

# Se é da natureza da lei ser escrita – primeiras notas

JOANA LIBERAL ARNAUT\*

## Prefácio

“O que é existe em função do que foi.”

Ouvi estas palavras na primeira aula de *Direito Romano*, que foi também a minha primeira aula na Universidade. O Senhor Professor Nuno Espinosa Gomes da Silva explicava-nos, então, a importância da *História do Direito* na formação dos futuros juristas. Estava eu longe de imaginar, nessa manhã de 30 de Setembro de 1997, que viria a ser assistente do Senhor Professor, sua orientanda de mestrado – que entretanto conclui – e de doutoramento – que me encontro a preparar.

Quando ingressei na área de Ciências Histórico-Jurídicas, há que dizê-lo, não fazia ideia do que era escrever *História*. Como já referi no prefácio da dissertação de mestrado<sup>1</sup>, não distinguia escrever *História* de contar histórias, duas actividades muito relevantes, mas que se não podem confundir, sob pena de grande prejuízo para ambas. Só pela imensa disponibilidade e enorme paciência do Senhor Professor Nuno Espinosa Gomes da Silva fui compreendendo a delicada tarefa que é investigar e pensar em *História do Direito*, o quanto exige de rigor, de objectividade e de isenção.

---

\* Assistente da Escola de Lisboa da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa.

<sup>1</sup> *A inteligência das leis. Os “Elementos da Hermeneutica do Direito Portuguez” de José Manuel Pinto de Sousa (1754-1818), professor e diplomata.* Lisboa: Universidade Católica Editora, 2011.

O presente texto corresponde, com poucas alterações, ao relatório de Mestrado em *História do Pensamento Jurídico* que apresentei no ano de 2004. O texto não é, em si, homenagem digna mas, na verdade, marca o início do percurso que tenho feito com o Senhor Professor e constitui a semente da dissertação de doutoramento que me encontro a preparar, a qual versará o problema da lei não escrita, a propósito da Lei Mental, a partir de um comentário quinhentista, atribuído ao canonista Luís Correia. Para agora continuar, foi preciso ter começado. “O que é existe em função do que foi.”

## Introdução

Na Idade Média, a doutrina, personificada a partir do século XII pela Escola dos Comentadores, questionou-se e discutiu se seria da essência da lei ser escrita, na perspectiva prática de definir a validade de uma lei não escrita.

Semelhante dúvida não se compreende, nos quadros do pensamento jurídico actual, e surge mesmo absurda. Não é sequer concebível a existência de uma lei não escrita, pelo que nunca se questionaria a validade da mesma, muito menos a sua eficácia. No Estado de Direito Democrático, a lei nasce de um processo com intervenção de vários órgãos de soberania, a sua redução a escrito e publicação constituem os elementos mais básicos de eficácia e de segurança jurídica.

Na jurisvidência medieval o único *legislador* era Deus, que escrevera as *leis* na natureza das coisas e na alma humana, pelo que era dispensável escrevê-las a tinta em *livros-codex*. O pensamento jurídico medieval ancora-se na ideia de preexistência de uma ordem, de uma harmonia criada por Deus e inscrita na natureza das coisas<sup>2</sup>. O Homem sabia-se

---

<sup>2</sup> Nas palavras de Paolo Grossi: Uma ordem “che non si lascia scalfire dagli episodi grandi e piccoli della vicenda storica, perché si colloca al di là del potere politico e dei suoi detentori, svincolato dalle miserie della quotidianità, collocato nel terreno fondo e sicuro delle radicazioni supreme dei valori. Un valore – immanente – la natura delle cose, un valore – trascendente – il Dio nomoteta della tradizione canonica, l’uno in assoluta armonia con l’altro secondo i dettami della teologia cristiana, costituiscono un *ordo*, un *ordo iuris*. Un *ordo iuris* che pertanto non può non scandire il diritto positivo, i vari diritti positivi, secondo gradi ascendenti di manifestazioni giuridiche che dalle regole transeunti e contingenti della vita quotidiana salgono senza cesure, in spontanea e semplice continuità, al livello supremo del diritto naturale e del diritto divino con tutta la loro ricchezza di principii normativi eterni e immutabili perché voce della Divinità stessa”. GROSSI, Paolo – *L’ordine giuridico medievale*. Roma: Editori Laterza, 1996, p. 14.

incapaz, pela limitação do seu entendimento, de compreender a ordem imutável criada e mantida por Deus, mas sabia que ela existia e nela confiava, porque cria em Deus.

A complexificação sociopolítica e jurídica foi gerando, ao longo da Idade Média, a necessidade de um *poder legislativo* humano. Contribuiu para a complexificação jurídica, a partir do século XI, o *renascimento* do Direito Romano justinianeu.

No *Corpus Iuris Civilis*<sup>3</sup>, os juristas medievais encontraram a distinção entre *ius scripto* e *ius non scripto*: *Constat autem ius nostrum aut ex scripto aut ex non scripto (...)* <sup>4</sup>. *Scriptum ius est lex, plebiscita, senatus consulta, principum placita, magistratuum edicta, responsa prudentium (...). Ex non scripto ius veniat, quod usus comprobavit*<sup>5</sup>.

Não se determinava, porém, que fosse da essência da lei ser escrita, porque, na definição de *lex* que o *Digesto* adoptara de Papiniano, não aparecia a escrita<sup>6</sup>: *Lex est commune praeceptum, virorum prudentium consultum, delictorum quae sponte vel ignorantia contrahuntur coercitio, communis reipublicae sponsio*<sup>7</sup>.

A escrita seria um elemento factual e não substancial. O Direito dito escrito nascia de um acto de entidade concreta e identificada – o magistrado e a assembleia, o imperador, o senado, o pretor, o jurisconsulto – e registava-se por escrito, enquanto o Direito não escrito brotava de origem anónima e difusa e era sedimentado pelo tempo.

Da conhecida passagem do *Digesto*: *Quod principi placuit, legis habet vigorem*, podia retirar-se que uma vontade formada do príncipe bastava para que existisse uma lei válida a ser cumprida, irrelevando a forma pela qual a mesma vontade se manifestasse: oral ou escrita. O texto, isoladamente, legitima esta interpretação. A sua localização no *Digesto* e o contexto jurídico-político em que o *Corpus* foi elaborado corroboram-na. Ora, os juristas medievais conheciam pouco o contexto

---

<sup>3</sup> Designação que a compilação justinianeia recebeu na Idade Média, com os glosadores. Sobre a elaboração do *Corpus*, vide SILVA, Nuno Espinosa Gomes da – *Lições de Direito Romano*. Lisboa: Centro de Publicações da Universidade Católica Portuguesa, 2001, pp. 226 e ss.

<sup>4</sup> *Institutas* 1, 2, 3. Também *Digesto*, 1, 1, 6.

<sup>5</sup> *Institutas* 1, 2, 9.

<sup>6</sup> CORTESI, Ennio – *La norma giuridica – Spunti teorici nel Diritto Comune classico* II. Milano: Giuffrè, 1964, nota 117, p 359.

<sup>7</sup> *Digesto* 1, 3, 1.

e, sobre o texto, pairava a convicção de ter sido inspirado por Deus, de as normas do *Corpus* estarem insufladas da verdade divina<sup>8</sup>.

A formulação do princípio *Quod principi placuit, legis habet vigorem* fora extraída, pelos compiladores justinianeus do livro primeiro das *Instituições* de Ulpiano. A sua enunciação aparece, no *Digesto*: *Quod principi placuit, legis habet vigorem: utpote cum lege regia, quae de imperio eius lata est, populus ei et in eum omne suum imperium et potestatem conferat*<sup>9</sup>. E também, nas *Institutas*: *Sed et quod principi placuit, legis habet vigorem, cum lege regia, quae de imperio eius lata est, populus ei et in eum omne suum imperium et potestatem «concessit». quodcumque igitur imperator per epistulam constituit vel cognoscens decrevit vel edicto praecepit, legem esse constat: haec sunt, quae constitutiones appellantur*<sup>10</sup>.

As passagens transcritas são originárias da época do Principado, na qual o povo, pela *Lex de Imperio* conferia todos os poderes ao imperador, inclusive o poder legislativo. Ao tempo da elaboração do *Digesto*, o poder do imperador intensificara-se no chamado *Dominatus* ou Monarquia Absoluta.

Gero Dolezalek afirma então que duvidar da acidentalidade da escrita, se traduzia em questionar o princípio *quod principi placuit legem habet vigorem*, decorrente do ilimitado poder do legislador, e, portanto, inerentemente, pôr em causa essa mesma ilimitação: “Envisagé ainsi, contester la validité de la loi orale, c’est discuter le pouvoir du législateur en question. Car si le législateur est tenu selon le droit commun d’observer une certaine procédure dans sa législation, cela constitue à l’évidence une restriction de ses pouvoirs.”<sup>11</sup> Exigir a redacção da lei seria limitar o poder do legislador, impondo-lhe um procedimento.

<sup>8</sup> A propósito do Humanismo, Cortese acentua esta perspectiva que os juristas medievais tinham do *Corpus*: “Naturalmente la critica filologica e la storicizzazione delle *leges* che furono intraprese dal cultismo francese scalarono quanto restava dell’antica venerazione per Giustiniano. Nessuno pretese più che le sue leggi fossero ispirate da Dio, come avevano ripetuto glossatori e commentatori, né ch’esse portassero seco un che della verità divina. Tutti sapevano al contrario ch’erano prodotti umani confezionati da uomini fallibili, e ne notarono e lamentarono i difetti.” *Le grandi linee della storia giuridica medievale*. Roma: Il Cigno Edizioni, 2000, pp. 409, 410.

<sup>9</sup> *Digesto* 1, 4, 1.

<sup>10</sup> *Institutas* 1, 2, 6.

<sup>11</sup> DOLEZALEK, Gero – *Scriptura non est de substantia legis – A propos d’une décision de la Rote Romaine, de l’an 1378 environ*. In *Diritto Comune e Diritti locali nella storia dell’Europa*. Milano: Dott. A. Giuffrè – Editore, 1980, p. 53.

Esta conclusão pressupõe um pensamento jurídico assente na ideia de que existe um *poder legislativo* que é *poder político* e está, conseqüentemente, na titularidade da pessoa do governante. Tal ideia, enraizada no tempo do Império romano tardio, falta no pensamento jurídico caracteristicamente medieval e só virá depois a renascer, na proximidade da Idade Moderna.

Assim, no que respeita ao problema da essencialidade da escrita, o princípio instalado no pensamento medieval era aquele que vem traçado na decisão da Rota Romana de cerca de 1378, que Dolezalek analisa: *Constitutio sive statutum canonicorum sive capituli potest probari per testes: quia scriptura non est de esse sive substantia legis vel constitutionis*<sup>12</sup>.

Era válida e aplicável uma lei não escrita e a sua existência podia provar-se por testemunhas, o que fazia pleno sentido num cenário mental em que o Direito, enquanto ordenação do agir humano, estava *a priori*, divinamente estabelecido e a realização de Justiça se encontrava a cargo de Deus. O Homem não criava Direito no sentido próprio de criar, explicitava, complementava, desenvolvia. Todos os *agentes jurídicos* eram intérpretes<sup>13</sup>, não de textos normativos, mas dos desígnios divinos e por isso, Vincenzo Piano Mortari afirma que o jurista “si considerava sacerdos, nella consapevolezza che il diritto traeva i suoi principi ispiratori ed informatori supremi da una fonte divina. Vero giurista era ritenuto solamente colui che fosse consapevole dei valori eterni intrinseci alle norme positive: colui che se rendesse conto delle loro cause supreme (...)”<sup>14</sup>.

Nesta linha de pensamento, o único elemento essencial da lei era a valoração divina que continha, tudo o mais seria accidental.

Os Glosadores, que fizeram a primeira análise do *Corpus Iuris Civilis*, referiram-se a *lei escrita* e a *lei não escrita*, mas, como entende Ennio Cortese, tais referências “sono tuttavia ben lungi dal prospettare una incidenza sostanziale, sul concetto di legge, della scriptura”<sup>15</sup>. Para os Glosadores não seria da essência da lei ser escrita, porque a substância

---

<sup>12</sup> *Ibidem*, pp. 51 e ss.

