

# **JURISMAT**

**Revista Jurídica do Instituto Superior Manuel Teixeira Gomes**

**N.º 14 – PORTIMÃO – NOVEMBRO 2021**

### **Ficha Técnica**

Título: JURISMAT – Revista Jurídica | Law Review – N.º 14  
Director: Alberto de Sá e Mello  
Edição: Centro de Estudos Avançados em Direito Francisco Suárez (ISMAT / ULHT / ULP)  
Instituto Superior Manuel Teixeira Gomes  
Rua Dr. Estêvão de Vasconcleos, 33 A  
8500-656 Portimão  
PORTUGAL

Edição on-line: <https://recil.grupolusofona.pt/>  
Catalogação: Latindex – folio 24241  
Correspondência: [info@ismat.pt](mailto:info@ismat.pt)  
Capa: Eduarda de Sousa  
Data: Novembro 2021  
Impressão: ACD Print  
Tiragem: 100 exemplares  
ISSN: 2182-6900

## ÍNDICE

<b>PALAVRAS DE ABERTURA</b> .....	9
<b>ARTIGOS</b> .....	13
PAULO FERREIRA DA CUNHA Medicina & Magia – Uma Perspetiva Filosófico-Jurídica .....	15
LUÍS CABRAL DE MONCADA O pensamento jurídico medieval .....	51
EDUARDO PIMENTEL FARIAS Brevíssima História da Cidadania Europeia .....	71
ANDRÉ INÁCIO O Estado de Direito está em risco? .....	103
CARLOS FRAGA O Supremo Tribunal de Justiça, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e o opróbrio que veio de Strasbourg .....	123
ADIL ELAABD Cadre juridique et droits des prisonniers entre le droit marocain et les conventions internationales .....	161
HUGO CUNHA LANÇA <i>Sharenting</i> : em busca do ponto de Arquimedes.....	195
MARIA DOS PRAZERES BELEZA Os meios de uniformização de jurisprudência previstos no Código de Processo Civil de 2013 .....	223
INÊS FERNANDES GODINHO Legalidade e oportunidade no processo penal: modelos de convivência possível ou a necessidade de uma escolha no combate à criminalidade organizada, em especial, a corrupção .....	245
CLÁUDIA BOLOTO Injunção em matéria de arrendamento (IMA) e o serviço de injunção em matéria de arrendamento (SIMA) .....	261
VANESSA MAMEDES O processo especial de notificação para preferência .....	285
CARLOS ROGEL VIDE Notas sobre arrendamientos de cajas de seguridad .....	299

---

LUIS F.P. LEIVA FERNÁNDEZ	
Eficacia de clausulas y convenciones luego de la extinción del contrato .....	315
MARÍA TERESA CARRANCHO HERRERO	
El consentimiento contractual tras la reforma del Código Civil para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica .....	335
CRISTINA ALVES BRAAMCAMP SOBRAL	
A problemática jurídica dos animais nas práticas religiosas: idolatria ou sacrificionalismo .....	359
JOSÉ ANTÓNIO LOPES COELHO	
A sanção disciplinar e a perda de dias de férias em Portugal e Espanha .....	379
<b>ARTIGOS DE ESTUDANTES DO CURSO DE DIREITO DO ISMAT .....</b>	<b>393</b>
MANUEL CATARINO	
Breve história da Economia Política: I – A Fisiocracia.....	395
MARA RODRIGUES	
A responsabilidade civil pelos danos causados por animais .....	411
JÉSSICA BRISSOS	
Responsabilidade civil por acidentes de trabalho .....	423
LÚCIA COSTA	
Investigação privada – (In) Validade da prova .....	437

# O pensamento jurídico medieval

LUÍS CABRAL DE MONCADA \*

## Índice:

Preliminar

Parte I O pensamento jurídico medieval

Introdução

1 O direito como teoria

2 O direito ao serviço da unidade imperial

3 O fundamento ético-religioso

4 A racionalidade jurídica medieval

5 Os elementos institucionais do medievalismo; o Império, a Igreja e a Escola

Parte II Análise do pensamento jurídico medieval

Introdução

1 O direito romano

2 A *lex*

3 O direito canónico

4 A articulação entre o direito laico e o canónico

5 O direito consuetudinário

6 A metodologia

7 A evolução da metodologia; dos pré-glosadores aos comentaristas

8 O fim do pensamento jurídico medieval e o advento do pensamento jurídico moderno

---

**JURISMAT**, Portimão, 2021, n.º 14, pp. 51-69.

\* Professor da ULHT e do ISMAT; Membro do CEAD Francisco Suárez.

## **Preliminar**

Interessei-me sempre pelo pensamento jurídico medieval. É matéria pouco tratada entre nós e é pena dada a sua riqueza dogmática e racional. O que sei a este propósito é reflexo das minhas já antigas leituras de Paulo Merêa, Luis Cabral de Moncada, G. Braga da Cruz, M. J. Almeida Costa, Rui e Martim de Albuquerque, N. Espinoza Gomes da Silva e outras mais recentes como as de A. P. Barbas Homem que verdadeiramente me levaram a interessar-me pelo tema, além de outros ilustres Autores nacionais e estrangeiros como M. Villey, E. Gilson e J. Gilissen. Não pretendo, nem seria capaz disso, fazer a história do direito medieval; falta-me a tarimba do investigador de modo que me vou ficar pela análise perfunctória dos complexos contornos do pensamento jurídico que presidiu a e caracterizou tão interessante período histórico.

O pensamento jurídico medieval não caberia no mundo actual dominado pela presença da lei democrática, sem nada ou quase nada dever a outras fontes e virada para uma racionalidade cada vez mais tecnocrática e contingente mas, ainda assim, a *sagesse* medieval na identificação e resolução dos prolemas e no encontro das melhores soluções é imbatível. Neste sentido, ela é perene, como bem percebeu T. Viewheg.

## **Parte I O pensamento jurídico medieval**

### **Introdução**

É indispensável começar por delimitar a época histórica a considerar bem como fazer uma referência sumária ao mundo cultural que a acompanha. O período histórico em análise vai desde o século XII (vulgarismo) até ao século XV (humanismo jurídico).

