

© Antônio Manuel Hespanha
© da presente edição: Fundação José Arthur Boiteux (2009)

H585c Hespanha, Antônio Manuel
Cultura jurídica européia: síntese de um milênio / Antônio Manuel Hespanha. – Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.
552 p.

1ª reimpressão 2009

Inclui bibliografia

ISBN 85-87995-47-2

1. Direito – Europa – História. 2. Poder judiciário e questões políticas – Europa – História. II. Título.

CDU: 34(4)(091)

Catálogo na publicação por: Onélia Silva Guimarães CRB-14/071

EDITORA FUNDAÇÃO BOITEUX

Conselho Editorial Prof. Aires José Rover
Prof. Arno Dal Ri Júnior
Prof. Carlos Araújo Leonetti
Prof. Orides Mezzaroba

Secretária executiva Thálita Cardoso de Moura

Editoração: Carlos Batanoli Hallberg
e-mail: cbh@via-rs.net

Impressão Nova Letra Gráfica e Editora
(47) 3325-5789
novalettra@novalettra.com.br

Endereço UFSC CCJ - 2º andar Sala 216
Campus Universitário Trindade
Caixa Postal: 6510 CEP: 88036-970
Florianópolis SC
E-mail: livrariafunjab@gmail.com
Site: www.funjab.ufsc.br

"Creio que o verdadeiro trabalho político, numa sociedade como a nossa, é o de criticar o funcionamento de instituições que parecem neutrais e independentes: criticá-las de modo que a violência política que sempre se exerceu, obscuramente, por meio delas seja desmascarada e possa ser combatida."

Michel Foucault

Human nature: justice versus power
(debate with Noam Chomsky)

5.6. O modelo discursivo do direito comum europeu

5.6.1. Génese do modelo do discurso jurídico medieval

A origem do direito, a natureza do justo, sempre constituíram, em todas as épocas e em todas as sociedades, questões em aberto; para lhes dar resposta se têm elaborado mitos e doutrinas filosóficas de muitas matizes. Fundamentalmente, as posições têm oscilado entre o *voluntarismo* e o *racionalismo*.

Para o voluntarismo, o direito é o produto de uma vontade - a vontade divina, a vontade do legislador ou do príncipe, a vontade geral - cujo conteúdo é, em princípio, arbitrário. Daí que o jurista apenas tenha uma forma de descobrir o que é justo - interpretar, da forma mais humilde possível, a vontade da entidade que *quis* o direito. Este torna-se, assim, num dado indisponível a que o intérprete apenas tem que obedecer.

Para o racionalismo, pelo contrário, o direito constitui uma ordem pré-estabelecida - inscrita na natureza humana ou na natureza das coisas - à qual se pode aceder mediante um uso adequado da razão.

Os efeitos de uma ou de outra atitude são opostos.

Nas épocas em que predominam concepções do primeiro tipo, parece haver uma pequena margem para se exercitar uma

actividade doutrinal autónoma sobre o direito. Pois esta consiste numa *via ratiocinante* de acesso ao "justo" (à solução justa ou jurídica dos problemas), via esta que o voluntarismo começa por negar. Toda a *ars inveniendi* (*i.e.*, a técnica de encontrar a solução jurídica) se reduzirá, portanto, a interpretar, de forma mais ou menos subserviente, as fontes de direito sem qualquer intuito de criação jurídica autónoma. A atitude do voluntarismo não é, de modo algum, *pensar* o direito mas, em vez disso, *obedecer* ao direito.

Já nas épocas em que domina uma concepção racionalista do direito, se propõe uma técnica, mais ou menos rigorosa, de encontrar racionalmente o justo. Como agora se acredita que o direito pode ser encontrado ratiocinando, toda a preocupação dos juristas é fixar o caminho, o curso, que a razão terá que percorrer (discurso) para encontrar a solução jurídica. E vai surgir, assim, uma intensa actividade metodológica tendente a descobrir as correctas regras do pensamento jurídico.

Mas, por outro lado, a questão tem outra face, documentada pela história. Esta demonstra, efectivamente, que algumas das grandes épocas da dogmática jurídica (*i.e.*, aquelas de que datam a maior parte dos instrumentos lógicos, dialécticos e conceituais ainda hoje usados) são aquelas em que domina uma concepção voluntarista e positivista do direito, aquelas em que as normas jurídicas *postas* eram dotadas de um prestígio excepcional que impedia, inclusivamente, a sua derrogação.²⁵⁰ Como, nem sempre a solução normativa estabelecida autoritariamente correspondia às necessidades normativas vigentes no momento da sua aplicação e dada a impossibilidade de afastar, sem mais, a norma indesejada, nada resta à doutrina senão modificar o conteúdo desta norma através de uma interpretação subtil, levada a cabo mediante a utilização de complexos instrumentos lógico-conceituais. Por meio deste arsenal de instrumentos

²⁵⁰ Assim aconteceu na época clássica do direito romano em que os juristas se afirmam uns seguidores estritos da letra e do espírito da lei; no pensamento jurídico dos comentadores; e, já próximo de nós, no positivismo conceitual.

intelectuais o que se está é a alterar a norma indesejada, simulando que apenas se está a levar a cabo a sua interpretação.

Concluindo. O nascimento da dogmática jurídica liga-se tanto a uma crença teórica no poder da razão como a uma necessidade prática de usar a razão, para actualizar, sub-repticiamente, normas consideradas inderrogáveis. É isto mesmo que podemos verificar na formação do saber jurídico medieval: se, por um lado, a podemos ligar à "libertação da razão" consequente à revolução escolástica,²⁵¹ não parece menos correcto relacioná-la com a atitude respeitosa dos juristas perante os textos da tradição jurídica, o que os obrigava a uma actividade que, sendo profundamente inovadora, se desenrolava sob a capa de uma mera interpretação, só possível, no entanto, com o desenvolvimento de um imponente instrumental lógico-dogmático.

Sintetizando as duas posições, podemos dizer que convergem na produção do ambiente favorável à constituição da doutrina jurídica medieval dois tipos de factores: (i) factores "filosóficos", que contribuem para a crença do poder da razão, e (ii) factores ligados ao modo de ser do sistema das fontes de direito, que cria aos juristas a necessidade de se servirem da razão. Para além destes, são ainda relevantes (iii) factores "institucionais", os quais vêm constituir o ambiente institucional favorável ao exercício e ao desenvolvimento da "razão jurídica".