<sup>13</sup> GROSSI – *L'ordine*, pp. 14, 15: “È soprattutto un interprete il rozzo ma sensibile notaio altomedievale; è soprattutto un interprete il principe redattore di complessi normativi, è soprattutto un interprete lo scienziato tardomedievale costruttore di ardite architetture sapienziali.”

<sup>14</sup> MORTARI, Vincenzo Piano – *Ricerche sulla teoria dell'interpretazione del Diritto nel secolo XVI- I Le premesse*. Milano: Dott. A. Giuffrè – Editore, 1956. p. 27.

<sup>15</sup> CORTESE – *La norma*, p. 354, nota 116.

da norma era a sua *ratio* intrínseca divinamente fundada, não qualquer factor extrínseco.

Entre os juristas que elaboraram o *Corpus* e os Glosadores que o estudaram minuciosamente, medeiam mais de cinco séculos que explicam uma distinta justificação para a mesma solução de não essencialidade da escrita.

Os Comentadores ainda laboraram sobre o pano de fundo dos seus antecessores, mas novas construções teóricas jurídico-políticas começavam a esboçar-se, as quais levaram a pôr em causa a acidentalidade da escrita, ainda que não para defender peremptoriamente a sua essencialidade, na medida em que uma lei oral seria válida. Contudo, para a Escola dos Comentadores que desenvolvera a noção de *causa finalis legis*<sup>16</sup>, de que a lei tinha uma razão de ser finalística, de que na lei a essência era incindível da realização de um fim, impõe-se a percepção de que a lei oral fica reduzida na sua cognoscibilidade, o que compromete o cumprimento da mesma pelos seus destinatários, e, por conseguinte, a sua eficácia. Pareceu então claro que a lei tinha uma *essência-função*, que uma lei válida mas sem eficácia perdia o sentido.

Já no século XVI, no ambiente de pensamento político absolutista, a doutrina reverteu à acidentalidade da escrita, pelo princípio *Quod principi placuit legis habet vigorem*, na sua máxima extensão.

Se toda a questão da lei escrita navega na *construção* teórica do Estado absoluto moderno, do poder político forte e centralizado numa entidade abstracta, também se pode prender a uma *desconstrução*, ao desfalecer da confiança na ordem imutável e nas suas leis eternas.

Léopold Genicot explica a mutação do pensamento sobre a essencialidade da escrita através de uma perspectiva socioeconómica. O florescimento urbano iniciado no século XI promovera a passagem de uma sociedade constituída por núcleos rudimentares, fechados e trêmulos, quase estáticos, regidos pelo ciclo da produção agrícola, para outra, aberta, efeverscente e complexa, com os seus fluxos comerciais. Passagem que se consolidou no século XIII.

O primeiro tipo de sociedade favorecia a ideia de leis eternas e imutáveis, “le droit est immuable. Il traduit un ordre éternel (...). En rigueur, il ne se crée pas, il se ‘trouve’. Ou se retrouve: légiférer au haut mōyen age, c’est renovare, reformare, au maximum emendare (...). Le pouvoir

---

<sup>16</sup> CORTESE – ENNIO – *Tra glossa, commento e umanesimo*. In *Scritti*, tomo II. Spoleto: Centro Italiano de Studi sull’Alto Medioevo, 1999.

est au service de ce droit. Il a perdu sa prérogative classique de condere leges<sup>17</sup>.

O segundo tipo adequava-se mais à lei positiva e contingente.

Para Genicot, o dinamismo e mudança, o recuo da ideia de ordem eterna e imutável com a percepção de que as estruturas se alteram, ditaram a necessidade de passar as leis a escrito: “Dernière répercussion en notre domaine du dynamisme de l’Occident au coeur du moyen âge: puisque les choses se transforment, elles risquent toujours de s’altérer, se gauchir, s’oublier et, dans le droit comme ailleurs, l’écrit est une des meilleures armes contre ses menaces. La *lex scripta* est plus sûre que la *lex non scripta*.”<sup>18</sup>

A crença num direito eterno e imutável era favorecida pela exiguidade insular dos núcleos sociais onde a lei não precisava de se escrever para ser conhecida, não precisava das potencialidades de eficácia e de segurança que a escrita tinha.

A complexificação social que se fez sentir, mais densamente, a partir do século XIII, causou a erosão da confiança numa ordem imutável. Mais tarde, a literatura renascentista veio espelhar nitidamente a desiludida e funda convicção contrária: a única certeza é que tudo muda. O jurista português Duarte Nunes do Leão, na segunda metade do século XVI, ao dedicar a Coleção de Leis, por ele compilada, ao rei D. Sebastião, escreveu: “Per tal ordem fabricou Deos o mundo, e assi dispôs as cousas delle, que em todas ellas houvesse hua perpetua mudança e variedade.”<sup>19</sup>

Se tudo muda, também mudam as leis e para que ao menos sejam conhecidas e cumpridas no tempo em que vigoram, seria necessário escrevê-las.

No entanto, surge esta explicação demasiado genérica para questão tão específica, que foi discutida *ex professo* por inúmeros juristas<sup>20</sup>, num

---

<sup>17</sup> GENICOT, Léopold – *La Loi*. In *Typologie de sources du Moyen Âge occidental*, Fasc. 22. Turnhout: Brepols, 1977, p. 19.

<sup>18</sup> Idem, p. 24.

<sup>19</sup> LEÃO, Duarte Nunes do – *Coleção de leis extravagantes e repertório das Ordenações*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1987.

<sup>20</sup> Entre eles, canonistas e legistas: João de Deus (1189/1191?-1267), *Stephanus Polonus* (?-1273/1278?), Jacques de Révigny (1235-1296), Pierre de Belleperche (1250-1308), Guido, *Bispo de Concórdia* (?-1331), Cino de Pistoia (1270-1336), João André (1270-1348), Bártolo (1314-1357), Bartolomeu de Saliceto (?-1379), Baldo (1327?-1400), António de Butrio (1338-1408), Pedro de Ancarano (?-1416), Francisco Zabarella (?-1417), Rafael Fulgosio (1367-1427), Domingos de Santo Geminiano, João de Imola (?-1436), Nicolau de Tedeschi, *Abade Panormitano*, (?-1453), André Barbazza (?-1479),

período de aproximadamente três séculos (entre a segunda metade do século XIII e o século XVI).

O presente trabalho, rendendo-se às dificuldades de acesso e tratamento das fontes, não reproduz, sequer de longe, toda a batalha de argumentos *pro e contra* a essencialidade da escrita, o que priva esta primeira abordagem ao tema do rigor que mereceria.

Partindo de uma evolução geral da doutrina e das tendências argumentativas identificadas por Dolezalek<sup>21</sup>, esforça-se por integrar esta questão no quadro da transição do pensamento jurídico medieval para o pensamento jurídico moderno.

Ao tentar descrever o pensamento jurídico caracteristicamente medieval, e como nele despontaram as raízes do pensamento jurídico moderno, incorre-se num generalismo que, como se admite, fragiliza a análise do tema.

Segundo Nuno Espinosa Gomes da Silva, “em qualquer época, existe o século-substracto, o século-tradição, o século-superfície, o século-inovador: o novo, o diferente, nasce, coabita, vence ou é vencido, funde-se ou não com o tradicional”<sup>22</sup>. E se assim é para qualquer época, mais será para uma que, de acordo com a periodificação tradicional, se estende por mil anos.

Fica o esforço de primeira apresentação de um problema histórico, prevalentemente jurídico, mas com marcada incidência teológica e filosófica: *quaerit, an de essentia legis scriptura requiratur*<sup>23</sup>.

---

Felino Sandeo (1444-1503), Filipe Décio (?-1536/37), João Francisco Sannazario de Ripa (1480-1555). Cf. DOLEZALEK – *Scriptura*, p. 61.

<sup>21</sup> Os juristas escrevendo sempre em latim, latinizavam também os seus nomes. Na actual doutrina portuguesa, os nomes encontram-se, ora traduzidos para português (Bártolo, Baldo, João André...), ora na fórmula latinizada e por vezes no original (como, por exemplo, os franceses Jacques de Révigny e Pierre de Belleperche). Não sem dúvidas, opta-se por mencionar os nomes na tradução portuguesa. Na incerteza quanto à mesma tradução, apresenta-se o original (é o caso dos mencionados Révigny e Belleperche), desconhecendo o original, referem-se na fórmula latinizada (*Stephanus Polonus*).

O único autor conhecido que dedica inteiramente um escrito, ainda que muito breve, ao tema.

<sup>22</sup> SILVA, Nuno Espinosa Gomes da – *Humanismo e Direito em Portugal no século XVI*. Lisboa: 1964, p. 18.

<sup>23</sup> Na formulação de Filipe Décio – *Super Decretalibus*. Lugduni, 1551, *De Constitutionibus, prima lectura, tertio et ultimo*.

## I. A Essência da Lei e a Escrita no Direito Romano

Posto que a questão da *scriptura* se liga à configuração do poder legislativo e os textos jurídicos a partir dos quais os juristas medievais trataram a mesma questão eram textos romanos, assentes numa determinada concepção do poder legislativo, não poderá deixar de se abordar essa concepção.

Nos tempos do Principado, ao *Princeps*, primeiro entre os cidadãos, era atribuído o poder de criar Direito. Atribuíam-lho o Senado e o povo por via da *Lex de Imperio*<sup>24</sup>. A *Lex de Imperio*, um *senatus consultum* seguido de aprovação popular, constituía o “acto complexo de investidura”<sup>25</sup> que legitimava cada novo *Princeps*. Assim o declara Gaio, ao definir a *constitutio principis* como o que o imperador constitui por meio de decreto, edicto ou epistula e que tem força de lei, *legis uicem optineat*<sup>26</sup>, porque o príncipe recebe o poder por meio da lei, *per legem imperium accipiat*.

Igualmente, e com clareza, assim determinava Ulpiano no já referido passo das suas *Instituições*, depois reproduzido no *Digesto* e nas *Institutas* de Justiniano: *Quod principi placuit, legis habet vigorem: utpote cum lege regia, quae de imperio eius lata est, populus ei et in eum omne suum imperium et potestatem conferat*<sup>27</sup>.

No único texto de *Lex de Imperio* conhecido, o da *Lex de Imperio* de Vespasiano estatui-se que todos os actos do príncipe sejam legítimos e confirmados, como se fossem praticados por ordem do povo, *iusta rataque sint ac si populi plebisve iussu acta essent*<sup>28</sup>.

Tal como o príncipe, devido ao poder que o povo lhe concedia, era um *primus inter pares*, também a *constitutio principis* era uma entre as Fontes de Direito. As Fontes eram *lex*, *plebiscita*, *senatusconsulta*, *principum placita*, *magistratum edicta*, *prudentium responsa*<sup>29</sup>.

A expansão desmedida do Império romano foi acompanhada de um progressivo alargamento do poder do Imperador. No século III, a eleição pelo exército substituiu a *Lex de Imperio* aprovada pelo povo. Com Aureliano (270-275), o imperador tornou-se *dominus et deus*, o seu poder

<sup>24</sup> SILVA – *Lições de Direito Romano*, p. 146.

<sup>25</sup> CERAMI, P. – *Il Principato*. In CERAMI, P. (et al.) – *Storia del Diritto Romano*, Catania: 1994, p. 204. Apud SILVA – *Lições de Direito Romano*, p. 74.

<sup>26</sup> Gaio, *Institutas*, 1.5. Apud SILVA – *Lições de Direito Romano*, p. 144.

<sup>27</sup> *Digesto*, 1, 4, 1, *Institutas*, 1, 2, 6. Passagens já reproduzidas.

<sup>28</sup> SILVA – *Lições de Direito Romano*, p. 147.

<sup>29</sup> *Digesto* 1, 1, 7; *Institutas*, 1, 2, 3.

revestiu-se de legitimidade divina. Diocleciano introduziu o manto de púrpura<sup>30</sup>. Constantino reunificou geográfica e religiosamente o império. O facto de ter presidido o Concílio de Niceia<sup>31</sup>, em 325, implicava “senão mesmo que o imperador era também chefe supremo da igreja, uma espécie de sua alta tutoria, que reforçava ulteriormente o poder imperial”<sup>32</sup>.

