

P1 PROVA

ANTÓNIO MANUEL HESPAÑHA

Capa: estúdios P. E. A.

© António Manuel Hespanha, 1997, 1998

Direitos reservados por
Publicações Europa-América, Lda.

Nenhuma parte desta publicação pode ser reproduzida ou transmitida por qualquer forma ou por qualquer processo, electrónico, mecânico ou fotográfico, incluindo fotocópia, xerocópia ou gravação, sem autorização prévia e escrita do editor. Exceptua-se naturalmente a transcrição de pequenos textos ou passagens para apresentação ou crítica do livro. Esta excepção não deve de modo nenhum ser interpretada como sendo extensiva à transcrição de textos em recolhas antológicas ou similares donde resulte prejuízo para o interesse pela obra. Os transgressores são passíveis de procedimento judicial

PANORAMA HISTÓRICO DA CULTURA JURÍDICA EUROPEIA

2.^a edição

Editor: Francisco Lyon de Castro

PUBLICAÇÕES EUROPA-AMÉRICA, LDA.

Apartado 8

2726 MEM MARTINS CODEX

PORTUGAL

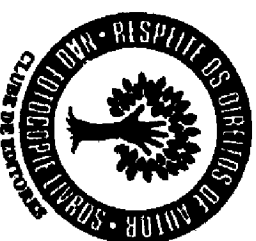
europa.america@mail.telepac.pt

Edição n.º: 158024/6977

Maior de 1998

Execução técnica:
Gráfica Europam, Lda.,
Mira-Sintra — Mem Martins

Depósito legal n.º: 125522/98



PUBLICAÇÕES EUROPA-AMÉRICA

xistem normas contraditórias, sem que a preferência de nenhuma delas possa ser decidida por estes princípios.

Na arquitectura do *ius commune*, a primeira preocupação não é reduzir à unidade esta pluralidade de pontos de vista normativos. A primeira preocupação é torná-los harmónicos, sem que isso implique que alguns deles devam ser absolutamente sacrificados aos outros («*interpretatio in dubio facienda est ad evitandam correctionem, contrarietatem, repugnantiam*», a interpretação deve ser feita, em caso de dúvida, no sentido de evitar a correcção [de umas normas pelas outras], a contradição, a repugnância). Pelo contrário, todas as normas devem valer integralmente, umas nuns casos, outras nos outros. Assim, cada norma acaba por funcionar, afinal, como *uma perspectiva* de resolução do caso, mais forte ou mais fraca segundo essa norma tenha uma hierarquia mais ou menos elevada, mas, sobretudo, segundo ela se adapte melhor ao caso em exame. Ou seja, as normas funcionam como «sedes de argumentos» (*topoi, loci*, v. *infra*, 5.4), como apoios provisórios de solução; que, no decurso da discussão em torno da solução, irão ser admitidos ou não, segundo a aceitabilidade da via de solução que abrem.

A regra mais geral de conflitos no seio desta ordem jurídica pluralista não é, assim, uma regra formal e sistemática que hierarquize as diversas fontes do direito, mas antes o arbítrio do juiz na apreciação dos casos concretos («*arbitrium iudex relinquitur quod in iure definitum non est*», fica ao arbítrio do juiz aquilo que não está definido pelo direito). É ele que, caso a caso, ponderando as consequências respectivas, decidirá do equilíbrio entre as várias normas disponíveis. Este arbítrio é, no entanto, guiado. Pelos princípios gerais a que já nos referimos. Mas, sobretudo, pelos usos do tribunal ao julgar questões semelhantes (*stylus curiae*), usos que, assim, se vêm a transformar num elemento decisivo de organização (casuística) do complexo normativo deste direito pluralista. É sobre este ordenamento que vai incidir a actividade de uma doutrina jurídica europeia, obedecendo aos mesmos cânones metodológicos, e potenciando, portanto, a tendência para a unificação.

5.3. A unificação pela «cientificação». As escolas da tradição jurídica medieval

5.3.1. A Escola dos Glosadores

Na primeira metade do século XII, o monge Irnerius começou a ensinar o direito justiniano em Bolonha, dando origem à «escola dos glosa-

dores»¹²⁹, posteriormente continuada por discípulos seus¹³⁰. Estes dispõem-se primeiro pela Itália (*citrumontani*), depois pela França (*ultramontani*), onde, sob a influência da escolástica francesa, se elaboram as primeiras sínteses. Por volta de 1240, Acúrsio (c. 1180-c. 1260) reúne a elaboração doutrinal da Escola na célebre *Magna Glosa*, *Glosa Ordinaria* ou, simplesmente, *Glosa*.

As características mais salientes e originárias do método bolonhês são a *fidelidade ao texto justiniano* e o *carácter analítico* e, em geral, *não sistematizado*.