5.6.1.1. Factores filosóficos

Toda a Alta Idade Média até ao advento da escolástica aceitou, sem grandes desacordos, a síntese teológica e filosófica de Santo Agostinho (354-430 d.C.). O agustinianismo jurídico traduz-se precisamente num voluntarismo. Na verdade, para o bispo de Hipona, a única fonte de direito é a vontade de Deus; vontade em geral *insondável*, mas revelada parcialmente pelas Escrituras e manifestada em cada momento pela ordenação providencial da história. Daqui decorrem várias consequências.

²⁵¹ É o ponto de vista de Villey, 1961, 4.

Primeiro, a inexistência de uma ordem jurídica objectiva, *natural*, na qual certos actos estivessem inevitavelmente condenados e outros necessariamente permitidos. Assim, Santo Agostinho acaba por admitir a legitimidade de certos actos (à primeira vista injustos) por se inserirem num plano divino da Salvação inacessível à razão humana. Nesta perspectiva, as coisas *não são queridas por Deus porque sejam justas, mas são justas porque queridas por Deus*.

Depois, como segunda consequência, a impotência da razão para atingir o critério da justiça. Efectivamente, este critério consiste na, digamos, vontade arbitrária de Deus e esta - já o dissemos - não pode ser atingida por meios humanos, restando apenas, como último recurso, a submissão aos Livros Sagrados e aos poderes constituídos na terra por graça da Providência.

Por último, esta aceitação dos poderes constituídos (postos), que retiram a sua autoridade de uma espécie de mandato divino ("É por Mim que os tiranos reinam"), implica a aceitação dos direitos positivos terrenos (por injustos e imorais que sejam), pois eles teriam uma razão de ser escondida, um sentido oculto, na história da Salvação.

Voluntarismo, anti-racionalismo, positivismo tais são os ingredientes que o agustinianismo traz ao entendimento do direito da primeira Idade Média.²⁵² Qual deles o mais contrário à constituição de uma "ciência do justo e do injusto". De facto, a esta luz, a única actividade legítima do jurista era a leitura humilde e a submissão passiva em relação ao direito revelado ou positivo ("Aderindo a Ele viveremos com justiça; e somos tanto mais ou tanto menos justos, quanto mais ou menos a Ele aderimos", *Ep.*, 120,4).²⁵³

²⁵² Sobre as teorias jurídicas de Santo Agostinho, v., por todos, Villey, 1961, 69 ss.

²⁵³ O agustinianismo está na origem do pensamento filosófico e filosófico-jurídico dos franciscanos Duns Scotto e Guilherme d'Occam, os quais, como muito bem nota Villey, estão na origem do pensamento jurídico moderno, concretamente, das orientações positivistas dos dois últimos séculos; ainda nesta direcção, a filosofia jurídica da Reforma (Lutero e Calvino). Sobre todos estes autores, Villey, 1961.

Todo este panorama se modifica, nos finais do século XII, com o renascimento do ensino laico, com a revalorização dos saberes mundanos e, no domínio filosófico, com o advento da escolástica (ou "saber das escolas").

No entanto, a filosofia medieval mantinha da época anterior a ideia de que a razão era limitada, de que - em muitos domínios - não podia haver uma *posse definitiva* da verdade das coisas. Mas que apenas se podia *peregrinar* para a verdade. Por isso, não se podia excluir, de antemão, qualquer ponto de vista teórico sobre um certo problema.

A investigação intelectual adquire, assim, um tom dialoante, em que as várias opiniões são confrontadas e em que, mais do que uma solução definitiva, interessa o pôr da questão.²⁵⁴ O alcance da verdade é encarado, não como tarefa que possa ser levada a cabo isoladamente por meio da razão individual, mas como uma obra colectiva em que todos colaboram, na discussão e no confronto de opiniões. É esta humildade perante a "verdade" das coisas que torna simpático o pensamento medieval, embora não seja deste género a ideia que dele se faz, comumente.

²⁵⁴ Abelardo (século XII), um dos arautos do pensamento "escolástico", na sua célebre obra *Sic et non*, dá-nos um dos exemplos mais vivos do que acabamos de dizer. Aí, partindo do princípio de que "a primeira chave da sapiência é uma assídua ou frequente interrogação [...] pois pela dúvida chegamos à interrogação e, pela interrogação, aprendemos a verdade", organiza uma colectânea "de opiniões opostas contidas em diversos textos" ("*pro qua quidem contrarietate, haec compilatio sententiarum 'Sic et Non' appellatur*" [pela qual contradição, esta compilação de proposições se chama "Sim e Não"]) a fim de exercitar os seus leitores em busca da verdade. E seguem-se vários títulos em que, depois de enunciada a questão, se coligem vários textos contraditórios, sem se tirar qualquer conclusão (ex., XXXII, *Quod omnia possit Deus, et non*; XXXIV, *Quod Deus non habeat liberum arbitrium, et contra*). Como se vê, trata-se menos de formular soluções do que de convidar o leitor a continuar esta obra social de construção do saber. A mesma organização por questões (*quaestiones*) ou problemas surge na *Summa Theologica*, de S. Tomás de Aquino, embora aí o autor não permaneça neutro.

Assim, o pensamento medieval dos séculos XII e XIII - e, concretamente, o seu pensamento jurídico - é um pensamento de tipo *problemático*, e não *sistemático*. Isto é, não se preocupa com que as soluções dadas aos problemas surgidos num dos ramos do saber constituam um todo lógico isento de contradição (ou seja, que constituam um sistema). Mais do que a perfeita integração das soluções numa unidade lógica e sistemática, interessa-lhe a adequação destas aos dados concretos do problema a que visam responder. Daí que o ensino e a própria literatura teórica não se apresentassem com a forma - hoje corrente - de exposições sistematicamente ordenadas, dotadas duma arquitectura lógica bem visível, mas como colectâneas de soluções de problemas controversos (*casus, quaestiones disputatae*, etc.).²⁵⁵

Tudo isto se reflecte no pensamento jurídico.

Agora que a razão tem a sua "carta de alforria", a teoria augustiniana das fontes do direito deixa de ser aceitável. Para o pensamento escolástico, cuja figura maior é S. Tomás de Aquino, o direito contido nas Escrituras (*direito divino*) ou aquele editado pelos reis (*direito positivo*) não eram os elementos decisivos para encontrar o *iustum*, a solução justa, que constituía o corpo do direito (*ius est quod iustum est*, o direito é o que é justo). Esse *iustum*, esse direito decisivo, era anterior a todo o direito positivo, estava inscrito numa *ordem natural*, estabelecida por Deus, mas à qual Ele próprio obedecia.²⁵⁶ E esta ordem era desvendável por um uso correcto da razão (*recta ratio*), i.e., por um uso da razão disciplinado por certas regras de discorrer.