Neste contexto o poder absolutiza-se, desprende-se de qualquer limite, inclusive do respeito pelas leis<sup>33</sup>, por via da máxima *princeps legibus solutus*, presente no *Digesto*<sup>34</sup> e nas *Institutas*<sup>35</sup>.

Na constituição *Digna Vox* de Teodósio II, datada de 429<sup>36</sup>, o imperador declara: *Digna vox maiestate regnantis legibus alligatum se principem profiteri: adeo de auctoritate iuris nostra pendet auctoritas, et re vera maius imperio est submittere legibus principatum, et oraculo praesentis edicti, quod nobis licere non patimur iudicamus.*

O imperador não tinha de se submeter às leis, mas era louvável se o fizesse. Estava em causa uma obrigação *moral* e não uma obrigação jurídica<sup>37</sup>.

A partir do século IV, período designado por período do Baixo-Império, as constituições imperiais impor-se-ão como Fonte de Direito, merecendo o título de *leges*, por contraposição com *iura*.

<sup>30</sup> “Depois do fim da dinastia dos Severos, deixou-se cair qualquer ficção republicana. O imperador foi sempre mais entendido como chefe militar, e o papel do exército na sua eleição tomou-se determinante, substituindo também formalmente o povo com a sua *lex de imperio*. Após uma consulta entre generais, as tropas eram chamadas a aclamar o imperador designado, a quem eram conferidos o diadema e o manto de púrpura: com isto, entendia-se que o imperador tinha sido «legitimamente nomeado». O consenso do Senado intervinha, em geral, apenas num segundo momento e, às vezes, nem houve o cuidado de o pedir (...)” GILBERTI, Giuseppe – *Elementi di Storia del Diritto Romano*. Turim: 1994, p. 273, 274. Apud SILVA – *Lições de Direito Romano*, p. 81.

<sup>31</sup> Neste Concílio ficaram definidos os aspectos essenciais do credo católico. O catolicismo niceno-apostólico foi elevado a religião oficial, obrigatória para todos os habitantes do Império por Teodósio II, em 380. CORTESE – *Le grandi linee*, p. 31.

<sup>32</sup> METRO, Antonino – *Instituzioni e ordinamento di Roma nell’età del dominato*. In CERAMI, P. (et al.) – *Storia*, p. 285. Apud SILVA – *Lições de Direito Romano*, p. 84.

<sup>33</sup> CORTESE – *Le grandi linee*, p. 16.

<sup>34</sup> *Digesto* 1, 3, 31.

<sup>35</sup> *Institutas* 2, 17, 8.

<sup>36</sup> *Código*, 1, 14, 4.

<sup>37</sup> “Teodosio II in pieno dominato, nella sua celeberrima costituzione *Digna vox* del 429, aveva dichiarato ad alta voce, seppur con una punta di demagogia, ch’era bene il re regnante si «professasse» vincolato dalle leggi. Per la verità – non si può fare a meno di osservare – non aveva detto affatto di essere obbligato a osservarle, ma solo ch’era cosa lodevole per lui di protestare la propria obbedienza all’ordinamento: una dichiarazione, insomma, di buona volontà.” CORTESE – *Le grandi linee*, p. 16.

Embora André Magdelain aponte, nos tempos arcaicos da Monarquia romana e nos tempos da República, duas características unificadoras do conceito de lei: o estilo imperativo e a proclamação solene<sup>38</sup>, os romanos não consideraram um conceito uniforme de lei antes do consolidar do Principado.

Sob a denominação de *iura* reuniam-se então as Fontes de Direito de origem mais particular e concreta, os princípios para aplicação prática extraídos dos Editos dos pretores e das obras dos jurisconsultos<sup>39</sup>.

Se, como afirma Cortese, a partir de Constantino, cresceu a presença do monarca na produção da lei, ninguém sonhou interromper formalmente a tradição dos gloriosos *iura*, contudo, estes eram a parte do ordenamento em ocaso face ao predomínio das *leges*, comandos do monarca onnipotente<sup>40</sup>.

A evolução, aqui sinopticamente traçada, consumir-se-á com Justiniano (482-565). Em 536, quatro anos após quase ter abandonado o poder, no desenrolar da revolta Nika<sup>41</sup>, Justiniano emite a Novela que declara

---

<sup>38</sup> MAGDELAIN, André – *La loi à Rome – Histoire d'un concept*. Collection d'études latines, Série Scientifique. Paris: Societé d'Édition "Les Belles Letres", Fasc. XXXIV (1978), p. 66: "A Rome la *lex* est multiforme: *lex* du *foedus*, *lex dicta* du magistrat sans vote comitial, XII tables, lesquelles ne furent pas approuvées par le peuple, *lex publica* votée par le peuple, *lex data* imposée unilatéralement par Rome à certaines communautés urbaines et aux provinces, *lex dicta* du propriétaire foncier en vue de la vente et du louage, *lex collegii*. Le mot *lex* est commun à tous ces documents de portée fort différente, parce qu'ils sont tous rédigés à l'impératif.»

<sup>39</sup> "Gli *iura* – è appena il caso di ricordare – erano non leggi ma principi idonei all'applicazione nella prassi tolti sia dagli Editti pretorii, sia dalle opere di giureconsulti; i pareri di questi ultimi, quando il principe li avesse autorizzati a darli (conferendo loro il *ius respondendi*) ed essi fossero risultati concordi su una tesi, avrebbero avuto per i giudici: quanto dice Gaio, la stessa efficacia della legge." CORTESE – *Le grandi linee*, p. 17. Vide também CRUZ, Sebastião – *Direito Romano*. Coimbra: 1984, pp. 216 e 275.

<sup>40</sup> CORTESE – *Le grandi linee*, pp. 17 e 21.

<sup>41</sup> A revolta Nika (venci) uniu contra Justiniano as duas facções político-económicas (que eram também rivais desportivas) de então: os *Verdes*, representantes da burguesia comercial, que reivindicavam os direitos dinásticos dos nepotes e se inclinavam para a heresia monofisita; e os *Azuis* porta-vozes dos latifundiários, apoiantes do Imperador e católicos ortodoxos. Após violenta repressão de uma insurreição desencadeada pelos *Verdes* no hipódromo, os *Azuis* uniram-se à revolta que se transformou em protesto contra as novas leis fiscais e seus responsáveis: João de Capadócia e Triboniano. A destituição de ambos não serenou a agitação que evoluiu para a destituição do próprio Justiniano, seguida da aclamação de Ipácio. Deparando-se com o palácio de Constantinopla em chamas, Justiniano decidiu fugir, o que não aconteceu por intervenção da Imperatriz Teodora. Teodora encarregou algumas tropas de porem termo à insurreição e seguiu-se

o imperador *lex animata*, visto ter-lhe Deus submetido as leis<sup>42</sup>. Este hipertrofiar do poder legislativo veio acrescer à já implantada unificação última das Fontes de Direito. De facto, a promulgação do *Digesto* operara a transformação dos *iura* em *leges*.

As *leges* apareciam como veículo de imposição ao imenso império da vontade de um *dominus*, cujo poder legislativo era ilimitado. Cortese conclui que a máxima *Quod principi placuit* se torna perigosa<sup>43</sup>. Esvaíra-se de todo o sentido a última parte da passagem de Ulpiano, quanto à primeira, injectada de absolutismo, determinava a ilimitação do poder legislativo e, portanto, dispensava de quaisquer exigências a manifestação da vontade legislativa. Conforme a vontade do *imperator-deus*, a lei seria escrita ou ficaria por escrever.

## II. A Essência da Lei e a Escrita no Pensamento Jurídico Medieval

### 1. Antes do Renascimento do Direito Romano<sup>44</sup>

O Império Romano do Ocidente caíra em 476. Desde então, iniciou-se o movimento de formação dos reinos bárbaros. O Ocidente não conheceu os desenvolvimentos justinianeus do *Dominatus*. Mesmo a Itália, que

---

o massacre dos revoltosos. Esta revolta levou Justiniano a intensificar a *absolutização* do poder. Para uma narração mais pormenorizada, *vide* CORTESI – *Le grandi linee*, p. 69.

<sup>42</sup> Nov. 105.2.4.

<sup>43</sup> CORTESI – *Le grandi linee*, p. 16.

<sup>44</sup> Abrangendo tradicionalmente o período *Idade Média* cerca de mil anos, existem diversas formas de o subperiodificar. Muitas tomam como linha divisória base o século XI, em que cessaram as últimas invasões; começaram a desenvolver-se as cidades; e se deu a reforma gregoriana da Igreja, sendo a mais conhecida, aquela que subdivide em Alta e Baixa-Idade Média. Marc Bloch, em *A Sociedade Feudal*. Lisboa: Edições 70, 1998, refere-se a duas idades feudais, a segunda a partir do século XI, cujas transformações foram possibilitadas pelo cessar das últimas invasões – muçulmanas, húngaras e normandas. Jacques Le Goff, *Em Busca da Idade Média*. Lisboa: Teorema, 2004, apresenta uma subperiodificação muito interessante, com base na evolução da escrita e seus instrumentos. “A generalização do *codex* (o nosso livro, com páginas e cadernos) marca uma transição. O livro-*codex* seria uma forma bastante boa de situar o nascimento da Idade Média, a partir do fim do século IV.”, p. 28. A introdução de uma letra minúscula uniformizada, no tempo de Carlos Magno, e por isso chamada *carolina*, marcaria o início de outra fase. Durante os séculos XII e XIII “a escrita torna-se irregular, personalizada, com um sistema de abreviaturas. (...) É o tempo da *cursiva*”, p. 29. No respeitante ao Direito, o século XI também serve de base divisória, por nele se ter iniciado, a partir de Bolonha, o movimento de Renascimento do Direito Romano. Cortese em *Le grandi linee* fala em período pré-imeriano e imeriano.

Justiniano reconquistara aos Ostrogodos foi invadida pelos Lombardos poucos anos após a morte do Imperador. A sua obra jurídica, durante os dois séculos de dominação lombarda, sofreu muitas adulterações e a própria noção da sua existência, com a unidade e a extensão que tinha, desapareceu<sup>45</sup>.

Assim, “um poder centralizado até ao último ponto, o do Império, desmorona-se no decurso do século v. Na confusão que se segue, os poderes locais manifestam-se (...) o poder concentrado num lugar preciso, expressão de uma vontade determinada já não existe”<sup>46</sup>. Devido ao seu nomadismo originário, os povos germânicos que se foram fixando no ocidente, tinham uma concepção personalística do direito, que se continuou a manifestar depois da sua sedentarização<sup>47</sup>. O Direito estava ligado a pessoas, não a territórios (o que à partida afasta a concepção germânica da ideia moderna de Estado, a qual implica a fixação territorial e vigência das normas nesse território)<sup>48</sup>.

“De acordo com as concepções destes povos (germânicos), o direito não é uma criação dos reis, é algo que está inserido na ordem natural. O rei deve *observar* o direito e não *criá-lo*. É o *rei-juiz* e não o *rei-legislador*. Por isso, também a intervenção na fixação do direito pertencia, primeiramente, às assembleias populares<sup>49</sup>, só gradualmente, surgindo o

---

<sup>45</sup> “L’ultima notizia che si abbia della effettiva conoscenza del Digesto è del 603, a un solo cinquantennio di distanza dalla *Pragmatica sanctio* che l’aveva promulgato per l’Italia.” CORTESI – *Le Grandi Linee*, p. 143.

<sup>46</sup> PÉRNOUD, Régine – *O Mito da Idade Média*. Mem-Martins: Publicações Europa-América, pp. 58 e 61.

<sup>47</sup> Para desenvolvimentos sobre a questão da territorialidade ou personalidade do Direito visigodo, *vide* SILVA, Nuno Espinosa Gomes da – *História do Direito Português – Fontes de Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011, pp. 81 e ss.

<sup>48</sup> Também Francesco Calasso em *Introduzione al Diritto Comune*. Milano: Dott. A. Giuffrè – Editore, 1951, p. 39, acentua este aspecto.