O vulgarismo é uma época histórica longa que começa no século VI e vai até ao século XII. Alimentou-se dos insucessos da restauração imperial. Com efeito, a tentativa de restauração do Império Romano do Ocidente por Justiniano 1 Imperador romano do Oriente em 527 tinha trazido para o Ocidente a retórica desenvolvida nas escolas orientais de Bizâncio e de Beirute apesar de um fugaz contacto com o direito romano (em consequência da publicação do *Corpus Juris Civilis*) mas que só viria a exercer influência mais tarde. A retórica confundia-se com o direito. Retratava uma sociedade à deriva em busca de um caminho comum refém de poderes locais belicosos e desorganizados. Registou-se uma posterior tentativa de solução (a partir de 800) com o Império Carolíngio mas que se desintegrou quando Luis 1 o repartiu pelos seus filhos com a *Ordinatio Imperii* de 817 e mais tarde pelo Tratado de Verdun. E logo a partir do século

XII começou a fragmentação feudal apesar das tentativas de centralização mais tarde desenvolvidas no quadro do então (século XIII) chamado Sacro Império Romano-Germânico.

Em todo este período conturbado pontificou o vulgarismo; o direito existe apenas nos costumes locais apresentando natureza personalizada e fragmentária; cada povo e cada região tem o seu direito, apesar de algumas reminiscências do direito romano na prática dos tabeliães. O direito apenas existe dentro de espaços normativos pequenos e diferenciados. Não pode conseqüentemente falar-se de um pensamento jurídico unificado geral e abstracto.

Outra das características do vulgarismo foi a construção de um direito de formação apenas religiosa sob a influência de Santo Agostinho contemporâneo da tomada de Roma por Alarico no século V. Sob sua instigação gerou-se um direito cuja preocupação não era estruturar a unidade do poder e definir e repartir os bens (*suum cuique*) de acordo com a esfera própria de cada indivíduo, como no direito romano, mas construir um direito de índole religiosa sob a ética cristã. A nova razão dependia do que se considerava ser a vontade divina revelada de um Deus pessoal. Esta era o único fundamento do direito natural incapaz este de outra regulação tendo em atenção as endêmicas imperfeições humanas conseqüentes ao pecado original. Todos os Estados deviam organizar-se em conformidade com a vontade divina de modo a honrarem o critério da *civitas Dei* não passando de meios ao serviço dos fins espirituais da Igreja concebida esta cada vez mais como instituição e não como referência espiritual.

Depois das invasões bárbaras o universalismo da Igreja romana entrou em crise mas o Império carolíngio procurou, embora por pouco tempo, restaurar a unidade entre esta e o Estado.

Dissolvido o Império estavam maduras as condições para um regresso ao nacionalismo religioso separado de Roma e frequentemente seu adversário. O elemento descentralizador germânico levou a melhor sobre o elemento centralizador romano. Sucederam-se as lutas entre o monarca e o Papa que se desenvolveram ao longo de toda a Idade Média e se esporadicamente a Igreja acumulou triunfos durante os pontificados de Inocêncio IV e de Bonifácio VIII a partir de princípios do século XIV venceu definitivamente a monarquia nacional.

Sem unidade imperial sancionada por Deus e sob patrocínio da Igreja medrou o vulgarismo jurídico. A razão peregrinava de lugar de culto para lugar de culto, de texto para outro texto na procura da verdade. Mesmo os conceitos jurídicos recebidos do direito romano ficavam na dependência de um particular modo fragmentário de pensar o direito que caracterizou o vulgarismo medieval.

Mas a par do vulgarismo desenvolveu-se paulatinamente um elemento aglutinador sob a veste de um direito erudito em torno dos textos romanos ou romanizados, ensinado nas escolas universitárias. A convivência entre estes dois direitos foi sempre difícil porque o primeiro era local e tendencialmente leigo e o segundo geral e sob influência escolar. Foi este direito erudito e romanizado que presidiu à formação dos primórdios dos Estados europeus. Para tanto indispensável era autonomizar paulatinamente a lei humana ou positiva da lei divina monopolizada pela Igreja. Foi esse o trilho seguido por S. Tomás de Aquino já na Baixa Idade Média. Pela mão do aristotelismo restaurado a razão vem a impor os seus direitos em detrimento da vontade divina e a cidade humana deixa de estar manietada pelas consequências pessimistas do pecado original. A autonomia do direito positivo ganha alento agora que se sabe que ele não é necessariamente vil. A Igreja passa a ser uma referência mas não o código da conduta quotidiana do Estado. Vale um princípio de moderação nas relações entre a Igreja e o Estado.

Com G. de Ockham e Marsílio de Pádua, já na primeira metade do século XIV, ganha novo alento a autonomia da esfera política radicada no monarca contra o poder temporal da Igreja no polo oposto aos curialistas. Foi contestada a autoridade eclesiástica na esfera temporal. Esta autonomia foi servida pelo nominalismo avesso a abstrações metafísicas e pelo seu consequente primeiro individualismo gnoseológico que viria a despontar já na modernidade. A ruptura da doutrina cristã com a Reforma veio pôr em causa a infalibilidade papal e empurrar os homens para o racionalismo pois que agora não existiam intermediários entre cada um e a fé e o homem apenas respondia perante a sua própria consciência racional.

Concluindo, o direito medieval debateu-se sempre entre forças centrífugas e centrípetas. Este conflito sem vencedor à partida claramente identificável é o que melhor caracteriza o pensamento jurídico medieval. Com efeito, o pensamento jurídico medieval era plural como plurais eram as respectivas fontes e metodologias, como se verá. Tudo isto é natural numa sociedade profundamente diferenciada e hierarquizada composta por estratos sociais estanques, caracterizada ainda por intransponíveis barreiras geográficas e linguísticas. O direito reflectia esta complexa e fragmentária realidade.

