

vamente esbatido com o decurso do tempo. Só em época avançada do Baixo Império surgirá algo que se pode aproximar da instituição hodierna e cuja regulamentação será parcialmente adoptada pelos glosadores para configurarem a regulamentação da qual saiu o notário da nossa época.

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

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

O facto de as convenções serem redigidas por oficiais públicos deu-lhes um prestígio especial, separando-se desde

então os documentos em *instrumenta privata* e *instrumenta publica*, sem que esta distinção importasse, ao que parece, por si o reconhecimento de autenticidade dos documentos. Segundo se admite, estes só adquiriram tal autoridade depois de insinuados nos registos públicos.

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

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

1. Cfr. *supra*, n. os 73 e ss.

com a anotação nos registos deste da estipulação que celebraram entre elas. É a chamada *imbreviatura*, que «poderá servir, quando as partes o queiram, para lhes ser passado um documento completo, o *instrumentum*».

Por influência da Itália romanizada e com a difusão do direito romano, operou-se em França, no século XII, uma transformação no modo de redigir os contratos e de conceber os documentos. Nas Gálias, o perecimento da organização romana tinha levado à redacção de documentos por simples particulares que sabiam ler, não representando a menção de o acto haver sido escrito por um *lector*, *scriba* ou *notarius* senão uma simples menção translática do formulário romano (*completio*). Só com Carlos Magno se haverá restabelecido uma organização notarial, admitindo-se como propósito do imperador a outorga de carácter público aos respectivos documentos. Seja como for, tais intentos não vingaram e do século IX ao século XI não se pode falar em documentos notariais com fé autêntica. Quanto se deu ao documento foi apenas o prestígio da forma escrita, uma certa veneração pela solenidade um tanto misteriosa das fórmulas. Além da reprodução do formulário romano, o único vestígio da tradição romana do *instrumentum* público, dotado de uma fé específica, residia na prática de os particulares fazerem redigir os seus actos nas chancelarias dos senhores e bispos — que desta forma lhes emprestavam a própria *auctoritas*, tornando o documento como que autêntico.

A influência romana antes descrita levou, porém, a que na Provença e no Languedoc — e depois em toda a zona do *direito escrito* — se concedesse aos notários o privilégio de outorgarem às escrituras, por eles lavradas de acordo com um formulário solene, o carácter de escrituras autênticas.

Havia como que uma delegação da autoridade pública. Por isso, se viu na faculdade de criar notários uma transferência de poder dentro de uma certa jurisdição. Daí reivindicarem o Papa e o imperador a faculdade de instituírem notários em todos os países, em virtude da jurisdição que pretendiam sobre o mundo¹ e terem conferido mesmo a terceiros o poder de erigir notários apostólicos e imperiais (*Q.s.s.s.*, *HAP.*, VIII; Giry, 925, II, 824 *et pas*.)

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

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

No período visigótico não se exigia para a validade das escrituras relativas a actos entre privados intervenção de oficial público. Admite-se, porém, a existência de uma classe profissional de *scriptores* que assumiu o papel de escriturar os negócios privados, em função de o sistema legal estar dominado por uma preferência pela escrituralidade. Esses escribas tinham um estatuto semelhante aos seus homólogos longobardos: não só as partes podiam celebrar validamente o acto mediante a intervenção de testemunhas e sob forma oral, sem recurso a qualquer documento, como a validade e eficácia deste dependiam de requisitos formais que não podiam ser substituídos pela intervenção do escriba ou redactor. Quer o documento fos-

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

se constitutivo, quer probatório ou de *notitia*, não ficava revestido de fé pública como a outorgada pelo notário moderno. A força probatória do documento resultava de nele se reunirem os requisitos legais do *Código Visigótico*, nomeadamente quanto à intervenção de testemunhas. Só em relação a resoluções ou leis do imperante, constantes de traslados ou alegadas publicamente, se dispunha necessária para a respectiva autenticidade a intervenção do notário público ou do notário do rei — podendo assim separar-se estas duas categorias da dos notários particulares de magnates e corporações. O termo *tabellio* parece haver-se perdido. (*lb.*).

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

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

uma categoria profissional comum às diferentes monarquias peninsulares.

94. **Regulamentação de Afonso X** — É na obra legislativa — doutrinal de Afonso X (1252-1284), permeada de romanismo justiniano, como vimos antes¹, que se encontra definida uma teoria completa das funções do notário enquanto outorgante de fé pública aos documentos. Existente já no *Fuero Real* e no *Espéculo*, ela alcança um superior desenvolvimento nas *Partidas* estabelecendo-se aí o conceito de notariado, os requisitos pessoais do notário e a teoria do instrumento público, por forma que não tornou difícil à crítica estabelecer as respectivas fontes. Elas foram a *Ars Notariae*, de Salatièle, e o *Speculum*² de Guilherme Durante, obras que se incluem nos quadros dos *ius commune* e na tradição do romanismo bolonhês. Neste, tomado não só na expressão da escola da *Glosa* — a que Bono (1979, I, 167) reportou o quadro seguinte — mas também dos juristas posteriores — como ilustramos com alguns nomes —, a função notarial pode apresentar-se nestes termos:

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

1. Cf. *supra*, n.º 87. 2. Cf. *supra*, n.º 77.

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

c) O documento tabeliônico como objecto de uma função — *officium* — tem uma forma de produção regulamentada e, por isso, exige ser «*in publicam formam confectum*». A intervenção das testemunhas é um requisito «*ad solennitatem*». O tabelião como responsável pela *auctoritas* do documento há-de ser acreditado sem precisar da asseveração de testemunhas, quando se impugne a autenticidade do instrumento¹. Também aqui se trata de lição comum, podendo comprovar-se, nomeadamente, nas obras de Bártolo, Alberico de Rosate e Bertachinus de Fermo.

Tal é a concepção que prevalecerá, igualmente, no direito português, por inspiração do romanismo bolonhês, conforme o sustentado por Gama Barros. Reportando-se ao facto de aos notários caber em França, por influência românica, a possibilidade «como delegados directos do poder público» de «só pela aposição do seu sinal conferirem» aos documentos «efeitos de prova e força executória», escreveu o grande historiador: «A divulgação do direito de Justiniano produziu em Portugal um resultado análogo; e ao passo que na França, na própria região considerada de direito escrito, o título de *tabelião*, do tempo do Império Romano, readquiriu o uso de que tinha decaído, mas empregado indiferentemente com o de 'notário', em Portugal o termo tabelião radicou-se na prática profundamente, com exclusão, pouco menos de geral, de outro qualquer para designar officio em tudo idêntico», (HAP., VIII,

363). Sem dissentirmos desta lição no que toca à importância da influência do *ius romanum*, parece-nos que se deve aditar-lhe a do direito canónico, que traçou uma larga disciplina do notariado, entre nós divulgada por Álvaro Pais (cfr. v.g. SPE., V, 184, 224, 292, 312, 386, 388, 390...).

95. Legislação portuguesa. Disciplina da profissão e interesses régios — A mesma documentação asseveradora de quanto se referiu consente verificar que o nome de notário ficou reservado quase em exclusivo para os notários apostólicos, conforme o ensinado por Gama Barros, podendo, todavia, referirem-se alguns textos de excepção à regra: «*tabeliam notario publico por el rey*», constitui uma fórmula da época. Com base na mesma documentação utilizada já pelo grande historiador, devem ainda distinguir-se os tabeliões das *notas* ou do *paço* dos das *audiências* ou *judiciais*, embora algumas pessoas reunissem as duas qualidades. Os últimos correspondiam aos escritvões dos juízos respectivos, carecendo de *auctoritas* própria. Exerciam o cargo como subordinados do juiz. Era a intervenção deste que conferia a fé pública ao documento. Os do paço recebiam tal designação por deverem ter *paço* para o exercício das funções. Com nenhum destes cargos se deve confundir o notário da corte, cujo cargo correspondia geralmente ao do escritvão: o seu «officio era estranho ao do tabelião das notas», ensinou também Gama Barros¹, parecendo-nos de duvidar se este quadro se deve ter por exaustivo. Com efeito, são múltiplos os escritvões que encontramos com funções diversificadas e cujos estatutos importaria determinar com rigor²,

1. V. confrontar os art.ºs 369.º e 371.º do Código Civil.

1. V. *infra*, n.º 143. 2. V. *infra* n.ºs 169, 170, b), 171 e 194.

sendo o valor dos seus documentos parificado a escrituras públicas (OA., III, 65, 1).

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

Haverá ainda aqui a consignar os notários apostólicos e os imperiais (já antes referidos). Dos últimos encontramos apenas uma intervenção entre nós, no tempo de D. Dinis. Este, quando soube do facto, impôs-lhe cobro por motivos ligados à falta de *iurisdicção imperii*¹ relativamente a Portugal (EA., 423; Gav., III, 2708). A Igreja manteve, todavia, pretensão de nomear notários, que a Coroa contrariou ou, pelo menos, lhes circunscreveu a competência.

As classificações antecedentes pressupõem a existência de uma organização do tabeliado. A tal respeito cumpre salientar — com Gama Barros, HAP., VIII, 368 — que já no reinado de D. Afonso II (1211-1223) existiam oficiais públicos cuja intervenção nos instrumentos de direito privado dava a esses actos a natureza de escritos autênticos — até aí o notário é um *scriptor*. Por documentação posterior a 1271, sabe-se que impendia sobre os notários a obrigação de residirem no paço do concelho respectivo, aludindo mesmo alguns diplomas às pensões a serem por eles percebidas. Fontes da mesma época mostram-nos a existência de tabeliães interinos. Numerosos instrumentos datados de 1290 — e pertencentes portanto «ao período mais obscuro da história do tabeliado em Portugal», conforme escreveu Gama Barros, que os não utilizou —

1. V. *infra* n.º 133.

atestam-nos não só haver notários generalizadamente instituídos nas vilas do reino como a quantia a pagar por cada um deles ao monarca — em conformidade com a importância da localidade e o número de confrades aí existentes — para poder exercer o ofício. (Gav., *verbi gratia*, XI.2.12; 2.38; 2.41; 2.42; 2.43; 2.44; 2.45; XV.15.20...). É possível, também, que se tenha elaborado, ainda no século XIII, uma tabela de emolumentos e no séc. XIV encontramos já, em Coimbra, uma confraria de tabeliães.

Foi orientação da coroa colocar o notariado na sua dependência. Isso, que ressalta já dos factos anteriormente referidos, pode melhor aperceber-se em alguns mais. D. Dinis não só impôs aos tabeliães a obrigação de prestarem juramento na chancelaria da corte, como reivindicou mesmo, em oposição às pretensões do clero, o direito de os nomear para funcionarem nas próprias audiências eclesiais. Tendo-se levantado a tal propósito uma controvérsia entre o rei e o bispo de Lisboa, «(...) foi dada sentença pelos Juizes que ElRey os pozesse; e ElRey Dom Donis mandou esto veer em Bolonha a Letrados, e acharom que os devia poer (...)» (OA., II.7.57.). D. Afonso IV, segundo um documento publicado por Caetano do Amaral, «Ouve sobre esto seu concelho com Doutores, e com Letrados e com outros; e achou que de Direito os senhores das ditas Cidades e Villas e Lugares nom podiam poor Tabeliõens em esses lugares; e que Elle tam solamente os podia poer em seus Reinos (...) e diz que como quer que esto podia fazer, ouve por bem de se sofer disto em quanto sá mercee fosse, e a quem fosse sá mercee» (Mem., V, 179-180). Não prescindia, porém, o soberano de fazer examinar pelo chanceler os que fossem designados pelos senhores aos quais transigia o direito de

nomeação. O mesmo monarca determinou não possuírem validade as escrituras feitas pelos clérigos das terras portuguesas pertencentes à diocese de Tui perante os notários desta cidade — opondo-se assim às pretensões do bispo que lhes determinara a obrigação de unicamente se socorrem daqueles tabeliães conforme consta de um documento divulgado por Gama Barros (VIII, 416). Além disso, reeditou nas Cortes de Santarém de 1331, e a pedido dos povos, a obrigação de os tabeliães prestarem juramento de chancelaria (art.º 44) (*CP*, *DA*, IV). Por seu turno, D. Fernando declarou, com a lei de 13 de Dezembro de 1375, pertença ao rei o direito «*de acrescentar ou fazer tabeliães*» (*OA*, II.63.13.).

Em conformidade com a reivindicação anterior, determinou D. Fernando a revogação de qualquer privilégio de instituir notários, excepto se concedido aos infantes, condes e outros magnates, como o almirante¹, ao Mosteiro de Alcobaça² e às ordens militares (conservaram, aliás, também igual direito certas cidades, como Lisboa) (*OA*, II.63.13; *EA*, 426). Mas a ressalva fernandina abrangia apenas o direito de escolher as pessoas que deveriam submeter-se a exame de aptidão na corte. O provimento era de competência régia (*OA*, II. 63.13. e 14; *EA*, 426).

Uma vez aprovados, os candidatos exerciam o ofício em nome do rei e lavravam os traslados também por sua autoridade, sem embargo de as receitas e emolumentos respectivos caberem aos senhores designantes, diferentemente do que sucedia em relação aos demais notários, cujos réditos pertenciam ao monarca. Para quem praticasse o ofício sem autorização régia — era a morte. Os senhores das terras

perderiam a jurisdição. Tratava-se de pesadas penas reveladoras do empenhamento posto pela Coroa na sua política. Aliás, embora, o direito canónico proibisse a venda do ofício de notário, que deveria ser outorgado liberalmente, não raro os monarcas exigiam contrapartidas onerosas pela concessão (Álvaro Pais, *SR*, I, 276 e *SPE*, V, 293, bem como *Ch. DPL*, 167 e 307).

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

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

Mais minuciosamente dispõe o regimento de 15 de Janeiro do mesmo ano. Fruto de *agravos* apresentados contra os tabeliães, aí se estatuiu, nomeadamente (cfr. *HAP*, *EA*, 359), que estes deveriam escrever em livro de papel as notas das escrituras ou instrumentos, para não se perderem; registar em livro de coiro as escrituras dos contratos; escrever e ler as notas perante as testemunhas; chamar testemunhas que identificassem os intervenientes desconhecidos; datar e localizar os documentos; nomear os intervenientes; referir o objecto do negócio — tudo por extenso. Dispunha também o regimento quanto às formalidades dos diferentes documentos, à forma de autenticação, *verbi gratia* quando se tratasse de instrumentos partidos por ABC; mandava

1. Cfr. *infra*, n.º 171.

2. V. *infra* n.º 186.

ainda ler as escrituras às partes antes de estas lhes serem entregues (*LLP*, 63). Fácil se torna descortinar neste conjunto de preceitos a influência das teorizações notariais por influxo da romanística bolonhesa, conforme o anotado pela historiografia jurídica, e da disciplina canônica, que em vários pontos coincidiu não só com disposições do regimento de 15 de Janeiro, mas também com subsequente legislação régia (cfr. v.g. *SPE*, 382, 386, 390 *et pas.*).

O regimento de 1340, em grande parte simples confirmação ou adaptação do regimento de 1305 — e portanto menos interessante relativamente à estruturação do notariado — versava também sobre os notários judiciais e instituiu a fiscalização dos notários pelos corregedores.

Sem a pretensão de traçarem um estatuto genérico da função, várias outras leis disciplinaram a actividade dos notários. D. Dinis, em 1305, determinou as formalidades a observar na elaboração dos documentos, cominando pena de morte para o notário infractor (*LLP*, 205, *EA*, 434). O mesmo monarca, também nesse ano, impôs aos notários, sob pena de crime de falsidade, o dever de fazerem as partes jurar antes de eles elaborarem escrituras de compra e venda, a fim de se evitar simulações em favor dos clérigos, (*LLP*, 204). D. Pedro cominou aos tabeliães, também sob pena de morte, a obrigação de garantirem com fiadores o cumprimento dos deveres fiscais a que estavam adstritos. D. Fernando determinou em 12 de Setembro de 1379 que os direitos e obrigações de valor excedente a cinco libras não se pudessem alegar nem provar em juízo senão por escritura pública lavrada por tabelião ou por carta com selo do rei — ou outro autêntico. O instrumento seria lavrado no livro do tabelião e a nota devia ser lida às partes, que a assinariam, sendo substituídas por testemunhas quando o não soubessem fazer. A falta

de registo no livro das notas dava lugar à indemnização pelo tabelião dos prejuízos causados às partes (*OA*, III, 64, 9.; *HAP*).

Com todas estas medidas ficava a instituição notarial absorvida no âmbito da Coroa — quer no tocante à sua qualidade funcional, quer às normas burocráticas e processuais a serem observadas na execução do officio. Já o mesmo não sucedeu no plano material, onde a liberdade de elaboração permaneceu como vestígio do anterior estado de coisas. Com efeito, aqui a criação dos esquemas manteve-se no quadro de um direito de técnicos, alheio ou independente de qualquer promulgação política.

Notou Schupfer que a primitiva formação do pensamento jurídico nos tempos bárbaros se fez através de formulários — como aconteceu em Roma, onde os primeiros gérmes da ciência do direito brotaram da elaboração de fórmulas. Na Idade Média eles foram elaborados a partir dos antecedentes romanos, quase sempre por eclesiásticos ou, quando assim não sucedia, por quem possusse também a cultura românica correspondente aos quadros básicos do saber medieval, o *trivium* (gramática, retórica e dialéctica) — sem que as necessárias adaptações às circunstâncias dos novos tempos quebrassem homogeneidade de espírito e estilo correspondentes a uma comunidade de origem. Destacou-o a historiografia moderna ao aproximar entre si os esquemas negociais correspondentes à Alta Idade Média e todos com os precedentes romanos do Baixo Império. Contribuiu, aliás, para a manutenção do carácter translático dos formulários o próprio sistema de ensino. O mestre ditava os diferentes esquemas (*dictare, enunciare*) escolhidos por si ou por si elaborados. O discípulo recolhia esse ditado (*notare, scribere, titolare*) até adquirir os conhecimentos, suficientes

para realizar a própria redacção ou, mais modestamente, poder reproduzir um esquema alheio, seleccionando, entre os múltiplos módulos transmitidos, aquele considerado apto para documentar o intento prático das partes.

Sem prejuízo de um certo saber teórico tanto de direito romano como canónico, atestado entre nós já no século XIII pela propriedade de livros respectivos existentes nas suas bibliotecas, resulta de quanto fica dito corresponder a preparação dos notários a um conhecimento largamente empírico relativo ao esquema material dos negócios, por um lado; por outro, aos conhecimentos literários inerentes à cultura básica medieval. A este quadro corresponde o juramento feito ao rei por Estêvão Gonçalves, tabelião geral do Algarve (1386), de que escreveria bem e direitoamente as cartas e escrituras. A ele corresponde também e principalmente a disposição das OA. que impunha ao chanceler verificar se os tabeliães «*escrevem bem e som pertencentes para os officios*» (l. 2. 10.). O exame a que D. Fernando submetia os candidatos a notário e que já estava em prática no ano de 1321, a avaliar pela notícia consagrada numa carta régia de alguns tabeliães que tinham vindo à corte para «*a eisaminaçom assi como eu mandei aos outros tabeliães do meu senhoria*», versaria ao menos essencialmente sobre as matérias que referimos. Nos finais do séc. XV ainda se encontram, porém, denúncias contra os tabeliães, por não saberem ler ou cuja escrita era ininteligível. Não era exigido o conhecimento do latim (OA., II. 94.13.).

96. Da «*ars dictaminis*» à «*ars notariae*» — A este respeito haverá que aludir ao facto de os ensinamentos do *trivium* se terem consubstanciado, no tocante à redacção

dos documentos, na *ars dictandi*, «disciplina que trata da técnica de redacção (*dictare*), conforme as regras (gramaticais, lógicas e estilísticas) da composição textual (*dictamen*); dirigida de início à redacção epistolar (*epistolae*), amplia rapidamente o seu campo, incluindo a redacção documental, primeiro dos documentos de carácter público (*privilegia*), e posteriormente também os de carácter privado (*instrumenta*). A finalidade da *ars dictandi* era estabelecer a base teórica para se obter a correcção gramatical, a precisão lógica e propriedade estilística dos *scripta*, isto é, para «*gramatice regulas non excedere*», a «*lógica discernere verum a falso*», e «*rethorice eloquentia servare*» — conforme a síntese que a este respeito traçou Bono (1979, I, 200). Embora a *ars dictaminis* fosse em si mesma alheia ao direito, o facto de os documentos a elaborar pelos *dictatores* se reportarem materialmente a actos jurídicos levou a incluir nas *summae de dictaminis*, como parte prática, colecções de fórmulas jurídicas de proveniência notarial. A mesma circunstância impulsionou os *dictatores* ao conhecimento teórico do direito.

Com a recepção das doutrinas jurídicas a arte de bem escrever (*ars dictaminis*) veio a aproximar-se consideravelmente do notariado propriamente dito. Baseado este, na sua expressão inicial, sobre o empirismo das fórmulas e os preceitos da redacção pertencentes àquela, como vimos, também ela incorporou progressivamente conhecimentos de direito. Nas obras de índole prática os escritores jurídicos foram dando lugar a exposições para uso dos notários — que vieram a ser recebidas pelos mestres do ensino notarial. Nas aulas estes expunham assim, ao lado dos ensinamentos concernentes especificamente aos diferentes tipos de formulários, os ditames da gramática e da retórica,

ministrados em conjunto com rudimentos de direito, principalmente de direito processual. Deve-se tal particularidade ao facto de terem sido os processualistas que mais trataram aspectos notariais, como consequência de aos notários haverem cabido funções adjuvantes dos juízes.

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

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

O novo quadro adquiriu expressão formal com o aparecimento da nomenclatura *ars notariae*, que sabemos utilizada em 1221 e de si reveladora de uma especificidade do notariado em relação às diferentes *artes* medievais, *verbi*

gratia por confronto com o *dictamen*. A sua individualidade de material encontra-se expressa nas obras de Rainerio de Perusia (1213), Salatielle (1210-1280) e Rolandino (1207-1301) — e é, portanto, sensivelmente contemporânea do movimento que culminaria na *Glosa* (cerca de 1260).

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

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

Estava-se já perante um entrevistar das concepções éticas como elemento rector das fórmulas — e por força eliminante da apetência nestas existente e ditada pelo carácter ritual e sacral outorgado por séculos de reverência para a

rejeição de qualquer excepção (consideração casuística) ou modificação. Era, simultânea e necessariamente, um atribuir à respectiva elaboração o papel de simples aplicar praticamente valores correspondentes à concepção contemporânea de mundo. Não admira assim ter a posterior voz de Rolandino declarado expressamente supor a arte notarial — «*theorica et practica*» — uma consideração filosófica pela causa, pelo fundamento, pelos materiais que lhe correspondiam, considerando-a na sua *intentio*, *utilitas et fins* como parte da filosofia. Equivalia isso, aliás, a equipará-la ao direito, pois também os juristas o declararam filosofia (*Q.s.s.s.*, v.g., *Orlandeli e Vecchia*, 1968, *pas.*). Nem admira. A obra de Rolandino estava permeada das correntes do romanismo bolonhês (como notou Nuñez Lago).

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

À luz de quanto fica descrito se há-de compreender a crítica de Rolandino ao movimento reformador da prática notarial do seu tempo. Se a época exigia novos esquemas formulários adequados aos «*mores novos et subtiliores*», bom seria não os tomar como superiores aos antigos. O seu mérito era a adequação às exigências contemporâneas, não possuindo um valor absoluto.

A construção teórica da *ars notariae* não determinou obviamente uma modificação total dos esquemas negociais. Eles resultaram sobretudo do novo contexto social. Possibilitaram-na, porém, dando-lhe nomeadamente a fundamentação necessária. Foi ela, também, que consentiu

outorgar às fórmulas a elasticidade necessária para acompanhar no futuro as modificações sobrevindas. A ela deve igualmente a conjugação do notariado com a doutrina jurídica, de forma a aquele fomentar e acompanhar a renovação que se operaria com os comentadores, conduzindo, *verbi gratia*, à inclusão das *ars notariae* nas escolas jurídicas, como assinalámos. Sem o movimento doutrinário que ficou descrito, dificilmente o notariado poderia ter permanecido como uma actividade prudencial, suprimindo no campo das soluções materiais a escassez da actividade legislativa. Importa, com efeito, não perder de vista ter o direito notarial evoluído para lá e com independência dos ditames estatais no que concerne à fixação dos processos técnicos respectivos, não sendo raro a posterior promulgação política de soluções antes consagradas translaticamente pelos notários. Referimo-nos aos chamados *costumes notariais* ou *cláusulas de estilo* que os notários repetiam invariavelmente nas escrituras como forma de assegurar a vontade das partes. Tradutoras, em forma técnica, do intento destas face a generalizadas circunstâncias da época, acabaram frequentemente por serem tomadas como conaturais aos institutos respectivos, observadas por toda a parte e recebidas em consequência pelos legisladores. Por isso, o direito notarial pôde funcionar nos quadros do *ius commune*, sobrepondo-se aos particularismos dos direitos nacionais — e constituir um dos elementos unificantes existentes na cultura da época.