O direito, portanto, deixa de estar *tudo feito* nas fontes de direito (escriturais ou legais), onde só falte ir colhê-lo. Pelo contrário, a solução jurídica deve ser encontrada em cada momen-

²⁵⁵ Sobre a oposição entre pensamento problemático e pensamento sistemático e sobre a caracterização do pensamento medieval, Viehweg, 1953.

²⁵⁶ É a teoria escolástica das "causas segundas" segundo a qual Deus, Causa Primeira de tudo, se abstém de agir sobre cada facto particular; como por economia de meios, entrega uma parte da Sua tarefa ao funcionamento automático das leis naturais que imprimiu na natureza, só as violando em caso de milagre (cf. *De gubernatione rerum*, I^a, qu. 103 ss.).

to, através de uma específica e precisa técnica de investigação (*ars inveniendi*, arte de encontrar) que, já sabemos, concede um grande papel à discussão e à investigação casuísticas. São os processos específicos desta *ars inveniendi* que explicarão, juntamente com outras razões referidas, o modo de ser do pensamento jurídico, do ensino jurídico e da literatura jurídica dos séculos XII e XIII.

5.6.1.2. Factores ligados à natureza do sistema medieval das fontes de direito

Dissemos que o nascimento do saber jurídico medieval - e as suas formas concretas de desenvolvimento - não se podia explicar unicamente a partir do ambiente filosófico da época. Notámos até que o aparecimento do saber jurídico não podia ser seguramente explicado, senão encarando conjuntamente com os factores filosóficos, o modo de ser do sistema das fontes de direito. Ou seja, o lugar proeminente aí ocupado pelo direito justiniano, perante o qual os juristas se encontram num estado de completa dependência teórica. É a isso que iremos dedicar os parágrafos seguintes.

Como dissemos, as características mais salientes e originárias do método dos glosadores eram a *fidelidade ao texto justiniano* e o *carácter analítico e disperso da literatura jurídico-científica*. Por isso, a sua actividade doutrinal não podia desenvolver-se senão em moldes predominantemente *analíticos*. Isto é, o trabalho dos juristas consistia numa análise independente de cada texto jurídico, realizada ao correr da sua "leitura", quer sob a forma de glosas interlinhadas ou marginadas, quer sob a de um comentário mais completo (*apparatus*), sem que, pelo menos de princípio, houvesse a preocupação de referir entre si os vários textos analisados.

Esta concepção do saber jurídico como uma actividade puramente interpretativa (ou exegética) - e o modelo do discurso que daí decorre - é frequentemente ligada à "atitude espiritual própria da Idade Média", propensa à aceitação respeitosa das autoridades, quer estas fossem religiosas, filosóficas ou jurídicas.

Todavia, para além dos factores já antes enumerados, de aceitação da autoridade do direito romano, esta atitude de "apagamento" explica-se também por razões de natureza metodológica. É que ir além do magro comentário cingido ao texto e abalar-se a uma actividade sintética ou a extracção de regras (*regulae, brocarda*) exigiam instrumentos lógicos que o pensamento medieval desta altura não possuía e de que só viria a dispor depois da chegada à Europa ocidental de novos textos dos filósofos e lógicos da Antiguidade, nomeadamente de Aristóteles.²⁵⁷

A evolução da vida europeia não iria permitir, por muito mais tempo, um respeito tão absoluto e exclusivo pelos textos romanísticos. Todavia, e apesar das tendências reformistas já referidas, mantém-se bem viva até ao fim da Idade Média, a ideia de que o direito consiste num conjunto de normas legadas por uma tradição dotada de grande autoridade, que o intérprete só dificilmente pode alterar, ao sabor da sua inventiva. Também aqui, o ideal de "livre exame" ainda estará para chegar.

Para os Comentadores, como para os Glosadores, a ordem legal justiniana representava um dado quase indiscutível, cujo valor autoritário era o reflexo da autoridade jurídica a metajurídica que os juristas medievais atribuíam ao *Corpus iuris civilis* na sua totalidade. Portanto, toda a tarefa de actualização e sistematização do direito terá de ser realizada no interior de uma ordem prefixada autoritariamente, aparecendo formalmente como uma tarefa de mera *interpretação*.

²⁵⁷ Isto não quer dizer que os Glosadores - mas não decerto os primeiros - não tenham iniciado um importante trabalho de organização dos materiais jurídicos romanos. Aliás, tinham sido eles próprios a dar à compilação justiniana a designação de "corpus", pelo que lhes competia actuar de acordo com esta ideia, debruçando-se sobre as contradições que povoavam o *Corpus am is*. Npus iuris. Na sua fase incipiente, tal tarefa consistia na elaboração de aborac de concordsncia e discordância textuais (Calasso, 1954, 531); depois, à medida que o trabalho de exegese ia progredindo e a capacidade lógica dos exegetas ia crescendo, surgiam as definitioes, as regulae, os brocarda e, num período já de transição para os novos tempos, as summa. Sobre estes tipos d4, 531-536 e V.P. Mortari, 1958, 78 ss.

É ao serviço desta interpretação que será colocada a nova lógica da escolástica. A argumentação dos juristas, o modo de estes organizarem o seu discurso, adquire agora um tom muito particular. Surgem conceitos, modelos de raciocínio, temas intelectuais, que só por eles são usados. Em suma, é um novo domínio do saber que se constitui - a doutrina ou dogmática jurídica cujos cabouqueiros são estes juristas dos séculos XIII e XIV.

5.6.1.3. Factores institucionais

Agora que, como acabamos de ver, falar sobre o direito se torna uma tarefa difícil, dotada de regras lógico-dialécticas que cumpre observar, implicando o uso de conceitos especiosos, é impossível a qualquer um encetar, sem mais nem menos, o exercício da função jurídica. Esta exige uma aprendizagem teórica muito complexa que deixa de estar ao alcance do prático. O direito vai precisar da escola. Ao espontaneísmo ou à *prudentia* aurida da prática vai suceder-se a aprendizagem teórica nas escolas universitárias que então se multiplicavam por toda a Europa. Em todas elas, o ensino do direito ocupou um lugar muito relevante; mas temos que convir que elas ocuparam um lugar ainda mais relevante (imprescindível mesmo) na evolução do direito e, através disso, na evolução da própria sociedade. Em boa parte, a Europa Moderna é o produto de uma imaginação social cultivada nas Faculdades de Direito.

Por outro lado, as características do ensino universitário de então potenciaram ainda certas orientações metodológicas atrás referidos.

Assim, se - como já vimos - o modo de ser da tarefa "interpretativa" dos Comentadores exigia a utilização de uma utensilagem lógico-dialéctica muito sofisticada, a vizinhança interdisciplinar cultivada nas universidades medievais facilitava, convidava até, a que os juristas importassem para os seus domínios os métodos utilizados pelos seus colegas filósofos, lógicos e teólogos, das Faculdades de Artes e de Teologia.