Quanto ao primeiro aspecto, é de realçar a ideia, comum entre os glosadores, de que os textos justinianos tinham uma origem quase sagrada¹³¹, pelo que seria uma ousadia inadmissível ir além de uma actividade puramente interpretativa destes textos. A actividade dos juristas devia consistir, portanto, numa *interpretatio* cuidadosa e humilde, destinada a esclarecer o sentido das palavras (*verba tenere*) e, para além disso, a captar o sentido que estas encerravam (*sensum eligere*).

Por outro lado — e entramos agora no segundo aspecto —, uma actividade intelectual deste tipo não podia desenvolver-se senão em moldes predominantemente analíticos. Ou seja, os juristas faziam uma análise independente de cada texto jurídico, realizada ao correr da sua «leitura», quer sob a forma de glosas interlinhadas ou marginais, quer sob a de um comentário mais completo (*apparatus*); sem que (pelo menos, de princípio) houvesse a preocupação de referir entre si vários textos analisados.

A «glosa» — explicação breve de um passo do *Corpus Iuris* obscuro ou que suscitasse dificuldades — era, portanto, o modelo básico do trabalho desta escola. No entanto, ela cultivou uma gama muito variada de tipos literários: desde a simples glosa interpretativa ou remissiva até ao curto tratado sintetizando um título ou um instituto (*summa*), passando pela

¹²⁹ Sobre os «glosadores», v., por todos, Calasso, 1954, 503 e segs.; Wieacker, 1980, 38 e segs. e 45 e segs.; Bellomo, 1988; síntese, Clavero, 1979, 34 e segs. Para Portugal, v. por todos, Silva, 1991, 181 e segs. Para o seu pensamento político e jurídico, Brugi, 1915, 41-9; Calasso, 1957; Cavanna, 1982, 105-136; Dolcini, 1983.

¹³⁰ É natural que tenha havido algum ensino especializado de direito (lombardo e franco, mas com referências ao direito justiniano) no Norte de Itália (nomeadamente em Pavia) desde os meados do século XI (cf. Padoa-Schioppa, 1995, 168 e segs.).

¹³¹ Os glosadores pensavam que Justiniano (século VI d. C.) fora contemporâneo de Cristo («*Iustinianus regnabat tempore nativitis Christi*», *Glosa de Acúrsio*).

formulação de regras doutrinárias (*brocarda, regulae*), pela discussão de questões jurídicas controversas (*dissensiones doctorum, quaestiones veratae ou disputae*), pela listagem dos argumentos utilizáveis nas discussões jurídicas (*argumenta*), pela análise de casos práticos (*casus*)¹³². Em alguns destes tipos literários as preocupações de síntese e de sistematização são já sensíveis.

De qualquer modo, cabe aos glosadores o mérito de terem recriado, na Europa Ocidental, uma linguagem técnica sobre o direito. Não se trata mais de descrever ou reproduzir algumas normas ou fórmulas de direito romano, com intuítos exclusivamente práticos, como tinha sido relativamente comum nos estudos de arte notarial usuais em algumas chancelarias eclesiásticas ou seculares. Trata-se, agora, de começar a fixar uma terminologia técnica e um conjunto de categorias e conceitos específicos de um novo saber especializado — a jurisprudência¹³³.

O impacto prático da escola dos glosadores não é — como refere F. Wieacker¹³⁴ — fácil de explicar. Na verdade, as intenções do seu trabalho não eram, predominantemente, práticas. O seu objectivo era, na verdade, mais um objectivo teórico-dogmático — o de demonstrar a racionalidade (não a «justeza» ou «utilidade prática») de textos jurídicos veneráveis — do que um objectivo pragmático, como o de os tornar utilizáveis na vida quotidiana do seu tempo.