97. Documentos de actos jurídicos e seu valor como fonte de história do direito; carácter translático de muitas cláusulas; sobreposição de vários extractos jurídicos — Os documentos dos actos jurídicos não são em si

fontes do direito — mas fontes de história. A sua importância resulta de eles nos revelarem não só o operar de factores de produção jurídica específicos — os tabeliães ou notários —, mas também a maneira como se projectaram na prática as demais fontes. São o espelho daquilo que se chamou o direito vivo, permitindo apreciar a distância que media entre as concepções das normas gerais e o acto concreto no qual elas se pretendem traduzir. Por isso, constituem o mais fácil testemunho da sobreposição e o entrecruzar dos diferentes factos normativos coexistentes numa época e o elemento essencial para o apercebimento da aculturação jurídica. É neles que se surpreende quase sempre a sucessão e intercâmbio de estratos ou ordens jurídicas. Para não fugirmos do âmbito do curso diremos que em muitos dos nossos documentos medievais se podem aperceber influências germânicas e influências românicas. As circunstâncias apontadas levam a uma heterogeneidade de terminologia, que nuns casos é em si contraditória, noutros como que pleonástica. Repetidamente o notário, não tendo ao seu alcance possibilidade de fixar os *nomina* dos formulários de maneira correcta, emprega em conjunto nomenclaturas de origem diversa, para assim cobrir as diferentes hipóteses que se lhe figuravam. Isso põe ao intérprete moderno problemas de exegese difícil, arriscando-se ele ao cometimento de erros se partir *a priori* da existência de uma dogmática rigorosa e invariável. Permite-lhe, em compensação, descobrir frequentemente as linhas de força de estruturação de institutos e o prosseguimento de criação e adaptação de um direito efectivamente vigente, embora não promulgado e muitas vezes efectivo para além deste. Noutros termos: são os documentos notariais uma fonte privilegiada para a apreensão de como os diferentes factos normativos reagi-

ram entre si e quais os caminhos percorridos e as transições aceites pelo direito erudito (romano-canónico) na sua implementação em detrimento do direito tradicional, ao qual as populações estavam afeitas. A este respeito se não há-de esquecer terem os notários figurado entre os meios de divulgação do *ius commune*. «A intervenção dos notários — escrevem, a propósito Ourliac e Gazzaniga — é (...) um dos factos maiores da história social dos sécs. XIII e XIV. Eles são os *demi-savants*, sempre presentes entre as partes para dar uma forma romana ao respectivo pensamento (...). Eles fazem evoluir a prática e constituem os agentes mais activos da romanização» (1985, 76). Aqui como lá. Então, de certo, como já antes e depois.

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

BIBLIOGRAFIA — *LLP*, *OA*, *GTT*, II, III e IV; *CP. DA.*, IV; *II Notariato Veronese Attraverso i Secoli*, obra col. com int. de Giorgio Cencetti, Verona, 1966; *Les Actes Notariés Source de l'Histoire Sociale*, Strasbourg, 1974, obra col.; *II Notariato Tra Belgio e Paesi Bassi*, obr. col. dir. por Mario Amelotti, 1996; JOSÉ MARIA ADRIÃO, *Ensaio de uma Bibliografia Crítica do Notariado Português*, Lisboa, 1924; JORGE DE ALARCÃO, «Esmolumentos do Tabelhonado Medieval Português. Um Documento Inédito», Sep. da *Rev. Port. de Hist.*, 1959; M. G. M. ALTEA, *Scienze e Professione Legale nel Secolo XI*, Milão, 1979; CAETANO DO AMARAL, *Memória V*; ANTONIO J. DE ÁVILA, «Relatório sobre o Cadastro», in *Três Relatórios sobre o Cadastro*, Lisboa, 1963; RUI PINTO DE AZEVEDO, *Introdução a Documentos Medievais Portugueses*, Lisboa, 1958, I; GAMA BARROS, *HAP*, VIII; ÂNGELA G. VIEIRA DA ROCHA BEIRANTE,

Confarías Medievais Portuguesas, Lisboa, 1990; SANCHEZ BELDA, «La Cancillería Castellana durante el Reinado de Doña Urraca», in *Estudios Dedicados a Menéndez Pidal*, Madrid, 1953, IV; JOSÉ BONO, *Historia del Derecho Notarial Español*, Madrid, 1979, I e II e «La Ordenación Notarial de las Ordenaciones Afonsinas», in *Congreso Internacional Bartolomeu Dias e a Sua Época*, Actas, Porto, 1989, I; A. DE BOUARD, *Manual de Diplomatie Française e Pontificale*, Paris, 1929, I e II; FRANCESCO BRIGANTE, *L'Umbria nella Storia del Notariato Italiano*, Perugia, 1958; L. F. AVIS DE BRITO, *O Notariado na Elaboração do Direito Privado*, Braga, 1966; J. BRISSAUD, *Manuel d'Histoire du Droit Privé*, Paris, 1908; J. C. BROWN, *Origin and Early History of the Office of Notary*, Edimburgo, 1936; BRÜNNER, *Historia del Derecho Germánico*, trad. esp. de 1936, Barcelona; MARCELLO CAETANO, *Historia do Direito Português (1140-1495)*, Lisboa, 1981; CALASSO, *Medio Evo del Diritto*, I, Milão, 1954; CALERI, *L'Arte dei Giudici e Notai di Firenze nell'Età Comunale e nel Suo Statuto del 1344*, Milão, 1966; M. L. CARLIN, *La Pénétration du Droit Romain dans les Actes de la Pratique Provençale (XI-XII^e Siècle)*, Paris, 1967; MARIO AMELOTTE e G. CASTAGNA, *Alle Origini del Notariato Italiano*, Roma, 1975; FERNANDO J. COLAÇO, «The Notarial Institution», in *RFDL*, 1998; SEVILLANO COLOM, «Un Nuevo Formulário Medieval Inédito (siglo XIII)», in *AHDE*, XIX, 1948-1949; AVELINO J. COSTA, «La Chancellerie Royale Portugaise Jusq'au Milieu du XIII^e Siècle», in *Estudos de Cronologia Diplomática, Paleografia e Histórico-Linguísticos*, Porto, 1972; GIORGIO COSTAMAGNA, *Il Notario a Genova Tra Prestigio e Potere*, Roma, 1970 e «Notario (dir. int.)», in *ED*, XXVIII, Milão, 1978 e «Bologna e il ritorno del Diritto Romano nella documentazione notarile (secoli XII e XIII)», in *Studio Bolognese e Formazione del Notariato*, Milão, 1992; MARIA CRISTINA DE ALMEIDA E CUNHA, *Alguns Tabeliães do Algarve durante a Idade Média*, sep. da Rev. de História, Porto, 1987; «*Tabeliães Bracarenses no Século XIII*», sep. das «Actas do Congresso Internacional IX Centenário da Dedicção da Sé de Braga», Braga, 1990; A. DUMAS, «Dieu Nous Garde de l'Et Coetera du Notaire», in *Mélanges Paul Fournier*, Paris, 1924; G. FASOLI, *Per la Storia dell'Università di Bologna nel Medio Evo*, Bolonha, 1970 e

«Giuristi, Giudici e Notai nell'Ordinamento Comunale e nella Vita Cittadina», in *ACISA*, I; CHARLES FAULHABER, «Las Retóricas Hispano-latinas Medievales (s. XIII-XV)», in *RHCEE*, 7, 1979 e «*The Summa Dictaminis of Guido Fabae*», in *Medieval Eloquence: Studies in the Theory and Practice of Medieval Rhetoric*, ed. J. Murphy, Berkeley, Los Angeles, Londres, 1978; BERTACHINO DE FERMO, *Reperitorium Iuris*, 1539, III; P. R. DE FONTETTE, «La Vie Economique de la Région Parisienne d'après les Actes de Vente Immobilière du XII^e Siècle», Sep. de *RHDFE*, 1959; P. FREZZA, «L'Influsso del Diritto Romano Giustiniano nelle Formule e nella Prassi in Italia», in *IRMAE*, I, 2 cee; GARCIA-GALLO, «Los Documentos y los Formularios Jurídicos en España hasta el Siglo XII», in *Estudios de Historia del Derecho Privado*, Sevilla, 1982; ANDRÉ GOURON, «Diffusion des Consuls Méridionaux et Expansion du Droit Romain aux XII^e et XIII^e Siècles», in *La Science du Droit dans le Midi de la France au Moyen Âge*, Londres, 1984; G. SANCHEZ e V. GRANEL, «Colección de Fórmulas Jurídicas Castellanas de la Edad Média», in *AHDE*, II, 1925, III, 1926, IV, 1927, XII, 1935; GYRI, *Manuel de Diplomatie*, Paris, 1925 I e II; HERCULANO, H.P., R. NUÑEZ LAGO, *El Documento Medieval y Rolandino*, Madrid, 1951; LAFAYE, v.^o «Tabularius», in *DS*, V; LÉCRIVAIN, v.^o «Notarius», in *DS*, IV; P. S. LEICHT, *Storia del Diritto Italiano. Le Fonti*, Milão, 1956; A. H. DE OLIVEIRA MARQUES, *A População Portuguesa nos Fins do Século XIII*, Sep. da *RFDL*, Lisboa, 1958; ROSA MARIA BLASCO MARTINEZ, *Una Aproximación a la Institución Notarial en Cantabria*, Santander, 1990; JOSÉ MATOSO, «Sancho (875-1100)», in *Religião e Cultura na Idade Média Portuguesa*, 1982; PAULO MÊREA, *Estudos de Direito Hispânico Medieval*, Prefácio, Coimbra, 1952, I; GINO MASI, *Introduzione Storica a Formularium Florentinum Artis Notariae*, Milão, 1943; M.^a EUGÉNIA PEREIRA DA MOTA, *Do «Africano» ao «Príncipe Perfeito» (1480-1483). Caminhos da Burocracia Régia*, Porto, 1989, I; J. MURPHY, *Rhetoric in the Middle Ages: A History of Rhetorical Theory from Saint Augustine to Renaissance*, Berkeley, Los Angeles, Londres, 1974, trad. esp. de 1986; U. NICOLINI, «I Giuristi Pastascursiani e la Fortuna della Glosa in Italia», in *ACISA*, III; BERNARDO M. G. SÁ NOGUEIRA, *Lourenço Eanes, Tabelião de Lisboa*, 1988; J. A. DUARTE NOGUEIRA,

Sociedade e Direito em Portugal na Idade Média, Lisboa, 1990; EDUARDO BORGES NUNES, «Marim Martinez, Primeiro Tabelião de Guimarães», in *Actas do Congresso Histórico de Guimarães e Sua Colegiada*, Guimarães, 1981, IV; ORLANDELLI, *Ars Notarie di Salitele*, Milão, 1961; «Studio e Scuola di Notariato», in *ACISA*, I e «La Scuola do Notariato tra VIII e IX Centenario dello Studio Bolognese», in *Studio Bolognese...*, sup. cit.; PAUL OURLIAC e J.-L. GAZZANIGA, *Histoire du Droit Privé Français, de l'An Mil au Code Civil*, Paris, 1985; ALVARO D'ORS, «Documentos y Notários en el Derecho Romano Post-Classico», in *Centenario de la Ley del Notariado*, Madrid, I, 1964; ALVARO PAIS, *SR. e SPE.*; ISAÍAS DA ROSA PEREIRA, «O Tabelionado em Portugal», sep. das *Actas del VII Congreso Internacional de Diplomática*, Valencia, 1989; PRATESI, *Genesi e Forme del Documento Medievale*, Roma, 1987; G. RABOTTI, «Osservazioni sullo Svolgimento del Notariato a Ravenna tra XI e XII secolo», in *Studio Bolognese...*, sup. cit.; GALINDO ROMEO, «El Formulario del Bispo D. Jaime de Aragón (siglo XV)», in *Rev. Zurita*, II, 1934; L. RONCALLI, *Historia do Notariado em Portugal*, Lisboa, 1889; ARTUR MOREIRA DE SÁ, «Primórdios da Cultura Portuguesa», in *AHCP*, I, 1, 1967; MARIA JOSÉ AZEVEDO SANTOS, *Alguns Aspectos do Tabelionado em Coimbra (Séculos XIV-XV)*, sep. do «Arquivo Coimbra», Coimbra, 1993, e «O 'Ornamento Literário' em Documentos Medievais: O Préambulo ou Arenga (775?-1123)», in *A Universidade de Coimbra no 7.º Centénário*, Lisboa, 1993; SAVIGNY, *Storia del Diritto Romano nel Medio Evo*, trad. it. de 1854, I; M. TARDY, *Les Tabelliones Romains*, Bordéus, 1901; RUI DE ABREU TORRES, «Tabellães», in *Dicionário de História de Portugal*, Lisboa, 1981, VI; J. TRENCHS, «Bibliografía del Notariado en España», in *Estudios Históricos y Documentos de los Archivos de Protocolos*, 4, 1974; VECCHI, «La Scuola del "Dictamen" e i suoi Rapporti co il Giure», in *ACISA*, I; M.ª GARCEZ VENTURA, *Igreja e Poder no Século XV. Dinastia de Aviz e Liberdades Eclesiásticas*, Lisboa, 1997; G. DE VERGOTTINI, «Bologna e lo 'Studio nel l'Età di Accursio», in *ACISA*, I; DOMINICUS DE DOMINICIS DE VI-SEU, «Summa Dictaminis Secundum quod Notarii Episcoporum et Archiepiscoporum Debeant Notarie Officium Exercere», in L. Rockinger, «*Briefsteller und Formelbücher des elften bis vierzehnten*

Jahrhunderts», *Quellen und Erörterungen zur bayerischen und deutschen Geschichte*, 9, Munique, 1863-64, com reimpressão, N.Y., 1961; WOLF, «Das Öffentliche Notariat», in *Handbuch der Quellen und Literatur der Neuren Europäischen Privatrechtsgeschichte*, pub. sob a direcção de Helmut Coing, Munique, 1973, I.

SECÇÃO VII

O DIREITO PURAMENTE CONSENTIDO: DIREITO JUDAICO E DIREITO ISLÂMICO

98. O direito judaico. Introdução — Vigente na comunidade hebraica inserida no corpo orgânico fixado no território correspondente ao reino — e em certa medida aplicável nas relações dos membros dela com os demais¹ — se nos apresenta o direito judaico. Trata-se de um direito transcendente relativamente a esse grupo social, de carácter *pessoal* e *confessional* — mas cujo título de aplicação se identifica com a benevolência régia² que permite a respectiva recepção³, enquanto privilégio, dando-se a este termo o seu sentido etimológico e técnico. Como relativamente ao direito muçul-

1. Cfr., v.g., *infra*, n.º 160 e o vol. correspondente aos *Grupos Sociais e Conteúdo do Direito*, nas partes relativas ao estatuto material dos judeus e às Normas de Conflitos.

2. Cfr., *infra*, n.ºs 114 e 190, bem como o volume respeitante aos *Grupos Sociais e ao Conteúdo do Direito*, nas páginas relativas à comunidade judaica.

3. Cfr. para o conceito *supra*, n.º 85.

mano, a oposição de religiões levou a circunscrever-lhe a influência¹ e a impedir que fosse de outra maneira, inversamente ao sucedido no tocante aos direitos canônico e romano, em relação aos quais houve o sentimento mais ou menos genérico de obrigatoriedade.

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

1. V. *infra* n.º 121.

99. **Fontes. A Thorá** — O direito judeu corresponde à lei revelada no Sinai por Deus a Moisés. Coube a este patriarca fixar a palavra divina. Ao descer do Sinai, Moisés chama Aarão e dá-lhe a conhecer a Lei — bem como os comentários a esta — e a Revelação. Aarão fez o mesmo com os seus filhos — e assim sucessivamente. É a *Thorá*, a lei escrita, denominada usualmente *Leis de Moisés* ou *Livros de Moisés*. Na Bíblia ela compreende cinco livros (*Pentateuco*), a saber: *Gênesis* (a criação e a vida dos patriarcas), *O Êxodo* (estadia no Egito e volta a Canaan), *Levítico* (livro de prescrições religiosas e culturais), *Números* (organização da força material) e *Deuterónio* (ou segunda publicação da lei, complemento dos anteriores). A crítica moderna tem atribuído diversas datas a estes textos: «certas partes (...) remontariam ao início do segundo milénio; a maior parte das outras teriam sido redigidas em períodos diferentes entre os séculos XII e V; a forma definitiva não dataria senão de cerca de 450 anos antes de Cristo. Este problema de datação continua muito controvertido» (Gillissen, 1986, 68) — assegurando firmemente a tradição judaica a sua atribuição a Moisés.

Na lei mosaica compreendem-se matérias heterogêneas — notícias relativas à origem do mundo andam juntas com noções medicinais, agrícolas, técnicas... — sem que isso prejudique a formulação preceptiva. Referindo-se ao Decálogo, contido no Êxodo, escreve Gibert: «a precisão, a clareza e vivacidade destas leis não têm equivalente na história do direito» (1978, 169). Além desta parte da Bíblia são normalmente destacados como fontes jurídicas: a) o *Código da Aliança* (também parte do Êxodo), no qual se encontram prescrições religiosas, regras de direito penal e respeitantes à reparação dos danos; b) *Deuterónio*,

nova versão daquele Código considerada por alguma historiografia uma codificação de antigos costumes respeitantes à manutenção do monoteísmo — que engloba disposições de direito público e familiar; c) *Levítico*, aonde, além de disposições rituais, se encontram preceitos sobre o matrimónio e de direito penal.

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

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

100. Fontes (cont.). A *Mischná* (ou repetição) — A atenção dedicada, durante séculos, pelos escribas à Bíblia levou à formulação de um considerável corpo doutrinário transmitido oralmente de pais para filhos e denominado «*tradição dos pais*» (*torá sche baal pe*), de carácter casuístico, literal, formalista. Através dela se faz a adaptação da lei escrita às necessidades dos tempos sobrevividos, pela incorporação de novos costumes e tradições, num trabalho que já foi comparado ao dos juristas romanos contemporâneos. Esta *lei oral*, cujas origens, segundo a tradição judaica, remontam aos tempos da lei escrita, sendo de carácter interpretativo, comportava várias divergências e apresentava-se, por isso, consentânea à formação de seitas. O seu próprio valor era objecto de polémica. Os *saduceus* rejeitavam o culto da tradição, preconizando a observância estrita e literal da *Thorá*. Os *fariseus*, ao contrário, consideram que

a tradição tinha «o mesmo valor que a *Thorá* e, consequentemente, devia prevalecer sobre ela em caso de contradição, pois (...) a tradição recolhe a revelação de Deus a Moisés, transmitida por este aos sacerdotes, sobre muitas questões não reguladas por escrito na *Thorá*; a observância estrita desta 'tradição' que regula tudo, leva os fariseus a recusarem toda a influência externa e a serem ferozmente conservadores e tradicionalistas» (García-Gallo, I, 1975, 338), contrastando com os *saduceus* no tocante à aceitação por estes de influências helénicas e romanas em tudo que não contrariasse a *lei*. Por seu lado, Cristo denunciou repetidamente a oposição da tradição à lei, a aberração de muitas das interpretações consagradas por aquela, inteiramente literais e em contraste com o espírito — o mesmo fazendo S. Paulo, cuja lição seria reeditada pela posterior cultura cristã¹.

A necessidade de preservar a tradição levou ao intento da sua fixação escrita. Cerca de 130 depois de Cristo, o Rabi Ashiba traçou o plano de uma colectânea que recolhesse a jurisprudência desde Moisés. Realizou-o um outro rabino eminente, Judá, o Santo, iniciado na cultura grega e influenciado pela civilização romana. Conseguida autorização do imperador Antonino Pio, celebrou-se um concílio, a fim de recompilar *as leis*, bem como as *decisões* dos mais importantes doutores, e decidir as contravérsias fundamentais. A recolha da tradição fixou-se no texto de Judá, o Santo, que «eclipsou todas as redacções» da lei oral. É a *Mischná* (ou Duplicação, visto a lei oral se apresentar como simples repetição da lei escrita), livro este considerado como «o primeiro código completo das

1. Cfr. *supra*, n.º 80.

leis israelitas», conforme escreveu Fernandez Espinar (1985, 228), não obstante constituir uma recolha «relativamente confusa de opiniões dos rabinos sobre matérias religiosas e divinas», sendo «a opinião das minorias mencionada ao lado da maioria dos 'sábios'» (Gilissen, 1988, 69). De um ponto de vista material *a)* a *Thorá*; *b)* a tradição ou interpretação oral; e *c)* as providências regulamentares resultantes das circunstâncias, representavam os seus elementos.

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

102. **Idem. O Talmud e a tradição judaica** — A *Mischná* e a *Guemará* formam o *Talmud* (isto é, Estudo). Sendo a *Mischná* uma, a *Guemará* foi diversa (versão palestina, versão babilónica), pelo que existe um *Talmud* duplo, sendo o de Babilónia o mais completo e o de maior difusão.

Dada a profusão de matérias da *Bíblia* o duplo comentário que delas se encontra no *Talmud* é naturalmente heterógeno: repetições e interpretações de textos bíblicos, temas médicos, astronómicos e naturais, folclóricos e lendas (*hagadá*) compreendem-se nela ao lado de uma parte

perceptiva (religiosa e jurídica) — *halachá*. A história de Israel reflecte-se nessa imensa e impressionante compilação que se diz ter correspondido ao trabalho de 5000 doutores e que abrange nove séculos de pensamento. A sua valorização, que é feita em termos muito díspares segundo os autores, apresenta-se na pena de Fernandez Espinar nos seguintes termos: «O *Talmud* é um imenso conjunto de preceitos, doutrinas e opiniões, que não compreendem menos de 12 volumes *in folio* e a que os doutores israelitas chamaram o mar talmúdico. Os seus preceitos inspiram-se num formalismo estreito e minucioso. A finura do raciocínio analítico leva a um casuismo subtil. A moral talmúdica compreende máximas rectas e também aberrações. Postula a caridade com o próximo — mas o próximo, para o *Talmud*, é só o judeu. Os demais homens são equiparados aos animais». Por seu turno Gallo assinala que a *Bíblia* acaba por ficar num lugar secundário para os cultores do *Talmud*. Para os crentes o *Talmud* é um repositório da sua fé.

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

A controvérsia antijudaca levou os evangelizadores cristãos à refutação do *Talmud*, tendo Benedito XIII orde-

nado aos bispos e cabidos a recolha de todos os exemplares do *Talmud*, glosas, sumários e comentários. Ficou célebre a controvérsia de 1413, em Tortosa, convocada pelo mesmo pontífice e onde se discutiu a obrigação e o direito dos judeus observarem o *Talmud*, procurando-se os erros da lei mosaica. O regime da liberdade dos judeus, consagrado nas cartas de privilégio¹, consagrava naturalmente a observância do direito talmúdico — e o respectivo ensino.

103. Direito muçulmano. Conceito e Características —

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

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

1. Cfr. *infra*, n.ºs 190 e 191 e o volume correspondente aos *Grupos Sociais e Conteúdo do Direito*.

A assinalada uniformidade do direito muçulmano decorre da ausência de órgãos políticos na criação do direito. Jamais o Califa ou qualquer outro chefe político actuou como órgão de criação do direito. Provindos este de Deus, tal conduta constituiria uma transgressão. Pela mesma razão a comunidade, tomada em sentido político-civil, também não intervier na criação do direito, produzindo regras gerais abstractas correspondentes ao conceito de lei no nosso direito. Quando cria o *Ichmá*¹ fá-lo enquanto comunidade confessional, assistida ou orientada por Deus. Por isso, embora o Corão, como a *Sumna*, como o *Ijmá*, incorpore na realidade normas consuetudinárias, nunca lhes foram atribuídas a natureza de fonte jurídica.

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

1. V. *infra*, n.º 105.

mano, o que há é a *Charia*¹ («a via a seguir», «a lei revelada»). Tais são prevenções a ter em conta para o entendimento das linhas que se seguem.

104. **Fontes.** Int. a) o *Corão* e b) a *Summa* — Segundo um *hadit*¹, Maomé terá perguntado a um dos seus prosélitos: «*De acordo com que critérios julgáreis a conduta dos crentes*». «*Em primeiro lugar* — respondeu ele — *ater-me-ei ao Corão. Na sua falta, à Summa do enviado de Alá. Por fim recorrer-ei à Ijmá* (o meu próprio critério)». Tais são as fontes básicas do direito muçulmano (a *Charia*) e a precedência entre elas. Vejamos cada uma por si:

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

A doutrina de Maomé enunciou-a ele oralmente. É duvidoso que em vida do Profeta se haja começado a fixar por escrito tais ensinamentos. Nos tempos do seu sucessor, o primeiro califa, se recolheram por ordem deste numerosas folhas soltas onde haviam sido registadas diversas revelações — e cuja guarda foi confiada a uma das viúvas de Maomé. Compilações diversas lançaram em circulação quatro redacções completas e não coincidentes do Corão. No tempo do terceiro califa, Utman (644-656), fixou-se o texto pela oficialização da versão devida a Zaid, secretário

de Maomé e elaborada em vida deste. As demais foram destruídas. O texto assim conseguido encontra-se dividido em cento e quatorze capítulos ou séries (*surah*), compostas de versículos nos quais se contém «milagres» ou «signos sobrenaturais», divisões estas sem caracter sistemático. Muitas das revelações são entre si contraditórias — como já se notou no próprio tempo de Maomé. Por isso, importa estabelecer a respectiva cronologia, entendendo-se que as posteriores revogam as anteriores. Os doutores muçulmanos explicam tal circunstancialismo qualificando as substituições como ditames circunstanciais, revelados para casos particulares, revogados por normas de índole geral.