<sup>49</sup> A intervenção do povo na fixação do Direito é considerada por Cortesi como um *falso mito*. Analisa o Edito de Rotário, do século VII que, segundo opinião maioritária, teria tido aprovação popular, manifestada através de *gairéthinx*. *Gairéthinx* podia ter o significado de assembleia, mas também de bem ou coisa. Dessa análise, Cortesi conclui: “Basta guardare al linguaggio da *legislator* che usa sempre Rotari, dando precetti in prima persona e con autorità – «ita decernimus» «ita previdimus» «hoc iubemus» –, per comprendere ch’egli faceva discendere l’efficacia vincolante dell’Editto dalla propria autorità e non dall’approvazione popolare.” Todavia, prossegue o mesmo Autor: “L’idea dell’approvazione popolare è piaciuta anche perché essa sembrava corroborare quella concezione pattizia della norma – scaturita cioè da un accordo tra re e popolo – che gli storici continuano a descrivere come originaria del mondo germanico, quindi professata

rei. Mas tal intervenção régia é, sempre, considerada como clarificação ou interpretação da ordem consuetudinária preexistente, e não como actividade inovadora.”<sup>50</sup>

Não existiria, pois, na *jurisvidência* germânica a ideia de *poder legislativo*, enquanto poder político, na titularidade de um homem ou conjunto de homens, que os dotasse da faculdade de criar Direito.

Os povos germânicos também não tinham um aparelho judicial coactivo central<sup>51</sup>. Para eliminar a autotutela, a *vindicta* privada, chamada *faida*, típica dos tempos nómadas, ameaça terrível à ordem que tornava impossível a conservação de uma sociedade sedentária<sup>52</sup>, alicerçou-se o Direito Penal nas *compositiones*, quantias em dinheiro pagas aos lesados, definidas em leis que surgiam de pacto entre governantes e povo, para salvaguarda da paz<sup>53</sup>.

O processo judiciário germânico era puramente bilateral, nele o juiz não representava o interesse público, nem julgava o mérito da causa, limitava-se a verificar a regularidade das *provas* e a declarar o seu êxito. As *provas* eram-no mais no sentido de *provações* que as partes deviam enfrentar, do que no sentido de elementos *comprobativos* da *veritas rei*. A finalidade do processo cumpria-se com a satisfação do autor ou a liberação do imputado, consoante o resultado da *prova* e não com uma decisão justa<sup>54</sup>.

---

*ab antiquo*, e non soltanto al tempo delle sue manifestazioni tardo-carolingie.” *Le grandi linee*, pp. 86 e 87.

<sup>50</sup> SILVA – *Lições de História do Pensamento Jurídico*. Lisboa: Centro de Publicações da Universidade Católica Portuguesa, 2002, pp. 76 e 77.

<sup>51</sup> *Ibidem*, p.78.

<sup>52</sup> CORTESE, Ennio – *Il Processo Longobardo tra Romanità e Germanismo*. In *Scritti*, Tomo II, p. 629.

<sup>53</sup> Cortese admite a *aprovação popular* destas leis, considerando-a circunscrita a elas, e ligada ao objectivo de evitar a *faida*: *Le grandi linee*, p. 87.

<sup>54</sup> “Il processo, sostanzialmente identico nelle cause civili e in quelle penali, si riduceva quindi a una sorta di gara ludica, e l’ufficio del giudice era di dirigerla secondo le regole stabilite dal diritto e poi di proclamare chi aveva vinto e chi aveva perso. Non doveva accertare la «verità», né stabilire chi avesse ragione e chi avesse torto, perché questo non aveva rilevanza. Il principio accettato era che il convenuto o imputato, se superava la prova, si riteneva liberato dalle pretese dell’attore nelle cause civili e «purificato» o «purgato» dalla colpa in quelle penali. Se invece – soccombeva era tenuto a obbligarsi con *wadia* a soddisfare la controparte, aprendo così la strada, nel caso d’inadempienza, a una *pigneratio* privata. Di procedimento esecutivo pubblico, naturalmente, neppure si parlava.” CORTESE – *Le grandi linee*, pp. 103, 104.

O processo foi-se romanizando e tendendo para a descoberta da verdade através de testemunhas e mesmo de documentos<sup>55</sup> mas, tipicamente, a *prova* consistia em as partes reunirem pessoas credíveis para jurar em seu favor. Quando não era possível reunir o número de pessoas necessárias, quando não havia testemunhas ou sequer um acusador concreto, os imputados eram sujeitos a uma prova fisicamente penosa: imersão da mão num caldeirão de água fervente; percurso de uma distância considerável sobre relhas de arado incandescentes ou transportando na mão um ferro em brasa; submersão na água por tempo sobre-humano; luta em duelo. Tratava-se dos ordálios<sup>56</sup>. Os ordálios assentavam no pressuposto de que Deus intervinha na prova e o resultado da mesma identificava-se com a Sua pronúncia pela culpabilidade ou inocência. Deus impediria que o fogo queimasse inocentes ou faria sarar as suas queimaduras num espaço de tempo curto, não permitiria o seu afogamento, ou dar-lhes-ia a vitória em combate.

Os ordálios relacionavam-se normalmente com um dos quatro elementos, sobre os quais Deus agiria contrariando ou impedindo os normais efeitos ou, com um quinto elemento, no caso do duelo – o sangue<sup>57</sup>, cujo derramamento Deus impediria em inocentes.

A prática germânica<sup>58</sup> e inicialmente pagã<sup>59</sup> dos ordálios manteve-se sob adopção cristã até ao século XIII. Releva neste trabalho, pois acentua

---

<sup>55</sup> A introdução da prova testemunhal e documental já seria demonstrativa de alguma sensibilidade à *veritas rei*. CORTESE – *Le grandi linee*, p. 106 e também *Il processo*, p. 647.

<sup>56</sup> “The ordeal was a device for dealing with situations in which certain knowledge was impossible, but uncertainty was intolerable.” BARTELETT, Robert – *Trial by Fire and Water – The Medieval Judicial Ordeal*. Oxford: Clarendon Press, 1986, pp. 29 e 33.

<sup>57</sup> O fogo estava presente no aquecimento da água e dos ferros ou mesmo directamente, no caso de a prova consistir no atravessamento de uma fogueira. Água quente era utilizada na prova do caldeirão e água fria na submersão. O ar subjazia à submersão e a terra aos ordálios que exigiam que se caminhasse. BARTELETT – *Trial*, p. 116. Praticaram-se também ordálios que não consistiam numa prova penosa. São exemplos o ordálio das velas e o ordálio do pão benzido. O último exigia a deglutição de uma porção de pão benzido. BARTELETT – *Trial*, p. 160. O ordálio das velas terá sido praticado circunscritamente, na região de Navarra. As partes na presença dos fiéis acendiam duas velas no altar da Igreja, com idêntico peso e consistência. O processo seria perdido pela parte cuja vela se consumisse primeiro. SILVA – *Lições de História do Pensamento Jurídico*, p. 91.

<sup>58</sup> Os ordálios de água e de fogo têm origem franca, enquanto o *duelo-ordálio* era prática de muitos povos germânicos: Burgúndios, Lombardos, Alamanos, Bávaros, Turingios, Frisões e Saxões. BARTELETT – *Trial*, p. 103.

<sup>59</sup> Já aparecem na Lei Sálca, de cerca de 510, quando os francos ainda eram pagãos. BARTELETT – *Trial*, p. 154

a caracterização da mentalidade medieval como mentalidade assente não só na imanência do Direito, mas igualmente na imanência da realização da Justiça.

Certos autores entendem que a crença na imanência da Justiça seria débil nos primeiros tempos medievais e o que os germânicos pretenderiam com os ordálios seria promover limites e controlo da *faida*<sup>60</sup>; outros que teria declinado no século XIII, justificando o desaparecimento dos ordálios.

Na realidade sempre estiveram latentes dúvidas sobre os ordálios<sup>61</sup>. A sua prática foi reprovada pela Igreja, no século XIII, nomeadamente pelo Concílio de Latrão de 1215, no qual se proibiu a participação de clérigos nestas provas, benzendo a água ou os ferros em brasa; e pelas Decretais de Gregório IX que proibiram o ordálio do ferro em brasa. As dúvidas e reprovações não residiam no cepticismo em relação à justiça imanente e sim na falta de fundamento teológico e bíblico do ordálio. Deus não o instituiu, nem fora introduzido pelos Santos. Os julgamentos de Deus eram secretos e impenetráveis<sup>62</sup>.

---

<sup>60</sup> É a posição de Cortese, especialmente em relação ao duelo, cujo carácter ordálico seria acessório. Rotário não permite duelos para decidir o estado de filho legítimo, ou para provar o uxoricídio, casos onde Deus poderia intervir para estabelecer a verdade. O duelo, nestes casos, facilmente provocaria o que em geral a sua prática pretendia evitar: a contenda envolvendo núcleos familiares inteiros e destruindo a paz social que se pretendia conservar. CORTESI – *Il Processo*, pp. 631, 632.

“I re Longobardi si fidarono poco degli interventi soprannaturali nel duello. Liutprando non vi scorgeva alcuna manifestazione di un *iudicium Dei*. Aveva visto tante volte soccombere chi con tutta evidenza aveva ragione da desiderare di abolire il duello giudiziario (Liut. 118 -117-, a. 731): se non ne aveva fatto nulla era per via dell’ostinazione del suo popolo, che si era dimostrato ben deciso a non rinunciare a quella cara abitudine ancestrale.” CORTESI – *Le grandi linee*, p. 105.

<sup>61</sup> Já no século IX, Agobardo, Bispo de Lyons, escreveu o *Liber contra iudicium Dei*. BARTELETT – *Trial*, pp. 72 e 73.

<sup>62</sup> *Ibidem*, p. 81. Para justificar a condenação de inocentes e a absolvição de culpados, dizia-se que os primeiros haviam sido condenados pela prática de outros actos censuráveis e, aos segundos, Deus mostrara misericórdia por outras razões. O recurso frequente a estas alegações provocou a erosão da função do ordálio, que era revelar um facto específico: “For the ordeal was intended to reveal a specific fact; it was designed to deal with specific allegations when other evidence or proof was lacking. This judicial function was diluted by the belief that God might be using the ordeal to show mercy, justify the good at heart, or punish the sinner regardless of whether he happened to be guilty in the case at issue. (...) To be judicially useful, the ordeal had to work every time. It could thus not be an unguaranteed, undemanded act God.” *Idem*, p. 88. A confissão (teorizada no século XII) enfraqueceu o ordálio, porque se o acusado tivesse sido absolvido em confissão, Deus revelaria a sua inocência no ordálio. *Idem*, p. 79.

A crença no Direito e na Justiça imanentes subsistiu durante toda a Idade Média, mas foi especialmente favorecida pelo desmembramento e desenraizamento políticos da época feudal que se seguiu à fixação dos reinos bárbaros no ex-território romano, constantemente ameaçados pelas investidas muçulmanas e viking.

O termo *feudo* que provavelmente deriva de *thiuth*, ou seja, bem móvel, depois virá a significar uso ou usufruto de uma terra e não a sua propriedade, acentuando a instabilidade e precariedade.

Como descreve Paolo Grossi, o poder político carecia de completude e de capacidade global<sup>63</sup>. Também assim caracterizam Régine Pernoud:

“O rei feudal é senhor entre outros senhores; como os outros ele administra o feudo pessoal, no qual ele presta a justiça, defende aqueles que povoam o seu domínio e recebe os foros pagos em produtos agrícolas ou em dinheiro. Fora desse domínio, há o rei, aquele que foi marcado pela santa unção; é o árbitro designado nos conflitos, o suserano dos suseranos, o que assume a defesa do reino e a quem, a esse título, os outros senhores devem auxílio militar (...). Seja qual for a sua autoridade o rei feudal não possui, no entanto, nenhum dos atributos dum poder soberano; ele não pode ditar leis gerais, receber impostos sobre a totalidade do seu reino, nem recrutar um exército.”<sup>64</sup>

e Georges Duby: “O Estado tal como hoje o concebemos não existia. O direito de mandar, de fazer justiça, de proteger, de explorar o povo dispersava-se por uma porção de pequenas células locais.”<sup>65</sup>

A palavra *lex* perde qualquer determinação conceptual podendo significar direitos subjectivos<sup>66</sup> ou costume.

A redução a escrito não era constitutiva de direitos subjectivos, tinha somente eficácia probatória atribuindo *firmitas*, aos actos e negócios jurídicos<sup>67</sup>, tão pouco permitia distinguir lei de costume. A contraposi-

---

<sup>63</sup> O poder era incompleto, “intendendo per incompiutezza la carenza di ogni vocazione totalizzante del potere politico, la sua incapacita di porsi come fatto globale e assorbente di tutte le manifestazioni sociali, il suo realizzarsi nella vicenda storica medievale coprendo solo certe zone dei rapporti intersoggettivi e consentendo su altre – e amplissime – la possibilità di ingerenza di poteri concorrenti”. GROSSI – *L’ordine*, p. 41.