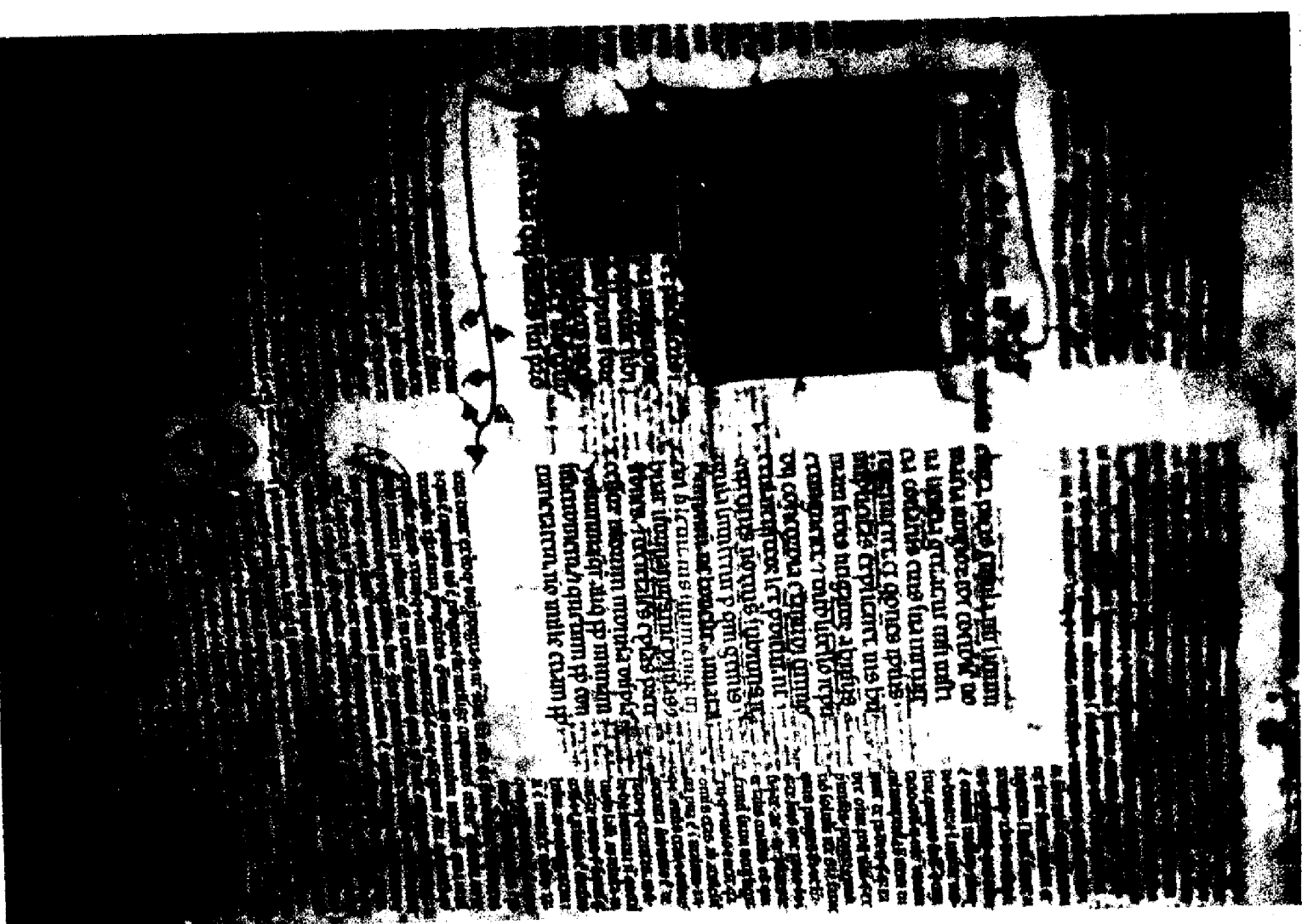
Isto explica o distanciamento dos glosadores em relação à vida jurídico-legislativa do seu tempo — sobre a qual apenas pairavam, exclusivamente dedicados, como estavam, à exegese dos textos romanos. Assim, pelo menos os civilistas negavam que o texto escrito (o direito doutrinal do *Corpus iuris* ou o novo direito imperial do Sacro-Imério) necessitasse de ser confirmado pelo uso (*usu utentium*, uso dos utilizadores). O que se traduzia, por exemplo, em negar a vigência dos costumes contra o direito escrito. Se acabavam, portanto, por influir fortemente na vida jurídica e política do seu tempo, isto deve-se não ao seu empenhamento prático, mas à eficácia da autoridade intelectual do saber que cultivavam. Os dois juristas mais famosos desta escola são, sem dúvida, o seu fundador — Irnério — e Acúrsio, o compilador final de toda a sua produção doutrinal — na *Magna Glosa* ou *Glosa de Acúrsio*. Outros, no entanto, tiveram vasta influência. Refira-se, sobretudo, os directos discípulos de Irnério (Martinho, Búlgaro, Jacobus, Hugo), o «civilista» Azo (autor de uma popularíssima *Summa codicis*) e o «canonista» Henrique de Susa, mais conhecido como o «cardenal Hostiense»¹³⁵.

¹³² Sobre todos estes géneros literários, cf. Calasso, 1954, 531-536; Mortari, 1958, 78 e segs.; e Weimar, 1973, 140 e segs.

¹³³ V., neste sentido, enfaticamente, Crescenzi, 1992.

¹³⁴ Nas impressivas páginas que dedica a este tema em Wieacker, 1980, *max.*, 66.