O Corão constitui um livro heterógeneo. Materialmente

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

b) A *Summa*. A revelação divina contida no Corão foi completada com a conduta do Profeta (*Summa*). As suas

1. V. *infra*, alínea b).

decisões e comportamento não podiam deixar de serem consideradas como realização do ideal prégado. Tal dogmatização encontra-se em algumas passagens corânicas: «*Fornoso exemplo deu o Profeta para todos quantos esperais no Senhor e no Dia do Juízo e têm tido Alá na memória*».

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

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

A necessidade de eliminar as tradições apócrifas e determinar o teor das autênticas levou à elaboração de uma ciên-

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

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

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

O providencialismo insíu no consenso e conduta da comunidade religiosa muçulmana (*idjama'*), permite torná-los como critério de solução — justa — nos casos julga-

dos omissos por relação com a palavra e o comportamento de Maomé.

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

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

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

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

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

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

Explica-o o facto de com eles aquilo que constituía precedente passar a ser olhado como preceito jurídico. Por isso já houve quem exageradamente considerasse as respectivas

obras como verdadeiros códigos de conduta em vez de livros prudenciais.

Resultante directamente do *ichthid* é a *fetua*, ou seja, o texto no qual argumentativamente se expõe a solução encontrada para o problema, cabendo o título de *mufi* ao doutor legitimado para a respectiva emissão.

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

107. **Fontes. (Cont.). As escolas de *fiqh*** — A preponderância dos discípulos e a multiplicação de *fetua*, organizadas em colecções, as tradições existentes nesses ditames, seja nos aspectos metódicos, seja nas soluções propugnadas, conduziram à formação de diferentes escolas, centradas num número limitado de enunciados fundamentais e divergentes. Conforme acatem ou não a *Summa*, é costume separar tais correntes em ortodoxas e heterodoxas. Entre as últimas destacam-se os *xittas*, seguidores de Ali, genro do profeta. Nas primeiras (sunitas) as de maior importância são a *hanefi*, *malequi*, *xafei* e *hanbali*, dos nomes dos respectivos fundadores. A seu propósito já se notou que o pensamento jurídico muçulmano passou de uma relativa transigência para a intransigência, ao contrário do sucedido no campo político. A tendência liberal é representada por Abu Hanifa, aberto às influências judaicas e bizantinas e à atracção racionalista. Hanbal representa o integrista, propugnando

uma metódica literalizante e repudiadora do *qiyas*. Xafei e Malik, e os respectivos discípulos, representavam vias médias, embora porventura mais próximas de Hanbal, pois ambos rejeitam as tendências racionalizantes, apoiando-se essencialmente na tradição (*hadit*). Das duas, a menos conservadora é a de Xafei, ao indentificar o *lymá* com a opinião dos *fauques*, enquanto a doutrina de Malik a reconduz à interpretação da comunidade confessional, tomada esta no sentido restrito dos próprios seguidores do rito, não de todo o Islão, ou na expressão restrita dos doutores da escola (opinião comum destes). Daqui as perseguições movidas pelos seguidores de Malik aos dos demais credos.

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

A escola malequita seria posta em causa em virtude das reacções anti-racionalistas ocorridas no Islão. A invasão de Espanha pelos Almoadas impõe uma violenta perseguição aos malequitas, sendo queimados os respectivos livros e punidos os crentes pelo verdugo. Vários movimentos contrariaram também a escola, como o dos suftias, com incidência em territórios hoje portugueses. O sufismo constituiu a alma dos movimentos contestatários que quebraram a unidade política muçulmana em Espanha, acompanhando o aparecimento de pequenos reinos (*taifas*). Tendo constituído no século X a corrente espiritual dominante — manteve-se vivo nas duas centúrias seguintes. A sua essência foi predominantemente mística e ascética —, mas o respectivo espiritualismo cedo resvalou para um intervencionismo social de carácter crítico em relação ao *establishment* (com a tomada da consciência subjectiva como método de conduta, em prejuízo de cânones objectivos e do intelectualismo jurídico-religioso), erigindo em instrumentos de acção a pregação e a espada. Nenhum dos factores antes referidos determinou, porém, a supressão da influência de Malik. A sua obra, *Muwata* ou *Almoata* (Caminho Fácil), colecção de *hadi* comentada sistematicamente, manteve um indiscutível prestígio, continuando a ser venerada, bem como as dos comentadores respectivos, de que se pode citar Ibn al-Arabi. A Reconquista cristã também não suprimiu o pensamento jurídico muçulmano. As comunidades vencidas continuaram as tradições hispânicas do *fiqh*, oferecendo muito interesse a respectiva literatura — a literatura aljamia. A historiografia moderna, se assinala aos doutores muçulmanos peninsulares a autoria de vários contributos em relação aos ensinamentos de Malik — nomeadamente em domínios processuais e no direito das obrigações — tem

ainda discutido o grau de influência romana e cristã nos textos da doutrina aljamia. Hinojosa vai ao ponto de ver neles uma adaptação do direito romano — tese esta contrariada por Lopez Ortiz. Um ponto de vista porventura conciliador poderá exprimir-se atribuindo à literatura aljamia um carácter autenticamente muçulmano, embora não isento de influências romano-cristãs, nomeadamente no tocante aos contratos, cuja regulamentação se apresenta romanizada.

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

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

Aos *diminies* impõe-se-lhes o uso de trajes com distintivos visíveis e a exclusão de certas peças de vestuário, como o turbante. Devem ainda os *diminies* acatamento ao direito público muçulmano. Embora se lhes reconheça liberdade de culto e a respectiva comunidade seja regida por autoridades próprias — foi o caso dos *condes* dos moçárabes, cristãos submetidos que viviam como arábes — a respectiva organização não é autónoma, mas dependente da autoridade muçulmana.

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

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

BIBLIOGRAFIA — No tocante ao Direito hebraico cf., v.g., J. LA-LINDE ABADIA, *Iniciación Histórica al Derecho Español*, Barcelona, 1970; B. COHEN, *Law and Tradition in Judaism*, Nova Iorque, 1959 e *Jewish and Roman Law*, Nova Iorque, 1966; F. CRÜSEMANN, *The Torah. Theology and Sacral History of Old Testament Law*, Edimburgo, 1996; W. FALK, *Hebrew Law in Biblical Times*, Jerusalém, 1964; FERNANDEZ ESPINAR, *Las Fuentes del Derecho Histórico Español*, Madrid, 1975, I; RAFAEL GIBERT, *Historia General del Derecho Español*, Madrid, 1978; JOHN GILLISEN, *Introduction Historique au Droit*, Bruxelas, 1979 — trad. port., 1986; HERZOG, *The Main Institutions of Jewish Law*, Londres, 2.ª ed., 1967; P. A. MARJINEN (direcção de), *The Encyclopedia of the Bible*, Nova Iorque, 1965; EDOUARD LAMBERT, *Fonction du Droit Civil Comparé*, Paris, 1903; DAVID MALKI, *Le Talmud et Ses Maîtres*, trad. franc. de 1972, Paris; NEUSNER, *A History of The Mistic Law of Appointed Times*, Letden, 1981-1982; J. M. POWIS, *The Origin and History of Hebrew Law*, Chicago, 1960; A. TRUYOL SERRA, *Historia da Filosofia do Direito e do Estado*, Lisboa, 1985, I; GÜNTER STEMBERG, *Introduction to The Talmud and Mishnah*, trad. ingl. de 1966, 2.ª ed., Edimburgo; R. DE VAUX, *Les Institutions de l'Ancien Testament*, Paris, I e II, 1958-1960.

Relativamente ao direito islâmico, cf. além das obras de LA-LINDE ABADIA, FERNANDEZ ESPINAR, GARCIA-GALLO, RAFAEL GIBERT, J. GILLISEN, LAMBERT, — já mencionadas a propósito do direito judaico — IBN ABI ZAID AL-QAYRAWÂNÍ, *Compendio de Derecho Islámico [Risāla fī-l-Fiqh]*, Madrid, 1993; V. BARATTA, *Nozioni di Diritto Musulmano*, Palermo, 1923; ADDA B. BOZEMAN, *Politics and Culture in International History*, Princeton, 1960; G.H. BOUSQUET, *Précis Élémentaire de Droit Musulman (Malékite et Algérien)*, Paris-Alger, 1933 e *Du Droit Musulman et son Application Efective dans le Monde*, Alger, 1949; P. MANDIROLA BRIEUX, *Introducción al Derecho Islámico*, 1998; MARCELO CACETANO, *Historia do Direito Português*, (1440-1495), Lisboa, 1981; RÉNÉ DAVID, *Les Grandes Systèmes de Droit Contemporain*, Paris, 8.ª ed., 1982; RAYMOND CHARLES, *Le Droit Musulman*, Paris, 1972, 4.ª ed.; ALBERT DIETRICH, «Autorité Personnelle et Autorité Institutionnelle dans l'Islam: à Propos du Concept de Sayyid», in *La Notion d'Autorité au Moyen Age. Islam, Byzance, Occident*, ob. col., Paris,

1982; R. DOZY, *Historia de los Musulmanos de España*, trad. española de 1946, Buenos Aires, I; *HP*. (Barcelos), I; E.I.J., *Political Thought in Medieval Islam*, Cambridge, 1958; JACQUES JOMIER, «L'Autorité de la Révélation et la Raison dans le Commentaire du Coran de Fahr al-Dīn al-Rāzī», *Idem*; TH. W. JUYNBOLL, *Manuale di Diritto Musulmano Secondo la Dottrina della Scuola Sciachita*, trad. italiana de 1916, Milão; MAJID KHADDURI, *War and Peace in the Law of Islam*, Richmond, 1955; MARIO G. LOSANO, *I Grandi Sistemi Giuridici*, Turim, 1978, — trad. port. de 1979; WILFRED MADELUNG, «Authority in the Twelver Shiism in the Absence of the Imam», in *La Notion d'Autorité...*, GARGE MAKDISI, «Authority in the Islam Community», *Idem*; SULEIMAN VALY MAMEDÉ, *O Islão e o Direito Musulmano*, Lisboa, 1974; CAMILLE MANSOUR, *L'Autorité dans la Pensée Musulmane. Le Concept d'Imā (Consensus) et la Problématique de L'Autorité*, Paris, 1975; M. MARIN, «Learning at Mosques in al-Andalus», in *Islamic Legal Interpretations, Muftis and their Fatwas*, ob. col., Cambridge (Mass.) — London, 1996; H. MICHAUD, *Jésus selon le Coran*, Neuchatel, 1960; LOUIS MILLIOT, *Introduction à l'Étude du Droit Musulman*, Paris, 1953; MORAND, *Introduction à l'Étude du Droit Musulman Algérien*, Argel, 1921; OLIVEIRA MARQUES, *NHP*, III; E. NYS, *Études de Droit International et de Droit Politique*, Bruxelles-Paris, 1896; J. L. ORTIZ, «Algunos Capítulos del Formulario Notarial de Abensalmún de Granada», in *AHDE*, IV, 1930, bem como «La Recepción de la Escuela Malequí en España», in *AHDE*, VII, 1930 e *Derecho Musulmán*, Barcelona, 1932; M. ASÍN PALACIOS, «Una Sinopsis de la Ciencia de los Fundamentos Jurídicos, según Algazel (Análisis y Extractos de la Introducción de su *Mostafa*)», in *AHDE*, II, 1925; M. KALID MASUD-BRINKLEY MESSICK-DAVID S. POWERS, «Muftis Feikas, and Islamic Legal Interpretations», in *Islamic Legal Interpretation...*; DAVID S. POWERS, «The Art of the Legal opinion: al-Wansharisi on Tawliji», *Idem*; JOSEPH SCHACHT, *Introduction au Droit Musulman*, Paris, 1983; A. TRUYOL Y SERRA, *História do Direito Internacional Público*, Lisboa, 1966; JOÃO SILVA DE SOUSA, *Religião e Direito no Alcorão (Do Pré-Islão à Baixa Idade Média, Séc. XV)*, Lisboa, 1986.

CONJUGAÇÃO DAS FONTES NORMATIVAS E DOS ELEMENTOS FORMATIVOS DO DIREITO PORTUGUÊS

CAPÍTULO IV

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

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

110. **Direito canónico e direito civil** — No tocante à articulação do direito canónico com a ordem jurídica nacional fez-se, numa primeira fase, de acordo com a teoria

da supremacia pontifícia relativamente aos poderes laicos. Parece-nos, a tal respeito, fornecer cabal ilustração o preceito de D. Afonso II anteriormente referido e no qual o monarca determinava não valerem as suas próprias leis se «*fectas ou estabelecidas*» contra os «*dereyros*» da Igreja (1211)¹. Interessante, também, a afirmação produzida nas Cortes de Elvas de 1361 sobre o dever de os monarcas observarem o direito canónico — e que referiremos mais adiante com alguma minúcia². Texto de índole doutrinária particularmente elucidativo encontram-no no *Speculum Regum*, de Álvaro Pais. São as seguintes palavras, tradução da passagem em referência: «E daqui se segue que as leis que o rei instituiu não devem discordar da doutrina da lei divina, mas com ela concordar e submeter-se aos sagrados cânones. Efectivamente, assim como o poder secular se sujeita ao poder espiritual, assim devem as leis temporais estar sujeitas às leis espirituais» (I, 124). Tradução, também, de proposições do bispo de Silves, encontrámo-las nestes outros textos: «Se os leigos dizem que não são obrigados às leis da Igreja, digam também que não fazem caso da cadeia de Pedro e que são acéfalos»; «Se os leigos não estão sujeitos aos direitos canónicos, o Papa não é nem seu pastor, nem juiz, nem reitor, nem tem poder algum sobre eles. O que tudo é herético e insano». A este respeito merece ainda a pena referir mais algumas afirmações: «O príncipe cristão costuma obedecer aos decretos da Igreja, e não pode opor-lhe o seu poder» (I, 36); «Constituem [os monarcas] leis iníquas (...) e frequentemente contra a Igreja, a liberdade eclesiástica e suas leis, as quais por isso mesmo perdem o vigor» (I, 254); «assim como o poder

secular se sujeita ao poder espiritual, assim as leis temporais devem estar sujeitas às leis canónicas» (I, 124). E como poderíamos recortar testemunhos idênticos saídos da mesma pena! (cfr. v.g.: SR., I, 248, 254, 276, 278; SPE., V, 294, 304, 412...).

Estruturada doutrinariamente por formas diferentes¹, a *auctoritas superlativa* papal foi abertamente reconhecida pelos nossos monarcas (podendo apresentar-se disso variadas, repetidas e heterogêneas provas), para o que não poderá deixar de ter contribuído o facto de D. Afonso Henriques haver prestado juramento de vassalagem ao Papa, encomendando a terra portuguesa a S. Pedro e à Igreja romana e obtido o reconhecimento da sua dignidade real pela bula *Manifestis probatum*. O pagamento do censo à Santa Sé pelos monarcas portugueses é também expressão do referido reconhecimento da *auctoritas* pontifícia — embora tenha padecido múltiplas peripécias.

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

1. Cfr. *supra*, n.ºs 43 e 46.

2. *Infra*, neste mesmo número.

1. Cfr. *infra*, n.ºs 123 e ss.

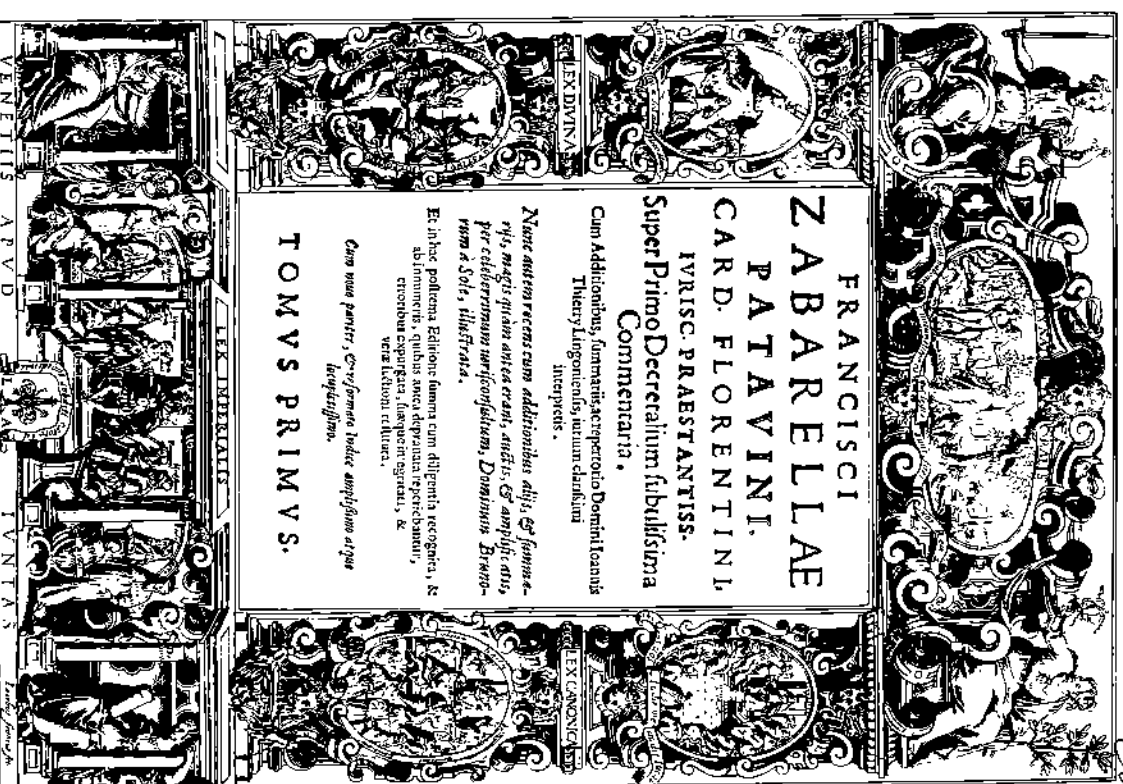
2. Cfr. *infra*, n.ºs 123 e ss.

A delimitação *in spiritualibus-in temporalibus*, facilmente enunciável e inteligível em abstracto, não deixou de encontrar dificuldades em concreto. É a este respeito sintomática uma carta de D. Dinis. Embora o monarca aí afirmasse como correspondendo à sua competência decretar a legitimação de filhos naturais, recuava quanto à possibilidade de os autorizar a hospedarem-se nas igrejas e mosteiros¹: as «*cartas per que os legitimasse mando que lhes non ualha contra os mosteiros nem contra as Igrejas ca eu entendo que o non posso fazer de direito E que he perigo da minha alma E eu querendo des aly lhes farei ben E mercee ca a legitimaçom entende-se em – no leigall (...)*». (ODD., 166). Numa sociedade que atribuiu projecção metafísica às mais simples acções de paredes-meias — para parafrasear Hauriou —, actuando o homem em função da vida para além da morte², o *critério de pecado* teve enorme extensão, não sendo fácil traçar ao conceito respectivo os contornos máximos. Daqui frequentes querelas no campo dos factos entre o poder eclesiástico e o poder civil, por vezes com projecção doutrinária e tanto mais conflituosas quanto surgiram, frequentemente, conjuntas às pretensões políticas do clero nacional. Quem percorrer a história das disputas entre os nossos monarcas e a Igreja verá que elas andaram, não raro, em torno de contestações de privilégios que o clero declarava titulados ou legitimados pelos cânones. A obra de Álvaro Pais fornece-nos a este respeito alguns elucidativos exemplos das posições eclesiais. A isenção de impostos no tocante aos legados a favor da Igreja; a isenção dos eclesiásticos e igrejas relativamente a talhas, colectas e exações, impostos ordinários e extraor-

1. V. *infra*, n.º 183

2. Cfr. *supra*, n.º 5.

slgso.



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

dinários, penas de direito civil e multas; a isenção dos clérigos e sacerdotes da obrigação de combaterem — são outras tantas proposições concretas sustentadas por este doutor com recurso a fontes do próprio direito canónico. E foi também com recurso a tais textos que garantiu a obrigação de os príncipes respeitarem genericamente as liberdades da Igreja, deles se socorrendo ainda para proclamar a nulidade de todas as normas laicas que as diminuísem ou prejudicassem — da mesma forma procedendo quando da proclamação daqueles privilégios específicos antes referidos (cfr. *v.g.*, SR, I, 246, 248, 254, 256).

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

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

Sem contestar doutrinariamente o estatuto abstracto dos pontífices, ao menos por forma directa e declarada, nem

pôr em causa de maneira genérica a hierarquia e poder vinculante das normas de direito canónico, o poder civil agiu frequentemente, no campo dos factos, por forma que permitte inferir veleidades de autonomia, quando não mesmo uma supremacia. Isso deu-se tendo umas vezes por agentes os príncipes, outras os seus oficiais.

Cabe aqui relembrar quanto se ensinou a respeito do beneplácito régio¹, salientando a forma indirecta adoptada pelos monarcas para o justificar. Merece também a pena referir uma lei de D. Dinis (Maio de 1314), por ser igualmente reveladora da maneira elíptica e do cuidado com que o poder civil procedeu no concernente à conjugação da lei canónica com a sua própria.

Interessado em alargar a jurisdição dos seus tribunais, diminuindo a intervenção eclesiástica, D. Dinis não delimitou de maneira directa a esfera de competência dos magistrados civis, seguindo o caminho de impedir a verificação dos pressupostos atributivos da jurisdição da autoridade eclesiástica, cuja competência ficava formalmente intacta. Fê-lo, proibindo que se promettesse sob juramento o cumprimento dos contratos —, pois a inclusão de tal cláusula nos pactos determinava por si só a privação da jurisdição dos oficiais régios de conhecerem os pleitos resultantes de qualquer infracção, atribuindo-a, em virtude do pecado resultante da quebra da jura, aos juizes clericais (ODD., 293)². Revela-o o próprio intróito apostro na compilação afonsina à referida lei: «*El Rey Dom Denis (...) fez hũa Lei sobre os contrautos, que se faziam com juramento por desfrudar sua juridiçom*». Nele se pode ver a razão última da lei, que D. Dinis justificou com a alegação de a quebra de

1. Cfr. *supra*, n.º 44.

2. Cfr. *infra*, n.ºs 160 e 161.

juramento importar em infâmia de que resultava para o infractor a incapacidade de ser conselheiro «*d'alguã Rey, nem de nenhũa outro Cômuã*» ou juiz, «*nem Aportellados, nem (...) aver nenhũa honra, nem algum officio de Justiça*». (OA, IV, 6). Com efeito, mal persuade a especificidade do fundamento o carácter genérico da previsão e as penas que lhe eram aparelhadas, não só para as partes conatantes como para o tabelião autenticador. Aliás, sabe-se que iguais determinações foram editadas em França com o declarado propósito de impedir o afastamento da jurisdição dos príncipes e, em diversas cortes de Castela, se protestou contra o facto de os juízes eclesiásticos usurparem a competência civil com a alegação de os actos em causa terem sido confirmados com juramento. Por seu turno, os juristas deixaram consignações expressas a tal respeito. Cino de Pistóia escreveria mesmo que a Igreja, com o pretexto do pecado, usurpava toda a jurisdição («*Eccllesia sibi usurpavi ratiōne peccati totam iurisdictionem*»). (Sup. Cod., I, 3, *Aut. Cler.*). Razão teve, por isso, Gama Barros ao escrever que, para obviar às pretensões dos tribunais eclesiásticos, «que as ideias do tempo não permitiam contrastar directamente, proibiu D. Dinis que nos contratos se exercesse aquela fórmula religiosa de lhes segurar a execução», havendo sido o «compilador das *Ordenações Afonsinas* mais sincero na justificação dada à lei de 1314» (HAP., VI, 213).

Poder-se-á compreender melhor a atitude do monarca se atentarmos num capítulo das Cortes de Elvas de 1361. Reclamaram aí os prelados — a propósito do não reconhecimento pelas justiças régias da excepção da excomunhão deduzida em juízo contra «*Juiz, Procurador, Vogado, ou outros*» —, o acatamento do direito canónico

por parte de D. Pedro. Fizeram-no, postulando-o como obrigação. «*Outro sy muitas vezes non querem guardar o Direito Canonico*», disseram os representantes do clero ao referirem-se aos oficiais do príncipe, «*o que todo o Christiaão devia guardar, porque era feito polo Padre Santo, que tinha as vezes de Jesu Christo, e era mais razom de o guardarem em todo o nosso Senhorio pola dita razom, que as Sete Paridas feitas per ElRey de Castella, ao qual o Regno de Portugal nom era sobgeito, mas bem livre, e izento de todo*» (OA, II, 5, 24)¹.