Na impossibilidade de fazer uma pesquisa sobre a diversidade do direito local sempre variando de país para país e de região para região, vamos concentrar a nossa atenção sobre o direito decorrente das tendências mais centralizadoras já referidas pois que é este o que permite avançar numa linha de compreensibilidade viabilizando um tratamento teórico.

## 1 O direito como teoria

O direito medieval, exceção feita para as práticas locais e regionais, é essencialmente feito e ensinado na escola (nas primeiras Universidades) e não, como em Roma, aferido pela autoridade da sua origem imperial e da sua aplicação prática e prudencial; o jurista romano era aquele que engendrava as soluções ao passo que agora o jurista é o que estuda um direito previamente definido e delimitado.

O direito surge assim como teoria e como prática. O primeiro já estava previamente definido o que possibilitou a construção de uma teoria que depois importa aplicar. O pensamento jurídico teórico é assim eminentemente normativo e tem afinidades com a ética da teologia cristã. O direito era oferecido num texto, compreendido através da lógica e posteriormente aplicado. O direito era, portanto, *interpretatio* dos textos. O pensamento jurídico tinha natureza hermenêutica como é próprio de um direito que era um dado cultural constante de um texto de conteúdo significativo. Direito e *jurisprudencia* equivaliam-se. A *juris scientia* será apanágio da modernidade racionalista. Aqui a manutenção da ordem deixa de caber à Igreja e passa para os Estados de base territorial que, no plano secular, não reconhecem qualquer soberania acima deles, o poder absoluto deixa de ser atributo do Papa e a vida política é monopolizada pelo Estado secular, cujas características mais salientes são a positividade do direito por ele gerado, o legalismo e o seu formalismo, na caracterização de M. Weber.

## 2 O direito ao serviço da unidade imperial

O pensamento jurídico medieval louvava o direito num fundamento objectivo que era o da unidade jurídica indispensável à consolidação da Império. Mas sucede que a ideia de Império se alimentou de várias fontes desde o direito canónico ao romano e mesmo, mais tarde, o direito nacional. Tais fontes nem sempre coincidiam e serviam diferentes estratégias de acesso ao e consolidação do poder. O direito canónico serviu de base ao primeiro Império carolíngio se bem que mais tarde este se reclamasse do direito romano entretanto (re) descoberto de modo a atenuar a influência papal. A prevalência do direito interno decorrente da vontade do Príncipe é mais tardia.

A autoridade jurídica resultava da infalibilidade papal na interpretação do direito canónico e da perfeição dogmática do texto jurídico, designadamente o direito romano, gozando este da valia decorrente do passado, ao que acresceu o prestígio do consultor ou comentarista. Por sua vez, a *auctoritas* do directo interveniente era também decisiva na valia da solução. Relevava ainda a autori-

dade resultante da prática continuada e na convicção do direito fornecida pelo costume regional e local.

### 3 O fundamento ético-religioso

O pensamento jurídico medieval tem óbvio fundamento ético-religioso inserido numa ordem prévia hierarquizada e anterior ao indivíduo seu destinatário e dela mero elemento. A influência do bispo de Hipona é determinante. Por seu lado, a Igreja era uma *communitas totius orbis* compreendendo no seu magistério a esfera religiosa e a corporal, de acordo com os ensinamentos do primeiro direito canônico, enquanto partes de um único poder vocacionado para o fim sobrenatural da salvação. A crítica enquanto critério da razão radicada nesse personagem então desconhecido que veio a ser o indivíduo expoente de uma razão dubitativa ainda não tinha nascido.

Contrariamente aos merovíngios que exerceram um poder absoluto e laico à semelhança dos Imperadores romanos, a dinastia carolíngia depois de Pepino o Breve retira a sua legitimidade do sagrado. Os Reis passam a sê-lo por graça de Deus o que confere à Igreja, sua representante na terra, uma autoridade superlativa e um enorme protagonismo no Estado naturalmente que a troca de imunidades e benefícios de toda a ordem.

A teologia era a fonte do primeiro direito medieval sobretudo a agostiniana. Distingua entre o *derectum* e o *jus*. O primeiro é o fundamento de origem religiosa e cristianizada da validade que se louva num princípio de amor ao próximo e de caridade. Daí uma ordem teológico-bíblica baseada no Decálogo do Novo Testamento ou seja, na ética cristã. O *jus*, pelo contrário, corresponde à lei positiva ou seja, à lei temporal mas só vale enquanto conforme ao primeiro sob pena de não fazer parte da *Civitas Dei*.

A teologia tomista recebeu já a influência aristotélica. O homem não está subjugado à *capitis diminutio* do pecado original e possui qualidades formidáveis, a principal das quais a razão. Há que explorar esta e dar-lhe a devida relevância. S. Tomás enveredou pelo caminho da primeira laicização do anterior pensamento jurídico com base num racionalismo ancorado no bem-comum como fim do direito e do Estado em vez de na agostiniana submissão incondicional à vontade divina e, claro está, ainda muito longe da secularização do direito e do Estado que haveria de caracterizar a modernidade. Sem romper com o passado aceitou a herança greco-romana distinguindo entre a ética (*derectum*) e o direito (*jus*). Separava a *sapientia* ou conhecimentos dos princípios metafísicos e dos fundamentos da ética, da *scientia* ou conhecimento humano positivo e da *prudencia* ou seja, a aplicação dos conhecimentos através de um juízo problemático que

atendia à equidade e às exceções. Tudo estava preparado para a considerar a autonomia da lei humana sendo cada vez mais ténue a sua dependência da lei natural num movimento que haveria de culminar na modernidade com a concentração da esfera política no âmbito apenas secular sem preocupação com a virtude, o bem-comum ou a felicidade dos súbditos e valorizando o direito legislado o que iria retirar autoridade do *Corpus Juris Civilis* e desvalorizar a *interpretatio* do direito romano justinianeu.

A metodologia apropriada àquela complexa síntese foi a escolástica.