<sup>64</sup> PERNOD – *O mito*, pp. 67 e 68.

<sup>65</sup> DUBY, Georges – *Ano 1000, ano 2000 – No Rasto dos Nossos Medos*. Lisboa: Teorema, 1997, p. 15.

<sup>66</sup> “Il termine *lex* aveva nel Medioevo, come al giorno d’oggi la parola «diritto», una gamma di valori diversi, e in particolare designava sia il diritto oggettivo sia quello soggettivo.” CORTESE – *Le grandi linee*, p. 141.

<sup>67</sup> Cortese invoca uma novela datada do final do século VIII, princípio do século IX (entre 797 e 802), atribuída à imperatriz Irene, que confirma não se requerer a redução a escrito dos negócios jurídicos e o facto de as partes o fazerem não ter qualquer

ção e dialética entre lei e costume, tipicamente romana, contrasta com a tendência germânica de identificar as duas Fontes de Direito<sup>68</sup>.

As primeiras *leis* promulgadas por reis germânicos eram redações de costumes escolhidos. No reino franco, a configuração do poder legislativo do monarca manifestou-se com a proibição de Carlos Magno de que o costume lesasse a utilidade pública e derogasse a lei. Continuando, porém, a designação *lei* a aplicar-se a normas de origem consuetudinária.

Uma definição oficial de 864 apresenta a *lex* como fundada simultaneamente no *consensus populi* e na *constitutio regis*<sup>69</sup>.

O uso indistinto da palavra *lex* correspondia a um sincretismo conceptual, ensinado e divulgado pelas escolas de artes liberais da alta Idade Média e partia de uma unidade substancial coerente com a mentalidade de então. Exemplo paradigmático é Santo Isidoro de Sevilha que diferenciando à maneira romana lei escrita e costume não escrito, assegurava a mesma essência para ambos, a *ratio*: *Lex est constitutio scripta. Mos est vetustate probata consuetudo, sive lex non scripta... Consuetudo autem est ius quoddam moribus institutum, quod pro lege suscipitur cum deficit lex: nec differt scriptura an ratione consistat, quando et legem ratio commendat. Porro si ratione lex constat, lex erit omne iam quod ratione constiterit, dumtaxat quod religioni congruat, quod disciplinae conveniat, quod saluti proficiat*<sup>70</sup>.

Cortese sintetiza:

---

influência na constituição de direitos. Nov. 27, Ed. J. E P. Zepos, Jus Graecoromanum, I, 45-49. Apud CORTESE – *Le grandi linee*, p. 177. “Ma una teoria esposta poco più di un secolo fa da Heinrich Brunner (*Zur Rechtsgesch. der röm. und germ. Urkunden*, Berlin 1880. 62s, anche 8-17), e tutt’oggi seguita, assegna al documento una funzione che, tutto sommato, lo snatura. Gli ha dato infatti un’efficacia, oltre che probatoria, addirittura costitutiva o, come anche si dice, dispositiva di diritti, ne ha fatto cioè una «forma» idonea a generare obbligazioni e a trasferire beni.” “Sicché i sostegni adottati a tenere in piedi la tesi dell’efficacia dispositiva della carta in realtà non reggono, e non regge la tesi. La funzione del documento tutta volta a erogare *firmitas* e stabilità, il fatto che obbligazioni nascessero anche senza carta.” “Inoltre il «mito» del documento, al quale tanti storici sono stati sensibili, non deve far dimenticare che in quei tempi lontani lo circondava un’atmosfera di sospetto. Lo spettro della sua falsità era sempre in agguato; l’aspirazione delle parti era che intervenisse un’auctoritas a corroborarlo, un pubblico potere a renderlo, secondo i noti angoli visuali, «autentico», garantendogli forza, credibilità e quindi idoneità all’erogazione di *firmitas*.” *Le grandi linee*, pp. 190 a 193.

<sup>68</sup> CORTESE, Ennio – *La norma*, p. 393.

<sup>69</sup> Karoli II *Edictum Pistense*, c.6, ed. Boretius e Krause, in MGH, *Capitularia Regnum Francorum*, II, Hannoverae, 1893, 313. Apud CORTESE – *La norma*, p. 395.

<sup>70</sup> ISIDORO DE SEVILHA, Santo – *Etym.*, 5, 3, 2-4. Apud CORTESE – *La norma*, p. 396.

“Le solite Etimologie di Isidoro di Siviglia, che furono libro di testo in queste scuole, separano si formalmente la legge, o «*constitutio scripta*», e il mos o «*lex non scripta*», ma alla fin dei conti vedono nel contenuto etico-religioso e nella conformità al precetto divino la sola fonte del potere vincolante dell’una e dell’altra norma, e la distinzione formale cede così a una riunificazione di sostanza. Non è più un’*auctoritas* politica – quella del regnante o quella del popolo – a conferire l’*auctoritas* a legge e consuetudine, ma è una forza di origine soprannaturale che viene designata con il termine *ratio* pieno di suggestioni per l’anima e per l’intelletto medievali.”<sup>71</sup>

A *scriptura* não era da essência da lei. A essência da lei era a *ratio*, *ratio* ligava-se a Deus e à ordem natural por Ele criada. Ainda nas palavras de Santo Isidoro: *natura dicta ab eo quod nasci aliquid faciat... Hanc quidem Deum esse dixerunt, a quo omnia creata sunt et existunt*<sup>72</sup>.

O pensamento medieval dotou a *natura* e a *aequitas* clássicas de um âmago religioso cristão. *Natura* e *aequitas* identificadas com Deus traçavam a fronteira do lícito e do ilícito, sendo ilícito tudo o que contrariasse a natureza e a equidade, pelo que a definição isidoriana de Direito Natural culminava nesta conclusão: *Nam hoc, aut si quid huic simile est, numquam iniustum, sed naturale equumque habetur*<sup>73</sup>.

A ideia de que o Direito Natural prevalecia sobre o civil era exclusiva da Igreja, para quem a natureza era o próprio Deus e se o Direito Natural se identificava com Deus, nenhuma lei humana o podia derogar. Era medida da justiça da lei humana<sup>74</sup>.

Compreende-se a prevalência do costume, “la consuetudine è infatti la più ‘oggettiva’ tra le fonti; nasce dal basso ed è la voce stessa delle cose”<sup>75</sup>. Segundo Marc Bloch, “o sistema jurídico da primeira idade feudal baseava-se, portanto, na ideia de que o que foi tem, por isso mesmo, o direito de ser (...). O curioso é que este direito, (...) longe de se manter imutável, foi, de facto, um dos mais moldáveis que se viu. E isto, por

<sup>71</sup> CORTESE – *La norma*, p. 396.

<sup>72</sup> ISIDORO DE SEVILHA, Santo – *Etym.* 11.1.1. *Apud* CORTESE, Ennio – *Lex, Aequitas, Utrumque Ius nella Prima Civilistica*. In *Scritti*, tomo II, p. 474.

<sup>73</sup> *Ius naturale est commune omnium nationum, eoque ubique instinctu naturae, non constitutione aliqua habetur ut viri et femine coniunctio, liberorum successio et educatio, communis omnium possessio, et omnium una libertas, acquisito eorum quae coelo, terra marique capiuntur: item depositae rei, vel commendatae pecuniae restitutio, violentiae per vim repulsio. Nam hoc, aut si quid huic simile est, numquam iniustum, sed naturale equumque habetur.* ISIDORO DE SEVILHA, Santo, *Etym.* C. 5. *Apud* GUALAZZINI, Ugo – *Natura idest Deus*. In *Studia Gratiana* III. Bononiae: Institutum Gratianum, 1955, p. 416

<sup>74</sup> CORTESE – *Le grandi linee*, pp. 244, 245.

<sup>75</sup> GROSSI – *L’ordine*, p. 73.

causa, acima de tudo, de não estar estabilizado pela escrita, não só nos documentos da prática, como sob a forma de leis”<sup>76</sup>.

Factos e coisas dirigiam o jurídico, os factos essenciais, a terra o sangue e o tempo, “tre forse primordiali che hanno un medesimo significato antropológico: minimizzano il contributo dell’individuo, del soggetto singolo, elevando a protagonista dell’esperienza la natura delle cose e il gruppo”<sup>77</sup>, por quanto Georges Duby caracterizou esta sociedade como gregária, imperando nela a pobreza, mas não a solidão nem o individualismo<sup>78</sup>.

Os reis eram homens concretos, cujos actos e omissões se valoravam moralmente, desconhecia-se a ideia de Estado, de poder abstracto. “The medieval king was every inch a king, but just for this reason he was every inch a man, and you did not talk nonsense about him. You did not attribute to him immortality or ubiquity or such powers as no mortal can wield. If you said he was Christ’s vicar, you meant what you said and you might add that he would become the servant of the devil if he declined towards tyranny.”<sup>79</sup>

O *renascimento* cultural do fim do século XI tornaria “os espíritos mais aptos para conceber o vínculo social, sempre um pouco abstracto por natureza, que é a subordinação do indivíduo ao poder público”<sup>80</sup>, assim como para conceber um poder legislativo humano e uma noção menos metafísica de lei.

## 2. Escola dos Glosadores

Se com o desaparecimento do império do ocidente se perdeu a unidade, no seio da Igreja nunca deixou de se acalantar a esperança de reunificação do ocidente, sob a égide de um novo império cristão. A sagração de Carlos Magno, rei dos Francos como Imperador, na noite de Natal de 800 pareceu por algum tempo, ter realizado esse sonho. De

<sup>76</sup> BLOCH – *A sociedade feudal*, pp. 130, 131.

<sup>77</sup> GROSSI – *L’ordine*, p. 75. Bloch salienta que quase no século XIII, ainda dificilmente se impedia que se castigasse com o criminoso toda a sua gente. O indivíduo era inseparável do grupo. *A Sociedade Feudal*, p. 141.

<sup>78</sup> DUBY – *Ano 1000*, pp. 28 e ss.

<sup>79</sup> MAITLAND, William – *The crown as corporation*. In *Collected papers of Frederick, H. A. L. Fisher*, 1911, 3, 244-70. *Apud* PETERS, Edward – *The shadow king-Rex inutilis in Medieval law and literature 751-1327*. New Haven and London: Yale University Press, 1970, p. 82.

<sup>80</sup> BLOCH – *A sociedade feudal*, p. 439.

facto, com Carlos Magno e Leão III poder temporal e poder espiritual atingiram harmonia. Carlos Magno, no dizer de Pierre Piérrard, confundia espiritual e temporal, “com sinceridade”<sup>81</sup>, ou seja, com verdadeiro sentido de *Respublica Christiana*.

Logo em 812, Carlos Magno, embora mantendo o título imperial, teve de abdicar da designação de imperador *Romano* ou *dos Romanos*, que ficaria exclusivo do Imperador do Oriente<sup>82</sup>, depois, o Império carolíngio quase não sobreviveu ao primeiro imperador, porque este, ao dividir o território entre os seus filhos, frustrou a unidade que havia alcançado.

Mais tarde, a 2 de Fevereiro de 962, o Papa João XII (955-964), atribuiu a coroa imperial ao rei da Germânia, Otão da Saxónia criando o Sacro-Império-Romano-Germânico. O novo Imperador obteve as prerrogativas de controlar a administração pontifícia e de escolher o Papa. Durante quase um século a Igreja ficou à mercê do Império, que impunha e depunha Papas.

Só em 1057, Estevão II se fez eleger pelo clero e povo de Roma, sem a investidura imperial. Iniciou-se um período de domínio da Igreja que durou cerca de 150 anos. Não foi um domínio pacífico sofrendo, constantemente, contestações imperiais. Inclusive, os Imperadores elegiam *antipapas*, encarregues de vigiar e entrar as acções dos legítimos Papas. O rei de França Filipe IV, o Belo desempenhou um papel decisivo na destruição da supremacia pontifícia. Clemente V (1305-1314) submeteu-se ao rei de França na questão dos templários. Os Papas que lhe sucederam foram mais monarcas temporais com corte própria do que unificadores da cristandade. Iniciou-se o período de decadência que levaria ao grande cisma do ocidente.