Sendo o texto claro pela contraposição feita entre o direito canónico e o direito castelhano, diga-se, só para a intelligibilidade das razões fundamentadoras do dever de respeito pela norma canónica, que a referência à qualidade do Papa como sucessor de Cristo consistia numa fórmula tradicional sintetizante de grande parte da argumentação a favor da *auctoritas* pontifícia². Respondeu o soberano a quanto os prelados lhe expunham, mandando observar a excepção de excomunhão. Escusou, porém, qualquer tomada de posição relativamente ao seu dever de acatar o direito canónico enquanto ordenamento global. Sem o negar, a política dos monarcas foi a de se pronunciar sobre os casos concretos que lhe eram apresentados pelo clero, dando-lhes satisfação conforme as circunstâncias.

Desta forma, no campo dos factos o príncipe tornava-se o garante do direito canónico, arbitrando as contestações que lhe opunham. São, a tal respeito, sintomáticas duas conhecidas queixas do clero relativamente à atitude das autoridades laicas. Na Cúria de Guimarães de 1250, agravaram-se os eclesiásticos de que «*meirini et alii homines nostri dicunt*

1. Cfr. *supra*, n.º 56. 2. Cfr. *infra*, n.º 122.

quod non darent pro excommunicatione paleam unam» (PMH., *Leges*, I) e em 1361, nas Cortes de Elvas, os preladados imputavam às justiças do príncipe o asseverarem «*que escumunhom nom bria osso, e que o vinho nom amarga ao escumungado*» (OA., II, 5, 31). Eram «*palavras de desfazimento*», tanto mais que se referiam a hipóteses nas quais por «*direito*» (entenda-se, canónico) as «*Justiças*» estavam obrigadas a guardar, contrariamente ao que faziam, as sentenças eclesiásticas¹.

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

diminuía o conflito, pois na lógica canónica caberia, em última análise, à Igreja a competência para se pronunciar relativamente a tal factor, conforme decorre, nomeadamente, do juízo de Álvaro Pais sobre algumas hipóteses concretas. Na esteira de Inocêncio e Hostiense, o bispo de Silves proclamou a nulidade da lei publicada pelo impedidor ou por outro príncipe quando falecesse uma justa causa (SR., I, 244; CF., I, 104), assim como admitiu a possibilidade de mobilização dos clérigos em caso de guerra justa — visto nas demais hipóteses estarem eles isentos da obrigação de combaterem (SR., I, 248).

111. Direito régio, foros e posturas — Se do plano da conjugação da norma canónica (suprapolítica) com a lei civil, mais ou menos identificada com a vontade régia, passarmos para o da conjugação desta com as outras fontes correspondentes ao direito da comunidade politicamente organizada, veremos, igualmente, ter constituído orientação dos príncipes a progressiva afirmação da norma deles promanante face às restantes. São numerosas, já no século XIV, as cartas régias declarando sobrepor-se a injunção nelle afirmada a quaisquer foros que porventura lhes fossem contrários: «*nom embargando (...) costumes e foros*»; «*nom embargando (...) foros façanhas*», «*assem embargo (...) doutras ordinhações ou posturas que per nós ou pellos conçelhos em contraio sejam feitas*»; etc. (Gav., VIII, 321; Baquero Moreno, 1966, 82; Pimenta Ferro, 1970, 305).

Era um começo de superamento da tensão entre o direito régio e o direito foraleiro, que, visível nesses próprios textos — e em tantos outros semelhantes —, se pode aperceber

1. V. *infra*, n.º 161.

2. V. *supra*, n.ºs 43 e 46, bem como o que escrevemos no início deste número.

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

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

112. **Direito régio, façanhas e estilos** — Na mesma época encontra-se também repetidamente exarada a ressalva feita quando da emissão de preceitos de que lhes não são oponíveis façanhas ou estilos¹: «*nem façanha (...)*»; «*nom embargando (...)* façanhas», (*SDA*, I, 480, 481);

1. Cfr. *supra*, n.ºs 68 e 69.

«*nom embargando estilos*» (*SDA*, I, 480); «*fasaña o (...)* estilo general o particular (...) nos tollemos et revocamos et cassamos et enricamos (...)» (*Idem*, 322); «*nom embargando (...)* costumes (...) façanhas e outras quatezquer cousas», (*Desc. Port.*, I, Sup., 302). A forma ampla de tais declarações poderia inculcar ao observador, que se restringisse a ponderá-las, levarem os príncipes a sua vontade ao ponto de a norma dela corporizante anular os casos julgados. Terá eventualmente sido assim em hipóteses de abuso, mas impede concluir que fosse esse o direito coevo não só a existência de órgãos para julgamento de feitos entre os monarcas e os súbditos¹ como, sobretudo, a prática de, frequentemente, estes oporem àqueles decisões judiciais muito anteriores. Conhecem-se, com efeito, casos de agravo contra medidas régias, eventualmente contrárias a direitos reconhecidos em sentenças, mantendo os soberanos que se produzissem perante eles o documento comprovante do aresto. Estes factos persuadem de um valor incontroverso do caso julgado, atestado também pela circunstância de os particulares guardarem religiosamente, durante decénios e até séculos, os títulos das decisões judiciais, dos quais muitas vezes se vão tirando traslados ao longo dos anos.

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

A nosso ver, quanto os comandos determinantes da sobreposição da vontade régia às façanhas e estilos con-

1. Cfr. *infra*, n.º 142.

sentem concluir, é a irrelevância de qualquer precedente ou costume judiciário face às determinações do monarca. Reconhecendo, implicitamente a categoria da fonte de direito a tais factos, circunscrevem-lhe o valor face a outras normas. Também aqui o poder político reservava para si a possibilidade de definir quando prevalecerá o seu próprio direito, ou seja, quais as causas ou circunstâncias justificativas da infirmação da força normativa de factos jurídicos de diversa proveniência.

113. Direito régio e costume — A isto mesmo assistimos no locante ao costume. Muitos textos mostram-nos a referência dos monarcas pelo costume e até a sua obrigação de o respeitar¹. O infante D. Afonso, o futuro D. Afonso III, quando do seu juramento, em Paris, no ano de 1245, sobre a quanto se obrigava se alcançasse o Reino, garantiu que guardaria «*todos os bons costumes e foros escritos & não escritos*». (CLS., I, 30). Em repetidos documentos D. Fernando declara havê-lo Deus feito rei para reger os reinos e manter os povos «*em direito e justiça e boons costumes o que cada humm rey cabe de fazer*» (Desc. Port., I, 228 e Sup. I, 297). Por seu turno, os povos sustentaram com vigor maior ou menor, segundo as circunstâncias, caber ao monarca respeitar-lhes os costumes. Nos costumes e foros de Beja estatuíu-se cumprir ao procurador do concelho defender as «*cousas*» deste, fazendo «*guardar seus foros e sseus boons costumes e hussos que El-Rey nem os sseus ouenceaes non lhes uam contra elles e assy outras cousas do concelho*». (PMH., Leges, 73).

1. Cfr. *supra*, n.º 62.

O dever assim repetidamente reconhecido não o entenderam, porém, os príncipes de forma indiscriminada. Como sucedeu em relação aos demais factos normativos, delimitaram-no em face ao próprio conteúdo da norma consuetudinária, podendo mesmo afirmar-se ter sido a fiscalização desta tão reiteradamente exercida que se há-de entender como correspondendo a uma prerrogativa. D. Afonso II — plausivelmente o iniciador dessa prática — determinou na Cúria de 1211, «*que nom ualha*» certo «*mao costume dantigo*» (ODD., 44). D. Afonso III obrigou-se no célebre juramento de Paris a suprimir os maus costumes — «*& farey que se tirê todos os maos costumes*» (CLS., I, 30); decretou em lei geral que «*todo o homem que casar quizer nom casara por arras segundo ho costume da Vylla se nom quizer mas casará a meyadade*» (PMH., Leges, 257); e não hesitou em revogar outros costumes, conforme a seguinte notícia: «*Costume he en casa deIrey que aquel costume que era en leyrena conuen a saber que aquel que for chagado e nom poder provar per testemunhas que prove pela chaga e per iij ajudas e ia he Reuogado pelo nobre Rey Dom Afonso*» (LLP., 224). D. Dinis prometeu, na Concordata celebrada, em 1288, com o Papa, «*que sse tollam os maos costumes e sse guardem os bons*» (LLP., 357; ODD., 245). O mesmo monarca cometeu aos corregedores o encargo de examinar foros e costumes com o poder de os reprovat. Por sua vez, D. Afonso IV determinou, quando das cortes de 1331 e a pedido dos povos, que se não guardasse o costume de após o termo da tutela dos varões órfãos, aos 14 anos, e das órfãs, aos 12, se lhes não nomearem curadores. Fê-lo a requerimento dos povos, que por mais de uma vez lhe requereram que «*corregesse*» o costume (CP.,

D. Afonso IV, 45; LLP, 311). D. Pedro e D. Fernando editaram numerosos actos declarando-os transcendentes em relação a quaisquer costumes contrários: «*Nom embargando (...) custumes*»¹ (Desc. Port., I, Sup., 302).

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

Em 1326, publicou D. Afonso IV uma lei interditando a cada um o castigo e vingança de ofensas aos parentes². Tratava-se de prática sobretudo radicada entre os fidalgos e em contraste com o sucedido em «*outras terras, hu sempre se gardou e manteve justiça, sempre esquivaram estes acoiamentos, e derom lugar ao Direito Cumuñ per se per elle fazer justiça*». Por isso o monarca, «*veendo que este Direito era proveitoso, e com razom, e com arredamento de todo o dapno; e catando que aquelle uso e costume era contra este Direito, e trazia dapno, e estrago, e assinadamente contra a Ley de DEOS; e catando outro sy, que quando este custume mais durou, tanto trouxe maiores perigos e caninhos de grandes dapnos (...)*», determinou, com conselho da sua corte, a proibição de acoimar por parte dos fidalgos. «*Estabellecemos, e poemas por Ley pera sempre*», são palavras de D. Afonso IV, «*(...) que nehuñ Fidalgo nom deva, nem possa acoimar no nosso senhorio morte, ou deshonra, que daqui em diante façam a elle, ou a seu Padre, ou Irmão, ou a qualquer outro parente, ou pessoa,*

por que ante per custume podia acoimar». A acusação do delicto deveria ser feita perante a corte — que o príncipe ministaria justiça. As infracções eram punidas com a morte (OA, V, 53.).

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

Não o quis, com effeito, o monarca. São as seguintes as palavras do seu repúdio: «*achamos que aquel custume antigo, que os Filhos d'algo diziam que lhes fora aguardado, nom podia seer dito, custume, pois non tam sollamente era contra direito de Deos, mas ainda era contra o direito natural; e des y muy dapnoso aos que na nossa*

1. Cfr. também *supra*, n.º 63.

2. Cfr. *supra*, n.ºs 34 e 90.

terra viviam (...) e por esso e por outras myltas boas razões, que em esta Ley som contheudas, nos moveramos (...) a fazer a dita Ley; e que por esto tinhamos, que era igual, e direita e proveitosa, e que devia seer guardada em seu direito». (LLP, 285, 286, 287; OA., V, 53). A cedência reportava-se apenas à severidade da cominação¹.

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

Se o direito canónico postulava, como vimos³, a obrigação de os monarcas acatarem os ditames da Igreja fornecia-lhes, com isso, larga margem de liberdade perante o costume, ao estabelecer, não só competência para o extirparem quando contrário aos cânones, mas até dever de o fazerem. Baseado sobretudo na Distinção X do *Decreto* de Graciano, ensinou-o entre nós Álvaro Pais. Os costumes profanos nenhum valor têm contra as leis de Deus e da Igreja, escreveu ele. O costume não obriga contra a liberdade da Igreja, disse de outra feita, numa repetição da mesma ideia (SR., 248, 254).

Não admira, assim, que ao lado dos casos de posterior-gaço do costume, por contrário ao direito canónico, as fontes nos transmitam exemplos de erradicação de normas

consuetudinárias em virtude da sua opposição ao direito comum — embora se possam também citar exemplos de consagração pelos monarcas da norma consuetudinária em prejuízo da romana.

De tudo decorre dever conformar-se o costume com a lei de Deus e o direito natural, o bem comum do reino, as liberdades eclesiásticas, a razão e o direito comum¹ — domínio este último no qual os monarcas possuíram larga discricionariedade, explicável pelo facto de a haverem tido também directamente a respeito do direito romano, como veremos². Não falta quem tenha querido ver, nesta atitude perante o costume, o fruto da própria teoria canónica em relação ao complexo consuetudinário. E, com efeito, fácil é aceitá-lo. No direito canónico exigia-se como requisito do costume a racionalidade (termo de vasta extensão e susceptível, portanto, de consentir diversificadas valorações do costume) e a respectiva aprovação ou aceitação por parte dos governantes. Os nossos textos mostram-nos, ainda, como contraface do repúdio do costume pelos monarcas, o afã destes na consagração de muitas normas consuetudinárias. Vimos já algumas atitudes programáticas a este respeito: a promessa afonsina de Paris quanto ao respeito dos bons costumes; a concordata de 1288 na qual D. Dinis se obrigou a guardar os bons costumes. A seu lado podem, todavia, citar-se exemplos de consagração de costumes concretos, passando-se da generalidade para a especialidade. Em 1316, o monarca, ao legislar em matéria processual — deveres dos advogados e funções dos juizes — aprovou os bons costumes consagrados a tal respeito: «*E todas estas cousas de ssusodictas mandado que sse husem em mha corte. e nos logares do meu senho-*

1. Cfr. *supra*, n.º 90. 2. Cfr. *supra*, n.ºs 39 e 63. 3. Cfr. *supra*, n.ºs 46, 63 e

1. Cfr. *supra*, v.g. n.ºs 39, 46, 63 e 110. 2. V. *infra*, n.º 114.

rio. *E mando que sse guardem seus boons husos e boons costumes assy como sempre husarom e acostumarom ata aqui*» (LLP., 57). Numa outra lei, D. Dinis mandou que «*se guarde hi o costume dos meus reynos*» (ODD., 259, v. tb. 287 e 302).

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

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

terminado a partir da racionalidade. Esta constituiu, porém, o grande critério de aferição.

114. **Direito romano e direito nacional** — Do exposto relativamente ao fundamento da vigência em Portugal do Direito romano¹, logo se pode inferir qual a posição dos monarcas a respeito da conjugação das normas daquele com os seus próprios comandos. A referência a alguns textos ajudará, porém, a pensar como se equacionou o problema.

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

1. Cfr. *supra*, n.ºs 47 e 70 e ss.

costume» certa prática, embora lhe fosse dito que ela «*não era direito commun»* (OA., V, 18, 3).

Não admira, assim, ver os monarcas a praticarem actos de âmbito individual cujo conteúdo perceptivo era não só em si contrário ao consagrado nas leis romanas como se apresentava formalmente a elas opostos. D. Afonso III consagrou em lei o costume jurisprudencial determinante «*que aquela constituição do Código que diz 'unde ny signys in tantum' nom seia aguardada»* (PMH., *Leges*, 328). Numa carta de legitimação, emitida em 1385, a favor de Álvaro Anes, D. João I determina a observância do acto de legitimação praticado por si próprio «*nom embargando todallas leis e degedos doutores glosas constituições (...) e outros quãesquer direitos assy canonicos como ciuêes que em contrario desto seiam feitos»* (B. Moreno, 1967, 237). Numa outra carta o mesmo monarca dispõe que o seu preceito valerá não obstante «*leis degedos (...) grosas e opençoës de doutores e outros quaesquer direitos que sejam (...)*» (Eiusdem, 1966, 82). Num documento pouco anterior e concernente à perfilhação de João Gil por Margarida Miguéis, D. Fernando declarou que a carta em causa valeria «*non embargando dyreitos e glosas que dizem quella molher que em dyreito nom pode doultar se nom em lugar dos filhos que perdesse em batalha nem embargando as leis/ique requerem seer feita insinuagam (...) nom embargando ou-trossy todolos dyreitos, leis (...) glosas e stilos (...)*» (Ib., 84). Numa doação feita, em 1375, ao arabi-mor, D. Judas, o mesmo monarca determinou que ela valeria «*nom embargando quaesquer leis e dyreitos e constituições e glosas, openções e outras quaesquer cousas per que esta doagam possa seer embargada (...)*». (Pimenta Ferro, 1970,

221). Em 1378, dirá o monarca ao fazer uma doação a Gonçalo Tenreiro: «*nom embargando (...) quaesquer leis e dyreitos (...) e glosas costuções»* (Desc. Port., I, Sup., 302). Por seu turno, D. Pedro, ao legitimar João Rodrigues Pimentel, não só determinou especificamente valer quanto dispunha apesar de múltiplas leis «*que som no digesto*», «*nas autenticas*», na «*vij. colagam*», no «*Código*», «*no que diz a glosa*» a vários preceitos do Código e a outras colecções do *Corpus Iuris Civilis* — tolhendo «*as sobredictas defesas e todallas outras quaesquer que seiam que as leis antigas e novas*» concediam — como estabelecera por uma cláusula geral a irrelevância de «*algũas outras leis que som fectas contra os assy nados nom som aqui nomeadas expressamente nom embargando outrossy os dyreitos nem os doutores delles que as mandam expressamente nomear e poer nas despensões e legitimações»* (EA., 479, B. Moreno, 1967, 235).

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

1. Cfr. *supra*, n.º 88 e *infra*, n.ºs 133 e ss.

115. **Direito régio, direito hebraico e/ou direito ismaelita** — Relativamente aos direitos confessionais não cristãos, vimos já que o respectivo título assentava na transigência ou concessão régia¹. Por isso, os monarcas consideravam-se juridicamente livres para lhes delimitarem a respectiva aplicação — atendendo, no reconhecimento ou recepção que de tais ordens jurídicas faziam, apenas a razões de conveniência política ou a naturais sentimentos de justiça. Quanto ao direito muçulmano atesta-o suficientemente o disposto nas *cartas de privilégio* nas quais se garantia a *liberdade aos mouros e o direito de usarem a sua lei*². Toda a disciplina régia relativa aos mouros — que o monarca tinha como *seus* — é elucidativa disto mesmo: a organização que lhes correspondia e que o rei se sentia livre para modificar ou nela intervir; a isenção garantida face a quaisquer senhores ou entidades, com exclusiva sujeição ao monarca; a imposição de tributos vários, que não podia dispensar uma fiscalização administrativa por parte do *princeps*. Elucidativas são também as regras relativas aos litígios entre mouros e cristãos, para cujo conhecimento, em caso cível, era, em geral, competente o juiz do réu, tendo os povos solicitado ao rei que ela coubesse sempre ao juiz cristão — como sucedia relativamente aos pleitos crimes; a proibição régia de os tabeliães das comunas lavrarem escrituras em árabe; a necessidade de os magistrados serem empossados na Chancelaria Régia, aí jurando exercerem o ofício de forma a guardarem ao rei o serviço devido. Por fim, evidencia quanto dizemos a liberdade assegurada aos mouros de conversão ao cristianismo, abjurando a fé maometana e, com isso, isentando-se do direito ismae-

lita¹. Os diferentes aspectos institucionais² são, a este respeito, elucidativos de como vigorou e qual a configuração que teve a ordem jurídica normativa maometana face ao direito régio.

Se grande parte destas observações cabe, com a devida adaptação, no tocante ao direito hebraico aqui a soma de factos invocáveis é muito superior pela maior complexidade e multiplicidade dos aspectos em causa. Desde logo releva o relativo à dependência da organização administrativa e judiciária judaica, muito desenvolvidas, face ao rei³. Depois, a série de disposições régias concernente às judiarias⁴, à tributação dos judeus⁵, à competência atribuída aos seus magistrados jurisdicionais para julgarem pleitos entre correligionários e a reserva para si da jurisdição suprema feita pelo monarca⁶, a estruturação da jurisdição em caso de pleitos mistos⁷, a regulamentação da prova, nomeadamente a questão da idoneidade ou inidoneidade do testemunho de seguidor de um credo nos litígios entre judeus e cristãos⁸, as regras respeitantes à venda pelo credor judeu de bens de devedores cristãos (*LLP.*, 185) e à venda por cristãos de bens hipotecados a judeus⁹, as estatuições respeitantes à usura e a negócios simulados para a tornar¹⁰, o estabelecimento de prazos prescricionais específicos para as dívidas de cristãos a judeus¹¹, os serviços tributários impostos aos judeus; as incapacidades determinadas aos judeus¹², os efeitos da conversão ao cristianismo¹³ ... — tudo

1. V. *supra*, n.º 98.

2. Cfr. *infra*, n.º 192.

1. Cfr. *infra*, volume relativo aos *Grupos Sociais e Conteúdo do Direito*. 2. Cfr. *infra*, n.º 193. 3. V. *infra*, n.º 191. 4. V. *infra*, n.º 190. 5. V. *infra*, v.g., n.ºs 191 e 192. 6 e 7. Cfr. *infra*, n.º 160. 7, 8, 9, 10 e 11. V. *infra*, n.º 160 e volume respeitante aos *Grupos Sociais e Conteúdo do Direito*, na parte correspondente aos «Conflitos de Leis» e ao «Estatuto Material dos Judeus». 12 e 13. V. *infra*, volume relativo aos *Grupos Sociais e Conteúdo do Direito*, na parte respeitante ao «Estatuto Material dos Judeus».

ilustra o direito de o rei legislar em relação aos judeus e, por via disso, o âmbito e o grau de aplicação do ordenamento mosaico e a consequente dependência deste direito face ao régio.

116. **Articulação geral** — Da liberdade de os monarcas portugueses postergarem factos normativos de proveniência alheia, a eles próprios não se seguia, salvo no tocante aos direitos confessionais não-cristãos, a superioridade hierárquica da norma régia relativamente a todas as demais ou que dela derivasse a força vinculante destas últimas, quer por uma recepção ou aceitação tácita, quer pela outorga por sua parte de uma juridicidade derivada ou de uma juridicidade subsidiária ou supletiva. Não. As leis canónicas, as leis imperiais, as normas consuetudinárias, como todas as restantes, vigoraram enquanto factos autónomos e a título específico. A sua obrigatoriedade encontrava-se ligada ao processo histórico da respectiva aceitação no meio social, originando-se directamente na competência normativa reconhecida à fonte de que provinham. A esta regra não fugiu o direito romano. Assumido pelos nossos príncipes como signo do seu próprio poder e em função deste¹, trazia em si a mesma apetência normativa que o direito por eles promulgado. Era como se a coroa fosse legislativamente bifronte. Por um lado, correspondeu-lhe a promulgação do direito próprio. Por outro, a legitimação política de um direito não promulgado, relativamente ao qual a doutrina operava de forma criativa e que surgiu aos olhos da época como conexo às prerrogativas do imperante.

1. V. *ib. infra*, 107 c).

A liberdade de os nossos monarcas afastarem normas cuja autoria lhes não pertencia revela apenas a ideia de que todo o direito tem uma causa (ou função). Daqui não ser ele aplicável quando as circunstâncias se não apresentassem de molde à realização do fim objectivo do preceito, cumprindo ao detentor do poder actuar de forma a evitar que o respeito pela legalidade — passe a expressão — acabasse por traduzir uma injustiça ou uma solução contrária às demais virtudes cívicas¹.

Summum ius, summa iniuria. Estas palavras, com que Cícero (*De Finibus*, 1, 10, 33) significou que o respeito pela norma, integral, formal, automático, pode implicar, no caso concreto, uma iniquidade, foram repetidas frequentemente. A generalidade dos preceitos tornava-os, muitas vezes, inadaptados às circunstâncias específicas do caso individual². Com recurso à ideia de *causa*, a doutrina medieval teorizou largamente a não aplicação das normas jurídicas a casos concretos que dir-se-iam por elas abrangidas. Fê-lo em relação aos diversos complexos normativos: o direito divino, o direito natural, o direito canónico, o direito imperial...³. Todas as vezes que houvesse uma justa causa, pela especialidade da hipótese em relação à *ratio* do comando, este carecia de valor vinculativo, dele se isentando o exemplo em apreciação. De forma sugestiva, embora apenas aproximada, poderíamos traduzir tal teorização qualificando o caso relativamente à regra geral como uma excepção. O preceito mantinha a sua validade e vigência inalteradas, mas não era aplicado. Assim resultava da consideração da justiça como causa do direito e deste como

1. Cfr. *supra*, n.ºs 24 e 110. 2. Cfr. o texto da lei de D. Afonso IV de 1352, citada no início do número anterior. 3. Cfr. *supra*, *maxime* n.ºs 24, 35, 36, 110, 126 *et pass.*

instrumento daquela e, simultaneamente, da preocupação casuística da mentalidade coeva, fortalecida pela adopção do método dialéctico, com o seu contínuo estabelecimento do género próximo e da diferença específica¹, traduzidos no *distinguo* escolásticos.