#### 4 A racionalidade jurídica medieval

O pensamento jurídico medieval procura traduzir uma racionalidade unitária. A tentativa era a de fundar uma unidade louvada num critério ético-religioso ou seja, uma unidade em Deus cuja concretização é a tentativa de unidade imperial. O direito medieval procura traduzir e fomentar aquela difícil unidade cultural.

Existe assim certo afastamento entre o pensamento jurídico medieval e o ambiente histórico em que nasceu e medrou. Por um lado, o direito aspira à universalidade conceitual e dogmática ao serviço de uma ideia de unidade imperial mas por outro exprime a realidade fragmentária em que se vive. A sua mais apropriada classificação poderia ser a seguinte; a ordem dentro da desordem.

A escolástica pretendeu resolver esta complexidade. Trata-se de uma metodologia que assimila a dialéctica aristotélica às concepções éticas correntes na Idade Média. Utilizava um método racionalizado na forma do diálogo cuja origem está em Abelardo que começava com a *questio* exposta sob a forma de uma tese, seguindo-se a *argumentatio* na qual se expunham os pontos de vista pró e contra a tese e finalmente a *solutio* de acordo com critérios de razoabilidade e de autoridade. Assim se racionalizava a teologia o que levou à sua condenação a pretexto de heresia pelo ortodoxo cisterciense S. Bernardo.

A racionalidade medieval, em suma, aceita humildemente o mistério e apenas procura compreendê-lo, numa atitude que apenas a modernidade poria em causa, através de uma correlação de elementos disposta como que arquitectonicamente. A dialéctica é o cimento que une as partes e que torna possível uma solução aceitável. Daí para cima estava apenas a fé ou seja, o acesso à verdade por via da autoridade revelada dos textos.

## 5 Os elementos institucionais do medievalismo; o Império, a Igreja e a Escola

Também o pensamento jurídico medieval medrou num quadro institucional próprio. Os seus elementos institucionais louvavam-se em diferentes fontes do direito; enquanto que a Igreja pretendia a unidade imperial com base no direito canónico dito e interpretado pelo Papa, como nos inícios da dinastia carolíngia, os Príncipes posteriores invocavam já a autoridade mais laica do direito romano para o mesmo efeito. O Império traduzia a ideia de Roma.

Por três vezes se tentou reconstruir o Império. A primeira deu origem ao referido ensaio de restauração do Império Romano do Ocidente que não vingou, a segunda ao Império Carolíngio dissolvido pelo surto dos primeiros poderes feudais, a terceira ao Sacro Império Romano-Germânico. A ideia imperial começou por se louvar na investidura papal mas mais tarde contou com o apoio de três ideias-força herdadas do direito público romano entretanto ressuscitado; a *translatio* do poder do povo para o Imperador e da legitimidade do poder dos Imperadores romanos para os seus continuadores medievos ocidentais que fundamentava a origem e o exercício de todos os poderes, a integração dos poderes numa ordem unitária acima de todas as divisões e a superioridade hierárquica do diploma elaborado pela vontade da entidade legítima.

A ideia de um direito universal acima de todos os direitos locais estava assim alicerçada. Opõe-se a um direito de base local alimentado pelo casuísmo. A Igreja que detinha o exclusivo do conhecimento, o que fazia dela a verdadeira protectora do Império e a sua única referência legitimatória, deu grande contributo para a defesa deste direito universalizante baseado na ética cristã mediante a divulgação do direito canónico à partida centralizado em Roma e expressão da sua autoridade. Esta tendência foi reforçada pela reforma gregoriana do século XI impulsionada pelo papa Gregório VII e pelos subsequentes Concílios de Latrão que pretendeu reconstruir o protagonismo da Igreja restringindo os poderes dos monarcas e subordinando-os a uma autoridade papal revigorada e unitária através do monopólio da interpretação do direito canónico.

A base do direito era, como se disse, a ética cristã tal como a Igreja a entendia. O desígnio era a unidade cuja primeira concretização tinha sido o Império Carolíngio através da coroação de Carlos Magno pelo Papa o que significava que aquele era apenas o instrumento da verdade cristã. O Imperador era o representante de Deus na terra para o fim da paz e da justiça e assegurava uma unidade não apenas religiosa mas também política conforme com a vontade de Deus. Estas ideias viriam mais tarde, já em fins do século XIII, a estar na origem da ideia-força da *Respublica Christiana* instituída pela bula *Unam Sanctam* de Bonifácio VIII na sua disputa com Filipe IV de França, baseada no princípio da

supremacia do poder espiritual sobre o temporal, de modo a diabolizar a guerra entre cristãos, excepto se «justa». Entre nós, o principal representante da ideia de supremacia da Igreja sobre o poder secular foi o bispo Álvaro Pais (1275-1349).

Os primórdios do feudalismo desagregaram esta construção em favor da instauração do poder pessoal baseado em relações pessoais e não religiosas. É disto que se alimentou o feudalismo. Estas relações pessoais prevaleciam sobre as religiosas. O reforço do poder real a partir de Carlos Martel fez-se através de doações aos potentados locais o que acentuou o enfraquecimento do poder central sobretudo a partir de Luís I, o Piedoso. A aristocracia franca privatizou assim o poder em seu benefício e o reino transformou-se numa amálgama de poderes interdependentes ligados ao Rei por espúrias e confusas relações de vassalagem dificilmente controláveis.

O direito feudal dividiu ainda a ordem social em estamentos de natureza funcional. Esta ordem era apresentada como natural pelo que a justiça era determinada pelo lugar que cada um nela ocupava. A ética correspondente era, portanto, «natural» e realista visto que decorria da evidente natureza das coisas.

Mas nem tudo estava perdido. Resistiu a *Universitas* concebida como um polo de cultura universal e armada de um método lógico de aprendizagem que limava as arestas mais salientes. A Universidade exerceu as luzes da razão (*alma mater*). O seu expoente era obviamente o (re) descoberto direito romano dito *ex catedra* porque expressão de cultura. Pode mesmo falar-se de um «direito das Universidades» ou douto com tendência para a universalização. Os conceitos jurídicos e o respectivo conteúdo eram responsabilidade sua muito embora a sua aplicação coubesse às autoridades locais no quadro de um direito vulgar ou próprio de cada local sem natureza erudita e aplicado amiúde por homens sem formação universitária. O sistema jurídico anglo-saxónico é um exemplo claro desta divisão.