Neste contexto de unidade em conflito, deu-se o *renascimento* do Direito Romano.

Na continuação do pressuposto da superioridade do Direito Natural, a redescoberta dos textos justinianeus implicava que estes fossem harmonizados com o primeiro<sup>83</sup>.

Antes de Irnério (1055?-1130?) ter devolvido, a pedido da condessa Matilde de Canossa, os livros de Leis à sua forma originária<sup>84</sup>, a História

---

<sup>81</sup> PIÉRRARD, Pierre – *História da Igreja Católica*. Lisboa: Planeta Editora, 2002, p. 89.

<sup>82</sup> “Carlo si spogliò del manto poco familiare di una monarchia romana poco amata, intessuta di universalità, di maiestas e di altre idealità astratte e lontane che comprendeva appena.” CORTESE – *Le grandi linee*, pp. 123, 124.

<sup>83</sup> CORTESE – *Tra glossa*, p. 467.

<sup>84</sup> Matilde de Canossa opositora do Imperador, em 1113, teria convidado Irnério a renovar os livros de leis, muito alterados, devolvendo-os à forma originária. CORTESE – *Le grandi linee*, p. 253.

faz menção do misterioso jurista Pepo<sup>85</sup> como protagonista de um episódio de exaltação da aplicabilidade e superioridade do Direito Natural.

Por volta do ano de 1080, num processo que terá decorrido diante do Imperador Henrique IV, o homicida de um servo foi condenado a uma *compositio* pecuniária, no respeito do Edito de Rotário e dos princípios gerais do direito franco-lombardo. Pepo teria intervindo pronunciando-se pela pena capital: *quoniam addictio servitutis delere non poterat communionem nature humane conditionis*<sup>86</sup>. Imputam-se a Pepo os seguintes argumentos: o Direito Natural impede a distinção entre servos e livres, a lei natural dita que quem mata merece igualmente ser morto<sup>87</sup>.

Quais que tenham sido os seus percursores, Imério é considerado o primeiro jurista romano-medieval. Pertencia ao conselho jurídico do imperador Henrique V provavelmente desde 1116, estivera envolvido na magna querela entre o império e o papado, sofrendo a excomunhão no Concílio de Reims, de Outubro de 1119, por ter defendido o *antipapa* Gregório VIII<sup>88</sup>.

A escola dos glosadores foi continuada pelos quatro doutores: Búlgaro, Martinho, Jacobo e Hugo, laborando com recurso às figuras dialéticas que já eram conhecidas. Os glosadores usavam prevalentemente a *oppositio de contraria*: contrapunham soluções para harmonizar os textos justinianeus contraditórios. A identificação de contradições tomava o nome de *quaestio*

<sup>85</sup> Odofredo (?-1265), pós-glosador, diz ter sido Pepo o primeiro a *legere in legibus*, mas sem alcançar fama alguma. Cf. SILVA – *História do Direito Português*, Notas Finais, Nota V, p. 495, onde se referem outros dois possíveis percursores de Imério: Lanfranco de Pavia e Guarnerius. O teólogo inglês Radulfo Negro, por volta de 1180 definiu Pepo como a aurora da ciência civilística. Azzo fala dele apenas para dizer que não deixou nenhum escrito. CORTESE, Ennio – *Teoria generale e scienza del Diritto*. In *Scritti*, tomo II, p. 141.

<sup>86</sup> SILVA – *História do Direito Português*, Notas Finais, Nota V. CORTESE, Ennio – *Lex, Aequitas, Utrumque ius nella prima civilistica*. In *Scritti*, tomo II, pp. 100, 101; *Tra glossa*, pp. 459, 460 e *Le grandi linee*, p. 243.

<sup>87</sup> Fundamentando-se por um lado na pena de talião recordada de Santo Isidoro de Sevilha, e por outro no “presupposto dell’immediata applicabilità del diritto naturale primaeum: dacché quest’ultimo prospettava l’ideale di un consorzio umano ove non si distinguesse tra liberi e servi, ne derivava l’ovvia conseguenza che, se qualcuno sottraeva violentemente un soggetto dal consorzio, qualunque fosse lo *status* della vittima la sanzione per il reo doveva essere sempre la medesima.” CORTESE – *Tra glossa*, pp. 459, 460.

<sup>88</sup> S. PAOLO, Landolfo di, *Historia Mediolanensis ab anno MXCV usque ad annum MCXXXVII*. Bologna: ed. G. Castiglioni, nei moderni *Rerum italicarum scriptores muratoriani*, V pars, III, 1934, 28 citado por CORTESE – *Le grandi linee*, p. 257. SILVA – *História do Direito Português*, Notas Finais, Nota V.

*legitima* visando-se com ela o confronto e a superação dos *contraria*, no plano teórico. Posteriormente, começaram a testar-se soluções opostas em hipóteses práticas de construção académica, e depois, mesmo em casos reais extraídos da práxis judiciária: eram as *quaestiones de facto* e as *quaestiones de facto emergentes*<sup>89</sup>.

A introdução das *quaestiones de facto*, não como instrumentos para conhecer o texto, mas como instrumentos para solucionar problemas técnicos concretos, que se reuniam no texto, possibilitaram a teorização da *causa legis*, por analogia com a *causa finalis* do negócio jurídico. A *causa finalis*, o objectivo de alcançar certos efeitos futuros, o fim da lei, foi identificado com a *ratio*.

Começou a busca da *ratio* das normas romanas, porque as *causae legum* não estavam previstas no ordenamento como as *causae* dos negócios jurídicos. As leis teriam genericamente como *causa* uma *utilitas publica*<sup>90</sup>. “Perché tale *causa-ratio* essendo da *individuare nell'utilitas publica* perseguita dal legislatore, ogni precetto dovrà rivelare, accanto al contenuto etico, anche un obiettivo, per così dire, politico-sociale.”<sup>91</sup>

Nos finais do século XII, a busca da *ratio* terá tornado o estudo menos passivo. Segundo Cortese:

“I giochi con la *ratio legis* dovevano sostituire l’analisi della lettera, la glossa condizionata dall’aggancio alle parole doveva cedere a un genere letterario più adatto alla ricerca della *ratio*, l’ammonimento di Celso che conoscere una legge significava non *verba tenere ma vim ac potestatem* (D. 1.3.17) poteva diventare la bandiera di una nuova scuola di cacciatori e addomesticatori di *rationes legum*. Ma non era solo questione di «conoscere» la sostanza delle norme. Un volta trovate quelle *rationes* ricche di potenziale espansivo, e che in particolare avevano la capacità di estendersi *de similibus ad ad similia*, si poteva procedere analogicamente alla creazione di nuovi istituti; sicché l’invenzione della *causa legis* finì col sospingere verso un tipo d’interpretazione «creativa» da sostituire a quella prevalentemente «ricettiva» dei primi glossatori.”<sup>92</sup>

A *ratio* transcendia a mera lógica, dotava a lei de algo mais profundo e valorativo, da medida do bem e do mal, do justo e do injusto, em suma, da *aequitas*. *Ratio*, *causa* e *aequitas* tornam-se sinónimas aos olhos dos

---

<sup>89</sup> “Le cosiddette *quaestiones ex facto emergentes* costituirono il più solido ponte tra le aule scolastiche e i tribunali, e contribuirono non poco a radicare definitivamente Giustiniano nella prassi.” CORTESI – *Le grandi linee*, pp. 301, 302.

<sup>90</sup> CORTESI – *Le grandi linee*, pp. 320 a 322.

<sup>91</sup> CORTESI – *Tra glossa*, pp. 473, 474.

<sup>92</sup> CORTESI – *Le grandi linee*, p. 368.

glosadores<sup>93</sup>, e como exprimia uma glosa atribuída a Martinho<sup>94</sup>: *aequitas nihil est quam Deus*. Tal como explica Ugo Gualazzini: “non si voleva identificare materialmente l’equità con Dio, ma semplicemente i glossatori intendevano sottolineare che ormai la valutazione equitativa assumeva nel mondo del diritto quella funzione preminente che è riconosciuta a Dio nel creato. In fondo l’equità è il lievito della giustizia”<sup>95</sup>.

Embora seja inútil tentar enfatizar um só motivo para qualquer evolução histórica, a transição da glosa para o comentário estará mais ligada à *ratio* do que à intensificação do uso do método dialético proporcionada pela filosofia escolástica. Destacar a *ratio* do *verbum* permitiu que uma *ratio* ou várias *rationes* conjugadas fundamentassem inovações. “La *ratio legis*, che gli stessi tardi glossatori avevano cominciato a divulgare, favoriva l’altro gioco dialettico della *coniunctio rationum*; e fu questo il procedimento dialettico che qualificò il metodo dei commentatori. Esso consentiva, come si è detto, di ricondurre fattispecie concrete nuove sotto le ali di vecchie fattispecie giustinianee ovunque le unisse l’identità, vera o presunta, della *ratio*.”<sup>96</sup>

Abre-se caminho a uma visão dinâmica do Direito e das normas<sup>97</sup> sem abdicar do alicerce sólido e objectivo que era o Direito Natural<sup>98</sup>.

<sup>93</sup> *Ibidem*, p. 324.

<sup>94</sup> Cortese, em *Tra glossa*, p. 475, nota 26, atribui a glosa a Martinho atendendo a KANTOROWICZ, H. – *Studies in the Glossators of the Roman Law*. Cambridge, 1938 que identifica o passo do *fragmentum Pragense* (FITTING, H. – *Juristische Schriften des früheren Mittelalters*. Halle, 1876) com o *Exordium Institutionum* de Martinho. Gualazzini, em *Natura*, p. 422, reporta-se a Fitting, mas não atribui a glosa a Martinho.

<sup>95</sup> GUALAZZINI – *Natura*, p. 422.

<sup>96</sup> CORTESE – *Le grandi linee*, p. 377.

<sup>97</sup> “Tra la fine del XII secolo e l’inizio del Duecento, si è assistito dunque al passaggio graduale dalla fase di un’*interpretatio* essenzialmente diretta alla conoscenza del testo delle *leges* a quella anche costruttiva del *ius novum*; si son visti angoli visuali statici, provenienti dal mondo preirmeriano e attenti all’ancoramento del diritto civile al naturale, acquistare in dinamismo mutando prospettiva e volgendosi progressivamente all’indagine della *causa finalis* o *ratio* d’ogni singola legge; si è osservato tale *ratio* caricarsi di una forza dinamica e propendere all’*extensio*, e un metodo dialettico inizialmente limitato all’*oppositio contrariorum* tendere la mano a una nuova dialettica fondata sulla *coniunctio rationum*.” CORTESE – *Tra glossa*, p. 501.

<sup>98</sup> O relevo do argumento *ab auctoritate* cresceu porque introduzia objectividade nas *rationes legum* invocadas: “Ora, fu proprio l’uso prolungato e costante dell’*argumentum ab auctoritate* a restituire una sorta di patina obiettiva a quella *ratio legis* che, al momento della prima enucleazione da parte dell’interprete, una volta disancorata dalla lettera, poteva apparire un’ondivaga invenzione soggettiva del giurista.” CORTESE – *Le grandi linee*,

Tomando contacto como o Direito Natural teorizado no *Corpus*, os Glosadores refundamentaram-no. Deixa de se fundar na natureza em si, e passa a fundar-se em Deus, *natura* passou a significar Deus. A glosa às *Institutas* 1, 2, 1: *et tunc dic: natura, idest Deus* não exprime qualquer confusão entre o criador e a criação. Não se considerava que a natureza em si, efémera, emanasse Direito. Só Deus o emanava<sup>99</sup>. A este propósito merece atenção a explicação de Ugo Gualazzini: “Eppure il diritto naturale sta al diritto positivo proprio come Iddio al creato, come il sole al suoi raggi e al suo calore. Il diritto naturale è, in fondo, il punto di riferimento sul quale e nel quale deve correre ogni legge giuridica. Ma è anche il metro del lecito e dell’illecito, la base di ogni più sicura e onesta forma di applicazione della norma giuridica.”<sup>100</sup>

No tocante ao *poder legislativo humano* o encontro dos glosadores com os textos do *Corpus* levaram a considerar a ideia do *princeps lex animata*<sup>101</sup>, que até então fora uma ideia estranha<sup>102</sup>, tanto quanto era estranha a ideia de o Direito ser criado pelo poder político. Nas palavras de Kantorowicz:

“every legal philosophy of the Middle Ages was inevitably founded on the assumption that there existed a, so to speak, meta-legal Law of Nature the existence of which did not depend on the existence of kingdoms and states – in fact, of any kingdom or state at all – because the Law of Nature existed self-sufficiently *per se* and apart from any Positive Law.”<sup>103</sup> “When, however, the influence of Roman Civil Law became effective, the Prince not only appeared as the *oraculum* of the divine power: he himself became the *lex animata*, the living or animate Law, and finally an incarnation of Justice.”<sup>104</sup>

---

p. 400. “L’*argumentum ab auctoritate*, contribuendo a dare stabilità alle manipolazioni delle *rationes legum* forgiate dai giuristi, finiva quindi coll’elargire anche se solo di fatto e parzialmente, una qualche certezza del diritto: avviando la trasformazione di un dato meramente dottrinale in un principio dell’ordinamento.” CORTESE – *Tra Glossa*, p. 484.