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

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

Para os teóricos do poder imperial, isso explicaria a possibilidade de os diferentes príncipes emitirem legislação contrária ao direito romano. A quantos reconheciam aos monarcas do tempo as prerrogativas imperiais, a sugestão era ainda mais fácil². Estava apenas em consideração a utilidade das regras, sem que o afastamento — empreguemos a palavra despidida de compromissos técnicos — de outros preceitos ou diferentes complexos normativos envolvesse qualquer problema de hierarquia normativa. Para o compreender basta atentar em algumas justificações apresentadas na doutrina sobre a força vinculante do direito canónico e do direito romano quando considerado no conteúdo

1. Cfr. *supra*, n.ºs 79 h) e 82 c) e *infra*, n.º 126. 2. Cfr. *supra*, n.º 88 e *infra*, n.º 134.

dos respectivos preceitos: a sua utilidade. «(...) as leis eclesiásticas e civis foram feitas para utilidade universal (...). Por isso são todos obrigados a observá-las visto que foram promulgadas pela inspiração divina», escreveu Álvaro Pais (CF, I, 104), sem que nenhuma dúvida se possa ter quanto ao objecto referido com a expressão «*leis civis*». Tratava-se dos preceitos justinianeus. Não só era esse o normal sentido dela, como num outro passo, em que o grande doutor emite idênticas asserções, vemos haver-se socorrido para as sustentar de palavras em si claras: «Proémio dos *Digestos*, do *Código dos Decretos*, das *Decretais do Livro VI* e das *Clementinas*».(CF, II, 62).

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

Compreendê-lo-á quem tiver presente a função da norma canónica, a proeminência a esta atribuída pela própria Igreja, o reconhecimento da *auctoritas superlativa* dos pontífices por parte dos nossos reis e a maneira como estes actuaram relativamente aos preceitos eclesiais¹. Mas não será esta a única razão demonstrativa de quanto asseveramos. Igual conclusão se impõe em relação ao direito romano. Em primeiro lugar haverá, a este respeito, de relembrar a própria consideração canónica do direito romano. Dentro dos quadros daquela, Álvaro Pais parificou-o ao direito da Igreja. Tanto um como o outro seriam de inspiração divina. Ambos visariam a «*utilidade universal das almas e dos corpos*» (CF, I, 104). Falsíssima seria a proposição de que melhor o mundo se regeria com a fi-

1. Cfr. *supra*, n.ºs 43, 46 e 110.

losófia — merecendo mesmo o qualificativo de heresia — do que com tais direitos (*CF.*, II, 62). Inválida a disposição régia que, contra os direitos canónico e civil, atentasse contra as liberdades da Igreja (*SR.*, I, 254 e *SPE.*, V, 294, 304, 412). Ilícitas as disposições arbitrárias dos príncipes sobre os benefícios eclesiásticos — visto o disposto na lei divina, na canónica, na civil (*SR.*, I, 248, 254).

Em segundo lugar, deve atentar-se no teor formal das cláusulas apostas pelos príncipes para salvaguardarem o valor dos próprios actos em face das demais fontes de direito, declarando que eles não serão prejudicados por tais preceitos — e que nos parecem o exacto reflexo de concepções idênticas, como procuraremos demonstrar num estudo em vias de conclusão. Normalmente, para não dizer invariavelmente, enumera-se aí em primeiro lugar ou a norma canónica ou o direito romano — alinhando-se em seguida as demais, num ritmo decrescente. Também normalmente, as normas dos próprios príncipes — degredos, etc. — figuram aí em lugar posterior, embora precedendo as fontes doutrinárias, judiciais e consuetudinárias. Como tais cláusulas não se podem filiar na prática de um único notário da corte ou no estilo de um único chanceler — pois abrangem vários reinados e não são entre si inteiramente coincidentes, apresentando variantes mais ou menos acentuadas —, força é considerá-las como representando a manifestação formal de uma concepção constante. Qual esta seja também não nos parece discutível: a de uma maior *reverentia* da parte do próprio legislador por aquelas fontes. A este respeito a comparação com os termos utilizados por escritores que marcam vincadamente a prioridade de certos ordenamentos em relação a outros é de si elucidativa. Tal nos parece o

caso relativamente a passos de Álvaro Pais. Ao reportar-se ao direito divino, anepô-lo sempre ao canónico; ao mencionar o último fá-lo preceder ao civil; e quando se refere aos três utiliza invariavelmente a sequência: direito divino, direito canónico, direito civil (v.g. *CF.*, II, 164). O teor dos textos nada apresenta de fortuito. Deve assim concluir-se não ter os direitos romano e canónico sido recebidos a título meramente subsidiário¹, antes se lhe podendo atribuir o papel «*de ordenamento jurídico principal*». Cabem aqui, por maioria de razão, ilações semelhantes às retiradas — a nosso ver de modo discutível, aliás — pelo Prof. Marcello Caetano no tocante a cláusulas idênticas correspondentes ao período seguinte ao agora em estudo. É que então vigorava já, embora talvez sem aplicação efectiva, um sistema de preceitos relativo à hierarquia das normas e atributivo de preferência ao direito nacional — sistema este totalmente ausente, como frisamos, na época em estudo.

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

1. *Cfr. supra*, n.º 46.

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

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

Cumpre aqui, aliás, tão-somente referir qual a incidência de cada um e a sua relativa importância, indo, desde logo, a primeira referência para os chamados elementos primitivos. Com esta fórmula costumam os historiadores do direito aludir aos ordenamentos jurídicos desde a noite dos tempos pré-históricos à colonização ou, mesmo, ao termo da conquista da Península pelos Romanos (19 anos antes de Cristo). Trata-se, pois, de uma designação abrangente de alguns séculos e que se aplica a direitos muito diversos, desde os das várias tribos e povos indígenas, ou como tal qualificados, até ao das colónias fenícias, helénicas e cartaginesas. Daí que a nomenclatura seja acusada não só de imprecisa como de nitidamente defeituosa. Acresce que a designação «*ordenamentos primitivos*» se apresenta como imprópria, porquanto alguns dos povos em causa possuíam não apenas cultura apreciável como civilização material significativa. Por isso, não têm faltado propostas de alte-

ração conceptual. Assim, alguns autores, para designarem os povos em questão, seus ordenamentos ou elementos jurídicos, preferem ao adjetivo *primitivos* qualificativos ou *expressões* como *pré-romanos*, *pré-hispânicos* (García-Gallo), *primitivos e colonizadores* (Lalinde Abadía), *primitivos e pré-romanos* (Tomás y Valiente)... De hábito, (Lalinde Abadía fala na «escassa historicidade dos ordenamentos primitivos»), bem como nas dificuldades metodológicas do seu estudo.

O que se conhece, na verdade, sobre a maior parte dos direitos primitivos tem feição fragmentária, desgarrada, a despeito dos mais recentes estudos sobre os respectivos povos, como, por exemplo, os de Caro Baroja acerca dos tartessos. Se não se nega a existência de um direito primitivo «como etapa comum a toda a humanidade e que se encontra na origem das diversas culturas jurídicas», nem se nega «o interesse e a seriedade» das investigações sobre essa matéria, e se se reconhece, mesmo, que «o primitivo é um factor constante através da história» (as expressões entre aspas são da *Historia del Derecho* da Universidad Nacional de Educación a Distancia), o carácter accidental dos conhecimentos que temos do direito e mesmo dos povos referidos (para mais transmitidos por escritores antigos, não juristas, sem grande rigor conceptual, e, por vezes, bastante posaluses). Acresce a circunstância de apenas num e noutro caso, bem particular e delimitado (como o fenómeno da *entrada às varas*), ser possível estabelecer linhas seguras de continuidade, evolução, relação ou influência no direito e nas instituições hispânicas, em geral, e portuguesas, em particular. E será útil acentuar, com Alejandro García, que os

dados ministrados ou facultados pelas fontes relativas ao elemento primitivo «se referem a povos e épocas diferentes, pelo que hão-de ser valorizados com muito cuidado, evitando na medida do possível fazer generalizações».

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

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

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

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

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

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

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

Suscitou e suscita, aliás, o elemento romano largo debate. Para a geração de Paulo Merêa, como o próprio recorda, a problemática do direito romano era dicotómica — de um lado, considerava-se o *direito romano clássico*; de outro, o *direito romano oriental*, «disposto sobre o primeiro como uma rude camada de lava endurecida». «A acreditar nos nossos mestres», recorda Paulo Merêa, «a ciência gloriosa dos Paulos e dos Papinianos sofrera uma completa adulteração sob a acção dos conceitos helenísticos e do ensino dos juriconsultos obscuros de Bérto, de Alexandria e de Constantinopla. Dir-se-ia que o direito romano, de romano apenas conservava... o nome». Contra este *status quo*, em que, como acentua o grande mestre, se chegara «ao apuro de ver no *Digesto* mais uma coleção de interpolações do que um repositório de direito romano», se vieram adicionando sucessivas revisões historiográficas, a partir de 1926 — de Riccobono, Ernesto Levy e Collinet. Por virtude das investigações, aliás díspares entre si, desses *iuris-historiadores*,

passa a ser admitido, ao lado do *direito romano clássico* e do *direito romano oriental*, um *direito romano ocidental pós-clássico* que importava, igualmente, estudar. Dentro de semelhante orientação científica, se explica, *verbi gratia*, o interesse pelos grandes monumentos jurídicos visigóticos, que deixam de ser encarados como expressão do direito germânico para serem olhados como testemunhos jurídicos de romanização. Trata-se de uma linha de pesquisa essencial para a compreensão histórica dos direitos nacionais, incluindo o direito português. Foi, em especial, o trabalho iniciado no ano de 1928 por Ernst Levy em torno da problemática do direito romano vulgar que, consoante anota Rafael Gibert, «determinou Paulo Meréa a rever as teses germanistas sobre fontes visigóticas e hispânicas medievais (1948, 1952, 1967)», direcção em que se «orientou a investigação posterior a 1940, agarrada à elaboração do conteúdo das fontes».

O problema do direito romano ocidental pós-clássico conecta-se, pois, com o tema do direito vulgar, ou da vulgarização, a que já aludimos¹, mas em que merece a pena determo-nos, neste momento mais de espaço, completando, desenvolvendo e sublinhando as ideias e conceitos então expostos.

A expressão «direito vulgar», como todas as fórmulas que logram fácil implantação nos quadros do pensamento, conheceu, na realidade, mais de um significado. Para uns (Kaser e Schupfer nomeadamente), o direito vulgar era o resultado de uma criação espontânea do povo — do *vulgus*; no entender de outros (por exemplo Mitteis), haveria que distinguir o *direito popular* (*Volkrecht*) do direito vulgar

1. Cf. *supra*, n.º 72.

(*Vulgarrecht*), sendo o primeiro criação do povo das províncias em oposição ao direito romano e o segundo o direito romano deformado pelos intérpretes e pelo contacto com os ordenamentos jurídicos de cada região. Assim, enquanto certos historiadores encaram o direito vulgar como um direito consuetudinário *antitético* (a expressão é de Lalinde) do *direito oficial*, outros vêem nele, mais que um ordenamento antagónico, um elemento *corrector* resultante da actividade dos práticos. Há ainda quem o conceba como o efeito «da supervivência das instituições indígenas dos povos submetidos a Roma que permaneceram em estado latente durante o período brilhante do direito romano, para ressurgir ante a sua decadência», consoante escreve o autor citado. Tal o caso de García-Gallo. «Sector diverso, sem embargo», continuam a citar Jesús Lalinde Abadía, (ainda estimando factor de vulgarização o pensamento dos povos submetidos a Roma), «não pensa na supervivência das suas instituições antigas, senão na criação espontânea de novas regras pelos ditos povos». Não fala ainda quem pretenda identificar o *direito romano vulgar* com o *direito romano pós-clássico*, sobretudo do segundo período que leva este nome, ou seja, o dos séculos IV e V depois de Cristo (citem-se Archi e Feenstra), identidade que não passa sem críticas, pois se todo o direito vulgar é pós-clássico nem todo o pós-clássico é vulgar — bastando pensar na generalidade das instituições imperiais da época. Finalmente, um sector da historiografia liga o vulgarismo ao Ocidente, onde os juristas subalternos, em contacto com a realidade e trabalhando sobre um fundo circunstancial propício, procederam a uma simplificação das obras dos juristas clássicos, abreviando-as, epitomando-as, fazendo-as acompanhar de uma *interpretatio* que acaba por substituí-las.

Todas estas divergências servem para evidenciar a riqueza do fenómeno e os ângulos possíveis de abordagem, nem sempre e necessariamente incompatíveis, mas cumuláveis em larga medida. De tudo devemos, porém, sobrevalorar, reeditando quanto já noutra lugar se disse¹, que, para além de um período de *romanismo directo*, houve outro de *romanismo vulgar*, produto este da criação popular e da prática, das *instituições pré-romanas latentes* e de elementos germânicos. Às duas fases de implantação do elemento romano assinaladas, há que adicionar um momento de incidência posterior — o da recepção do romanismo justiniano, que encontrou, precisamente, no fundo romano inicial campo propício ao seu enraizamento.

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

mento nos últimos decénios é inseparável da influência do grande professor madrileno».

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

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

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

As censuras, todavia, não devem fazer esquecer atenuantes e méritos. Os escritos de Teófilo situavam-se, inquestionavelmente, na linha de alguns investigadores (e não apenas dos citados — convém referir Vico e Grimm) sobre a simbólica jurídica e o germanismo, e procuravam aplicar ao direito português os pontos de chegada desses investigadores; não

1. Cfr. *supra*, n.º 72.

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

Teófilo sustentou:

- 1.º — O carácter germânico dos forais portugueses;
- 2.º — Que tal carácter correspondia ao espírito do *velho e consuetudinario direito dos códigos germânicos* e não ao *Código Visigótico*¹, no qual *mal se descobre um remoto vestígio* daquele direito;
- 3.º — Que, como aspecto do carácter germânico dos forais portugueses, eram invocáveis:
 - a) O *mallum*, ou assembleia dos homens livres, que exercia ao ar livre, debaixo das árvores,

1. Cfr. *supra*, n.º 49.

- funções judiciais (no foral de Cernancelhe de 1114 e noutros documentos regista-se o termo *malhom* «como uma designação do tribunal, que se fazia nos confins dos litigantes»);
- b) Os *conjuradores*¹, ou testemunhas forais, que serviam com o seu depoimento de prova plena para o juiz (nos forais aparecem, com frequência, os *juratores* «para acusação e defesa do réu» e a eles eram comparados os *boni homines*);
 - c) O *judicium Dei*² ou juízo de Deus (nos nossos forais este vem «ora sob a forma de *combate judiciário*, já sob a forma de *ordalio*»);
 - d) O *Wehrgeld*, ou compensação pecuniária (nos forais portugueses os principais delitos — o *rouso*, o *homizjo*, o *furto*, o *lixo em boca* — admitiam tal compensação);
 - e) Os *símbolos jurídicos*, isto é, «as cerimónias jurídicas e fórmulas augurais» (abundantes nos forais em causa).

Contestou Júlio de Vilhena que:

- 1.º — O *mallum* «não pode caracterizar o direito germânico, porque é comum a todos os povos que vivem na infância, qualquer que seja a sua origem étnográfica» (já os celtas administravam a justiça por meio de semelhante tipo de assembleias);
- 2.º — Os *conjuradores* também não representam uma «instituição peculiar do direito germânico», pois o «juramento, como meio de decidir os negócios judi-

1. Cfr. vol. respeitante aos *Grupos Sociais e Conteúdo do Direito*.
vol. correspondente aos *Grupos Sociais e Conteúdo do Direito*. 2. Cfr. *infra*.

ciais, e o juízo dos homens-bons é um organismo que aparece em todos os povos, seja qual for a sua raça» (e invoca: o *Código de Manu*, a legislação da antiga Grécia, a jurisprudência romana);

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

4.º – O *Wehrgeld* (ou *Wedrigeld*), «não exprime, nem pode exprimir, um modo de ser das raças germânicas»; «é simplesmente, o princípio da evolução penal, ocasionada pela revolução cristã na barbaridade das leis antigas»;

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

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

Em 1955, Menéndez Pidal veio sustentar que a epopeia espanhola provinha da épica germânica e visigoda, afirmando, assim, que durante a Reconquista existiu um espírito gótico como revivescência de antigas tradições e reforçando o seu parecer com vários argumentos de ordem jurídica. A supervivência das gestas heróicas dos germanos tinha paralelo na sobrevivência de leis e costumes godos. Entre os fenómenos jurídicos germânicos alegados em abono por

Menéndez Pidal e como tendo permanecido latentes para ressurgirem na Reconquista, temos — além da vingança de sangue, da responsabilidade penal do grupo (família, vizinhos) pelos actos de um dos seus e do penhor extrajudicial:

1 – O duelo judiciário;

2 – Os conjuradores;

3 – Alguns factos simbólicos.

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

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

Questionado o direito visigótico como via de penetração do direito germânico, o eixo da questão tem-se deslocado, ultimamente, no sentido de se retomar uma linha de

pesquisa que estudos de Helfferich e deste e de Clermont (1858 e 1860) tinham ensaiado, embora com nítido desvirtuamento da realidade. De facto, atribuíram à influência francesa as instituições germânicas dos povos leoneses, castelhanos e portugueses, contra o que se rebelou, para empregarmos uma fórmula de Rafael Gibert, «o nacionalismo histórico de Muñoz y Romero» (1861). Rudolph Sohm poria em evidência, cerca de duas décadas mais tarde (1880), que se tinha laborado, de parte a parte, em erro — na consideração do direito franco «como um patri-mónio da nação francesa» e não «como um foco — o outro é o romano — da cultura jurídica da Europa na Idade Média» (Gibert). Mas a pista indicada quedou praticamente esquecida até que Paulo Merêa retomou em 1947 o tema da influência franca, a propósito da *posse de ano e dia*¹ — da posse por algum tempo, não forçosamente por um ano, mas em geral por mais de um ano, que tornava desnecessário ao demandado qualquer actividade probatória, visto o silêncio do demandante durante esse tempo. Fê-lo a propósito do direito dos foros, sublinhando, em 1957, que se impunha maior investigação quanto a tal influência. Braga da Cruz, discípulo dilecto de Merêa (1947-1949), José Maria Ramos Loscertales (1951), Álvaro D'Ors (1956) e Rafael Gibert (1968), insistiram na direcção apontada por Merêa, recuando uns o primeiro contacto do direito franco com o direito hispânico para lá do século XI e do período de Afonso VI de Leão e Castela — até à *marca* hispânica do reino franco — e outros negando tal recuo, mas todos apontando os francos («povo que teve por excelência um *direito germânico*», o *povo germânico central*), como chave explicativa.

1. Cfr. *infra*, n.º 161.

A linha de investigação relativa à *tese franca* passa por duas vertentes: a *posse de ano e dia* e os chamados *foros francos*, isto é, o estatuto dos francos, de que são exemplos, em Portugal, os de Atouguia e da Lourinhã¹.

O assunto encontra-se longe de esgotado, merecendo, pelo que toca a Portugal, investigação mais profunda, sobretudo relativamente à *posse de ano e dia*. A tal respeito devem ser equacionados múltiplos textos até hoje não utilizados, como a lei contida no *LLP*, 215: «*Daqueles que estam en posse per ano e per dia ssem contenda nom Responda ssemom perante seu Juiz*». Aliás, o regime do *ano e dia* parece ter passado do instituto da posse (cfr. quanto a este também *ODD*, 102) para outros², como o do casamento, por exemplo. Nas Cortes de Elvas, D. Pedro I tomou, a pedido dos povos, providências sobre as mulheres que passam a segundas núpcias «*ante do anno e dia*» da morte do primeiro marido. Também em matéria processual, v.g. no chamamento à demanda (*ODD*, 80) e na revelia (*ODD*, 99 e 110).

120. O elemento canónico — A este elemento, também primacial, chama Paulo Merêa, significativamente, *elemento cristão e canónico*. A moral cristã actuou desde cedo sobre o direito romano, mas o próprio ordenamento jurídico da Igreja, o direito canónico, se fez sentir também naquele direito. Desde logo em matéria dialéctica. Já o referimos a respeito do *Utrumque Jus*. «Ao Paulo clássico», escreve incisivamente Rafael Gibert, «opunham os cristãos o *noster Paulus*, que nas suas cartas configurava o novo *ius* da

1. V. *infra*, II. 2. V. *infra*, n.º 161.

Igreja». Mas também em simbiose¹ — bastando recordar, com Metêa, que «a jurisdição de equidade exercida pelos bispos deve ter sido um dos principais instrumentos de formação do direito romano vulgar». E em conjunção: «à Igreja», são palavras do mestre eminente, «se deve também em parte a conservação e o prestígio do direito romano».

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

121. **Os elementos muçulmano e hebraico** — Estes dois elementos, são em regra, também apontados, mas como de menor relevância. Ao primeiro, além de uma aporção de ordem terminológica (termos como *alcalde*, *alcaide*², *almoxarife*, *alfaz*, *alfândega*, *alcavala*, *almotacé*, *anúdua* e tantos outros entraram no vocabulário jurídico português por via dos Muçulmanos), ligam-se, ou têm-se ligado, institutos como a *terça*, o *casamento de jura*, a *barregania*³.

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

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

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

No direito muçulmano, como no nosso direito medieval, era o homicida que tinha, em princípio, de pagar a composição, isto quanto ao homicídio voluntário; podia a composição, porém, segundo os costumes de Castelo-Bom,

1. Cf. *supra*, n.º 83. 2. V. *infra*, max. n.º 121, 169, 170 *et passim*. 3. V. *infra*, vol. relativo aos *Grupos Sociais e Conteúdo do Direito*.

de Alfaiates, Castelo-Rodrigo e Castelo-Melhor e o foral de Azambuja de 1272, ficar, «porventura só em parte», a cargo dos parentes do homicida, «tal como acontece no direito muçulmano a respeito do homicídio involuntário». O perdão do criminoso, «que o direito muçulmano permite seja concedido ao criminoso por aquele que tinha direito a vingar-se dele, não foi desconhecido no primitivo direito português» — frisa também o Dr. Francisco José Vêlozo — e achar-se-ia nos costumes de Santarém e Beja. Ainda, os aqoutes ou *varas* se encontram, igualmente, previstos nos dois direitos, embora no nosso como pena principal de certos crimes e no muçulmano com *carácter supletivo*. O Dr. Francisco José Vêlozo, ademais, aproxima, não obstante acentuar algumas diferenças e, noutros casos, de forma simplesmente genérica, os regimes muçulmano e português antigo quanto aos crimes dos escravos, ao aborto provocado, ao filicídio, ao paricídio, à morte de escravo (aqui, paralelismo completo), aos elementos material e moral do crime de homicídio, ao homicídio em legítima defesa, ao homicídio em virtude de adultério flagrante (com referência ao artigo 372.º do Código Penal em vigor na altura da sua tese), etc., etc.

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

Se nem todos os paralelismos ou coincidências mencionadas são inquestionáveis ou convincentes, no conjunto apontam para a necessidade de se proceder a um estudo de revisão sistemática e crítica do problema da incidência do elemento muçulmano no direito antigo português. E o mesmo se poderá, acaso, dizer para a eventual aporção

hebraica. Seja, porém, qual for a importância do direito muçulmano e do direito hebraico como elementos genéricos do direito português, não pode esquecer-se o facto — esse relevantíssimo — de por eles se terem regido largos núcleos da população do reino¹.

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

BIBLIOGRAFIA — Em geral, a bibliografia indicada a propósito dos capítulos anteriores e em especial: *CHP. DP.; CHP. DAV.; CP, DPL.; CP, DF, CUP, Doc. Cam. Mun. Lisboa, Liv. Rs., I; Gav., VIII; OA., ODD.; PMH., Leges et Consuetudines, Desc. Port.; GAMA BARROS, HAP., I et passim; CALASSO, Gli Ordinamenti Giuridici del Rinascimento Medievale, Milão, 1953; CORTESE, La Norma Giuridica. Spunti Teorici nel Diritto Comune Classico, Milão, 1961; BRAGA DA CRUZ, O Direito Subsidiário na História do Direito Português, Coimbra, 1975; M.ª JOSÉ PIMENTA FERRO, Os Judeus em Portugal no Século XIV, Lisboa, 1970; HUMBERTO CARLOS BAQUERO MORENO, «Subsídios para o Estudo da Adopção em Portugal na Idade Média (D. Afonso IV a D. Duarte)», in *REGUM*, III, Sér. V, 1966 e *Subsídios para o Estudo da Legitimação em Portugal na Idade Média (D. Afonso III a D. Duarte)*, *Idem*, IV, Sér. V, 1967, *NHP*, III; ÁLVARO PAIS, *SR.; SPE., CF.; J. J. LOPES PRAÇA, CTS., I; JOSÉ MANUEL PÉREZ-PRENDES Y MUÑOZ DE ARRACÓ, Curso de**

1. V. n.ºs 98, 121, 189 e ss., bem como o vol. II correspondente aos *Grupos Sociais e Conteúdo do Direito*.

Historia del Derecho Español, Madrid, 1978; G. SANTINI, «Canones et Leges. Il Diritto Canonico Come Diritto Comune delle Europa Medioevale alle Origine della Penetrazione del Diritto de Giustiniano nella Penisula Ibérica nel XII Seculo», in *EHDE*, I; N. E. GOMES DA SILVA, *História do Direito Português*, Lisboa, 2.ª ed., 1993.