Na Escola o ensino do direito começou por estar inserido no *Trivium* «arte liberal» que integrava a gramática, a retórica e a lógica. O direito relevava da retórica de modo a alcançar o correcto comportamento em sociedade e que compreendia fundamentalmente a retórica aristotélica. Esta última estudava a analítica do pensamento prático ou seja, a lógica dos entimemas e da probabilidade que pressupunha a *prudentia* exercitada mediante exemplos retirados da prática forense ou docente. O estudo do direito fora do *Trivium* e como disciplina (relativamente) autónoma só seria possível depois já na Baixa Idade Média.

A vontade do Príncipe só seria arvorada a repositório do direito mais tarde já na fase final da Idade Média na sequência da afirmação dos poderes reais cada vez

mais alheios à ideia do Império e de sucessivas contendidas com o papado. Dela consta um elemento de laicização do direito. Será abordada à frente.

## **Parte II As fontes e a metodologia no pensamento jurídico medieval**

### **Introdução**

Vamos agora fazer uma análise do pensamento jurídico medieval menos descritiva e mais dogmática. Começamos pelas fontes. Como se disse, o pensamento jurídico medieval é plural integrado pela síntese do direito canónico e do romano desenvolvido nas Universidades, dito *jus commune*, próprio de todos os mestres, com os direitos locais *jura propria* ou direitos regionais e locais (integrando estes a *lex* e o direito consuetudinário) e os (apenas) consuetudinários que àquele tendiam a ficar subordinados. Ao pluralismo dos conteúdos corresponde a multiplicidade das fontes. A intertextualidade é característica; para além dos livros sagrados reveladores da ética cristã, salientava-se o uniforme direito canónico, o *Corpus Juris Civilis*, a *lex* e o costume local numa amálgama de textos e práticas muitas vezes sobrepostas e de difícil convivência. O direito medieval não é um sistema no sentido em que hoje falamos desta noção enquanto conjunto articulado de estruturas dotadas de relativa estabilidade. Da pluralidade das fontes resulta ainda inevitavelmente a pluralidade das metodologias de revelação do direito. De comum têm estas a concepção do direito como um dado prévio baseado num texto que cabe esclarecer mediante a *interpretatio*.

### **1 O direito romano**

Era perfeitamente corrente na Idade Média a convicção segundo a qual o direito romano privado era o direito comum dos países europeus como que o seu direito natural sem atenção às particularidades nacionais e regionais. A sua restauração, alimentada pela descoberta de uma cópia completa do *Digesto* de Justiniano no século XI, visava dar as respostas adequadas ao reforço do poder imperial e às novas necessidades económicas e sociais atendendo à sua perfeição dogmática. O direito romano era direito interno pois que aplicado como direito comum sendo mesmo aprovado pela Igreja *in temporalibus*. Frederico Barbarossa imperador do Sacro Império Romano Germânico adoptou o texto justiniano, que já tinha seiscentos anos, como quadro jurídico geral interno dos seus vastíssimos domínios assim acentuando a sua legitimidade do seu império como continuador do Império Romano e não como filho da Igreja Católica o que afastava a influência papal na investidura dos novos prelados.

Não se trata tanto de restaurar mecanicamente o direito romano mas de o adaptar às novas conjunturas para tanto importando para a esfera pública a dogmática publicística com vista ao reforço da autoridade imperial. A este movimento de generalização do direito romano só escapou o *common law* britânico.

A restauração do direito romano verificou-se através dos respectivos textos e do seu ensino nas escolas, como se disse. A sua legitimidade decorria do seu elevado grau de perfeição dogmática e autoridade científica. Pelo que ao direito público diz respeito, para além da já referida noção de *translatio* que justificava a concentração do poder no Imperador, são devedoras do direito público romano as importantes noções de poder político soberano vulgarizada por Bártolo (1314-1357) a partir da noção romana de *civitates* pensadas como *universitates superiores non recognoscentes*, de *utilitas publica* e dos *privilegia fisci* pressupondo a distinção entre os bens privados do Imperador e os do Império afectos estes a fins públicos e sujeitos a um regime especial distinto do direito privado e sem esquecer a noção de *officium* ou seja, das vinculações dos servidores públicos a um múnus especial que os singularizava perante os particulares. Todas estas noções serviram o propósito do Império medieval e até a paulatina construção do Estado a partir do século XIV. A *res publica* não era já um património dominial do Soberano e passou a ser gerida em conformidade com interesses específicos distintos dos particulares.

## 2 A *lex*

A *lex* como fonte de direito era bem conhecida do pensamento medieval muito embora não fosse dele característica. A *lex* enquanto prescrição normativa dotada da autoridade do soberano e formalmente oferecida através de um texto compreensível teve importância decisiva sobretudo na Baixa Idade Média. A dinastia dos Hohenstaufen no Sacro Império reforçou esta realidade.

Na primeira Idade Média a *lex* não era vista isoladamente, ao invés do que ocorreria na época moderna. Por detrás da *lex* avultava uma racionalidade fundamentante de origem «natural» na qual residia a sua última razão de ser. A lei não era mais do que uma *determinatio* da lei natural tendo em vista o bem-comum e esta, por sua vez, é a *participatio legis aeternae in rationali creatura*. A legalidade emprestava ao texto uma autoridade específica mas a sua fundamentação não estava no nu exercício do poder. A lei tinha de dar provas da sua conformidade com a sabedoria passada.

A transição para a predominância da lei interna como fonte do direito foi longa e não se fez sem descontinuidades. Caracteriza a fase final da idade Média. No nosso país a predominância do direito do reino, em especial da vontade do Rei,

como fonte de direito foi tardia. Só ficou clarificada com as Ordenações Manuelinas (1521) que consagraram a respectiva prevalência sobre o direito canónico e mesmo sobre o direito romano, remetido para norma subsidiária e foi apenas com a Lei da Boa Razão (1769) que ficou esclarecido que o direito romano, sob a veste do *usus modernus pandectarum*, só valia se conforme à boa razão e consagrada a primariedade do direito positivo pelo que desapareceu a subsidiariedade do direito canónico, a validade da opinião comum dos Autores bem como das glosas e da opinião de Acúrsio e de Bártolo.