¹³⁵ Dentre os espanhóis, citem-se os «decretistas» (comentadores do *Decretum*) João e Lourenço Hispano e os «decretalistas» (comentadores das *Decretals*) Vi-



Página de um exemplar glosado
do «Corpus Iuris Canonici»
(século XIV, Arq. Nac. Torre do Tombo, Lisboa)

5.3.2. A Escola dos Comentadores

O surto urbanista e mercantil dos séculos XIII e XIV começa por se traduzir, no plano jurídico, por uma valorização dos direitos locais (especialmente dos «estatutos» das cidades italianas) frente ao direito comum cultivado pelos letrados e dominante, por seu intermédio, nas chancelarias reais. Se os juristas universitários estavam dispostos a aceitar a (relativa) fixidez do direito comum, baseado em fontes imutáveis («*olim... ergo hodie*»), já os estatutos das cidades afirmavam, enfaticamente, o devir da vida e do direito.¹³⁶

Com a progressiva extensão deste novo tipo de vida económica e social a regiões cada vez mais vastas e com o estabelecimento de laços comerciais intercidades e inter-estaduais, tornou-se necessário que estes princípios de direito novo introduzidos pelos *iura propria* nas cidades italianas fossem integrados no *ius commune* (romano-justiniano) e que este, de um amontoado de normas (agora) de proveniência diversa (romano-justinianeas, romano-vulgares, canónicas e estatutárias), se transformasse num corpo orgânico dominado por princípios sistematizadores, que correspondesse ao ideal intelectual de um curso orgânico, embora, como dissemos, respeitador dos pontos de vista dissonantes.¹³⁷ Está, portanto, em pleno desenvolvimento um processo de integração de princípios novos — oriundos de necessidades de novos estímulos sociais (aqui incluídos os culturais) e inicialmente incorporados nos direitos próprios, mais sensíveis à vida — no *ius commune*. O ideal de concórdia legislativa é perseguido pelos juristas não só no limite do direito romano-justiniano (objectivo que, como vimos, não era de todo estranho aos glosadores), mas relativamente a todo o ordenamento jurídico positivo. A contínua referência, a partir do século XIV, ao direito antigo e ao direito novo, e, sobretudo, ao problema das suas relações mútuas, reflecte plenamente o processo histórico de actualização e alargamento do sistema do direito comum.

Esta foi a tarefa de uma nova geração de juristas eruditos — que a historiografia tem designado por *post-glosadores, prácticos, consiliado-*

cente Hispano e Raimundo de Penyafort. Cf. Weimar, 1973, 155 e segs.; Silva, 1991. Em Portugal foi grande a influência de Acúrsio, de Azo e do Hostiense, a avaliar pelas cópias aqui existentes das suas obras, cf. Pereira, 1964, 7. Sobre a influência de Acúrsio, Costa, 1966, 41.

¹³⁶ Lê-se no prefácio dos estatutos de Gaeta: «Se as próprias leis são contingentes, em virtude de se modificar o modo de ser das épocas (*temporum qualitate*), por que admitir-se-se os estatutos de vez em quando requerem modificação de algumas disposições particulares?», V. Calasso, 1954, 492.

¹³⁷ Sobre isto v. Villey, 1968, 540; Wieacker, 1980, 78 e segs.

res ou comentadores; juristas a que, pelo seu papel e influência (até ao século XVIII) na história jurídica europeia, Franz Wieacker não hesita em chamar «arquitectos da modernidade europeia», ao lado de Dante, Giotto e Petrarca (de quem, de resto, são contemporâneos).

O fundador da escola foi Cino de Pistóia (1270-1336) — contemporâneo e conterrâneo do grande poeta italiano do pré-renascimento, Dante Alighieri —, jurista, pré-humanista e poeta do *dolce stil nuovo*. Mas o jurista mais influente nela inserido foi, sem dúvida, Bartolo de Sassoferrato (1314-1357), de Perugia, jurista impar (*lumina et lucerna iuris*, luz e lanterna do direito, lhe chamaram os contemporâneos) na história do direito ocidental que, numa vida de pouco mais de trinta anos, produziu uma obra monumental. A sua influência na tradição jurídica europeia durou até ao século XVIII, a ponto de se ter criado o dito *nemo iurista nisi bartolista* (ninguém é jurista se não for bartolista). Outros juristas famosos desta escola foram Baldo de Ubaldis (1327-1400), homem de grande cultura filosófica, correntemente citado ao lado de Bartolo; Paulo de Castro (m. 1441) — já influenciado pelas inovações intelectuais (muito relevantes para o pensamento jurídico) da escolástica franciscana (G. Occam, D. Scotto, cf. *infra*, 7.2.1); Jásão del Maino (1435-1519), já contemporâneo da decadência da escola; e, ainda, Rafele Fulgoso, João de Andrea e Nicolau de Tudeschi (mais conhecido pelo «abade Panormitano»).

São estes juristas que, debruçando-se pela primeira vez sobre todo o corpo do direito (direito romano, direito canónico, direito feudal, estatutos das cidades) e orientados por finalidades marcadamente práticas, vão procurar unificá-lo e adaptá-lo às necessidades normativas dos fins da Idade Média.¹³⁸

! Na raiz da nova atitude intelectual dos Comentadores, nesta equiparação do direito «vivido» ao direito contido nas fontes da tradição, está uma nova atitude perante a tensão entre *verdade* e *realidade*, que podemos relacionar com o advento da escolástica tomista.)