Quanto aos elementos formativos do Direito Português, consulte-se: *História del Derecho*, por RAMÓN FERNÁNDEZ ESPINAR e RAFAEL ZURITA, de baixo da direcção de RAFAEL GIBERT, para a Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 1976; JESÚS LALINDE ABADÍA, *Iniciación Histórica al Derecho Español*, Barcelona — Caracas — México, 1978; ALTAMIRA, *La Historia del Derecho Español*, Madrid, 1903; AZCARATE, *Ensayo de una Introducción al Estudio de la Legislación Comparada*, Madrid, 1874; J. CARO BAROJA, «La Realiza y los Reyes de la España Antigua», in *Cuadernos de la Fundación Pastor*, 17 (1971); TEÓFILO BRAGA, *Poesia do Direito*, Porto, 1865, e *História do Direito Português. Os Fontes*, Coimbra, 1868; MARCELO CAETANO, *História do Direito Português (1140-1495)*, Lisboa, 1981; FRANCESCO CALASSO, *Medio Evo del Diritto*, Milão, 1954; I. ANTÔNIO BORGES COELHO, «O Domínio Germânico e Muçulmano», in *O Livro de Lisboa*, Lisboa, 1994 e *Portugal na Espanha Árabe*, Lisboa, 1972; I. J. COSTA, *Religión de los Celiberos y su Organización Política y Civil*, 1917; GUILHERME BRAGA DA CRUZ, *Obras Esparças*, vol. 1, *Estudos de História do Direito. Direito Antigo*, Coimbra, 1979 (1.ª e 2.ª parte); SEBASTIÃO CRUZ, *Direito Romano (Ius Romanum)*, I. *Introdução. Fontes*, Coimbra, 1984; EDUARDO DIAS, *Árabes e Muçulmanos*, Lisboa, 1940, I-III; DOZY, *História de los Musulmanos en España*, trad. esp. de 1946, Buenos Aires; RAMON FERNÁNDEZ ESPINAR, *Las Fuentes del Derecho Histórico Español*, Madrid, 1985; ALFONSO GARCÍA-GALLO, «La Historiografía Jurídica Contemporánea. Observaciones en Tomo a la Deutsche Rechtsgeschichte de Planitz», in *AHDE*, XXIV, 1954 e «El Caracter Germanico de la Epica y del Derecho en la Edad Media Española», in *AHDE*, XXV, 1955 e *Manual de Historia del Derecho Español*, I, 1979; JUAN A. ALEJANDRO GARCÍA, *Temas de Historia del Derecho: Derecho Primitivo y Romanización Jurídica*, 1977; OURLIAC e GAZZANIGA, *Histoire du Droit Privé Français*, Paris, 1985; RAFAEL GIBERT, *Fuero de Francos en Hispania Me-*

dieval, Madrid, s. d., sep. da «Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid», XVII; e *Elementos Formativos del Derecho en Europa. Germanico, Romano, Canonico*, Granada, 1975; HINOJOSA, *Obras*, Madrid, 1948-1974, I, II e III; ERNST LEVY, *West Roman Vulgar Law. The Law of Property*, Filadélfia, 1951; A. H. OLIVEIRA MARQUES, «A Persistência do Elemento Muçulmano na História de Portugal Após a Reconquista. O exemplo da Cidade de Lisboa», in *História e Crítica*, 7, 1981 e *NHP*, III; SANZ MARTÍN, *Sociedad y Derecho en la Hispania Romana I. Antecedentes Preromanos*, 1996; PAULO MERÊA, *Resumo de História do Direito Português*, Coimbra, 1925; *Estudos de Direito Visigótico*, Coimbra, 1948; «Sobre as Origens da Terça», in *Estudos de Direito Hispânico Medieval*, Coimbra, 1952, II; *História e Direito (Escritos Dispersos)*, Coimbra 1967; «A Tradição Romana no Nosso Direito Medieval» in *BFDc*, 58 (1982); PAUL OURLIAC, «Ce que l'histoire du Droit Français Doit à Paulo Merêa et a G. Braga da Cruz» no *BFDc*, 58 (1982); EDUARDO VERA CRUZ PINTO, *As Origens do Direito Português. A Tese Germanista de Teófilo Braga*, Lisboa, 1996; JAVIER ALVARADO PLANAS, *El Pensamiento Jurídico Primitivo*, s. I, 1986 e *El Problema del Germanismo en el Derecho Español*, Madrid, 1997; SILVIO ROMERO, *A Partia Portuguesa. O Território e a Raça*, Lisboa, 1906; SANCHEZ-ALBORNOZ, «Tradición y Derecho Visigodos en León y Castilla», in *CHE*, XXIX-XXX, 1959 e *España y el Islam*, Buenos Aires, 1943; PEDRO DA CUNHA SERRA, «A Influência Árabe na Península Ibérica: Aspectos da sua Dimensão e Profundidade», in *Islão e Arabismo na Península Ibérica*, Évora, 1986; TERESA LUSO SOARES, «Em Torno do Direito Romano Vulgar», in *Revista Jurídica*, n.º 5, 1986; MANUEL TORRES, *Lecciones de Historia del Derecho Español*, Salamanca, 1933; FRANCISCO TOMÁS Y VALIENTE, *Manual de Historia del Derecho Español*, Madrid, 1979; FRANCISCO JOSÉ VELOZO «O Homicídio no Direito Muçulmano», sep. da «Scientia Juridica», Braga, 1952 (Dissertação de licenciatura em ciências histórico-jurídicas apresentada em 1940 na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa); JÚLIO DE VILHENA, *As Raças Historicais da Península Ibérica e a sua Influência no Direito Português*, Coimbra, 1873; RAFAEL DE UREÑA Y SMENIAUD, *La Legislación Gótica-Hispana*, Madrid, 1905.

CAPÍTULO V

A ORGANIZAÇÃO POLÍTICA

SECÇÃO I

A ORGANIZAÇÃO POLÍTICA DA «RESPUBLICA CHRISTIANA»

SUBSECÇÃO I

PORTUGAL E O PAPADO

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

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

da transmissão. Segundo a teoria defendida nos séculos XIII e XIV pelos partidários dos pontífices, era o Papa, mediador entre o Deus e os homens, quem recebia todo o poder, distribuindo-o depois. Os teóricos do poder imperial, pelo menos numa primeira fase, sustentaram que tanto o Papa como o imperador recebiam o poder directamente, rejeitando a ideia de o império depender *quoad institutionem* do papado. Uma terceira posição matizou estas tendências fazendo derivar o poder eclesiástico de transmissão directa de Deus aos pontífices e o poder político através da comunidade para os governantes — ideia que encontrou correspondência nas teorias conciliares, rejeitando-se, assim, qualquer interpretação da origem do poder que não coincidissem com uma base natural, fundada nas próprias características sociais do homem¹.

Vejamos quais as consequências destas diferentes vias na concepção do estatuto pontifício.

123. Doutrinas hierocráticas — A primeira tendência, a que poderíamos chamar hierocrática ou teocrática, pois embora rigorosamente os dois termos não coincidam são normalmente considerados como sinónimos, funda-se simultaneamente em elementos de ordem jurídica e de carácter dogmático.

Na sua base está, como já notou Ullmann, a concepção romana de *hereditas* como investidura, do herdeiro enquanto sucessor universal do *de cuius*, cujo lugar passa a ocupar, e, simultaneamente, a ideia de *officium*.

A primeira destas concepções traduzia-se na aceitação do pontífice como sucessor de Pedro, Vigário-geral de Cristo, de Quem tinha recebido uma delegação geral de poderes.

1. V. *infra*, n.º 140.

A segunda, na separação entre a personalidade dos pontífices e a sua *auctoritas*, derivada do reconhecimento de que os pontífices não gozavam das qualidades possuídas pelo Apóstolo enquanto homem, traduziu-se na afirmação de que não perdiam os respectivos poderes devido a qualquer conduta, uma vez que o *officium* por eles desempenhado era independente das suas qualidades pessoais. Os pontífices deram expressão verbal a essa ideia através das fórmulas, tão repetidamente usadas, de *servo indigno de Cristo*, de *vigário de Cristo*, *não merecedor da honra recebida*.

Entre a ideia do sucessor universal de Pedro e a de titular de um *officium* não houve, pois, desconformidade. Pelo contrário, pode dizer-se que elas se completaram e que uma constituiu a contrapartida indispensável da outra.

Da concepção do pontífice como sucessor de Pedro, de que o Papa era Deus na Terra, para empregar a terminologia de Gregório VII e Inocêncio III, decorreu a ideia de mediação entre a Terra e o Céu, e, portanto, de que o Papa era o distribuidor das graças divinas, na mais ampla aceção outorgável a esta expressão. Não tendo o homem direitos contra Deus e tudo recebendo da Sua piedade e misericórdia, equivaleria a atribuir ao pontífice uma posição igualável na sociedade cristã, pois significava ser pela respectiva benignidade que todos os bens se usufruam. No campo restrito do poder, esta ideia encontrou a expressão na fórmula «*Dei et apostolicæ sedis gratia episcopus*» e na afirmação, não desdenhada pelos próprios imperadores com pretensões à chefia do mundo, como Otão III e Frederico II, de que eram imperadores «por graça de Deus e do Papa»¹. Frente ao pontífice, o *populus Christianus* não tem qualquer interfe-

1. Cfr. *ib. infra*, n.º 145.

rência nos poderes daquele. São-lhe estranhos, pois não recebem a sua validade ou eficácia de qualquer acto da comunidade e a sua ligação com esta é unicamente funcional e realizável apenas na medida em que a transmissão *via successione* se opera para poderem ser exercidos em proveito de toda a cristandade. A posição em que esta se encontra relativamente ao vigário de Cristo é sintetizada na expressão pontifícia: «*populus christianus nobis commissus*». O Papa, como titular de um *officium*, está, pois, acima da comunidade. «Não faz parte do povo cristão. Forma ele próprio um estado, quando seja encarado no desempenho da sua função de sucessor da totalidade dos poderes de Pedro» (Ullmann, 1960). Assim, por ninguém pode ser julgado, senão pelo próprio Deus. E, pois, irresponsável pela suas acções e está *supra ius*, uma vez que dele deriva todo o direito.

Termo simétrico deste é o de que os titulares do poder político devem obediência ao pontífice. Uma vez que a *potestas* respectiva deriva do pontífice como os ribeiros derivam do rio (*de-rivare*), símbolo etimológico então utilizado e para que Ullmann chamou a atenção, mal se compreenderia que não prestassem obediência àquele que lhes tinha entregue a espada ou, na fórmula de Álvaro Pais — cuja obra tem para nós especial interesse — «que o filho corrigisse o pai» (CF, II, 27). A separação entre o poder eclesiástico e o poder civil não representa mais do que a divisão de trabalho e não significa um divórcio entre a *auctoritas* e a *potestas*. O pontífice é o titular dos dois gládios, possuindo poderes temporais. Abdicou do *officium administrandi* apenas por motivos de ordem prática. É, porém, o detentor da *potestas plenissima*, pelo que pode julgar e depor o imperador e os reis, distribuir «impérios, reinos, principados, ducados, marquesados, condados, e todos os bens dos homens», segundo as palavras

de Gregório VII. Também por isso se lhe deve mais obediência que aos titulares do poder político e as leis deste não podem contradizer os ditames pontifícios¹. Enquanto detentor da *auctoritas*, ao Papa é legítimo intervir em todos os negócios que pela sua natureza ou circunstâncias apresentem significado metafísico. Esta construção, que apresentou um particular relevo durante as lutas entre o sacerdócio e o Império, já tinha sido glosada por Pedro Damiano (1007-1072). De acordo com ele, não há distinção de essência entre actos materiais e espirituais: tudo é metafísico. O cumprimento de uma obrigação feudal, acto de carácter temporal, apresenta, simultaneamente, significado espiritual — na medida em que realiza a ordem (sobre toda a ordem reina o espírito divino), que possibilita aos homens a salvação e põe em jogo a consciência do vassalo. A distinção entre o domínio espiritual e o domínio temporal é, assim, apenas de carácter pragmático. Sob uma dualidade de *Administrações*² (Papa e bispos, por um lado, o imperador e reis, pelo outro) manter-se-ia, consequentemente, a unidade da *auctoritas*. Considerando, porém, que o *imperium* possui uma função espiritual, compreende-se como os teólogos fossem levados a admitir, com poucas excepções — Deusdedit separa a função real da eclesiástica e Ives de Chartres procura determinar em cada acto o espiritual e o temporal — a intervenção eclesiástica nos negócios temporais. Visto os reis serem filhos da Igreja, devem submeter as suas obras aos prelados, que têm o direito e o dever de os tutelar, podendo o pontífice intervir, *sponte sua*, sempre que o assunto pelas suas implicações espirituais o imponha. Os reinos foram instituídos apenas para a defesa da Igreja, e os reis são

1. Cf. *supra*, n.º 43, 110 e 116.

2. Cf. *infra* n.º 162 *et passim*.

membros dela¹, devendo por isso obedecer ao pontífice, a quem nada é alheio. Ainda fruto da ideia de que todo o poder é transmitido por intermédio do Papa, surge a afirmação de que fora da Igreja não há jurisdição legítima².

Esta construção atingiu o apogeu no campo dos factos, durante os séculos XII e XIII, e, no domínio das doutrinas, na centúria de trezentos, ocorrendo a partir daí uma separação entre as construções teóricas e as realidades políticas, pois, embora os autores continuem a reproduzi-las, essas teses começam a encontrar uma ressonância e uma eficácia mais débeis. Todavia, elas foram tecidas com elementos muito anteriores. Encontram-se nas colecções de cânones frequentes apelos e citações dos primeiros padres da Igreja e até a textos bíblicos, de que ficou clássico, como elemento dialéctico, o Provérbio VIII, 15: «*Apostolica sedes divinitus constituta super reges et regna... per quam principes imperant et potentes decernunt iustitiam ac reges regnant*».

124. (Cont.). As circunstâncias políticas. Doação de Constantino — Foi ao calor dos acontecimentos que se fez a síntese de todos os elementos. A Igreja, vencida a hostilidade do Estado, teve, frente a Bizâncio, de proclamar a sua independência. Relativamente aos bárbaros, procurou introduzir a máxima de que todo o poder tem um fim moral e pôr ao seu serviço a força do «Estado», «dinamizado com essa ideia». Conhece-se a colaboração entre o papado e os reis francos, que se elevaria ao máximo com Carlos Magno, cujo cesaropapismo parece ter estado longe

1. V. *infra*, n.º 145. 2. Cfr. *infra* v.g. 140 *in fine* e vol. relativo aos *Grupos Sociais*.

de importar a absorção da Igreja, como tradicionalmente tem sido apresentado. Depois de Otão, o Grande, e Otão III terem libertado o papado da influência imperial romana, a Igreja conseguiu eximir-se da exigência imperial da homologação da eleição pontifícia, que os imperadores lhe tinham logrado impor, malgrado Otão III declarar que as suas interferências nos negócios pontifícios se realizavam a título supletivo — vista a indignidade do pontífice — e para proteger a Igreja. À mentalidade da época repugnava aceitar uma *potestas plenissima* imperial. Por isso, Otão, tal como Frederico II, afirmar-se-á «imperador pela graça de Deus e do Papa». Foi a luta pelas investiduras¹ que conduziu à superação da atitude primitiva, ensinada por Gelasius, da existência de dois poderes concorrentes e independentes e provocou a ideia de uma comunidade perfeitamente hierarquizada.

Pelo facto de a construção hierocrática se ter elaborado à luz das necessidades polémicas dos pontífices, a sua arquitectura lógica foi perturbada por elementos estranhos aos princípios de que decorreu. Assim se explica o recurso a argumentos alheios aos princípios teológicos da função papal. A necessidade de opor às pretensões temporais o maior número possível de argumentos levou à interpenetração desta doutrina com os argumentos derivados da *Doação de Constantino* — já evocada por Gregório VII — e a teoria do *verus imperator*. Fez-se mesmo um esforço de síntese: quanto à doação de Constantino através da ideia de uma restituição; relativamente à doutrina do *verus imperator*², tentando enquadrá-la na herança de Cristo. Malgrado as referidas tentativas, compreende-se a independência destas construções relativamente à ideia de *officium* religioso

1. V. *infra*, n.º 183. 2. Cfr. *infra*, n.º 125.

atribuído aos pontífices, quando se tome como *canon* de comparação a origem da *auctoritas*. Por isso, embora todos estes argumentos tenham sido reproduzidos em conjunto, é lícito estudá-los sistematica e autonomamente.

De acordo com o célebre documento que, por pretender incorporar um acto de doação, se designa por *Doação de Constantino*, o primeiro dos imperadores cristãos, teria doado ao Papa Silvestre, como representante da Igreja, a soberania sobre a Itália e o Ocidente. A *causa donandi* seria o desejo de recompensar o Papa por uma cura milagrosa operada em Constantino. A narração deste facto, precedida pela da conversão do César, constitui a primeira parte do *Constitutum Domini Constantini Imperatoris*. A *donatio*, propriamente dita, forma a segunda. Constantino declara honrar mais a Sé sacratíssima do bem-aventurado Pedro, que o próprio trono. Concede ao pontífice primazia sobre os bispos de Alexandria, Antioquia, Jerusalém e Constantinopla, «e sobre todas as outras igrejas de Deus no universo inteiro»¹. Narra como quis conceder os signos imperiais a Silvestre, que os recusou, e como, em sinal de homenagem ao Papa, exerceu o *officium stratoris*; como, para que o prestígio e a independência do papado «nada sofra, mas seja, ao contrário, mais brilhante, que a dignidade, poder e glória do império», doa a Silvestre, «pai e Papa Universal», o palácio de Latrão, a cidade de Roma, a Itália e as regiões ocidentais, para serem «túdas por ele e seus sucessores sobre o seu poder e a sua tutela». Tal é o conteúdo da pretensa constituição que, forjada provavelmente no século VIII ou na primeira metade da centúria imediata contra as pretensões de Bizâncio, veio a desempenhar um papel importante nas controvérsias

1. Cf. *infra*, n.º 178.

medievais sobre o papado, contribuindo para sustentar a titularidade do domínio temporal dos pontífices. Ao lado dos argumentos *ius-teológicos*, o papado possuía, assim, um de carácter nitidamente de direito positivo, dando a esta expressão o sentido de direito laico, e, portanto, neutro em relação ao filho do Homem, a Cristo.

A doação de Constantino não apresentou, todavia, valor de argumento decisivo para sustentar a *auctoritas superlativa* dos pontífices, uma vez que os escritores antieocráticos, como, por exemplo¹, Dante, afirmaram representar a aceitação pontifícia da *donatio* o reconhecimento do primado imperial. Daqui, os doutrinadores teocráticos encararam a constituição de Constantino como o reconhecimento de facto daquilo que os pontífices possuíam *iure divino*: o *dominium orbis*. É o caso de Alexandre de S. Elpidio, Santiago de Viterbo, Gregório VII, Georg de Reichenberg e Henrique de Cremona, que ligavam, assim, a *donatio* à teocracia. A mesma negação de uma *auctoritas superlativa* imperial, implícita no acto de Constantino e na aceitação pontifícia, foi sustentada por Álvaro Pais, através de outro caminho: o da própria modalidade da *donatio*. Para que esta pudesse envolver uma *potestas plenissima* necessário era que se tratasse de uma doação modal e não de uma doação simples, como a feita por Constantino. (CF., II, 26.)

O acto da doação em si não implicaria, pois, qualquer ideia de *iurisdicção* do doador em face do donatário.

A insistência com que os defensores do papado procuraram interpretar o *Constitutum Domini Constantini Imperatoris* no sentido de que não implicava uma subordinação pontifícia revela-nos o fraco valor da *donatio* para erigir

1. Cf. *supra*, n.º 89.

juridicamente um *imperium spirituale*. Além disso, os partidários da *potestas plenissima* imperial impugnavam a própria autenticidade do acto. Otão III declarava-o uma impostura, obra do diácono João Sem Dedos, e Welzel, numa carta a Frederico Barba Ruiva, repetia o epíteto, a que acrescentava a classificação de *lenda herética*, impugnando estas a que hoje, depois de estudos de Maffei, facilmente se poderiam agregar outras — sufragando Acúrsio a ideia de que tal doação era em si mesmo revogável por o Imperador não ser dono do Império e, consequentemente, carecer de um poder dispositivo definitivo — o que obrigou os canonistas a um redobrado e difícil esforço de justificação (cfr. *SPE.*, II, 72 e V, 262, 264 e 272).

Isto determinou a raridade das invocações da doação pelos pontífices para fundamentar o seu *dominium* universal. Só Leão IX, Gregório VII (numa das cartas a Herman de Metz) e Gregório IX terão usado este argumento. A doação ficou, assim, longe de constituir a demonstração decisiva nas lutas entre o sacerdócio e o Império. O Professor Paulo Meréa escreveu mesmo, com uma ponta de exagero: «Os Papas nunca depositaram grande confiança na sua eficácia [da doação de Constantino], como se vê pelo facto de nenhum dos grandes pontífices da Idade Média ter recorrido a ela nos momentos mais críticos das suas lutas com os imperadores e outros soberanos temporais» (1923, 141).

125. A doutrina do «*Verus Imperator*» — Para além da doação de Constantino, o papado possuía outro fundamento que lhe possibilitava reivindicar o *dominium Orbis* — a doutrina do *verus imperator*. Afirmando que a titularidade do Império lhe pertencia, como resulta do *Dictatus*

papae (cujos antecedentes são, aliás, numerosos, pois Leão IV proclamava a *civitas leonina* — *Roma caput orbis, splendor, spes, aurea Roma*; a chancelaria de João VIII usava a fórmula *senatus populusque romanus*; Leão IX, Inocêncio III e Inocêncio IV exaltaram a ligação do papado com a Roma dos Césares), seguia-se a conclusão de que o Papa era o detentor do supremo poder temporal.

126. A «*media via*» tonista — Na própria época, todavia, em que a cristandade assistia ao triunfo da absorção do natural pelo sobrenatural, ou, para empregar uma linguagem histórico-jurídica, da *potestas civilis* pela *auctoritas superlativa*, S. Tomás reivindica a independência de origem do domínio temporal e lança as bases das doutrinas que no século XVI se viriam a impor definitivamente no campo das relações entre o poder eclesiástico e o civil — com Vitória, Molina, Soto, Pedro Simões, Fernando Rebelo, Fernando Peres, e tantos outros.

A doutrina do grande Doutor da Igreja a este respeito configura-se em duas proposições já anotadas noutro lugar. Assentes as premissas de que a sociabilidade é uma característica natural do homem, de que a natureza é eminentemente normativa, que a lei natural constitui a participação humana, através da razão, na lei eterna, e é, portanto, imutável¹, embora susceptível de desenvolvimentos, o Anjo das escolas conclui que o poder civil transcende o tempo e o espaço, a diversidade de crenças e de raças. A este respeito a doutrina de S. Tomás apresentou uma firmeza tão grande que ele admitiu, contra a opinião de outros teólo-

1. Cfr. *supra*, n.º 35.

gos, nomeadamente de S. Agostinho — *De Civ. Dei*, XIX, 15 — ter mesmo o homem vivido, no estado de inocência, numa sociedade politicamente organizada.

Estas afirmações completam-se com a ideia de que toda a sociedade é essencialmente finalista e de que todo o homem tende para um fim ulterior. Simplesmente, enquanto a sociedade pode ter um fim intermédio, ao homem cabe o fim último, em razão do qual todo o poder civil se deve organizar, visto a sua justificação residir em possibilitar aos homens bens inatingíveis isoladamente e requeridos pela sua natureza. Poderíamos dizer, se não fosse o risco do paradoxo, que o fim da sociedade é a conservação dos seus componentes.

À sociedade civil contrapõe-se a sociedade eclesástica, a Igreja, destinada a assegurar a custódia espiritual para atingir o fim superior do homem: a bem-aventurança. E como a toda a sociedade corresponde um poder, necessário se torna para este fim um poder diferente do poder civil, e que para S. Tomás, adversário do conciliarismo, reside no Papa.