### 3 O direito canónico

O direito canónico tratava das coisas espirituais pois que o reino de Deus *não é deste mundo* mas em breve teve uma influência enorme na aplicação do direito secular. Consolidou uma ordem própria que medrava à sombra da influência da Igreja e que se juntava à aplicação do direito romano. Aplicava-se às coisas espirituais e mesmo às temporais desde que de pecado. Com efeito, embora tratando das coisas espirituais o direito canónico projectou-se imediatamente no conteúdo das fontes jurídicas internas constituindo como que o primeiro direito transnacional dos países católicos. O Pontifex era assim legislador. Estava imbuído de ética cristã e daí a sua profunda influência na juridicização da vida social para ela transportando critérios éticos como a *bona fides*, a *equitas*, a «*lesão enorme*», entre outros, que a laicização característica da modernidade haveria de combater. Esta influência detectou-se em todos os níveis e sem esquecer a interferência daqueles critérios na própria teoria do negócio jurídico em prol da valia de considerandos éticos tais como os do preço justo, o do erro na vontade e sem olvidar o direito penal com a noção de culpa e de penitência do ofensor (na perspectiva subjectiva da culpa) e com o princípio do inquisitório.

O corpo do direito canónico desenvolveu-se ao longo de três séculos. Em 1140 o monge bolonhês Graciano compilou um Decreto dito da *Concordia Discordantium Canonum* que é a primeira parte dos seis livros que mais tarde integraram o *Corpus Juris Canonici* e que fixa o conteúdo e a hierarquia das várias fontes do direito canónico; as Sagradas Escrituras, as *epistolae decretales* dos Papas, as *consilias* ou pareceres doutorais e as opiniões dos padres da Igreja. No século XIII os papas Gregório IX e Clemente V acrescentaram as Decretais, fontes que iam para além do conteúdo do Decreto. No século XIV a compilação assumiu a forma final muito mais alargada do *Corpus Juris Canonici* que se prolonga com cortes e acrescentamentos até hoje. O seu principal contributo foi a formulação daquilo a que mais tarde se chamariam «princípios gerais de direito» obtidos partir do material positivado através de uma tarefa de eliminação de

contradições aplicando as regras da lógica e colmatação de lacunas através da analogia de modo a obter um todo coerente e homogêneo.

Mas foi o Concílio de Trento de 1215 que delimitou o campo de aplicação do direito canônico alargando-o não apenas às coisas espirituais ou seja, às matérias que tinham a ver com a fé religiosa como o casamento, a filiação, o testamento, o regime das corporações e das fundações e os bens patrimoniais da Igreja na medida em que sujeitos a um fim espiritual, como também às coisas seculares na medida em que tivessem implicações geradoras de obrigações *ratione peccati* ou seja, cujo incumprimento envolva pecado com as consequentes obrigações de observância e penitência. Regulado ficou também o *privilegia fori* institucionais do clero (judiciais, fiscais e muitos outros) e das Universidades e pessoais dos judeus. A síntese do direito erudito com o canônico ou seja, o direito *commune* foi o primeiro exemplo de uma ordem jurídica extraterritorial e transfronteiriça nos países católicos. Este direito era ao mesmo tempo *commune* e *utrumque jus* ou seja, direito do mundo espiritual e ao mesmo tempo do mundo laico.

#### 4 A articulação entre o direito laico e o canônico

A regra era a da não interferência do direito canônico nas questões laicas. Os respectivos campos de aplicação ficavam bem delimitados não obstante as influências canônicas já referidas.

Na complexa e descentralizada vida social de então o direito predominante era o *jus proprium* vigente localmente. Era ele que estava mais próximo dos homens porque era formalizado, apreendido e aplicado na língua local e não em latim. Apenas formalmente é que o direito erudito predominava porque de um ponto de vista material as coisas não eram assim. Não obstante, o direito *proprium* era sempre interpretado restritivamente, como no caso dos prazos da usucapião, e o *jus commune*, de natureza erudita, era subsidiário do *proprium* por ser seu critério interpretativo e integrativo.

Característica do direito medieval foi também a compatibilização do direito erudito romanizado com o canônico no quadro do *jus commune* pois nem sempre os respectivos códigos de validade se conciliavam. Só por interpretação concordante seria possível harmonizá-los de modo a gerar uma ordem coerente. A *interpretatio* era auxiliada pelo critério ético da *equitas* de modo a lograr uma solução materialmente justa (*jus est ars boni et aequi*).

## 5 O direito consuetudinário

O direito consuetudinário não era objecto do estudo e do ensino universitário. Daí que, de acordo com a concepção romano-canónica, o costume só valeria se fosse passível de ser aceite explícita ou implicitamente pelo *jus commune*. O direito consuetudinário não era um mero rito fundado no *consensus populi*. Um conhecido exemplo é do Código catalão do século XI; o costume só valia se não contrariasse o *jus commune* ou na falta deste e ainda depois de decorrido certo prazo e provada a sua compatibilidade com a *ratio juris*.

## 6 A metodologia

A metodologia é a questão mais difícil no pensamento jurídico medieval mas também a mais auspiciosa.

A controvérsia é o ponto de partida da interpretação jurídica medieval. Toda a metodologia escolástica decorre daqui. Trata-se de um pensamento por problemas e não axiomático-dedutivo como, aliás, o caracterizou Baldo de Ubaldo (1327-1400).

São vários os factores que contribuíram para esta realidade; a raridade e diversidade das fontes, como já foi referido, o difícil acesso às mesmas e a pluralidade das escolas interpretativas geradoras de resultados frequentemente contraditórios ou dificilmente conciliáveis, ao que acresce a diversidade das autoridades presentes (*Pontifex*, Imperador e Príncipes) geradoras de direito positivo.