Do mesmo modo, o carácter argumentativo e tópico que é justamente reconhecido ao saber jurídico medieval não pode

deixar de ter sido influenciado pela própria prática da discussão, da discussão livre e generalizada - *quodlibética* ²⁵⁸ - no seio das instituições universitárias.

É a partir daqui que podemos considerar a fundação das universidades como um factor institucional do aparecimento do saber jurídico na Baixa Idade Média.

5.6.2. A estrutura discursiva

Como dissemos anteriormente, toda a obra de actualização e sistematização do direito exigida pelas novas condições da vida social europeia e levada a cabo, sobretudo, pelos Comentadores tinha que o ser sob a forma de uma interpretação do direito romano-justinianeu em vigor. Efectivamente, exceptuando o parêntese constituído pelo sentido geral da obra de São Tomás, o pensamento jurídico medieval era - como já vimos - favorável à identificação do direito com a vontade do legislador. A leitura dos textos romanísticos e, bem assim, o curso da vida política da época (dominada pelas tentativas de centralização do poder dos príncipes), sugeriam uma concepção monárquica do direito, em que a da edição do direito tendia a ser considerada como exclusiva do rei (*quod principi placuit legis habet vigorem* [aquilo que agrada ao rei tem a força de lei]) e cujos reflexos teóricos e filosóficos aparecem em Duns Scotto e Guilherme de Occam. ²⁵⁹

Posto, assim, diante da realidade concreta de um sistema jurídico baseado sobre normas com origem numa tradição dotada de enorme autoridade, o jurista devia inevitavelmente partir do texto normativo na sua tarefa de conseguir uma regulamentação jurídica aderente à nova realidade social.

²⁵⁸ As discussões quodlibéticas (da expressão *quodlibet* = *de quod libet* [acerca do que se quiser]) eram discussões praticadas periodicamente em todas as universidades medievais, em que, depois de um debate generalizado, sobre quaisquer questões levantadas pelo auditório, o professor dava a sua opinião e rebatia os argumentos em contrário.

²⁵⁹ Mortari, 1958, 52-57 e Villey, 1961.

Deste modo, os objectivos do saber jurídico coincidiam, formalmente, com os da interpretação; embora, no fundo, os juristas tivessem em vista muito mais do que a interpretação dos textos. Na verdade, o fim principal da exegese não consistia em averiguar o significado histórico do preceito legislativo, mas o seu *significado jurídico e racional*. Isto é, a interpretação tendia à descoberta (à colocação...), nas palavras da lei, de *princípios jurídicos dominantes na prática e na cultura do tempo*.

A realização de uma tarefa deste tipo que, no fundo, consistia em fazer dizer ao legislador aquilo que ele não tinha, de modo algum, querido dizer exigia, como já se disse, meios lógico-dialécticos adequados. A eles dedicaremos agora alguma atenção.²⁶⁰

5.6.2.1. A oposição do “espírito” à “letra” da lei

Uma primeira forma de proceder a uma interpretação inovadora era a oposição entre o texto da lei (*verba*) e o seu espírito (*mens*) e a atribuição de um valor decisivo a este último.

Tal distinção baseava-se nos princípios fundamentais da filosofia da linguagem medieval para a qual as palavras foram criadas pelo homem para levar aos outros o *conhecimento dos seus pensamentos* (“na verdade, as palavras [...] são os sinais daquilo que está na alma” escreve Giason del Maino, séc. XV). A atribuição de um valor decisivo ao espírito da lei procurava apoio, quer na máxima de S. Paulo “*littera occidit, spiritus vivificat*” (a letra mata, o espírito dá vida), quer no preceito do Digesto “*scire leges non est verba earum tenere sed vim ac potestate*” (saber as leis não é dominar a sua letra, mas o seu sentido e intenção), Celso, D., 1,3, 17.

Mas, para além destas razões de ordem teórica, justifica este procedimento interpretativo o facto de ele ser o único processo

²⁶⁰ Sobre o discurso jurídico medieval, para além de Villey, 1961, e Mortari, 1958, Berman, 1983, 143 ss.; Tau Anzoategui, 1992.

de tornear as dificuldades postas por alguns textos, literalmente opostos, aos interesses normativos que os intérpretes queriam prosseguir. Assim, quando formulava uma regra que, nos novos tempos, não podia ser aceite em toda a sua extensão, o intérprete afirmava que tal regra excedia a vontade racional do legislador e interpretava-a restritamente não a aplicando a certos casos; noutras situações, pelo contrário, estendia o preceito legal a casos que ele, manifestamente, não visava.

5.6.2.2. A interpretação lógica

Mas, para além desta tarefa de actualização normativa, realizada através da oposição entre a letra e o espírito da lei, realiza-se também em sede interpretativa, um importante trabalho de sistematização, posto em prática a partir da *interpretação lógica* dos preceitos.

A interpretação lógica foi um procedimento hermenêutico aplicado inicialmente à Sagrada Escritura e que constituía um meio termo entre a interpretação literal (agarrada ao elemento filológico e gramatical dos textos) e a espiritual (que quase desprezava o texto, envolvendo-se em divagações simbólicas). A interpretação lógica, pelo contrário, partia do texto, mas considerava-o como expressão de uma ideia geral (*ratio*) do seu autor que, por certo, não deixaria de estar presente noutros passos da sua obra. Deste modo, o texto não pode ser entendido senão pela sua integração no contexto. Só esta integração permite a extracção das ideias informadoras (*dogmata*) de cada contexto normativo (“instituto” como hoje dizemos), ideias essas que constituem o apoio indispensável para a interpretação de um preceito isolado. Daí a afirmação de Baldo (século XIV) de que a “*scientia (legum) consistit in medula rationis, et non in cortice scripturarum*” (a ciência das leis consiste na medula da razão e não na casca das palavras escritas).²⁶¹

²⁶¹ Cit. por Mortari, 1958, 67.

A investigação da *ratio legis* era conseguida através dos procedimentos da dialéctica aristotélico-escolástica, nomeadamente dos expedientes, adiante mais detidamente analisados, da *definição*, *divisão* e da *Analogia* ("o processo teórico correcto de proceder é triplo, isto é, define, divide e progride por exemplos", diz Baldo). Através deles eram isoladas: a essência (*substantia*) dos institutos; as instituições ou figuras jurídicas mais vastas em que eles se enquadravam (*genera*); os caracteres específicos que continham em relação a outros institutos enquadrados nos mesmos géneros (*differentiae*); as analogias formais ou materiais que mantinham entre si (*similitudines*). Tudo isto efectuado, como já se disse, nos limites da interpretação lógica e com o recurso às regras lógico-dialécticas de Aristóteles, que passa a ser o filósofo mais citado entre os juristas.

