História do Ensino em Portugal*, Lisboa, 1986; JOSÉ SOBRAL CID, «A Universidade de Lisboa-Coimbra. Evolução Histórica. A Universidade Medieval (1288 a 1500)», in *O Instituto*, 55, 1908; MAXIMINO CORREIA, «História Breve de um "Documento Precioso"», in *BACL*, 1962, XXXIV; AVELINO DE JESUS DA COSTA, *O Bispo D. Pedro e a Organização da Diocese de Braga*, Coimbra, 1954 e *A Biblioteca e o Tesouro da Sé de Coimbra nos Séculos XI a XVI*, Coimbra, 1983; MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, «Romanismo e Barroismo no Direito Português», in *BFDc*, XXXVI, 1960, «Um Jurista em Coimbra, Parente de Acúrsio», *Idem*, XXXVIII, 1963, «Para a História da Cultura Jurídica em Portugal», *Idem*; *La Présence d'Accurse dans l'Histoire du Droit Portugais*, Sep. do *BFDc*, Coimbra, 1966, e in *Atti del Convegno Internazionale di Studi Accursiani, «a cura» di Guido Rossi*, Milão, 1968, III; A. D. DE SOUSA COSTA, *Um Mestre Português em Bolonha no Século XIII. João de Deus. Vida e Obras*, Braga, 1957; «O Doutoramento em Bolonha do Secretário de D. João I — Doutor Lançarote, Conde Palatino e Embaixador ao Concílio de Pisa», in *Itinerarium*, 3, 1957, *Mestre Silvestre e Mestre Vicente, Juristas da Contenda entre D. Afonso II e Suas Irmãs*, Braga, 1963, «Estudantes Portugueses na Reitoria do Colégio de S. Clemente de Bolonha na Primeira Metade do Século XV», in *AHCP*, III, 1969, «Portugueses no Colégio de S. Clemente de Bolonha durante o Século XV», in *Studia Albornotiana*, XIII-XIV, 1972, «Escolas Episcopais e Paroquiais», in *DHP*, II, «O Célebre Conselheiro Chanceler Régio

Doutor João das Regras Clérigo Conjugado e Prior da Colegiada de Santa Maria de Guimarães», in *Itinerarium*, XVIII, 77, 1972, «Considerações à Volta da Fundação da Universidade Portuguesa no Dia 1 de Março de 1290», in *HMP*, I; GUILHERME BRAGA DA CRUZ, *O Direito Subsidiário na História do Direito Português*, Sep. da *RPH*, Coimbra, 1975; MATEUS DE SOUSA COUTINHO, «Breves Notícias da Universidade de Coimbra, Contendo a Sua Fundação e as Várias Mudanças Locais que Sofreu (...)», in *Jornal de Coimbra*, 1918; JOÃO DE DEUS, *Liber Opinionum*, Ms. Bib. Bertoliana de Vicenza; FERMÍN CAMACHO EVANGELISTA, «Acursio y las Fuentes Romanas de la 'Partidas'», in *ACISA*, II; Petrus Hispanus Portucalensis, *Tractatus Called Afterwards Summule Logicales*, Assen, 1972; FRANCISCO LEITÃO FERREIRA, «Memórias Avulsas. I. Fundação da Universidade», in *O Despertar*, Coimbra, 1924; M. L. SIRGADO GANHÓ, «Une Oeuvre de Théologie Adversus Judeos d'un Auteur Portugais Anonyme du Milieu du XIV^e Siècle», in *Medievalia*, 5-6, 1992; ANTÓNIO GARCÍA Y GARCÍA, «Los Estudios Jurídicos en la Universidad Medieval», in *Estudios sobre la Canonística Portuguesa Medieval*, Madrid, 1976 e *Derecho Común en España. Los Juristas y sus Obras*, Murcia, 1991; JOAQUIM FERREIRA GOMES, «O Sétimo Centenário da Universidade Portuguesa», in *Estudos para a História da Universidade de Coimbra*, Coimbra, 1991; ALEJANDRO GUSMÁN, *Ratio Scripta*, Frankfurt am Main, 1981; F. FÉLIX LOPES, «As Escolas Franciscanas Portuguesas de 1308 a 1515» e «Escolas Públicas dos Franciscanos em Portugal antes de 1308», ambos in *Colectânea de Estudos*, respectivamente I Sér., n.º 4 (1948) e I Sér., n.º 2 (1947); A. M. BRACINHA DE LIMA MACHADO, «Vicente Hispano. Aspectos Biográficos e Doutrinários», in *BMJ*, 141-142, 1965; MÁRIO MARTINS, «O Livro da Corte Imperial», in *As Grandes Polémicas Portuguesas*, Lisboa, 1964, I; JOSÉ MATOSO, *A Cultura Monástica em Portugal*, (1711-1200), 1969; PAULO MERÊA, *Resumo das Lições de História do Direito Português*, Coimbra, 1925; MARIA EUGÉNIA PEREIRA DA MOTA, *Do Africano ao Príncipe Perfeto (1480-1483). Caminhos da Burocracia Régia*, Porto, 1989; J. A. DUARTE NOGUEIRA, *Sociedade e Direito em Portugal. Dos Primórdios ao Século da Universidade*, Lisboa, 1994 e «A Sé de Braga e a Recepção do Direito Romano-Canónico em Portugal» in *CDSB*, I; ÁLVARO PAIS, SR., CF., SPE., G. PE-