<sup>99</sup> GUALAZZINI – *Natura*, p. 424.

<sup>100</sup> *Ibidem*, pp. 420, 422, 423.

<sup>101</sup> *Novela* 105, 2, 4. “The doctrine of the Prince as the *lex animata*, practically unknown in the West during the earlier Middle Ages, was revived during through the revival of scientific jurisprudence and the literary stile of Bologna.” KANTOROWICZ, Ernst – *The King’s Two Bodies – A Study in Medieval Political Theology*. Princeton: Princeton University Press, 1957, pp. 128, 129.

<sup>102</sup> *Ibidem*, p. 144.

<sup>103</sup> *Ibidem*, p. 135.

<sup>104</sup> *Ibidem*, p. 127.

Na Dieta de Roncaglia de 1158, os quatro doutores de Bolonha ter-se-iam dirigido ao imperador Frederico Barba Ruiva nos seguintes expressivos termos: *Tu lex viva potes dare, solvere, condere leges, stantque caduntque duces, regnant te iudice reges; rem, quocumque velis, lex animata geris*<sup>105</sup>.

Se o jusnaturalismo cristão dos glosadores podia aceitar que o imperador encarnasse a lei, porque na teologia política de então, o governante era *imago* ou *vicarius Christi*, representava Cristo e por isso representava também a lei<sup>106</sup>, não toleraria, o princípio *princeps legibus solutus* cruamente formulado. Os glosadores atenuaram-no, por meio da *lex digna vox*, adstringindo o príncipe ao cumprimento das leis *ex voluntate* e não *ex necessitate*<sup>107</sup>, conciliando dois *contraria* através da especial *ratio* ético-religiosa: submeter-se à lei era submeter-se a Deus. O imperador só perante Deus respondia, o que acrescia a sua responsabilidade. A razão da submissão devia ser proporcional à grandeza da responsabilidade: o imperador não é movido pelo temor das penas humanamente estabelecidas, mas pelo amor da justiça. Assim resumia João de Salisbury, em 1159, no quarto livro do *Policraticus*: *Dicitur absolutus, non quia ei iniqua liceant sed quia is esse debet, qui non timore pena sed amore iustitiae aequitatem colat*<sup>108</sup>.

Quanto à questão da essencialidade da *scriptura*, os glosadores não tomaram posição. Embora Pierre de Belleperche (1250-1308), na *Lectura Codicis* afirme: *glosa dicit quod sic* e no *Commentario a Institutas* 1,

<sup>105</sup> *Monumenta Germaniae Historica*, SS, XXII, 316, linha 388. Apud KANTOROWICZ – *The King's*, 129.

<sup>106</sup> “Very naturally this Christ-imitating king was pictured and expounded also as the «mediator» between heaven and earth, a concept of some importance here because every mediatorship implies one way or another, the existence of a twin-natured being.” KANTOROWICZ – *The King's*, p. 88. Kantorowicz designa esta visão do poder, característica dos sécs. X, XI, e XII por *Christ-Centered Kingship*.

<sup>107</sup> “È ben noto che lo spunto per feconde elaborazioni venne ai glossatori dal contrasto, che essi scoprirono, tra la pericolosa massima che raffigurava un *princeps legibus solutus* e la celebre legge *digna vox*, ove Teodosio proclamava pomposamente l’opportunità che «...legibus alligatum se principem profiteri...». Ponendo a raffronto i due opposti principi, il glossatore cerco presto la soluzione che, salvando formalmente la massima dell’indipendenza del sovrano da ogni legge, la temperasse tuttavia in modo tale da adeguarla ai postulati della sua coscienza. Per una volta, la scuola si trovo concorde nel riconoscere che, se i sudditi debbono osserrar le leggi *ex necessitate*, i principi lo debbono soltanto *ex voluntate* (...).” CORTESE – *La norma*, p. 144.

<sup>108</sup> SALISBURY, João de – *Policraticus*, IV, c. 2, citado por KANTOROWICZ, *The King's*, p. 95.

2, 9: *littera dicit quod ius nostrum constat aut ex iure scripto, aut non scripto. Glosa dicit propter hoc quod scriptura est de esse legis*<sup>109</sup>, não se afigura que a *Magna Glosa* tome posição ou sequer se mostre consciente do problema, limita-se a atender acriticamente aos passos de Ulpiano e Paulo que usavam a *scriptura* para distinguir lei e costume<sup>110</sup>. Não se retirava do Direito Romano, como se viu antes, que a *scriptura* fosse da essência da lei, porque apesar de ser usada para distinguir, não servia para definir *lex*. Acresce que o pensamento medieval, sob os ensinamentos de Boécio, entendia, sem dúvidas, que os elementos essenciais tinham de figurar numa definição<sup>111</sup>.

### 3. Escola dos Comentadores

O que comumente se toma como fruto da associação de ideias de Jean Bodin e Maquiavel no século XVI: o Estado, centro abstracto de poder, construiu-se ao longo dos séculos XIII e XIV, em duas frentes: a dos teólogos políticos e a dos Comentadores, legistas e canonistas.

Em 1235, o Papa Gregório IX autorizou o ensino de Direito Romano em Orléans e o Direito Canónico evoluiu significativamente.

O Estado encontra antecedentes na doutrina corporativa da Igreja. A concepção da Igreja como um *corpus mysticum* foi dogmatizada e sintetizada em 1302 na Bula *Unam sanctam* de Bonifácio VIII. *Corpus Mysticum* exprime o corpo político e jurídico da Igreja<sup>112</sup>, a totalidade da sociedade cristã nos seus aspectos organológicos. Pela fórmula *corpus mysticum* queria significar-se que, não obstante as pessoas humanas que compõem a Igreja fossem perecendo, a Igreja em si, a forma, intangível e

<sup>109</sup> Apud CORTESE – *La Norma*, nota 117, p. 359.

<sup>110</sup> *Ibidem*, nota 117, pp. 358, 359.

<sup>111</sup> È vero che il § *ex non scripto* e passi sia di Ulpiano, sia di Paolo (Dig. 3, 33 e 36) avvertono che la scrittura è l'elemento discretivo tra legge e consuetudine. Ma, se fosse stato un fattore essenziale della prima, essa avrebbe dovuto ottenere un proprio posto nelle definizioni della legge date da Papiniano («lex est commune praeceptum», Dig. 1, 3, 1) e da Giustiniano («lex est quod populus romanus (...) constituebat (...)»). Inst. I, 2, 4), in ottemperanza alla regola – insegnata da Boezio – che la sostanza di un concetto si trae dalla definizione. E invece, in quei passi, di *scriptura* non si parla. Se ne deduce che questa è dunque un *accidens* che non muta la sostanza della norma, come un uomo è sempre un uomo, e non cambia la propria natura per esser egli biondo o bruno. CORTESE – *La Norma*, nota 117, p. 359.

<sup>112</sup> “To summarize, the notion of *corpus mysticum*, designating originally the Sacrament of the Altar, served after the twelfth century to describe the body politic, or *corpus iuridicum*, of the Church.” KANTOROWICZ – *The King's*, p. 206.

imperecível, permanecia, era *persona mística*. Pertendia-se que a *persona mística* escapasse ao tempo, mas não se podia classificá-la como eterna, por duas razões axiomáticas: a eternidade é característica exclusiva de Deus e a eternidade é imutável. Foi necessário então conceber uma infinitude dinâmica entre o tempo e a eternidade: o *aevum* ou *eviternidade*<sup>113</sup>. Sendo Deus eterno e os Homens temporais, *eviternos* eram os anjos, pelo que a construção da actual *pessoa colectiva* era teoricamente suportada por uma analogia com o *anjo*.

“In the center of the corporational doctrines of the jurists were the collective abstractions, or immortal and immutable species, in comparison with which the mortal, and ever replaceable, individual components appeared of lesser importance and in many respects negligible. The de-individualized fictitious persons of the lawyers, therefore, necessarily resembled the angels, and the jurists themselves recognized that there was some similarity between their abstractions and the angelic beings. In this respect, then, it may be said that the political and legal world of thought of the latter Middle Ages began to be populated by immaterial angelic bodies.”<sup>114</sup>

Noutra frente, Jacques de Révigny (1235-1296), um dos primeiros mestres da escola jurídica de Orléans, operou a separação teórico-conceitual entre o imperador homem, concreto e temporal e o império, abstracto e permanente. Inspirou-se numa resposta que o glosador Martinho teria dado a Frederico Barba Ruiva. Durante uma cavalgada, o imperador teria perguntado a Martinho e a Búlgaro se o consideravam juridicamente *dominus mundi*, ao que Martinho respondera afirmativamente, ele imperador era *dominus mundi quoad proprietatem*. Búlgaro não respondendo negativamente, concedeu-lhe apenas ser *dominus mundi quoad protectionem et iurisdictionem*, porque não podia deter a propriedade solidária dos bens dos súbditos.

Révigny transformou a tese de Martinho numa visão nova. O príncipe tem a propriedade de todos os bens, substituindo na terra o proprietário universal último que é Deus, mas não é senhor de todas as coisas enquanto pessoa física reinante. Em tal condição limita-se a administrar:

*Dico quod omnia sunt principis dominio, sicut dixit Martinus unde princeps in terra obtinet locum Dei, et habet universale dominium et potest vere dicere: ego quidem mundi sum dominus. Non dico quod Robertus qui est imperator sit*

<sup>113</sup> O conceito de *aevum* conciliou a ideia do mundo infinito, subjacente ao aristotelismo, com o dualismo cristão agustiniano eternidade/tempo. KANTOROWICZ – *The King's*, p. 275.

<sup>114</sup> *Ibidem*, pp. 282, 283.

*dominus mundi, sed quia imperator (...)»<sup>115</sup> Et dico quod sicut ecclesia est persona representata, in cuius dominio sunt ecclesie... et cui preest ecclesiasticus prelatatus, sic imperium est persona representata que semper est, cui preest imperator tanquam administrator. Unde dico quod imperator est omnium dominus rerum que sunt in orbe: non dico quod «Titius qui est imperator» sit omnium dominus, immo administrator et sic quasi dominus..., sed dico «imperatorem» habere dominium universale (...)»<sup>116</sup>*

Resultava pois, que o imperador só era *dominus mundi* “in quanto rappresentante di un’idea, e incarnazione dell’entità astratta ed eterna dell’Impero: lo manifesta però solo nei casi eccezionali in cui gli é necessario presentarsi in tale veste. Con cio l’Impero perde la sua tradizionale identificação com a persona del *princeps* e, posto como realtá a sé stante, viene a sua volta personificado: si configura così per la prima volta la personificação jurídica dello Stato”<sup>117</sup>.

Tudo isto se reflectia na teoria da lei. O imperador não podia, apenas por sua vontade, sobrepor-se à lei, tinha de ter uma *causa*, sinónimo de *aequitas*, uma *iusta causa*. A *causa* constituía um elemento objectivo capaz de converter o iníquo, que era não respeitar a lei, em équo: desrespeitá-la por uma *iusta causa*<sup>118</sup>. Porém, o objectivo foi cedendo ao subjectivo, a *voluntas* foi-se impondo à *causa-aequitas*. Passou a exigir-se que a *voluntas* fosse movida apenas por uma *causa* no sentido lógico e a prescindir-se da *causa* no sentido ético-jurídico, da *iusta causa*. Mais perigoso ainda foi presumir-se a *causa* na actividade soberana, considerando mesmo alguns, tratar-se de presunção *iuris et de iure*<sup>119</sup> e não apenas *iuris tantum*<sup>120</sup>.