No ambiente cultural e filosófico da Idade Média, a escolástica (filosofia e teologia ensinadas nas escolas) representa, de facto, uma reacção contra aquelas correntes «integristas» que queriam reduzir todo o saber válido e legítimo ao saber contido nos textos da autoridade e que recomendavam, para a resolução de todos os problemas, prácticos e teóricos, uma atenção exclusiva à verdade revelada ou ao argumento da

¹³⁸ Sobre a escola dos comentadores, v., por todos, Wieacker, 1980, 78 e segs.; Calasso, 1954, 463-563. Para Portugal, Silva, 1991, 181 e segs. Para o seu pensamento jurídico e político, além de algumas das obras já referidas, v. Wolf, 1913 e 1901; a bibliografia citada por Widuckel, 1979, 63 e segs. e Dolcini, 1983.

autoridade, pondo de quarentena a razão e toda a actividade racional. Assim, as ciências e artes laicas (e entre elas o direito) só eram estudadas enquanto tivessem qualquer utilidade para a interpretação da tradição dotada de autoridade (nomeadamente, no plano religioso, das Escrituras).

No século XII, porém, verifica-se uma profunda mutação no panorama cultural e filosófico, conhecida como «renascimento do século XII» ou «revolução escolástica», provocada imediatamente pela descoberta de novos textos lógicos de Aristóteles.

Esta descoberta, juntamente com o progressivo reconhecimento de que os textos das Escrituras são insuficientes para a resolução de todos os novos problemas sociais e culturais, vem provocar o restabelecimento da crença na razão e o renascimento, por todo o lado, das ciências profanas. O conflito da razão e da fé (tão temido durante todos os séculos XI e XII pelas correntes integristas) deixa de ser possível, pois os campos de exercício de uma e de outra aparecem delimitados. Embora, no campo da teologia, a intromissão dos processos racionais aprendidos dos filósofos pagãos, gregos e romanos, seja suspeita, nas disciplinas mundanas, desde o direito e moral até à filosofia e ciências naturais, a livre investigação intelectual é de regra.

Instaura-se, portanto, uma atitude filosófica que poderemos classificar de *realista* e de *racionalista*. De realista porque se propõe investigar, não o que os textos sagrados ou da autoridade dizem das coisas, mas a própria natureza das coisas. De racionalista porque procura levar a cabo esta investigação com o auxílio de processos racionais, processos estes cuidadosamente disciplinados por regras de «pensar correctamente» (lógica) aprendidas dos filósofos clássicos (sobretudo, de Aristóteles).

Todavia, e apesar destas tendências reformistas, mantém-se viva a ideia de que o direito, repositório da experiência, consiste num conjunto de normas que o intérprete pouco poderá alterar. Para os Comentadores, como para os Glosadores, a ordem jurídica representava um dado basicamente indiscutível, ainda quando ela se mostrava contraditória e desactualizada. Portanto, a tarefa de actualização e de sistematização do direito terá de ser fundamentalmente realizada no interior de uma ordem prefixada autoritariamente, aparecendo formalmente como uma tarefa de mera interpretação.¹³⁹

Ao serviço da interpretação são agora colocados meios lógico-dogmáticos imponentes, a maior parte deles provenientes da renovação lógica (*Lógica Nova*) subsequente à redescoberta de importantes textos aristotélicos (*Topicos* e *Elencos Sofísticos*).

Foi esta ruptura no plano dos instrumentos intelectuais que permitiu aos comentadores criar inovações dogmáticas que, por corresponderem

também às aspirações normativas do seu tempo, vieram a tornar-se dados permanentes da doutrina posterior.

Entre elas, refiram-se as seguintes.

- i) *A teoria da pluralidade das situações reais* (i. e., das relações entre os homens e as coisas, *res*). Ao contrário do que hoje acontece, em que a relação entre o homem e os bens é configurada como uma relação exclusiva e absoluta entre o sujeito e a coisa¹³⁹, o direito medieval concebia o *dominium* (i. e., o direito sobre uma coisa) como podendo ser não exclusivo, podendo coexistir com outros direitos de outros titulares incidindo sobre a mesma coisa. Na verdade, as coisas, se têm uma substância única, têm, em contrapartida, diversas *utilidades*. São susceptíveis de vários planos de utilização, entre si compatíveis. Sobre cada um destes planos pode existir um direito absoluto (embora limitado a esse plano) a favor de uma pessoa. Embora o domínio sobre todas as utilidades da coisa (a *propriedade*) seja a situação real mais completa e de hierarquia superior, a faculdade de usufruir de alguma utilidade particular, desde que suficientemente enraizada na coisa, não deixa de ser uma forma de *domínio*, com a mesma dignidade que a propriedade. Isto aplicava-se, nomeadamente, a situações muito comuns na constituição fundiária medieval, como a enfiteuse, o feudo, o arrendamento por longo prazo, o censo, a situação do administrador do morgado; ou seja, as situações em que sobre a mesma coisa coexistiam direitos titulados em diversas pessoas que permitiam a cada uma delas usufruir de uma utilidade.¹⁴⁰ Baseada na referida «leitura» da natureza das coisas, a doutrina jurídica dos comentadores pode construir a teoria do *domínio dividido*, segundo a qual era possível conceituar como verdadeiros donos (*domini*, titulares de *dominium*) todos estes titulares. Uns eram—no por terem um direito sobre a própria substância da coisa, embora este direito pudesse ser apenas formal (v. g., uma simples inscrição cadastral). Eram os titula-