Todo este caos tinha de ser dominado pelo jurista através dos recursos intelectuais disponíveis; a retórica oriunda das escolas orientais, a dialéctica clássica de origem aristotélica restaurada a partir do século XII importando o desenvolvimento da tópica que a escolástica tanto aproveitou.

A ideia que presidia a esta metodologia pressupunha a possibilidade de em última instância tudo reduzir a uma ordem. O jurista não renunciava a nenhum elemento intelectual disponível mas no pressuposto de uma compatibilidade possível obtida através do diálogo. A solução concreta obtida não era dedução, é *ars inveniendi*. A metodologia, em síntese, é a racionalização do diálogo no pressuposto de uma ordem substancial cuja coerência pressupõe a unidade do todo. O raciocínio não é dedutivo-dogmático mas sim argumentativo-concordante.

Se a controvérsia era puramente teórica estávamos perante um *dissensio*, resolvida através da exposição e discussão dos pontos de vista dos vários autores.

## 7 A evolução da metodologia; dos pré-glosadores aos comentaristas

A metodologia exposta conheceu várias fases. A primeira é puramente exegética de natureza apenas filológica (escola dos pré-glosadores).

O primeiro a estudar sistematicamente o *Corpus Juris Civilis* foi o bolonhês Irnério um gramático e retor do século XII a quem se deve, no entanto, a tentativa de autonomizar o direito da retórica. Não obstante, o texto era o objecto quase exclusivo do direito dele constando e apenas dele os *loci* ou *topoi* a que se dedicava o exegeta. O *topos* é o espaço comum onde se encontra o pensamento e o *locus* é o texto ao qual o pensamento jurídico se reporta. O texto valia por si próprio sem qualquer *ratio* para além dele, a não ser a ética cristã. A exegese, por sua vez, era a explicação do texto começando pela sua análise gramatical e filológica expondo as palavras que o integravam acautelando as suas eventuais ambiguidades em busca do um significado apostado na respectiva concordância ou não com outros textos. Com efeito, os textos disponíveis não eram frequentemente concordantes e a sua interpretação compreendia um esforço de harmonização. Foi, portanto, através do comentário exegético que começou a interpretação jurídica na Idade Média.

O desenvolvimento das conclusões referidas ao mesmo tema gerou a primeira, ainda incipiente, dogmática.

Na formação da dogmática distingue-se entre as metodologias escolares do *mos italicus* e do *mos gallicus*. A primeira, mais antiga começa no século XII e era prelecionada nas Universidades italianas, designadamente na de Bolonha. A segunda, mais tardia, surge no século XIV baseada no estudo erudito do direito romano característico das Universidades francesas dessa época e preanuncia já o humanismo considerando já o direito como ciência. O *mos italicus* pretende conciliar o direito romano com as exigências da vida prática em busca das soluções mais acertadas a culminar na decisão jurisprudencial enquanto que o *mos gallicus* empreende um estudo escolar mais erudito e dogmático longe da insuficiência epistemológica do *mos italicus* tendo por objecto o *jus commune*.

O *mos italicus* passou por três fases relativamente diferenciadas, a dos glosadores, a dos comentadores e a dos consulentes, a referir.

A fase dos glosadores é ainda de natureza ainda predominantemente tópica e antecede a fase dos comentadores caracterizada por uma tentativa de racionalidade sistemática que começa a esboçar uma mais coerente dogmática já liberta da exegese.

Esta fase prolonga-se do século XII ao XIV. Agora já se estudam os textos de um ponto de vista teórico desligado do problema concreto muito embora a intenção continue a ser a de deles retirar ensinamentos para a prática. Trata-se de uma abordagem já dialéctica e argumentativa dos textos de modo a resolver as *quaestiones*. A exegese dos textos agora já não é apenas retórica e começa a elaboração lógica (dialéctica) do direito.

Por influência da retórica dialéctica da escola bizantina, o estudo do direito começava pela identificação da *quaestio* posta pela leitura do texto. Esta referia-se a um caso emergente da vida concreta identificado pelo jurista no seu ensino ou na sua prática forense. Em face do caso e perante o texto surge a *dubitatio* ou questão controversa nela incluindo as incontornáveis *ambiguitates*. Compreende uma pergunta face ao texto ou textos coligidos designadamente se fossem várias as conclusões possíveis. A controvérsia resolvia-se através do diálogo convocando os vários pontos de vista possíveis, hermenêuticos e de autoridade, atribuindo-se a cada um o seu lugar próprio no conjunto geral. As questões são separadas através da distinção e subdistinção. Daqui parte-se para a posterior formulação das *regulae* ou soluções genéricas a dar a determinados problemas e das *generalia* ou conjunto de *regulae* de natureza já sistematizada equivalentes aos actualmente chamados princípios gerais de direito. A assimilação das *regulae* e das *generalia* permite a formulação de brocardos jurídicos ou axiomas que condensam uma série de princípios gerais com valor dogmático. Ao mesmo tempo desenvolvem-se as *summae* ou pequenos tratados ou monografias referentes a um texto, primeira tentativa de um comentário. Associam as soluções dadas às *quaestiones* e sintetizam-nas por matérias e temas.

Tanto esforço de síntese culmina com o bolonhês Acúrsio (séculos XII-XIII) autor da *Glosa Ordinária* que reúne numa colectânea ordenada todas as glosas conhecidas divididas por temas em acordo com a colectânea justiniana. A *Glosa Ordinária* foi o primeiro contributo jurídico autonomizado do *Corpus Juris Civilis*.

A Glosa passa a ter larga autonomia como fonte de direito, a ponto de para a sua interpretação ser utilizado o próprio *Corpus Juris Civilis*. Inverteram-se assim as coisas. Esta realidade chegou ao nosso país pois as Ordenações Afonsinas (1446) mandavam utilizar a Glosa de Bártolo mesmo contra a opinião dos outros doutores.