É ao traçar a missão e o alcance da autoridade pontifícia que o grande doutor coloca a cúpula da reivindicação da independência da origem do poder temporal, fundada na natureza. Não procedendo do poder eclesástico, mas sim de Deus, como o do pontífice, tem um campo próprio, autónomo, e, embora inferior, porque inferior é o fim que lhe corresponde, possui independência. A superioridade só envolve subordinação quando o inferior deriva *ex toto* do superior, como acontece com o poder dos magistrados em relação ao do rei.

Assinalada uma esfera própria ao poder temporal, automaticamente se limita o poder pontifício. A sua competência é puramente espiritual (ST, II, II^{ae}, q. 60, artigo 6). Mas a

auctoritas superlativa não implicará poderes a respeito das coisas temporais? Através das soluções que dá ao problema do poder do Papa sobre os infiéis¹, ao de saber se a infidelidade é pecado e à negação da realeza de Cristo enquanto homem, ressalta claramente a recusa de aceitar a fundamentação das teorias teocráticas. S. Tomás assinala ao pontífice poderes temporais apenas indirectamente. Ao tratar da licitude de comunicação com os infiéis afirma que o Papa, em virtude do poder espiritual sobre os fiéis e em defesa da Igreja, pode intervir no domínio temporal, e mesmo junto dos não fiéis — não por autoridade específica mas devido ao poder espiritual que tem sobre todos os cristãos (ST, II, II^{ae}, q. 10, artigo 10). Por outras palavras — o poder temporal possui independência pela origem, embora ela possa vir a ser limitada ou mesmo suprimida em função da natureza do fim a que se destina. A fé e o pecado nada lhe acrescentam ou retiram. A sua origem é natural, campo em que todos os homens são iguais. E o direito divino positivo, fonte de onde derivam as prerrogativas eclesásticas, não anula o direito natural. Só através da figura de *legítima defesa*, que para os escolásticos possuía grande importância e foi a chave de frequentes soluções, pode o Papa intervir temporalmente, pois, por direito divino e natural, é lícito a qualquer um defender-se (ST, II, II^{ae}, q. 12, artigo 2) e, portanto, à Igreja. Sempre que o poder civil ofenda os direitos da sociedade eclesástica, ao chefe desta compete defendê-la e intervir, se para tanto for necessário, no domínio temporal.

Acrescia, ainda, para reforço da construção, que num conflito de direitos prevalece o superior. Ora a função da Igreja era assegurar o fim último do homem. Logo o fim superior.

1. V. vol. relativo aos *Grupos Sociais*.

S. Tomás inaugura uma corrente teológica cuja importância e implicações jurídico-políticas viriam a ser de maior relevo nas controvérsias do século XVI sobre os títulos jurídicos das descobertas e conquistas. Enquanto para as doutrinas teocráticas «dir-se-ia», escreve Venâncio Caro, «que depois de Cristo, Deus e homem, Redentor de todo o género humano, não existe outra sociedade, outra ordem, outra justiça, outra autoridade, outro direito que o emanado do mesmo Cristo ao instituir a Igreja, ao estabelecer o poder eclesiástico espiritual e sobrenatural, ao assinalar-nos o único caminho que nos conduz ao Céu, à única felicidade verdadeira» (1944, I, 144), S. Tomás coloca vigorosamente o princípio da coexistência de uma pluralidade de ordenamentos jurídicos.

Esta consequência contém os gérmens da laicização do direito da comunidade internacional. Viória (1492-1546) não fez senão dar-lhe a última forma¹, pois a sua construção é, no fundo, a aceitação da origem natural da sociedade civil e da impossibilidade de resolver o problema do *dominium* unicamente à luz do direito divino positivo. Entre o teólogo salmantino e S. Tomás medeiam, porém, as construções dos discípulos do Doutor Angélico e, sobretudo, existe a análise do conceito de Igreja, começado a desenhar nos fins do século XV, e cujas repercussões jurídicas seriam a base dos sistemas internacionalistas do século seguinte.

Mediavilla, João de Paris, Durando e Paludano, todos discípulos de S. Tomás, separaram o poder civil do eclesiástico, através da ideia da natureza complexa do homem e, portanto, da correspondência entre a *potestas regalis* e as necessidades naturais humanas, por um lado, e a ordem imposta por Deus

ao dar à espécie uma condição social, pelo outro. A solução do problema das relações entre o poder civil e o poder eclesiástico que encontra em Paludano uma resposta excessiva, visto admitir poder o Pontífice, *causa urgente*¹, depor o imperador, aparece-nos, conforme aos ensinamentos do Mestre, em João de Paris, Mediavilla e Durando. Ambos os poderes vêm de Deus e cada um corresponde a um fim próprio em que é superior ao outro. Estas premissas não excluem, porém, a intervenção do poder eclesiástico no domínio temporal — quando necessário para fins espirituais, o que não importava, porém, a titularidade dos direitos temporais, tal como o rei pode intervir relativamente às propriedades dos súbditos, que lhe não pertencem, por motivo de ordem pública, e sem gozar por isso sobre elas de direitos dominicais. Paludano nega igualmente a posse de poderes temporais pelo Papa, pois se ele não possui o *dominium* sobre os bens eclesiásticos, muito menos o tem sobre os bens temporais enquanto estes se ordenam ao espiritual.

Tal foi o fundo doutrinário que os opositores do papado vieram contraditar — merecendo a pena referir as respectivas construções, como forma de melhor consentir o entendimento daquele.

127. As doutrinas anti-hierocráticas — As doutrinas anti-hierocráticas podem agrupar-se em duas categorias: na primeira, as que contestam as teses teocráticas sobre a proeminência da Santa Sé e respectivos direitos em relação aos príncipes, mas sem separarem o domínio temporal do espiritual; na segunda, as teses que reivindicam para o Estado uma base natural e, portanto, denegam ao poder espiritual o papel de causa eficiente e de causa material da *potestas civilis*.

1. Cfr. *supra*, n.º 5.

1. Cfr. *supra*, n.º 116.

A primeira atitude, dominante no século XI, teve como defensores Guy, bispo sismático de Ferrara, Wenric, arcebispo de Trêves, o imperador Henrique IV, Guy de Osna-bruck... Todos advogam a cooperação entre os dois gládios segundo o qual a cristandade deveria ser regida pelo imperador e pelo pontífice. Todavia, nenhum protesta contra a ligação do poder pontifício ao imperial.

A eleição pontifical necessita da aprovação do imperador, que dirige a cristandade, não possuindo os reis outra missão que não seja religiosa. Reinam pela vontade de Deus, de Quem lhes vem directamente o poder — e, portanto, não dependem *quoad institutionem* da Igreja. Tal foi a base adoptada pelos adversários do papado para colocarem, numa primeira fase, o problema das relações entre os dois gládios. Para estes autores, tudo quanto se tornava necessário era uma definição de princípios, para evitar aquilo que lhes parecia uma injustificada ambição temporal por parte dos pontífices ou, mais concretamente, de Bonifácio VII. Para isso, afirmam que o poder real vem directamente de Deus, *sem intermediários*, base suficiente para a reivindicação pretendida¹. No mais, aproximam-se dos seus adversários, pois também eles assinalam uma função religiosa ao império, e chegam mesmo a declarar heresia e pecado dos reis o não reconhecimento de facto do imperador «*super eos*». Aliás, o próprio direito canónico era terminante neste capítulo. Da mesma forma é sagrado o rei, pois o pecado contra ele é pecado contra Deus.

Num plano diferente se colocam já Benzo de Alba, Petrus Crassus, Frederico II (nos seus manifestos), Dante,

Marsílio de Pádua e Occam. De comum entre todos — a separação dos dois domínios, o espiritual do temporal. Os autores dos séculos XI, XII e XIII apoiam-se, para a sustentar, na ideia de que o poder imperial é recebido directamente de Deus, ideia completada com recurso à concepção romana do *imperium* da Igreja — o que equivalia a acentuar a ideia de um estado independente —, embora destinado à salvação das almas, com argumentos laicos. Era doutrina de que se encontra exemplo também no *Livre de Justice et de Plet*, onde se interdiz aos pontífices toda a fiscalização da autoridade laica — mesmo *ratione peccati* — e cuja aceleração se viria a fazer em parte por influxo da filosofia aristotélica, divulgada pelos mestres árabes e acolhida em Paris, a «capital da escolástica».

128. (Cont.). O naturalismo político — É o relevo dado ao natural que caracteriza os autores anti-hierocráticos do século XIV. Partindo da mesma base de S. Tomás — a origem natural da sociedade política — diferem do Anjo das Escolas e dos seus discípulos, pois enquanto estes, evocando o finalismo aristotélico, que implica a superioridade do perfeito sobre o imperfeito, do mais sobre o menos, do espírito sobre o corpo, sustentavam a superioridade, pelo menos potencial, do poder eclesástico, os defensores da independência do Estado afirmam e reivindicam para ele autonomia através da separação entre os fins últimos do homem e os do Estado — pois se este englobasse no seu domínio próprio a moral e a religião representava uma duplicação. Para tais autores o Estado não tem senão que se preocupar com o domínio externo das acções. Tal é o elo comum entre Dante, Marsílio e Occam, os grandes advogados do poder imperial.

¹ V. *infra*, n.º 140.

Esta corrente representa a inversa da teocrática. Enquanto a última se traduz, relativamente à comunidade, numa transmissão descendente do poder, a corrente naturalista resolve-se, quanto ao titular do exercício do poder político, numa forma ascendente, pois recebe-o da comunidade e não de qualquer superior¹. No campo das relações internacionais levou à denegação dos poderes temporais dos pontífices.

129. O caso português — Está ainda por fazer, não obstante a existência de alguns estudos valiosos, a história das relações entre Portugal e a Roma pontifícia. Este facto impede de enunciar, dogmaticamente, a maneira como se concebiam entre nós os poderes do Papa. Não constitui, porém, ousadia afirmar, nos limites do apurado pela historiografia nacional e da investigação compatível com a índole destas lições, ter-se em Portugal aceitado, não só durante a Idade Média como também ao longo da centúria de quinhentos, a existência de uma *auctoritas superlativa* dos pontífices. Apesar da escassez de fontes, demonstra-o a repetição de afirmações não poucas vezes cronologicamente afastadas — o que permite aceitar a existência entre elas de uma continuidade, embora ainda a crítica moderna não tenha ressuscitado os documentos respectivos. Por outro lado, aqueles textos que se poderiam, à primeira vista, aduzir em contrário, como prova de uma reivindicação de autonomia do poder real, não são decisivos e apenas põem em causa o conteúdo da *auctoritas* dos pontífices. Assim acontece com a resposta de D. Afonso IV a Bernardo, bispo de Rodes e legado de Benedicto XII, quando o intimava a fazer as pazes com Afonso XI, de Castela. Transcrevemos o texto, para uma melhor comprovação.

1. V. *infra*, n.º 140.

«El Rei, [D. Afonso IV] que da sua natureza era livre e agastado, lhe respondeu [ao legado] que o Papa, com toda a sua santidade, não era Deos, mas era seu Vígairo; e que, se fosse Deos, por sua bondade e justiça não mandaria cousa, que não fosse justa e razoada, muito menos o devia o Papa fazer. E quando per sua vontade o mandasse, nem elle nem outro algum era obrigado a obedecer a seu mandado. E nem por isso se poderia chamar desobediente à Santa Madre Igreja» (Duarte Nunes do Leão, *Crón. D. Afonso IV*, in *Crónicas dos Reis de Portugal*, p. 273). Como se vê, D. Afonso IV arguiu uma *pontificis abusus potestatis*, pelo que não era obrigado a obedecer. O raciocínio a contrario demonstra que se o vício não existisse D. Afonso IV teria de cumprir os mandados — hipótese, aliás, reforçada no texto pela consequência de poder ser ou não «chamado desobediente a Santa Madre Igreja». Comprobativo, também, do reconhecimento da *auctoritas pontificia* é o emprego da fórmula «vigário de Deus», síntese na qual, depois de Gregório IX, encerravam os argumentos a favor de um *imperium spirituale*. Se algumas dúvidas ainda restassem elas seriam definitivamente afastadas com a narração feita pelo cronista dos acontecimentos subsequentes: passado algum tempo, D. Afonso IV «abrandou» e perante o legado confessou «que (...) como deuoto filho da Igreja Apostolica, da maneira que os seus antecessores sempre o forão, lhe aprazia obedecer ao Papa no tratado da paz (...)» (*Cron.*, cit., p. 274).

Também a lei do beneplácito régio não significa a denegação da *auctoritas superlativa* dos pontífices, como vimos já¹.

1. Cfr. *supra*, n.º 44.

Além destes dois exemplos poucos documentos se poderiam aduzir para tentar a demonstração do não reconhecimento da *auctoritas* pontifícia. Mesmo, porém, quando o seu contexto, devidamente analisado, fosse nesse sentido, forçoso era reconhecer tratar-se de posições de excepção — cujo relevo seria insusceptível de permitir traçar uma corrente doutrinal, mesmo não dominante. Pode dizer-se terem as construções de João de Deus e Álvaro Pais¹ transcendido o caso individual e ficado como modelos depurados da posição portuguesa perante o papado.

130. (Cont.). As vias de dependência ao papado — As duas vias através das quais se ligou politicamente Portugal ao papado determinaram o reconhecimento da *auctoritas* superlativa dos pontífices — levando a aceitar as teses teocráticas, então dominantes. A primeira, consistiu no enfundamento do reino feito por D. Afonso Henriques à Santa Sé; a segunda derivou do reconhecimento dos poderes pontifícios em matéria de organização eclesiástica, campo da máxima importância para os sonhos de independência. Não só o clero constituía a classe culturalmente dirigente, o que tornava necessário aos novos Estados a constituição de um clero independente da direcção eclesiástica de prelados ligados aos reinos vizinhos, como também, sendo a luta contra os muçulmanos uma reconquista, as terras recuperadas organizavam-se de acordo com a divisão eclesiástica anterior à invasão maometana². As contendas eclesiásticas apresentavam, pois, um significado político. Ou Portugal conseguia erigir uma das suas

1. V. *infra*, n.º 141 *in fine*. 2. V. *infra*, n.º 187.

sés episcopais em metrópolita, ou as conquistas realizadas em direcção ao Sul viriam, tarde ou cedo, a cair sobre a influência leonesa — uma vez que a Sé de Coimbra e os territórios meridionais pertenciam à antiga província de Mérida. Doutra maneira, o direito de conquista concedido pela bula de Alexandre III acabaria por ficar em grande parte inerte, afirmação que se não faz a título de hipótese, pois se conhecem as repercussões da eleição para Bispo de Silves de D. Fr. Roberto, feita por Afonso X.

A luta diplomática pela independência de Portugal teve, consequentemente, dois aspectos: modificação no campo político da orientação pontifícia relativa à Península, até aí dominada pela ideia de concentração de forças para um mais proficiente combate ao Islão, e postergação da antiga organização administrativa religiosa e dos direitos concedidos por Urbano II, em 1088, à Sé de Toledo, no campo puramente eclesiástico¹. Não podemos traçar aqui a complicada teia de intrigas, diligências e sucessos ocorridos neste campo. Basta-nos notar a sua importância como factor determinante do reconhecimento da *auctoritas superlativa* papal. Merece, todavia, a pena reproduzir as palavras com que Erdmann encerra o capítulo onde historia as primeiras relações com Roma e as tentativas de *emancipação* de Braga em relação a Toledo: «Comparando todo este processo, não se pode deixar de notar que a agregação de Portugal a Roma se deu, ao contrário do que sucedeu na Espanha, em virtude da iniciativa dos Portugueses e não do papado. Isto pode explicar-se pelo carácter de Pascoal II, menos largo e mais passivo que o seu predecessor. Mas a Cúria bem podia, no caso de Portugal, observar certa reser-

1. Cf. *infra*, n.º 187.

va e esperar que os Portugueses se lhe dirigissem. Depois de Gregório VII e Urbano II terem estabelecido e fortificado a sua autoridade em Castela, centro de países hispânicos, por meio de medidas sensatas, era inevitável que a pequena região do Ocidente procurasse, no seu próprio interesse, o contacto com Roma». (Erdmann, 1940, 20). As lutas de Maurício, bispo de Braga, com Diogo, titular de Compostela¹, mais contribuíram para aproximar o nascente reino de Portugal da Santa Sé. Elas não alteraram, porém, o plano em que essas relações se processavam: o das solicitações portuguesas. O mesmo aconteceu com as tentativas de D. Afonso Henriques para preencher as sés episcopais com titulares independentes da influência dos prelados toletanos, agrupar «os bispos portugueses sob uma direcção comum» e resabelecer a situação existente no tempo do arcebispo S. Geraldo. Era a consumação da Igreja portuguesa, donde resultou já a ausência de D. João Peculiar nos concílios de Valladolid e de Burgos.

O renascer, porém, das lutas com Toledo, por causa da primazia², havia de perturbar a independência da Igreja portuguesa — e com ela a do reino. O cunho político da questão revela-se na submissão de D. João Peculiar em 1150, feita em Toledo, perante o bispo D. Raimundo, pois não só se conhecem as diligências de Afonso VII junto da Cúria para o bispo português ser obrigado a curvar-se perante o seu rival, como se sabe que «na companhia do arcebispo bracarense apareceu também um embaixador do rei de Portugal para renovar a paz com Castela sete anos antes concluída por intermédio do Cardeal legado Guido: a sujeição de Braga era claramente o juro que Portugal tinha

1. e 2. V. *infra*, n.º 187.

de pagar pela ansiada paz». (Erdmann, *Papado...* 20). Igual significado apresenta a atitude do Imperador Afonso VII, no concílio de Valladolid. Perante a ausência de D. João

Peculiar, que dessa forma lograva todas as combinações preparadas para o obrigarem a reconhecer as pretensões dos bispos castelhanos, Afonso VII «perdeu a paciência e fez ouvir palavras ásperas ao Cardeal (o legado pontifício Guido) em grande excitação, lembrando-lhe os seus deveres para com a Igreja castelhana» (*Idem*, 60). Mas se estes factos são, por si, claros, possuímos um argumento de texto decisivo: a resposta dada por Estêvão Soares ao prelado toletano, já no século XIII, quando a questão começava a declinar e dela se faz a história para fins jurídicos — como se vê da compilação de todas as bulas ordenadas pelo arcebispo de Toledo, D. Rodrigo Ximenes, e que constitui o último esforço para vingar os respectivos direitos. Na sua réplica, afirma D. Estêvão Soares não dever obediência ao prelado de Toledo, uma vez que Portugal, ao constituir-se censual da Igreja, o fizera com a condição «(...) *nullum potestatem alicujus Ecclesiastici secularisve Domini (nisi tantum Apostolicæ Sedis, vel a latere ipsius Missi) unquam in Terra mea recipiam*», para empregar as próprias palavras da «*Claves Regni Caelorum...*». Ainda revelador do significado político destas controvérsias é o facto de, feita a separação entre Leão e Castela, terem desaparecido as pretensões de Toledo — pois não fazia sentido a manutenção de reivindicações políticas castelhanas, uma vez que se entrepunha um novo reino. Quando Toledo cai, porém, nas mãos de Fernando de Leão, logo renasce a velha questão da primazia, que só se viria a suspender com a consumação da partilha de Afonso VII.

Paralelamente a este processo, verifica-se o juramento de vassalagem de D. Afonso Henriques ao Papa Inocên-

cio II, feito perante o Cardeal Guido, e o enfundamento de Portugal à Santa Sé. As condições postas por D. Afonso Henriques — reconhecimento de título de rei e da independência do seu território, tanto no espiritual como no temporal — só foram, porém, reconhecidos por Alexandre III, pois tanto Inocêncio II como Lúcio II designam D. Afonso Henriques por *Dux* — não obstante este já usar o título de rei. Fosse, porém, qual fosse o valor jurídico representado pela *posse* desse título, reconhecido possivelmente em 1140 por Afonso VII, a verdade é que ele parece não envolver uma *potestas plena*. Assim se explicariam, decerto, os protestos de Afonso VII contra o juramento de vassalagem prestado pelo rei português, com o fundamento de que os direitos de Castela ficavam prejudicados. Este facto demonstra o valor da intervenção pontifícia na independência de Portugal. A vassalagem de D. Afonso Henriques constitui um acontecimento donde se pode inferir o reconhecimento da *auctoritas superlativa* dos pontífices.

131. (Cont.). Manifestações da «auctoritas» papal —

Como manifestações da *auctoritas* papal no nosso país, temos a «carta de protecção» de Clemente III a D. Sancho I; a bula *Manifestis Probatum*, de Honório III (de 11 de Janeiro de 1218), na qual o Papa confirma D. Afonso II; a bula de 22 de Dezembro de 1221, onde o mesmo pontífice ameaça D. Afonso II de «absolver os vassallos do juramento de fidelidade e conceder a outros, como *res nullius*, as terras e o reino». Ainda demonstrativo do exercício da *auctoritas superlativa* é a bula do mesmo teor expedida no ano seguinte. No reinado de D. Sancho II encontra-se o acto mais retumbante praticado no exercício da *auctoritas*, o

afastamento do rei, acto que tinha sido precedido por várias advertências e de uma declaração expressa de Honório III, segundo a qual D. Sancho teria sido recebido «*in sedis apostolicæ protectionem*». Também D. Afonso III reconheceu o poder temporal dos papas. A sua chegada a *Regedor* foi feita sob a autoridade pontifícia: «*E eles disseram que o majs compridoyro e pertencente que para este parecia era o Infante D. Afonso (...) irmão do dicto Rey que lhe pediom, que lho desse por Regedor. E o Papa outorgouho e enuijou por ele (...). E mandoulhe todalas cousas, como se passavom sobre aquele negocyo (...). E mandoulhe em toda a gusyá, que vyese reger e governar o Regno de Portugal. E ele não podendo contradizer, seu mandado ouue em ele de consentir*» (Cr. D. Sancho II, II, in Cr. 7 Pr. Reis). Inocêncio fez-lhe a confirmação do reino; Gregório X ameaçou-o de desligar os súbditos do juramento de fidelidade, acto em que culminava um longo processo de contendas com o clero, donde resultara a intervenção de Clemente IV para possibilitar o livre regresso a Portugal de Martinho Giraldes.

No início do reinado de D. Dinis encontra-se nova ameaça de absolver «os vassallos d'omenage do juramento, que *lhe som conteúdos de guardar*», repetida poucos anos mais tarde (Cr. D. Diniz, XLIV, *Idem*). Conhecem-se, também, as intrigas de D. Afonso IV — então ainda infante —, que demonstram a aceitação da *auctoritas superlativa* dos pontífices, pois, tentando levantar o reino contra o pai, proclamava ter D. Dinis pedido ao Papa que «*Afonso Sanches (...)* *pudesse erdar o Regno asy como se fosse lidimo*», (*Idem*, XXXVI). Demonstrativo desta *auctoritas* é o facto de D. Dinis se ver obrigado a pedir um desmentido ao Papa e de ter tido de publicá-lo (*Ibid*).

Se depois de D. Dinis se não encontram mais exemplos destes, o facto deve-se não a uma mudança de concepções a respeito do papado — pois a continuidade da sua permanência está documentada na confirmação de D. Pedro e D. Fernando — mas à estabilização da vida política nacional e à orientação, seguida por D. Dinis, de evitar a interposição de queixas para Roma. Escreve Coelho da Rocha: «Já não era possível impugnar as liberdades e imunidades da Igreja, arregadas nos costumes, e confirmadas pelo direito canónico, então geralmente aceite. Melhor era convertê-las em leis pátrias, subtraí-las ao poder estrangeiro, e precaver a sua exorbitância. É o que o Príncipe praticou, reunindo para esse fim os prelados em assembleias, a cujas resoluções se deu depois o nome de concordatas, e que convocou sempre que se ofereciam novas dúvidas» (C. Rocha, 1851, 62).

A frequência dos protestos junto dos pontífices demonstra, aliás, como era corrente a aceitação da sua *auctoritas superlativa*. Os reis reconheceram-na também, claramente. D. Sancho I, D. Afonso II, D. Sancho II, D. Afonso III e D. Dinis pedem ao Papa que lhes confirme os testamentos. D. Sancho II justifica-se perante Gregório IX e promete solenemente observar as suas determinações, incluindo as relativas ao governo interno do reino. D. Afonso III sobe ao trono com a promessa expressa de ser obediente à Igreja, defendendo-se junto do Papa das acusações que lhe são feitas e acaba por fazer contrição. D. Dinis promete não «*embaraçar antes ajudar os Decretos, e Sentenças Eclesiásticas*». (C. Amaral, 1945, 115).

Ao lado destes eventos, outros se poderiam citar em favor da tese do reconhecimento da *auctoritas*: arbitragens, v.g. em casos de conflitos internos, como sucedeu quando das

graves disputas entre D. Afonso II e as suas irmãs, o pagamento de censos, confirmações do valor da moeda, etc.¹. Para além deles, já no sentido da existência de uma parcial incorporação na *auctoritas* de poderes tradicionalmente englobados na *potestas* real, recordemos a confirmação de doações reais. Também o princípio da revogabilidade das doações régias, que se afirma no reinado de D. Afonso II, se escula na autoridade pontifícia. Conhece-se um rescrito de Inocêncio III onde se verifica ter sido apresentada a este pontífice uma queixa contra um esbulho cometido por D. Afonso II relativamente a certas propriedades da Coroa, transmitidas à Ordem de Malta², e a impugnação feita pelo Procurador do Rei com o fundamento de que «*havia Privilegio concedido por Alexandre III, para que a nenhum Rei fosse lícito diminuir o Reino, em prejuízo do seu sucessor*». (S. Ferrão, 1884, I, 96)³.