¹³⁹ A propriedade é definida como um poder de usar e de abusar (i. e., de usar sem quaisquer limites, naturais ou éticos) de uma coisa, com a faculdade de excluir desse uso todos os outros.

¹⁴⁰ O cultivo, como na posição do rendeiro ou do enfiteuta; a percepção de uma prestação periódica relativa ao terreno, como nas posições do senhor, do senhorio enfiteutico ou censuário; a cobrança dos tributos fundiários, como na situação do feudatário; a mera administração e fruição, como no caso do administrador do morgado.

res do *dominium directum*, titulares de uma *actio directa* (acção fundada no direito formal) para protecção dos seus direitos. Outros eram—no por, em face da situação em que estavam de usufruir permanentemente de uma utilidade da coisa, serem como que designados pela própria coisa (não pelo direito formal) como seus «donos úteis», titulares de um *dominium utile* e da respectiva *actio utilis* (acção baseada num direito que brota da própria relação de utilização). Apesar de a substância da coisa ser uma só, o facto de o direito brotar da realidade da vida sugere-lhe que uma coisa possa ter vários donos, já que o *dominium* visa usos plurais das coisas e não a sua essência¹⁴¹.

ii) *Aplicação espacial dos ordenamentos jurídicos* (teoria «estutatória»). O mesmo tipo de realismo caracteriza a solução que é dada aos conflitos espaciais de normas jurídicas. O direito alto-medieval identificava o problema da aplicação espacial do direito com o da pertinência a uma «nação», a um grupo humano (*Personenverband*). Assim, o âmbito de aplicação de um direito coincidia com o âmbito de uma tribo ou de uma comunidade ligada por laços de sangue e de tradição. Ou seja, o direito tinha uma aplicação pessoal. Com a constituição dos reinos europeus, durante os séculos IX a XII, tendeu-se para considerar o direito uma emanção do poder domínio do poder político (*iurisdictio*) que o tivesse editado, devendo a hierarquia das normas corresponder à hierarquia dos poderes políticos. Assim, tendeu-se então, na alta Idade Média, para uma concepção territorial do poder, e predominava a concepção segundo a qual as leis deviam vigorar territorialmente, independentemente da naturalidade dos sujeitos a que se devessem aplicar, da situação dos bens a que se referiam, do lugar de celebração dos negócios jurídicos ou do direito do foro que conhecia a causa.

Qualquer destas duas concepções quanto ao âmbito de aplicação dos direitos levava à adopção de critérios rígidos. Esta dependência do problema do conflito dos direitos no espaço em relação ao do âmbito de vigência do poder político levava à adopção de um critério único, indiferente à variedade das situações e às propostas de solução que elas mesmas continham. Os comentadores — que vivem numa época em que estes

¹⁴¹ Sobre o tema, v. Grossi, 1968; Hespanha, 1995, cap. 2.3.

problemas se multiplicam, ao acentuar-se a mobilidade das pessoas — vão precisamente escutar esta variedade das situações da vida, formulando critérios casuísticos e desamarrando a questão dos conflitos de leis dos critérios únicos da pertença «nacional» ou da sujeição política. Embora partam da regra de que a lei só se aplica, em princípio, aos súbditos¹⁴², introduzem todavia limitações inspiradas por soluções casuísticas contidas nos textos romanos, bem como por razões de equidade. Assim, os contratos e testamentos reger-se-iam pela lei do local da sua celebração (*lex actus*); o processo, pela lei do foro (*lex fori*); o estatuto pessoal, pela lei do interessado; a situação jurídica de imóveis, pela lei da sua localização (*lex rei sitae*); os actos exprimindo o poder político (v. g., punição, fiscalidade, administração, etc.) estavam sujeitos à legislação territorial. Estas soluções podem ser compendiadas na fórmula de que o alcance de aplicação das normas está ligado ao alcance do poder de quem as edita: assim, no caso de bens imóveis, coincide com o território, no caso de pessoas, coincide com o universo dos súbditos¹⁴³. Novamente, uma enorme atenção ao plano dos factos, que se consuma na adopção de soluções casuísticas e na recusa de esquemas rígidos, abstractos e imobilistas.