A fase dos glosadores, em suma, caracteriza-se pelo enriquecimento dialéctico da mensagem contida nos textos a partir das dúvidas oferecidas pelos próprios textos ou pela prática. No entanto, despontavam já a (relativa) autonomia do jurista relativamente ao texto na elaboração do direito e uma ainda incipiente

dogmatização racionalizada do direito que preparava a transição para o mais tardio humanismo jurídico.

A fase dos comentadores caracteriza-se por um novo estilo, o comentário. Este era já uma tentativa de elaboração dogmática racionalizada de natureza sistemática, oferecendo um tratamento unificados das soluções apuradas que vai muito para além dos textos e apresenta uma racionalidade própria, interna e externa. Utiliza-se a dialéctica escolástica mas a preocupação é agora manipular o texto e não ser manipulado por ele, na procura dos princípios gerais ético-jurídicos dominantes. Vale a distinção entre *verba* e *ratio* o primeiro termo reportado às possibilidades do texto e o segundo aos referidos princípios gerais (obtidos *ex argumento*) que vão além dele. Preside agora ao direito uma ideia de *ratio* que releva de uma atitude já doutrinária.

Claro está que o texto não foi esquecido mas releva menos como fonte do que como simples argumento para uma discussão doutrinal. Tem a natureza de mera fonte etimológica e nada mais. O texto está simplesmente ao lado das construções doutrinárias *ex argumento* que o superavam.

Os comentadores estão para além da Glosa mas aquém da verdadeira sistematização do direito. Deve-se-lhes, contudo, o primeiro esforço dogmático do pensamento jurídico europeu. Bártolo foi o príncipe dos comentadores. A sua contribuição foi dominante até ao século XVIII.

Deve-se aos comentadores um tipo de pensamento jurídico que ainda hoje é e sempre será aproveitável. A construção dogmática obedecia a uma metodologia não dedutiva cuja preocupação principal não é a integração num sistema unitário de que se deduz a conclusão necessária mas sim a harmonia. Para este fim utilizava-se o material disponível constante dos referidos brocardos, dos comentários e das *summae* esclarecido através do confronto com os casos e as distinções e mediante a utilização dos argumentos tópicos *a contrario*, *a fortiori*, *a maiori ad minus*, *ne bis in idem*, *ad impossibilia nemo tenetur*, entre muitos outros.

Os comentadores desenvolveram ainda a actividade consulente *in docendo* e *in judicando* virada a primeira para a dogmática e a segunda para a prática.

A metodologia comentarista culminou paulatinamente na *opinio communis doctorum*, considerada como verdadeira fonte de direito e como tal prevista nas Ordenações Manuelinas e Filipinas. Sendo o pensamento jurídico medieval de natureza essencialmente dialógica natural é que aquela opinião comum constituísse fonte da verdade jurídica. O consenso era indício da verdade. Tendo em conta a natureza lacunosa das fontes e a sua multiplicidade o consenso era arvo-

rado a critério da verdade jurídica indispensável para dar uniformidade e certeza ao direito.

### **8 O fim do pensamento jurídico medieval e o advento do pensamento jurídico moderno**

São muitas as causas que explicam o termo do pensamento jurídico medieval. São de natureza social (a ascensão de novas classes sociais alheias à trilogia cosmológica da ordem medieval), económica (a economia monetária), política (a unificação nacional num quadro soberano militarizado) e religiosa (a perda da unidade religiosa cristã e o nominalismo franciscano que é o primeiro indício da subjectividade moderna, oposto ao racionalismo dialéctico tomista). A nova realidade política trouxe-nos a cisão religiosa, a soberania nacional, a concepção estatal e positiva do direito e o surto cada vez maior das legislações nacionais. O Estado moderno quebra a unidade da *Respublica Christiana* e o direito passa ser concebido como um precipitado do poder político, expressão de um imperativo do poder soberano. Aí estiveram Marsílio de Pádua, D. Escoto e G. de Ockham a valorizar a vontade apartando-se do imobilismo da cosmologia tomista. O jurista parte do conhecimento do homem e começa a delinear-se a concepção segundo a qual o direito resulta de um comando imperativo no quadro de um Estado territorial soberano. O voluntarismo ganha terreno e assenta arraiais definitivamente com a Reforma.

Esta nova realidade era tudo menos natural. O direito passou a resultar de uma vontade esclarecida por um racionalismo geral e abstracto desconhecido até então. A natureza era substituída pela razão. As coisas estavam já preparadas para tanto depois do magistério oriundo do *mos gallicus* cujo nível dogmático possibilitava já semelhante evolução.

Se o direito romano era ainda aceite como direito subsidiário isso não o dispensava de passar o teste da sua validade racional. O homem autonomiza-se do mistério medieval à medida que o estudo da cultura greco-romana o concentra na compreensão das potencialidades e das consequências da razão. O direito romano passa a ser estudado não como fonte directa mas como um objecto de natureza histórica e ao mesmo tempo o direito passa ser encarado como um sistema de regras gerais longe dos textos de antanho. O *mos gallicus* tinha dado os primeiros passos nesse sentido e a Universidade dedicava-se apenas ao estudo erudito do direito. Ao mesmo tempo o direito passa a ser estudado por si só desligado de uma intenção prática imediata.

O humanismo jurídico generalizado a partir do século XV representa um corte com a cultura medieval. O direito passa a ser estudado e medido na perspectiva

---

de uma vontade soberana que se pretende expressão de uma razão abstracta e geral. Foi concomitantemente reformulada a hierarquia das fontes do direito valorizando a prescrição soberana em detrimento da opinião comum dos doutores, dos comentários, do direito romano e do canónico.

O estudo sistemático do direito teve consequências metodológicas. Modificou o método. Este é agora uma inferência do geral para o particular mediante um pensamento dedutivo-sistemático que corta com a metodologia anterior ancorada no pensamento dialéctico-indutivo que tinha caracterizado a escolástica. Para o emergente humanismo jurídico o direito é um sistema abstracto de regras independentes das vicissitudes da prática. Estavam maduras as condições para o mais tardio jusracionalismo. Mas isso são contas de outro rosário.