Paralelamente a estes factos encontramos nos autores e em documentos pontifícios passos e frases onde se reflectem as teses hierocráticas: «*Os reis são filhos obedientes do Papa*» (Cr. DS. I, 2; Cr. DS. II, 2; Cr. DD., 36); que pode «*julgar o grande asy como o pequeno, que perseverem em suas maldades*» (Cr. DD., 12 e 47); o Papa «*possui o estado e o lugar de Deus na Terra*» (Cr. DS. I, 2; Cr. DS. II, 2; Cr. DD., 36); «*tem na Terra plenariamente as vezes daquelle, que he nossa paz, fazendo de ambas as Repúblicas do Céu, e Terra humo o medianeiro entre Deos, e os homens Cristo Jesus*» (ML., XVI, 36); é, numa palavra, o «*vigário de Deus*» (Cr. DD., 12 e 47); o «*sucessor de Pedro*» (HCPB., I, LXVII); o titular da *potestas plena* (Mon. Henr., I, 100). Por isso, o «*emperador, levantado contra Roma (...)* é o «*anti-Cristo nado*» (CV., 1013).

1. V. *supra*, n.º 110.

2 e 3. Cfr. *infra*, n.º 187.

Tal como a primeira dinastia, a segunda começa sob a égide papal. João das Regras fundamenta parte das *razões*, que expôs em Cortes, na *autoritas superlativa* dos pontífices. O rei de Castela e D. Beatriz perderam os seus possíveis direitos por serem cismáticos e não respeitarem, portanto, o Papa que «*ajora pecado, todallas cousas pode sobre a terra assi como Deos; e quem despreza o que ell manda, despreza Jhesu Christo cujas vezes tem*». Ele é o vigário de Cristo, de cujos mandamentos ninguém se deve desviar «*pois que comprido poder ha sobre a terra*». Tem «*Poderio e juridiçom*» «*sobre os Christãos, mas ainda sobre todollos Infiees (...) porque todos som suas ovelhas, os maos e os boos*». Pode castigar e punir, tanto uns como outros, e, porque fora da Igreja e da obediência do pontífice não há salvação, é lícito perseguir os cismáticos. Definida, abstractamente a *autoritas pontificia*, João das Regras applica-a aos factos, em termos donde ressalta a ideia de que fora da Igreja não há poder legítimo: «*Pois se elRei de Castella, (...) por suas maldades (...) per nosso senhor ho Papa, assi como cismaticos e hereges, per sentença som comandados, como tomariam os taeas pessoas per nossos reis e senhores? Eu vos digo (...) que non era mais outra causa salvo querer tomar huã Moura, ou outro alguã de fora da ffe, por seu rei e senhor; e por isso dizem os direitos, que em pecado e maldade de pagaão vive, qualquer que afirma que he christão, e aa See apostolica despreza obedecer. E nõ ssem rrazom, porque o senhor Jhesu Christo hordenou e juntou assi huã catholica igreja, a qual nom rregebe em ssi departamento nem divisom, mas deve seer huã unidade (...) e estes cismaticos herejes querem talhar a igreja de Deos (...). Pois avermos nos de tomar cismatico infieell hereje por nosso rei e*

senhor, que o direito e nosso senhor o Papa deffende» (F. Lopes, *Cr. D. João I*, I, 185). Que esta construção jurídica não representava uma novidade sabêmo-lo por Fernão Lopes: os ouvintes «*foram confirmados no que dante sospeitavam*». O depoimento do cronista encontra-se, aliás, corroborado pela aceitação dos argumentos de João das Regras visto ao terem acordado «*todollos fidalgos e poboos que alçassem o Mestre Davis por Rei*» fizeram-no para evitar cair em «*sogeição de nossos emmigos, cismaticos que sse delo trabalham quanto mais podem, nom soamente por nosso dano e perda mas ainda da Santa Igreja, e do nosso Senhor o Papa cujos emmigos capitaaes som.*» (*Idem*, 192).

Recusado por D. João I o ofício de rei, insistem os prelados, fidalgos e procuradores dos concelhos para o aceitar, pois «*os dios reinos estariam em gram perigo de virr em maãos de (...) cismaticos e reverença aa Santa Igreja*». Convencido, o Mestre aceitou «*aa hõrra e reverença do Santo Padre e da See Apostolica de Roma*».

Esta atitude perante o papado não constitui um expediente de emergência. Mesmo durante toda a segunda dinastia reconheceu-se aos pontífices a titularidade de uma *autoritas superlativa*. Frequentemente se lhes atribui a qualidade de «*vigário de Deus*» e de fazer na Terra as vezes de Deus. Reconhece-se-lhes o poder temporal sobre todo o orbe, os reis confessam dever-lhes obediência — o que é exaltado pelos seus apologistas — e em sinal de subordinação frequentemente figuram beijarem-lhe os pés. A despeito disso, porém, ir-se-á progressivamente caminhando no sentido da emancipação do poder civil em relação ao poder eclesiástico.

BIBLIOGRAFIA — É praticamente inesgotável a bibliografia sobre a matéria deste capítulo. Como mais significativa em relação à síntese que nele se intentou ciarremos: a) Para os aspectos gerais do problema: AFFRE, *Essai Historique et Critique sur la Suprême du Pape et de l'Église*, Amiens, 1829; RUY DE ALBUQUERQUE, *Os Titulos de Aquisição Territorial na Expansão Portuguesa*, Lisboa, 1960, pol.; As Representações. Estudo de História do Direito Português, 1972; IOANNES ANDREAS, *In Quinque Decretalium Libros Novella Commentaria*, Veneza, 1581; S. TOMÁS DE AQUINO, *Summa Theologica*, Roma, 1962; *Summa Contra Gentiles*, trad. esp., BAC., 1947; EUSEBIO [?], *De Regimine Principum ad Regem Cypri*, Buenos Aires, trad. esp. de 1964, e S. Paulo (?), trad. port. s. d.; ARQUILLIERE, *L'Augustinisme Politique. Essai sur la Formation des Théories Politiques du Moyen-Âge*, Paris, 1955; J. MORAIS BARBOSA, *Teoria Política de Álvaro Pais no «Speculum Regum». Esboço duma Fundamentação Filosófica-Jurídica*, Lisboa, 1972; O «De Statu et Placitu Ecclesiae». Estudo Crítico, Lisboa, 1982; «A Vida e a Obra de Fr. Álvaro Pais: Estado Actual da Questão», *Anais, APH.*, 31, 1985; CALASSO *Medio Evo del Diritto*, Milão, 1954; I. CAPERAN, *Le Problème du Salut des Infidèles*, Toulouse, 1934; R. W. CARLYLE e A. J. CARLYLE, *A History of Mediaeval Political Theory in the West*, Londres, 1970, 6.ª imp. — trad. italiana de 1956; CARRERE, *Le Pape*, Paris, 1924; V. D. CARRO, *La Teologia y los Teólogos-Juristas Españoles Ante la Conquista de América*, Madrid, 1944, I e II; CHODOROW, *Christian Political Theory and the Church Politics in the Mid-Twelfth Century*, Los Angeles, 1972; P. COSTA, *Iurisdicção, Semanica del Potere Politico nella Publicistica Medievale (1100-1433)*, Milão, 1969; A. D. DE SOUSA COSTA, «A Expansão Portuguesa à Luz do Direito», in *Rev. Univ.*, Coimbra, XX, 1960; *Estudos Sobre Álvaro Pais*, Lisboa, 1966; MARCEL DAVID, *La Souveraineté et les Limites Juridiques du Pouvoir Monarchique du IXème au XVème. Siècle*, Paris, 1954; J. B. DUROSELLE e E. JARRY, (direcção de) *Histoire de l'Église*, Tournai, 1959; ERCOLE, *Dal Comune al Principato*, Florença, 1929; T. GILBY, *Principality and Polity. Aquinas and the Rise of State Theory in the West*, Londres, 1958; OTTO GIERKE, *Das Deutsche Genossenschaftsrecht*, Berlin, 1881, trad. parcial inglesa (*Political*

Theories of the Middle Ages), Boston, 1958; ROLAND-GOSSELIN, *La Doctrine Politique de Saint Thomas d'Aquin*, Paris, 1925; J. HÖFFNER, *Colonialismo e Evangelho*, trad. port. de 1973, Rio de Janeiro; HOROY, *Droit International et Droit des Gens d'Après le Decretum de Gratien*, Paris, 1887; R. M. HUTCHINS, *Santo Tomas y el Estado Mundial*, Madrid, trad. esp. de 1952; E. KANTOROWICZ, *The King's Two Bodies. A Study in Medieval Political Theory*, Princeton, 1957; P. KOSCHAKER, *Europa y el Derecho Romano*, trad. esp. de 1955, Madrid; G. LAGARDE, *La Naissance de l'Esprit Laïque au Déclin du Moyen Âge*, Paris, 1970; «*Marsile de Padoue et Guillaume d'Ockam*», in *Études d'Histoire du Droit Canonique dédiées à Gabriel Le Bras*, Paris, 1956, II; LANDRY, *L'idée de Chrétienté chez les Scolastiques du XIIème. Siècle*, Paris, 1929; LE BRAS, *Histoire du Droit et des Institutions de l'Église en Occident*, Paris, 1965 (dir. de); J. LECLEIRO, *L'idée de la Royauté du Christ au Moyen Âge*, Paris, 1959; PIERRE DE LUZ, *Histoire des Papes*, Paris, 1960; DOMENICO MAFEI, *La Donazione di Constantino nei Giuristi Medievali*, Milão, 1980, redigção e «The Forged Donation of Constantine in Medieval and Early Modern Legal Thoughts» in *Fundamina. A Journal of Legal History*, III, 1997; PAULO MERÊA, «Como se Sustentaram os Direitos de Portugal sobre as Canárias», in *Estudos de História do Direito*, Coimbra, 1923 e «A Concessão da Terra Portucalense a D. Henrique Perante a História Jurídica», in *Novos Estudos de História do Direito*, Barcelos, 1937; L. CABRAL DE MONCADA, *Universalismo e Individualismo na Conceção do Estado: S. Tomás de Aquino*, Coimbra, 1943; *Filosofia do Direito e do Estado*, Coimbra, 1955; CARLO GUIDO MOR, «Le Relazioni tra la Chiesa e gli Stati dalla Caduta dell'Impero al Concordato di Worms», in *Chiesa e Stato — Studi Storici e Giuridici per il Decennale della Conciliazione tra la Santa Sede e l'Italia*, Milão, 1939, I; J. B. MORRAL, *Political Thought in Medieval Times*, Londres, 1960; KARL. F. MORRISON, *The Two Kingdoms. Ecclesiology in Carolingian Political Thought*, Princeton, 1964; A. NUSSBAUM, *Historia del Derecho Internacional*, Madrid, trad. esp. com Adiciones de Garcia Arias, 1947; SERGIO MOCHI ONORY, «Ecclesiastica Libertas e Concordati Medievals (Da Worms a Constanza, 1112-1418)», in *Chiesa e Stato. Studi Storici...*, I, *Fonti Canonistiche*

dell'Idea Moderna dello Stato, (*Imperium Spirituale, Iurisdictio Divisa*, Sovranità), Milão, 1951; J. PACAUT, *La Théocratie: l'Église et le Pouvoir au Moyen Âge*, Paris, 1957 e *Alexandre III*, Paris, 1959; ÁLVARO PAIS, SR.; CF., SPE., Leão, 1517, trad. port., 1988 a 1998; G. BALLADORE PALLIERI e G. VISMARA, *Acta Pontificia Jus Gentium Usque ad Annum MCCCIV*, Milão, 1946; M. GARCIA PELAYO, *Del Mito y de la Razon en el Pensamiento Político*, Madrid, 1968; G. PILATI, *Chiesa e Stato nei Primi Quindici Secoli*, Roma, 1961; OLDRADO DA PONTE, *Consilia*, Veneza, 1571; J. M. POWEL, *Innocent III. Vicar of Christ or Lord of the World?*, Boston, 1966; QUILLET, *Les Clefs du Pouvoir au Moyen Âge*, Paris, 1972; H. RAHNER, *L'Église et l'État dans le Christianisme Primitif*, Paris, 1964; Th. RUYSSSEN, *Les Sources Doctrinales de l'Internationalisme Moderne*, Paris, 1954; I. A. VEIGA DOS SANTOS, *Filosofia Política de S. Tomás de Aquino*, S. Paulo (?), s. d.; KURT SCHILLING, *História das Ideias Sociais*, Rio de Janeiro, trad. port. de 1966; H. DE SEGUSIO, *Summa*, Aurrea, Veneza, 1581; A. L. SMITH, *Church and State in the Middle Ages*, Liverpool, 1964; J. B. SOMOZA, *Ideologia y Conflicto de Clases (Siglos XI-XIII)*, Santiago de Compostela, 1977; R. E. SULLIVAN, *The Coronation of Charlemagne*, Mass., 1959; J. TOUCHARD, *História das Ideias Políticas*, Lisboa, trad. port. de 1959-1976; VALENTIN TROMBERG, *La Problema del Derecho Internacional a Través de la Historia*, Barcelona, trad. esp. de 1961; A. TRUYOL, *História da Filosofia do Direito e do Estado*, Lisboa, trad. de 1985; I. JOANNES TURRISCREMATA, *Summa Ecclesiastica*, Salamanca, 1560; ULMANN, «Law and Medieval Historian», in *Xième. Congrès Int. Sciences Historiques*, Rapports, III, Estocolmo, 1960; *The Medieval Papacy St. Thomas and Beyond*, Londres, 1960; *Principles of Government and Politics in the Middle Ages*, Londres, 1960, trad. esp. de 1971; *A History of Political Thought: The Middle Ages*, Middlesex, 1965; *Law and Politics in the Middle Ages. An Introduction to the Sources of Mediaeval Political Ideas*, Londres, 1975; *The Church and the Law in the Earlier Middle Ages*, Londres, 1975; ORELLA Y UNZE, *Partidos Políticos en el Primero Renacimiento*, Madrid, 1976; P. J. VILADRICH, *Compromisso Político, Messianismo, Cristianad Medieval*, Pamplona, 1973; L. WECKMANN, *Las Bulas Alejan-*

drinas de 1493 y la Teoría Política del Papado Medieval, México, 1949; WELZEL, *Naturrecht und Materiele Gerechtigkeit*, Göttinga, 1962, trad. esp. de 1971; SYDNEY WOLF, *Bartolus of Sassoferrato. His Position in the History of Medieval Thought*, Cambridge, 1913; PIERO ZERBI, *Papato, Impero e «Repubblica Christiana»*, dal 1187 al 1198, Milão, s. d.

b) Para o caso específico português, além das fontes canônicas com ligação especial, anteriormente referidas, da bibliografia indicada a propósito do beneplácito (*supra*, post n.º 47), dos trabalhos de Ruy de Albuquerque, 1960, J. Morais Barbosa, 1972 e 1982, Sousa Costa, 1960 e Paulo Merêa, 1923 e 1937, também mencionados, cfr., v.g., JOAQUIM DOS SANTOS ABRANCHES, *Fontes de Direito Ecclesiástico Português I, Summa do Bullário Português*, Coimbra, 1895; NPH., III; MARTIM DE ALBUQUERQUE, *O Poder Político no Renascimento Português*, Lisboa, 1968; FORTUNATO DE ALMEIDA, *História de Portugal*, Coimbra, 1922; HIP., A. CAETANO DO AMARAL, *Memória V*, Porto, 1945; ABEL ANDRADE, *Evolução Política em Portugal*, I, Coimbra, 1895; PEDRO DE AZEVEDO, «A coleção do Visconde da Carreira», in *Boletim da Segunda Classe, Acad. Ciências de Lisboa*, VIII, 1913-1914; FR. ANTONIO BRANDÃO, *Cr. do Conde D. Henrique*, Porto, ed. de 1944; *Cr. de D. Afonso Henriques*, Porto, ed. de 1945; *Cr. de D. Sancho I e D. Afonso II*, Porto, ed. de 1945; *Cr. de D. Sancho II e D. Afonso III*, Porto, ed. de 1946; JÚLIO CÉSAR BAPTISTA, *Portugal e o Cisma do Ocidente*, Lisboa, 1956; EDUARDO BRAZÃO, *Coleção de Concordatas Estabelecidas entre Portugal e a Santa Sé de 1238 a 1940*, Lisboa, 1941; «O Papado e Portugal desde a Conferência de Zamora (1143) até à Bula de Alexandre III «Manifestis Probatum» (1179)», in 8.º Centenário do Reconhecimento de Portugal pela Santa Sé (Bula «Manifestis Probatum») — 23 de Maio de 1179), Lisboa, 1979; MARCELO CAETANO, *A Crise Nacional de 1383-1385*, Lisboa, s. d.; JOSÉ CALDAS, *História da Origem e Estabelecimento da Bula da Cruzada em Portugal desde a sua Introdução no Reino, em 1197, até à Data da Última Reforma do seu Estatuto Orgânico em 20 de Setembro de 1851*, Coimbra, 1923; GABRIEL PEREIRA DE CASTRO, *Monomachia sobre as Concordias que os*

Reys fizeram com os Prelados de Portugal nas Duvidas de Jurisdição Ecclesiastica e Temporal Breves de que Forão Tiradas Algumas Ordenações com as Confirmações Apostolicas que sobre as Ditas Concordias Impuzero os Summos Pontífices, Lisboa, 1738; LUIS VIEIRA DE CASTRO, *A Formação de Portugal*, 1938; CONDE DE TOVAR, «D. Afonso Henriques, Infante, Príncipe, Duque e Rei. Estudo de Política Externa Portuguesa (1128-1179)», in *Anais, APH*, II S., II; *Crônicas dos Sete Primeiros Reis de Portugal*, Lisboa, 1952; ANTÔNIO DOMINGUES DE SOUSA COSTA, *Um Mestre Português em Bolonha no Século XII, João de Deus. Vida e Obras*, Braga, 1957, «O Infante D. Henrique na Expansão Portuguesa», in *Itinerarium*, 5, 1959, *Mestre Silvestre e Mestre Vicente, Juristas da Contenda entre D. Afonso II e Suas Irmãs*, Braga, 1963; DP.; ANTONIO CRUZ, «A Situação Política em Portugal em 1179», in 8.º Centenário do Reconhecimento de Portugal pela Santa Sé..., cit.; PIERRE DAVID, *Études Historiques sur la Galice et de Portugal du XIème au XIIème Siècle*, Lisboa-Paris, 1947; DIAS DINIS, «Antecedentes da Expansão Ultramarina Portuguesa — Os Diplomas Pontifícios dos Séculos XII a XIV», in *RPH*, 1962; CARL ERDMANN, «Papsturkunden in Portugal», in *Abhandlungen d. Ges. d. Wissenschaften zu Göttingen*, Phil. hist. Klasse, XX, 3, 1927; *O Papado e Portugal no Primeiro Século da História Portuguesa*, Coimbra, vers. port. de 1940; FRANCISCO ANT. FERNANDES DA SILVA FERRÃO, *Repertório Commentado Sobre Foraes e Doações Régias*, Lisboa, 1884; Estudos de M. FLOREZ, in *La España Sagrada*, 1747-1961 (desde o vol. 47 sob os auspícios da RAH.); ALFONSO GARCÍA-GALLO, «Las Bulas de Alejandro VI y el Ordenamiento Jurídico de la Expansion Portuguesa y Castellana en Africa e Indias», *AHDE*, 1958; ANTONIO GARCÍA Y GARCÍA, *Estudios Sobre la Canonística Portuguesa Medieval*, Madrid, 1976; A. HERCULANO, *HP*, *HP*, (Barcelos); DUARTE NUNES DO LEÃO, *Crônicas dos Reis de Portugal*, Porto, 1975; PETER LINEHAN, *The Spanish Church and the Papacy in the Thirteenth Century*, Cambridge, 1971; FERNÃO LOPES, *Crónica (...)* D. Pedro, ed. cit.; *Crónica (...)* D. Fernando, Idem; *Crónica de D. João I*, Idem, 1949; ANA MARIA BRACINHA DE LIMA MACHADO, «Vicente Hispano. Aspectos Biográficos e Doutrinários», in *BMI*, 141-142; CALVET DE MAGALHÃES,

«Alexandre III Reconhece o Reino de Portugal», in 8.º Centenário do Reconhecimento de Portugal pela Santa Sé..., cit.; E. AUSTIN O'MALLEY, *Tello and Theorony, The Twelfth Century Founders of the Monastery of Santa Cruz de Coimbra*, Washington, 1954; M. ALEGRIA F. MARQUES, *O Papado e Portugal no Tempo de Afonso III (1245-1279)*, pol., Coimbra, 1990; PAULO MERÊA, «Como se Sustentaram os Direitos de Portugal sobre as Canárias» e «As Teorias Políticas Medievais no Tratado da Virtuosa Benfeitoria» ambos in *Estudos de História do Direito*, Coimbra 1923; MON. PORT. VAT.; MON. HENR.; P. MIGUEL DE OLIVEIRA, *História Ecclesiastica de Portugal*, Lisboa, 4.ª ed., 1968 e *As Paróquias Rurais Portuguesas*, Lisboa, 1950; DAMIÃO PERES, *Como Nasceu Portugal*, Porto, 7.ª ed., 1970; J. J. LOPES PRAÇA, *Ensaio Sobre o Padroado Português*, Coimbra, 1869; *Collecção de Leis e Subsídios para o Estudo do Direito Constitucional Português*, Coimbra, 1893; QE.; COELHO DA ROCHA, *Ensaio sobre a História do Governo e da Legislação de Portugal para Servir de Introdução no Estudo do Direito Pátrio*, 3.ª ed., Coimbra, 1851; EDUARDO DALLY ALVES DE SÁ, *Dos Direitos da Igreja e do Estado a Respeito da Ereção, Supressão, União, Divisão e Circunscrição das Dioceses e Metrópoles*, Coimbra, 1872; J. VERÍSSIMO SERRÃO, *HP*, I, 1977; SEABRA DA SILVA (?), *Compêndio Histórico do Estado da Universidade de Coimbra*., Coimbra, 1772; L. RIBEIRO SOARES, «Um Estado Novo no Século XII», Sep. de *Esmeraldo*, Lisboa, 1957; «A Bula 'Manifestis Probatum' e a Legitimidade Portuguesa», in 8.º Centenário do Reconhecimento de Portugal pela Santa Sé..., cit.; T. SOUSA SOARES, «O Governo do Conde D. Henrique de Borgonha», in *RPH*, 1975; F. ELIAS DE TEJADA SPINOLA, *Las Doctrinas Políticas en Portugal (Edad Media)*, Madrid, 1943; M. TERESA NOBRE VELOSO, D. Afonso II. *Relações de Portugal com a Santa Sé durante o seu Reinado*, pol., Lisboa, 1988; MARGARIDA GARCEZ VENTURA, *Igreja e Poder no Séc. XV. Dinastia de Avis e Liberdades Ecclesiásticas*, Lisboa, 1997; A. PERES VOITUREZ, *Problemas Jurídicos Internacionales de la Conquista de Canarias*, La Laguna, 1958; CH. M. de WITTE, «Les Bulles Pontificales et l'Expansion Portugaise au XVème Siècle», Sep. de *Rev. d'Hist. Ecclesiastique*, Lovaina, 1958.

SUBSECÇÃO II

PORTUGAL E A «IURISDICTIO IMPERII»

132. A afirmação medieval da supremacia universal do Imperador — Na Idade Média afirmou-se frequentemente, de acordo com alguns textos do *Corpus Iuris Civilis* e com a ideia da *translatio imperii*, que o imperador possuía *de iure* uma supremacia universal, que era senhor do mundo. Tal foi, por exemplo, o pensar de Álvaro Pais (*SPE.*, V, 256), Bartolo, Jacobo de Butrigaris, João de Lignano e Baldo, que chegaram mesmo a lançar o anátema de herética sobre a opinião contrária. Muitos autores medievais não hesitaram em responder à interrogação: *quem é o Rei dos Reis e o Príncipe dos Príncipes?* do mesmo modo que Bartolomeu de Cápua: «Responde, *quod est Imperator: quia sub Imperatore sunt omnes Reges et Principes mundi quia Imperator est ille, qui est dominus et monarcha totius mundi. Et ab eo omnes iurisdictiones derivantur sicut a fonte, et ipse unicus Imperator omnes reges coronabit*».

133. O princípio oposto do «*Rex est Imperator in regno suo*» — A Idade Média, época em que se gerou e afirmou