iii) *A teoria da naturalidade do poder político (iurisdictio)*. Outro campo em que se manifesta esta sensibilidade dos comentadores em relação à ordem implícita na própria realidade e à variabilidade que esta comporta (à «oficina das coisas») é o da teoria da origem e legitimação do poder político, nomeadamente, da faculdade de editar normas jurídicas e de declarar o direito («*ius-dicere*»). Na Alta Idade Média, dominava uma concepção autoritária do poder normativo e jurisdicional, segundo a qual este era um atributo do príncipe, como sucessor do imperador ou como vigário de Cristo (*nulla potestas nisi a Deo* [não há poder senão o que vem de Deus], formulação típica do augustinianismo jurídico-político). Todos os poderes exercidos na sociedade teriam esta fonte, sendo produtos de uma

¹⁴² O texto de arranque era C., I, 1, 1, *Cunctos populos...*: «Queremos que todos os povos, regidos pelo império da nossa clemência [...]». Este princípio partia ainda da identificação entre conflito de leis e conflito de poderes políticos, embora definisse doutra forma (segundo critérios pessoais e não territoriais) o âmbito do poder político. Sobre este tema v. Coing, 1989, I, 106-107.

¹⁴³ Coing, 1989, I, 138 e segs. Em Portugal, a teoria estatutária vigorou até ao século XIX. Cf. *Ord. fil.*, II, 55, 1-3.

permissão ou de uma delegação da jurisdição (*delegatio iurisdictionis*). A Glosa ainda insiste neste carácter publicístico do poder, ao definir a *iurisdictio* como «*potestas de publico introducta cum necessitate iurisdicendi, et aequitatis statuendae*» (poder introduzido pela autoridade pública com a faculdade de dizer o direito e estatuir a equidade)¹⁴⁴. Na sociedade medieval, no entanto, isto não correspondia à realidade. Existiam poderes diversos e de diferente hierarquia e âmbito, sem que se pudesse dizer que a sua existência decorria de uma permissão do imperador. A novidade introduzida pelos comentadores (sobretudo, Baldo) foi a de afirmar que os poderes existentes na sociedade tinham uma origem *natural*, independente de qualquer concessão superior, pois a própria existência de corpos sociais implicaria naturalmente a sua ordenação íntima e esta a faculdade de auto-regulação. Daí que se tenha começado a tender para uma concepção do poder político como algo pertencente à própria ordem das coisas, que, ao instituir corpos humanos organizados, lhes tinha, implicitamente, outorgado a faculdade de autonomação («os povos [as comunidades] existem em virtude do direito das gentes [do direito natural]; mas o governo não pode existir sem leis e estatutos; por isso, pelo mesmo facto de os povos existirem, têm um governo implícito no seu próprio ser, tal como todos os animais se regem pelo seu espírito e alma», Baldo, comentando a lei *Omnes populi*, D., 1, 2, 1). Mas, assim pulverizado e dividido no seio da mesma sociedade, o poder não pode ter sempre o mesmo conteúdo, pelo que a teoria tardo-medieval da *iurisdictio* é levada a distinguir vários níveis e âmbitos de poder. Assim, no seio da *iurisdictio* genericamente concebida, os juristas distinguem entre a *ordinaría* (estabelecido pela lei ou pelo costume, abarcando a universalidade das causas) e a *delegata* (concedida, por rescrito ou privilégio, para um tipo especial de causas ou para certa causa individualizada). Mas distinguem ainda, segundo o

¹⁴⁴ Também Bártolo sublinha este carácter público (*i. e.*, relacionado com interesses colectivos) do poder político acrescentando à definição a expressão «quanto pessoa» pública (*tanquam persona publica*), o que excluía da *iurisdictio* os poderes que alguém detém sobre outro, em vista da consequência de interesses privados (*v. g.*, o poder do pai sobre os filhos, do senhor sobre os servos). É daqui que decorre a distinção entre *iurisdictio*, *coertio* e *dominium*, a primeira visando interesses colectivos, os segundos interesses privados, *v.*, sobre a distinção entre *iurisdictum* e *dominium*, Grossi, 1992, 316, 323. Sobre *iurisdictio* e *coertio* [*domestica, herilis*], Hespanha, 1984, 8-9; 1995, cap. 4.4.

âmbito de poderes que encerram, sucessivos subtipos de *iurisdictio*¹⁴⁵.

O primeiro é o *imperium*, conjunto de poderes que o juiz (o titular do poder político) exerce por sua iniciativa. O *imperium* encontra-se, por sua vez, subdividido em *merum imperium* («a jurisdição que se exerce por iniciativa própria ou mediante acusação, visando a utilidade pública»^{146, 147}), englobando as faculdades políticas superiores que visam a utilidade da comunidade no seu todo; e *mixtum imperium* («o que se exerce por iniciativa própria visando alguma utilidade privada»), abarcando as faculdades de actuação autónoma do juiz e visando a realização de um interesse, não já comum, mas particular¹⁴⁸. Quanto à *iurisdictio* — que consistia na faculdade de dizer o direito numa causa em que dois interesses particulares e

¹⁴⁵ Esta concepção de *iurisdictio* como um conjunto hierarquizado de esferas de poder exprime-se, graficamente, sob o aspecto de uma árvore ramificada (*arbor iurisdictionis* [árvore da jurisdição]).