REIRA, «Trechos Portugueses dos Séculos XIV e XV», in *Boletim da Segunda Classe. ACL*, 5, 1911; ISAÍAS DA ROSA PEREIRA, *Manuscritos de Direito Canónico Existentes em Portugal*, Sep. do «Arquivo Histórico da Madeira», Funchal, 1960; *Manuscritos de Direito Canónico Existentes em Portugal* (II), in «Arquivo Histórico da Madeira», 1962-1963; *Livros de Direito na Idade Média*, Sep. da Lusitania Sacra, 1966 e 1970, e «Escolas e Livros na Idade Média em Portugal», in *Universidade(s). História, Memórias, Perspectivas*, *Actas. Congresso de História da Universidade*, Coimbra, 1991; JOSÉ MARIA RODRIGUES, «A Universidade de Lisboa-Coimbra. Capítulo de uma Obra Alemã. Traduzido e Anotado (...)», in *O Instituto*, XL, 1982; ARTUR MOREIRA DE SÁ, *O Infante D. Henrique e a Universidade*, Lisboa, 1960 e «La Fondation de l'Université à Lisbonne, en 1288 et son Rôle dans le Développement de la Culture Portugaise jusqu'au milieu du XV^e Siècle», in *RFL*, III Série, XII, 1971; A. J. SARAIVA, *História da Cultura em Portugal*, Lisboa, 1950-1962 e *O Crepúsculo da Idade Média em Portugal*, Lisboa, 1988; CARDEAL SARAIVA, «Testemunhos da Existência de Seminários ou Escolas nas Catedrais e Mosteiros das Hespanhas para Instrução da Mocidade Destinada ao Estado Eclesiástico», nas *Obras Completas*, Lisboa, 1872, I; N. J. ESPINOSA GOMES DA SILVA, «João das Regras e Outros Juristas Portugueses da Universidade de Bolonha (1378-1421)», «O Doutoramento em Pavia de D. Martim Gil, Bispo de Silves (1395)» e «O Chanceler João das Regras, Prior da Igreja da Oliveira, em Guimarães. A Propósito de um Livro Recentemente», todos in *RFDL*, respectivamente XII, 1960, XVI e XXV, 1975; D. EGAS DE VISEU, «Summa de Libertate Ecclesiastica» in GARCÍA Y GARCÍA, *Estudios sobre la Canonística Portuguesa Medieval*, Madrid, 1976; ANTÓNIO DE VASCONCELOS, «Um Documento Precioso. Notícia e Descrição», in *RUC*, I, n.º 2 e 3, 1912, «Estabelecimento Primitivo da Universidade em Coimbra», in *RUC*, II, n.ºs 2 e 3, 1913, e *RFLC*, 1914, «O Diploma Dionísio da Fundação da Universidade Portuguesa (1 de Março de 1290)», in *Notícias Farmacêuticas*, 1937 e na *RUC*, I 1912 e in *Estudos Vários*, Coimbra, 1938, I, «D. Deniz, Decorridos 18 Anos sobre a Fundação da Universidade, Fixa em Coimbra e Sede da Mesma», tb. in *Escritos...*, I, «A Universidade Dionisiana», *Idem*.

SECÇÃO VI

DIREITO NOTARIAL

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

92. Antiguidade e Alta Idade Média extrapeninsular — Tem sido acentuado pela doutrina o facto de no direito romano clássico se não encontrar uma instituição semelhante ao moderno notariado. Para isso terá contribuído o princípio da oralidade dos actos — aliás, progressi-