Em face do que acabamos de dizer, logo se reconhece que, sob a capa de uma interpretação lógica, a doutrina estava a levar a cabo um trabalho altamente criador. "Forçando" os textos com auxílio de instrumentos lógico-dialécticos finamente elaborados, ela ia construindo um sistema de conceitos jurídicos adequados a responder às necessidades da vida sua contemporânea. No trabalho dos Comentadores, é essencial realçar, não tanto a dependência em relação ao texto por eles sempre reafirmada, mas, principalmente, a progressiva distanciação em relação ao conteúdo originário das regras textuais. Paralelamente com esta distanciação (ou, talvez melhor, em virtude de ela existir), vai-se desenvolvendo uma crescente confiança nas possibilidades da razão e, conseqüentemente, uma progressiva valorização da actividade doutrinal dos juristas ("o direito, na verdade, não pode prosperar se não houver algum jurisconsulto que o torne melhor pela sua interpretação", Luca de Penna, século XIV; "Sem Bártolo e certos outros intérpretes seus o nosso direito não existiria", Alciato, século XVI).²⁶²

²⁶² Mais tarde, nos fins do século XVI, haverá já quem escreva, anunciando novas épocas do pensamento jurídico, que "o modo de ser do nosso tempo e dos nossos tribunais é, na verdade, muito diferente do dos romanos..." Tiberio Deciani, cit. por Mortari, 1958, 72.

5.6.2.3. A utilização da dialéctica aristotélico-escolástica e, especialmente, da tópica

No número anterior falámos de dois expedientes utilizados pelos juristas medievais, sobretudo pelos Comentadores, para, sob a capa da interpretação, levarem a cabo uma obra profundamente inovadora de actualização normativa e de sistematização do direito do seu tempo. Um desses expedientes - a interpretação lógica - implicava, como dissemos, a utilização de um instrumental lógico dialéctico muito complexo, através do qual fosse possível a elaboração sistemática de um direito por natureza assistemático e até contraditório.²⁶³ Tal instrumento foi fornecido pela dialéctica aristotélico-escolástica.

A dialéctica é, para a tradição aristotélico-ciceroniana, a *arte de discutir*. A *discussão* caracteriza-se, quer formalmente (*i.e.*, quer por, na sua forma, se distinguir de outros tipos de discurso),²⁶⁴ quer materialmente (*i.e.*, quer porque incide sobre assuntos *discutíveis*, ou seja, assuntos sobre os quais não há afirmações necessariamente certas). Este segundo aspecto é fundamental para a caracterização da dialéctica. Uma vez que não há, nos assuntos dialécticos, afirmações indiscutivelmente verdadeiras, que cortem definitivamente as questões (pois então a própria discussão seria impensável), é sempre possível encarar os problemas em aberto a partir de vários pontos de vista, ou seja, progredir

²⁶³ Na verdade, o complexo normativo conhecido, a partir do século XIII, por "direito comum", era constituído por normas de várias origens, animadas, por vezes, por princípios contraditórios.

²⁶⁴ Por exemplo, da *oração* (*oratio*) - a que vulgarmente chamamos "discurso" -, a cuja regulamentação se dedica a retórica, ou da *demonstração*, cujas regras são estudadas pela analítica. Enquanto a oração se caracteriza por ter em vista a obtenção de efeitos estéticos, a discussão e a demonstração visam o acréscimo do saber; distinguindo-se entre si porque, na primeira, a base de que se parte são afirmações somente prováveis, não necessárias, numa palavra, susceptíveis de discussão (*v.g.*, os homens têm uma alma imortal; o direito é a arte do bem e do equitativo), enquanto que, na segunda, o raciocínio desenvolve-se a partir de afirmações indiscutíveis (*v.g.*, o homem é um animal racional, o direito é um facto social).

para a sua solução com base em argumentos distintos e, por vezes, até opostos. A discussão é, portanto, um andar à volta da questão, perspectivando-a de diversos pontos de vista, atacando-a a partir de diferentes considerações (ou *argumentos*).

Sendo assim, a tarefa mais importante da teoria da discussão (ou dialéctica) é encontrar os pontos de vista, os argumentos, a partir dos quais as questões podem ser consideradas. Tal tarefa é designada, na linguagem aristotélico-ciceroniana, por *ars inveniendi*²⁶⁵ ou *tópica*, sendo esses pontos de vista, directores da argumentação, designados por *lugares (loci)* ou *tópicos (topoi)*.

O pensamento jurídico da Baixa Idade Média recorreu continuamente aos processos dialécticos e, nomeadamente, aos métodos propostos pela *tópica* para encontrar os argumentos. E não por acaso.

Já vimos, de facto, que a grande tarefa do pensamento jurídico desta época foi a integração do direito romano, canónico, feudal e urbano num sistema único dominado por grandes princípios jurídicos actualizados, isto é, que traduzissem adequadamente as exigências da vida económico-social de então. Todavia, cada um destes ordenamentos jurídicos tinha os seus próprios pontos de vista e, mais do que isso, a sua própria fonte de legitimidade. Eram, por outras palavras, ordenamentos eventualmente contraditórios entre si, mas fundamentalmente autónomos. Tal como os diversos pontos de vista no âmbito de uma discussão. Daí que a sua compatibilização num único ordenamento constituísse uma das tais tarefas típicas da arte da discussão que, partindo de perspectivas diferentes, tenta organizar o consenso entre elas. Um consenso, em todo o caso, que não reduz a especificidade e autonomia de cada um dos diversos e opostos pontos de vista. De alguma forma, a prática da discussão vai organizando, em etapas sucessivas, princípios consensuais de âmbito sucessivamente mais genérico. No entanto, à medida que se vai subindo em generalização, o consenso vai-se tornando mais superficial. O acordo já não diz respeito a situa-

²⁶⁵ Arte de encontrar (os argumentos que servirão de base à argumentação).

ções carregadas de conteúdos concretos - a situações "espessas" (*thick*, M. Walzer) -, mas a fórmulas gerais e muito esvaziadas de referências concretas (*thin*, *id.*).²⁶⁶

A teoria do discurso e a metodologia jurídicas de então tinham consciência desta debilidade das formulações muito genéricas, insistindo em que "da regra [genérica] não se pode extrair a solução jurídica [concreta], sendo antes desta que se deve inferir a regra" (*non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est regula fiat*, D.50,16,1)²⁶⁷ ou em que "toda a definição [i.e., formulação genérica] é perigosa" (*omnis definitio periculosa est*). E, por isso, estavam bem longe de propor uma axiomatização do saber jurídico, ou seja, uma equiparação do processo de achamento da solução jurídica a uma dedução axiomática do tipo das que se utilizam na geometria.