¹⁴⁶ Esta definição, como as seguintes, são de Bártolo, no *Comm. in Dig. Vet., tit. De iurisd. omium iudicum*, pr., v. «iurisdicito».

¹⁴⁷ O *merum imperium* ainda aparece subdividido em seis graus. O *imperium maximum* (mero império máximo) inclui os poderes supremos do príncipe (*regalia maiora*), como fazer leis, reunir cortes, confiscar bens, criar notários, etc. O *imperium maius* (mero império maior) abarca, nomeadamente, o poder punitivo (*habere gladii potestatem ad animadvertendum facinorosos homines*, «ter o poder de gládio para castigar os facinorosos», D., 2, 1, 3) relativo às penas capitais (morte ou deapamento de membro, perda da liberdade, perda da cidadania). O *imperium magnum* (mero império grande) inclui a deportação. O *imperium parvum* (mero império pequeno), o desterro e a perda da qualidade de vizinho. Os dois últimos graus (*imperium minus* e *minimum*), a faculdade de aplicar actos de coerção menores (*modica coertio*), como multas e repreensões.

¹⁴⁸ Também o *mixtum imperium* se encontra dividido em seis subtipos, de acordo com a importância dos efeitos produzidos e o grau de conhecimento da causa suposto pelo seu exercício. O *mixtum imperium magnum* integrava os expedientes que implicavam a derrogação de uma norma geral em vista do interesse particular, ou seja, os casos em que o príncipe (único titular desta faculdade) dispensava de uma norma jurídica certo caso particular (como nos casos da emancipação, da legitimação, da concessão de bens comuns a particulares). O *maius* incluía o poder de conhecer, em recurso, de decisões dos tribunais ordinários. O *magnum*, os decretos do poder visando a utilidade particular (como os remédios possessórios: *interdicta*, *missiones in possessionem*, etc.). O *parvum*, decretos visando a mesma finalidade, mas desprovidos de efeitos coercitivos (*v. g.*, *adatio tutoris* [nomeação de um tutor]). Finalmente, os dois últimos graus, aquelas ordens que apenas mobilizavam meios de poder mínimos (como a faculdade de ordenar certos actos processuais: *missio in possessionem ex primo decreto* [autorização para a manumissão]).

contrapostos entravam em conflito —, ela incluía também os mesmos seis graus, definidos agora a partir da importância da causa ou questão¹⁴⁹. Em suma, esta concepção naturalista e hierarquizada do poder político permite dar conta da pluralidade e coexistência de poderes numa sociedade corporativa, como a medieval, permitindo que eles coexistam harmonicamente dentro das respectivas esferas de vigência.

Mas o impacto mais decisivo da actividade e do saber dos comentadores sobre a vida jurídica, política e social europeia foi constituído, mais do que pelas suas inovações dogmáticas, pelo seu contributo para a constituição de uma categoria social, à qual passou a ficar cometida a resolução dos diferendos sociais com recurso a uma técnica racional, embora suficientemente hermetica para estar fora do alcance do homem comum. A categoria dos juristas — pois a ela nos referimos — passa, então, a desempenhar um papel central no equilíbrio político e social europeu; inicialmente, na administração central e na diplomacia, lidando, portanto, com as grandes questões políticas da sociedade; mais tarde, na administração local e na aplicação da justiça, assumindo então um papel arbitral no quotidiano da vida social.

5.4. O modelo discursivo do direito comum europeu

5.4.1. *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*.

¹⁴⁹ No primeiro grau (*iurisdictio maxima*) entravam as causas que tocavam ao estatuto das pessoas (liberdade, cidadania) ou à sua fama. No segundo grau (*iurisdictio maior*), as causas que podiam levar à aplicação de penas corporais no caso de incumprimento da decisão do tribunal (*v. g.*, prisão por dívidas). No terceiro (*iurisdictio magna*), a decisão das causas de valor elevado (300 aurei). Nos restantes graus, outras causas de incidência patrimonial, mas de valor sucessivamente menor.

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 aceder ao justo — interpretar, da forma mais humilde possível, a vontade da entidade que *quis* o direito. Este torna-se, assim, um dado indisponível a que o intérprete apenas tem de obedecer.

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

Ora bem; 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 exercer 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 subversiva, 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 através de um uso adequado da razão, 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 derrogação¹⁵⁰. O que se compreende: é que nem sempre a solução normativa estabelecida autoritariamente correspondia às necessidades normativas vigentes no momento da sua aplicação. Nestes casos de inadequação,

¹⁵⁰ 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.