No entanto, se virmos as coisas de uma perspectiva histórica, o que as escolas tardo-medievais vão levar a cabo é a construção daqueles princípios mais gerais de direito que, mais tarde, nos séculos XVII e XVIII irão ser tomados, pelas escolas jusracionais, como axiomas jurídicos partir dos quais se possa proceder dedutivamente. Assim, historicamente, o período compreendido entre os séculos XIV e XVII corresponde à *formação* "indutiva" do "sistema jurídico" exigido por uma certa mundividência.

A partir do século XVIII, o sistema está perfeito, os seus axiomas elaborados, e o pensamento jurídico limita-se a explicá-los dedutivamente - é a *pandectística* (cf., *infra*, 8.3.3. . Tanto mais que, por via da laicização do direito e da sua separação em relação à religião e à moral, o direito se torna numa ordem jurí-

²⁶⁶ Walzer, 1994.

²⁶⁷ *Regula est, quae rem, quam est, breviter enarrat. Non ut ex regula ius sumatur, sed ex iure, quod est, regula fiat. Per regulam igitur brevis rerum narratio traditur, et (ut ait Sabinus) quasi causa coniectio est: quae, simul cum in aliquo vitata est, perdit officium suum* [A regra é aquilo que descreve resumidamente uma coisa. De tal forma que da regra [genérica] não se pode extrair a solução jurídica [concreta], sendo antes desta que se deve inferir a regra. Por isso, apenas se transmite com a regra uma breve narração das coisas, sendo (como diz Sabino) como que uma presunção, a qual, na medida em que algo se não verifica, perde o seu efeito"]

dica "fechada".²⁶⁸ No trânsito do século XIX para o século XX inicia-se uma nova tarefa de recomposição do sistema, pois a introdução de instituições jurídicas exigidas por necessidades novas origina uma crise interna no sistema jurídico-conceitual, ainda hoje em aberto (cf., *infra*, 8.4.).

Uma tal tarefa de unificação de institutos jurídicos por vezes tão díspares exigia um esforço penoso, tendente a *encontrar o ponto de vista* a partir do qual se pudesse achar alguma unidade ou ligação lógica entre os institutos considerados. Ora a técnica de encontrar os pontos de vista a partir dos quais qualquer questão pode ser encarada era - como já se disse - a tópica. Observando as suas regras, os juristas serão capazes de encontrar as várias perspectivas segundo as quais um instituto jurídico pode ser enfocado e, dentre todas elas, escolher aquela que melhor permita pôr em destaque a sua ligação a um outro instituto ou grupo de institutos.

Uma primeira perspectiva de um instituto jurídico pode ser obtida através da sua *definição*, realizada nos moldes aristotélico-escolástico. A definição ("*oratio quae id quod definitur explicat quid sit*", proposição que explica o que é aquilo que se define, Cícero, *Topica*, V, 26) era a expressão da essência de uma coisa e devia ser formada *ex genere et differentia*: ou seja, devia consistir na indicação da categoria geral a que pertencia o definido (género) acrescida da característica que o distinguia de outras realidades pertencentes à mesma categoria (espécie).²⁶⁹

Ora bem, encarar um instinto jurídico através da sua defi-

²⁶⁸ V., sobre este fechamento (auto-referencialidade) da ordem jurídica moderna, Prodi, 2000.

²⁶⁹ Ex.: "Doação (definido) é um contrato (género) pelo qual uma pessoa *transfere a outrem gratuitamente uma parte dos seus bens* (diferença)". Por sua vez, a entidade que era género nesta definição (contrato) pode ser também objecto de definição: "contrato (definido) é uma *relação jurídica* (género) em que cada uma das partes é simultaneamente titular de um direito e de um dever recíproco (diferença)". Nestes exemplos se vê claramente que o género é a categoria geral de que o definido é espécie; a diferença, a característica que distingue o definido das outras espécies que, com ele, integram o género (no 1º exemplo, compra e venda, locação, mútuo, etc.; no 2º, relações jurídicas em que só há deveres ou direitos para uma das partes).

nição contribui para o enquadrar num princípio de sistematização, numa sistematização por assim dizer "regional". Efectivamente, a definição *ex genere et differentia* implica a formação de conceitos genéricos (como relação jurídica, negócio jurídico, etc.), desconhecidos da dogmática romanística, em função dos quais se relacionam certas figuras jurídicas até aí isoladas.²⁷⁰ Esta relação, por outro lado, põe a nu as semelhanças e as diferenças existentes entre elas e permite a individualização de subgéneros (ou géneros menos gerais).

A perspectiva da definição (ou "lugar da definição")²⁷¹ era, portanto, utilíssima para levar a cabo uma primeira tarefa de sistematização, pois considerava os vários institutos jurídicos integrados em géneros mais vastos, os quais por sua vez, se ordenavam noutros ainda mais compreensivos. Definir consistia, portanto, em enquadrar um instituto num sistema de conceitos logicamente hierarquizados.²⁷²

²⁷⁰ Assim, o aparecimento da noção genérica de *contrato* permite encontrar alguma relação entre várias figuras jurídicas, até aí isoladas, como a compra e venda, a locação, o mútuo, etc. Tal relação consiste no facto de estes institutos apresentarem elementos essenciais comuns, elementos esses que são aqueles que integram a noção genérica de "contrato".

²⁷¹ Trata-se do chamado *locus a definitione*. Os antigos diziam que estas perspectivas de enfoque das questões ("lugares" ou "tópicos") eram "sedes argumentorum". É efectivamente assim: a perspectiva (o lugar) donde observamos uma questão fornece-nos argumentos para a resolvermos - é, portanto, um "depósito" de argumentos, alguns dos quais podem servir para os fins dialécticos em vista. No nosso caso, o fim em vista - unificação e sistematização do direito - pode ser auxiliado, como acabamos de ver no texto, considerando os institutos a partir da sua definição.

²⁷² Um outro processo dialéctico adequado a revelar a relação lógica entre os vários institutos era a *distinção* ou *divisão*. Se a definição consistia em procurar integrar o instituto no género a que, com outros, pertencia, a divisão considerava-o como um género e tenta individualizar as espécies distintas que o compõem. Assim, pega na noção de contrato e distingue contratos consensuais e formais, unilaterais e bilaterais, etc. O processo da divisão, que contribui - tanto como o da definição - para um enquadramento lógico dos institutos jurídicos, teve um enorme prestígio no pensamento jurídico desta época, a ponto de se vir a afirmar que "*qui bene distinguit, bene docet*" (quem bem distingue, bem ensina); a este brocardo vir-se-á a opor, numa época em que estes processos dialécticos já não se justificam, o princípio de que "*ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*" (onde a lei não distingue, também nós não devemos distinguir).

Vimos a grande importância que a definição podia ter na sistematização do sistema jurídico; mas nem sempre este processo era suficiente para uma tarefa tão árdua. Muitas vezes, era preciso procurar outras perspectivas dos institutos sob as quais se pudesse levar a cabo ligações que o ponto de vista da definição não permitia. Assim, por exemplo, a perspectiva das *causas* do instituto. Sabe-se como Aristóteles distinguia entre *causa material* (ou substância), *causa formal* (ou existência), *causa eficiente* (ou elemento genético) e *causa final* (ou finalidade). Uma vez que a causa material era equiparada ao *genus* e a causa formal à *differentia*, as únicas perspectivas novas eram as das causas eficiente e final. Efectivamente, ainda que não fosse possível relacionar os institutos do ponto de vista da sua essência (manifestada através da definição), talvez o fosse através dos factores que lhes deram origem (causa eficiente) ou das suas finalidades (causa final). Assim surgiu, por exemplo, a noção de "declaração de vontade", causa eficiente de todos os negócios jurídicos; ou de "interesse", como causa final da regulação jurídica.

Ainda uma outra perspectiva que contribui para o surgir de concatenações lógicas entre os institutos é a sua simples *comparação*. Claro que muitas ligações entre as figuras jurídicas obtidas por via da comparação seriam possíveis por qualquer dos dois processos dialécticos anteriores.²⁷³ Mas, muitas vezes, a comparação encontrava relações que não eram patenteadas pelo *locus a deffinitione* ou pelo *locus a causis*. Além disso a comparação permitia a utilização dos argumentos "por paridade de razão" (*a pari*),²⁷⁴ "por maioria da razão" (*a fortiori*),²⁷⁵ e do raciocínio

²⁷³ Isto é, muitas semelhanças entre os institutos proviriam de eles pertencerem ao mesmo género, de terem idênticas finalidades (a mesma causa final) ou a mesma génese (a mesma causa eficiente).

²⁷⁴ "Sendo semelhante os institutos A e B, se em A se verifica certa consequência jurídica, em B deve verificar-se igualmente".

²⁷⁵ "Sendo a característica "X" mais nítida no instituto A do que no B e andando certa consequência jurídica verificada em B ligada a tal característica "X", ela deve verificar-se em A por maioria de razão".

por analogia, utilização essa que é um importante factor de unificação da regulamentação jurídica e de saneamento das contradições normativas dentro de uma mesma ordem jurídica.²⁷⁶

Finalmente, uma outra perspectiva útil para os fins tidos em vista pelo saber jurídico era aquela que consistia em encarar os institutos e figuras jurídicas através daquilo que os autores tinham dito deles - é a perspectiva das autoridades (*locus ab auctoritate*). Num saber em que a verdade era apenas provável,²⁷⁷ a opinião do maior número ou dos melhores era a que, pelo menos estatisticamente, tinha mais probabilidades de ser a certa. Então, os juristas, na sua tarefa de actualização e de sistematização do direito, deixam de partir dos próprios textos jurídicos e baseiam-se nos comentários destes textos feitos pelos juristas anteriores mais comumente aceites ou de maior autoridade.

²⁷⁶ Outra forma próxima de proceder à uniformização normativa é a utilização do *argumentum ab exemplis*: trata-se de aplicar ao instituto considerado a regulamentação aplicável a um outro (*exemplum*) que com ele mantenha uma certa semelhança, embora não essencial (e por isso se distinguia do expediente de comparação, em que a semelhança entre os casos era essencial) - "o exemplo [...] não toma em consideração nenhuma característica bem elaborada (*exquisita*) da coisa considerada [...] ao passo que o argumento por analogia (*a simili*) observa profundamente as características da coisa", Ottomanno, século XVI). A utilização do "lugar do exemplo" implicava a investigação de casos paralelos, nomeadamente de *precedentes judiciais*. A ponto de, com o tempo, tais precedentes começarem a ser aceites acriticamente e passivamente, sendo necessário reagir contra tal utilização do exemplo: "*non exemplis sed legis est judicandum*" (não se deve julgar a partir de exemplos, mas da lei).

²⁷⁷ A noção de "probabilidade" subjacente é a de uma probabilidade estatística (*id quod plerumque accidit*, aquilo que acontece o mais das vezes). Ou seja, a solução é tanto mais digna de crédito quanto mais vezes se mostra adequada ou é definida pelos peritos. Este conceito é de origem aristotélica (Aristóteles, *Tópicos*, I, 1). Não foi a única concepção de probabilidade em vigor na Idade Média. Até cerca de 1250 vigorou a ideia de que a probabilidade de correcção de uma opinião não aumentava pelo facto de ela ter muitos sequazes. Para esta última concepção não tinha grande sentido a busca de uma *opinio communis*, pelo que, efectivamente, a invocação desta só irá ter lugar depois do século XIII. Sobre isto, Giuliani, 1961, 115 e Mortari, 1954, 461 ss.

O recurso ao argumento da autoridade é muito característico do pensamento jurídico medieval. Teoricamente, o valor deste argumento baseava-se na presunção de que o autor invocado era um profundo conhecedor daquela matéria (*doctor est peritus* [o doutor é um perito]). Todavia, o seu parecer não era forçoso, só valendo até ser infirmado por um outiro de valor superior.²⁷⁸ Assim, enquanto não intervierem factores de decadência, a invocação do argumento de autoridade e da *opinio communis doctorum* [opinião comum dos doutores] não significa, como muitos pensam, um dogmatismo estiolante para a ciência jurídica. Antes sugeria uma atitude mental aberta em que, por não se reconhecerem verdades definitivas, importava, a todo o momento, confrontar os pontos de vista dos vários autores. Torna-se, portanto, claro como a invocação do argumento *ab auctoritate* se liga à natureza dialéctica, não definitiva, das soluções jurídicas. Uma vez que estas admitiam sempre discussão e eram apenas *prováveis*, importava reforçar essa probabilidade mostrando que a solução proposta era admitida pela maior parte dos autores. Todavia essa probabilidade nunca se tornava numa certeza, ainda que se invocasse milhares de opiniões a corroborá-la ("disseram-no os Doutores da Glosa, e o mesmo Rodoffredus, e por muitos que fossem, ainda que mil o dissessem, todos errariam", Cino de Pistóia, século XIV).

Descrito o fundamento teórico do *locus ab auctoritate*, importa averiguar qual a função que ele desempenhava na ciência jurídica medieval. A principal função da invocação da *communis opinio* e do *argumento de autoridade* era a de introduzir alguma disciplina na interpretação do direito.

De facto, já vimos a amplitude dos processos lógico-dialécticos postos ao dispor dos juristas para a sua tarefa de actualização e sistematização do direito. Ora, um uso desordenado de

²⁷⁸ "Depois de relembrar os escritos de muitos, ensinei a *minha* doutrina", Cino de Pistóia, século XIV; "da autoridade dos doutores deriva uma presunção de verdade porque se presume que o doutor é probo e perito", Coratius, século XVI.

tal instrumental podia ser catastrófico. Dada a liberdade interpretativa quase total de que os juristas dispunham, se não se impusesse alguma disciplina ao seu esforço teórico, em vez de uma obra de sistematização do direito, a doutrina levaria a cabo a sua pulverização ainda maior. Pois cada autor perfilharia uma interpretação pessoal dos textos. A invocação das autoridades tinha, precisamente, por função canalizar a actividade teórica dos jurisconsultos naqueles sentidos socialmente mais convenientes e que, por o serem, tinham sido os tomados pelos juristas mais influentes (*i.e.*, aqueles que melhor tinham sentido as necessidades da época). Através desta invocação os juristas eram convidados a não se afastarem facilmente das soluções já admitidas e provadas,²⁷⁹ embora as devessem aceitar criticamente.²⁸⁰

²⁷⁹ "Aquilo que a Glosa determinar deve ser mantido, pois nas decisões das glosas raramente se encontram erros"; "ao aconselhar sobre os casos o melhor é seguir a glosa" (Baldo, séculos XIII-XIV). Cf. Ermini, 1946, 186 e Mortari, 1954, 462. Raffaele Fulgusius (início do século XIV) escrevia: "Cino dizia que a Glosa era de temer pela condenável idolatria que lhe era tributada pelos advogados, significando que, assim como os antigos adoravam os ídolos em vez de Deus, assim os advogados adoram os glosadores em vez dos evangelistas. Ora eu antes quero ter por mim o glosador do que o texto; é que, se alego o texto, dizem os advogados da outra parte e mesmo os juizes: Julgas tu que a Glosa não viu esse texto como tu e que o entendeu tão bem como tu?" (citado por Ermini, 1946).

²⁸⁰ Só assim, gozando duma autoridade limitada, é que o argumento da autoridade desempenhava a sua função. De facto, sendo as exigências da vida mutáveis, um apego exagerado às autoridades tradicionais daria origem a uma doutrina disciplinada, é certo, mas divorciada das aspirações normativas do seu tempo. Só uma contínua renovação da *opinio communis* garantiria uma direcção da doutrina consoante com a vida. Como veremos mais tarde, um dos mais frequentes motivos de crítica do *mos italicus* tardio foi, precisamente, a sua aceitação passiva dos grandes juristas de quatrocentos (nomeadamente de Bártolo) que, tendo reflectido nas interpretações que propunham os anseios normativos da sua época, estavam completamente ultrapassados em relação às exigências normativas dos séculos XVI e XVII; disciplinada por estes mestres, a doutrina logo perdeu o contacto com a vida.

5.6.2.4. Conclusão

Vimos, nos números anteriores, quais os expedientes utilizados pelos juristas da Baixa Idade Média para levar a cabo a actualização e sistematização do direito então em vigor. Por aí podemos avaliar como, sob a capa de uma tarefa interpretativa, era de facto realizada uma obra de libertação em relação ao texto. Primeiro, opondo um alegado "espírito" da lei (que, mais do que na mente do legislador, estava na dos intérpretes) à sua "letra". Depois, dissolvendo cada preceito num contexto normativo, e procurando os princípios informadores desse contexto (*dogmata*). Depois ainda, referindo os vários institutos entre si e procurando concatená-los logicamente, através das noções de género, espécie e diferença, de causa eficiente e causa final, recorrendo - sempre que não fosse possível encontrar semelhanças essenciais - às noções menos rigorosas de analogia, lugar paralelo, exemplo. E, quando o texto, de todo em todo, não consentisse qualquer manipulação, alicerçando a tarefa de renovação, não já sobre ele, mas sobre a anterior actividade doutrinal (*opinio communis*) de que tivesse sido objecto e que, compreensivelmente, era mais fácil de orientar num sentido "moderno".

Este método de discorrer sobre o direito vem descrito por Gribaldo de Mopha (1541) na seguinte mnemónica: 1) *Praemitto*, 2) *scindo*, 3) *summo*, 4) *casumque figuro*, 5) *perlego*, 6) *do causas*, 7) *connoto*, 8) *et obiicio*. Nela se contém todas as operações anteriormente descritas: 1) Introdução à análise do texto considerado, primeira interpretação literal; 2) divisão do texto nas suas partes lógicas, com a definição de cada uma das figuras aí referidas e sua concatenação lógica, através das noções dialécticas de género, espécie, etc.; 3) com base nesta ordenação lógica, reelaboração sistemática do texto; 4) enunciação de casos paralelos, de exemplos, de precedentes judiciais; 5) leitura "completa" do texto, *i.e.*, leitura do texto à luz do contexto lógico e institucional construído nos estádios anteriores; 6) indicação da natureza do instituto (causa material), das suas características distintivas (causa formal), da sua razão de ser (causa eficiente) e das

suas finalidades (causa final); 7) ulteriores observações, indicação de regras gerais (brocardos) e de opiniões de juristas célebres (*dicta*); 8) objecções à interpretação proposta, denotando o carácter dialéctico das opiniões sobre problemas jurídicos, e réplicas, com larga utilização do instrumental da dialéctica aristotélico-escolástica.²⁸¹

Através destes processos - que constituem ainda hoje uma componente importante do estofo do discurso jurídico²⁸² - os Comentadores levam a cabo uma obra de construção dogmática que permanece de pé, sem grandes alterações, até ao nosso tempo. Ainda hoje, apesar de um crescente movimento de reacção contra a dogmática "escolástico-pandectista", se pode dizer que ela é utilizada pela esmagadora maioria dos civilistas e, mesmo, dos cultores de outros ramos do direito.

²⁸¹ Calasso, 1954, 594 e Viehweg, 1953 (trad. italiana, 81). Confronte-se com o método descrito por Odofredo (cf., *supra*, 148).

²⁸² Os juristas de hoje ainda utilizam - mas já maquinalmente e, por vezes, sem a consciência da sua historicidade - o aparelho lógico e conceitual forjado pelos Comentadores. Quer os argumentos, quer os conceitos e princípios gerais (dogmas), quer o modo de os extrair apresentam, na verdade, uma impressionante continuidade.