Em Filipe Décio a *voluntas* assimila a *causa-aequitas* visto valorar-se como lícita a derrogação do *ius gentium* pelo imperador unicamente com base nos plenos poderes, sem causa<sup>121</sup>.

<sup>115</sup> RÉVIGNY, Jacques de – *Prooemium Digestorum*, in const, Omnem, § 1, ms. Leiden, D’Ablaing 2, fol. 2rb. Apud CORTESE – *Sovranità, Scritti*, tomo II, p. 213.

<sup>116</sup> RÉVIGNY Jacques de – *Prooemium Authenticorum*, in Nov. 73, praef., ms. Madrid, 573, fol. 4vb. Apud CORTESE – *Sovranità*, p. 213.

<sup>117</sup> CORTESE – *Sovranità*, p. 213.

<sup>118</sup> *Ibidem*, p. 219

<sup>119</sup> Jacques de Révigny: “praesumptio iuris et de iure, contra quam non admittetur probatio, quod causa subsit”, *Lectura in C. 1, 19, 7*. Apud CORTESE – *Sovranità*, p. 220.

<sup>120</sup> Pierre de Belleperche: “sed semper praesumam causam donec probetur contrarium”, *Comm. in I. 1, 2, n. 68 i.f.* Apud CORTESE – *Sovranità*, p. 220.

<sup>121</sup> DÉCIO, Filipe – *Cons.* 198, n. 2. Apud CORTESE – *Sovranità*, p. 220.

Inverteram-se os termos: primeiro uma justa causa para derogar a lei impelia a vontade do imperador à derrogação, agora a *nuda voluntas* do imperador, dado o seu poder, podia ser *causa* de qualquer derrogação.

Naturalmente, esta evolução espelhou-se na discussão da questão da essencialidade da *scriptura* que então se levantou.

Segundo Dolezalek, o canonista João André (1270-1348) nas *Mercuriales in Sextum*<sup>122</sup> reúne e analisa de todos os prismas o que se havia escrito acerca do tema. Informa terem-se dele ocupado, antes de si próprio, os canonistas Guido, Bispo de Concórdia (?-1331), *Stephanus Polonus* (?-1273/78?) e o português João de Deus (1189/91?-1276)<sup>123</sup>.

*Stephanus* e João de Deus dedicaram-se ao tema a propósito da mesma lei não escrita e de casos concretos idênticos. A lei, emitida pelo legado apostólico na Romanha, o Cardeal Octaviano de Ubaldinis, proibia, sob pena de excomunhão, a concessão ou aceitação de benefícios eclesiásticos sem obrigação de residência. Ambos os canonistas afirmam a validade da lei mas, concluem que a sanção apenas se poderia aplicar se os visados conhecessem a norma<sup>124</sup>, pelo que parecem ambos conceber a diferença entre validade e eficácia. Dizer-se que era válida a lei não escrita, não implicava o desprezo pelo valor da segurança jurídica. Nas palavras de João de Deus: *Dico quod, si archiepiscopus audiuit constitutionem uel aliquo modo uenit ad eius notitiam, excommunicatus est, quia contempsit sententiam maioris sui*<sup>125</sup>.

João André elabora uma síntese de argumentos que podem dividir-se segundo a sua origem: Sagradas Escrituras ou Direito Romano.

<sup>122</sup> Na regra *Nemo potest ad impossibile obligari*, 6. 5. 13. 6, ed. Venetiis 1581, reprint Torino, 1966, fol. 46ra-vb. Apud DOLEZALEK – *Scriptura*, p. 55.

<sup>123</sup> João de Deus é comprovadamente português, nascido em Silves e ordenado em Lisboa. Terá estudado e ensinado em Bolonha sendo autor de várias obras jurídicas. Para além disso, há conhecimento de que entre 1247 e 1260, foi árbitro em quatro causas, duas em Bolonha e duas em Portugal. Sobre a vida e obra de João de Deus *vide* COSTA, António Dominges de Sousa – *Um Mestre Português em Bolonha no Século XIII*. Braga: 1957.

<sup>124</sup> DOLEZALEK – *Scriptura*, pp. 59, 60.

<sup>125</sup> DEUS, João de – *Liber quaestionum, quaestio 4*, reproduzida na íntegra, em Dolezalek – *Scriptura*, pp. 63 a 65. É interessante ver como João de Deus atenta na mente do legislador, a *ratio legis* parece identificar-se com a *mens conditoris: Preterea, ponamus quod tunc esset lata, debet in tali constitutione seruare mentem conditoris. Conditor enim intendebat per hoc meliorare conditionem ecclesie, et refrenare eos qui petunt beneficia et nolunt postea seruire, extra. de cleri. non resi. Relatum. Non enim fuit intentionis conditoris, nec esse debuit, quod interdiceret receptionem eorum per quos conductio melior esse posset.*

Nas primeiras encontrou uma resposta una: sim, é da essência da Lei ser escrita, porque Deus escreveu as Tábuas da Lei e Jesus escrevia na terra.

Os argumentos romanos rebatem-se uns aos outros: se a primeira lei dos tempos da República romana foi escrita em doze tábuas, as seguintes constituíram-se a partir da interrogação oral que o magistrado dirigia ao povo<sup>126</sup>; se os imperadores estatuíram a necessidade de se ditarem as leis<sup>127</sup>, e os *mandata, rescripta*, e as *epistulae* eram escritos<sup>128</sup>, existia o princípio jurídico ulpiano: *quod principi placuit legis habet vigorem*<sup>129</sup>, a vontade do príncipe era lei, sem mais, como quer que se manifestasse.

Conclui João André que sempre que os textos qualificavam a lei de escrita, este adjectivo era acidental e não essencial, e que embora a redução a escrito fosse em muitos casos recomendável, isso não implicava invalidade das normas não escritas<sup>130</sup>. André, apesar da sua posição final favorável à validade da lei não escrita, no cruzamento de argumentos *pro e contra*, deixou perceber a mesma inclinação de *Polonus* e de João de Deus. Trata-se da passagem *Nemo potest ad impossibile obligare*<sup>131</sup>. O *impossibile* era cumprir uma lei sem a conhecer. E *impossibile* era, igualmente, aos Homens, memorizar todas as leis. A *scriptura* não seria essencial para a validade da lei, mas sê-lo-ia para a sua observância.

Também os legistas opinavam pela acidentalidade da *scriptura*. Veja-se, por exemplo, Cino de Pistoia: *Ius aut est ex scripto, aut ex non scripto: quia est divisio subiecti in accidentia, sicut hominum alius albus alius niger*<sup>132</sup>.

De acordo com Dolezalek, Baldo (1327?-1400) teria alterado o rumo da doutrina<sup>133</sup>. Parece que, seguindo o rasto dos canonistas, Baldo veio tornar mais expresso e peremptório o afirmado pelos mesmos: *Ioannes Andreae dicit quod non requiritur ad primordiale esse, sed ad obseruantiam esse. Nisi enim interveniret scriptura, non possent publicari, nec innotescere populo, presertim his qui tempore statuti conditi non erant*

<sup>126</sup> *Institutas*, 1. 2. 4; *Digesto*, 1. 3. 1.

<sup>127</sup> *Código*, 1. 14. 8.

<sup>128</sup> *Código*. 1. 15. 1; 12. 29. 9.

<sup>129</sup> *Digesto*, 1. 3.4. 1.

<sup>130</sup> Cf. DOLEZALEK – *Scriptura*, pp. 57 a 59.

<sup>131</sup> ANDRÉ, João – *Mercuriales in Sextum*, 5. 13. 6. *Apud* DOLEZALEK – *Scriptura*, p. 51.

<sup>132</sup> PISTÓIA, Cino de – *Lectura Super Codice*, Impensis Sigismundi Feyerbendt, 1578. Il Cigno Galileo Galilei Edizioni di Arte e Scienza, Istituto Giuridico Bartolo da Sassoferrato, 1998, I,14, 10.

<sup>133</sup> DOLEZALEK – *Scriptura*, p. 61.

*in rerum natura. Et frustra fierent, quia non ligarent. (...). Et si quis diceret quod scriptura esset de substancia legis, forte non erraret, quia est de essentia in sententia deffinitiva hominis*<sup>134</sup>.

A *scriptura* é essencial para a observância, para o cumprimento da lei, e o cumprimento é essencial para a existência da lei, uma lei que ninguém cumpre não é uma lei. Parece haver a percepção que a essência da lei depende de factores a ela extrínsecos, devido à sua finalidade ordenadora<sup>135</sup>.

Num passo de Pierre de Belleperche encontra-se a defesa da posição minoritária, a da essencialidade da *scriptura*:

*Dicunt moderni quod scriptura non est de esse legis, ut ff. de legibus, l. I et II (...). Dico: qui diceret quod scriptura est de esse legis non peccat. Ius nostrum distinguitur per opposita, per scriptum et non scriptum, sed distinctio non debet fieri per accidentalia, sed per essentialia, arg. paragrapho allegata 'ex non scripto'. Preterea antequam nomen habeat scribitur, ergo supponitur quod scriptura sit de esse legis. Preterea doctores concedunt quod in consuetudine est error probabilis, quia non redigitur in scriptis, sed in legibus non error probabilis, quia scribuntur, arg. infra, eodem, l. proxima. Si lex non esset scripta, eadem esset ratio in ignorando: tenebo l. gallus cordetenus. Ergo suppono propter illam rationem quod leges sunt scripte, arg. infra, eodem, l. proxima e ff. de iuris et facti ignorantia, l. II. Et istud secure potest dici*<sup>136</sup>.

Cino divulgou esta posição de Belleperche mas, de facto, a essencialidade aparece contradita noutra passagem do comentador francês<sup>137</sup>: *Et advertatis bene: litera dicit quod ius nostrum constat aut ex iure scripto, aut non scripto. Glosa dicit propter hoc quod scriptura est de esse legis...*

<sup>134</sup> BALDO, *Super Decretalibus*, Lugduni, 1564, Ad X I. 2. 13.

<sup>135</sup> Baldus indique maintes fois notre problème dans ses commentaires. Il donne une extreme importance à l'idée que la loi doit être connue, autant d'importance qu'il en vient à conclure qu'une loi non rédigée, bien qu'elle soit valide, ne lie pas les sujets, car il n'y a pas d'obligation de la connaître. La loi est bien valide, mais elle n'a aucun effet, et c'est donc comme si elle n'avait aucune validité. DOLEZALEK – *Scriptura*, p. 61.

<sup>136</sup> BELLEPERCHE, Pierre de – *Lectura da l. humanum*, Firenze, Laurenz., Plut. 6 sin. 6, fo. 51 rb (F) e Cambridge, Peterhouse College 34, fol 27 ra, citado por Cortese em *La Norma*, nota 117, pp. 358, 359. Belleperche, tal como João André, exemplifica a impossibilidade de se memorizarem as leis com a *lex gallus* (*Digesto* 28, 2, 29), por ser muito longa e complexa.

<sup>137</sup> “Il maestro cui, invece, tutta la scuola successiva attribui la paternità dell'ardita tesi che la scrittura fosse de substantia legis è il Belleperche: egli l'aveva affacciata con cautela, ma Cino la diffuse nuda e cruda e fui il responsabile del carico che ne fecero a Pietro i giuristi posteriori. Forse anche travisandone il pensiero. D'altronde del Belleperche si hanno insegnamenti contraddittori.” CORTESE – *La Norma*, nota 117, p. 358.

*Istud non est verum, pro constanti de esse legis non requiritur scriptura, nec scriptura est de esse consuetudinis... Lex vero, quamvis scripta non sit, lex est. Sic consuetudo, quamvis scripta vel non, consuetudo est (...)*<sup>138</sup>.

Cerca de 1378 o problema continuava a colocar-se na jurisprudência. Dolezalek publicou uma decisão<sup>139</sup> do Tribunal da Rota Romana, dessa data, na qual se dava uma resposta negativa: *Constitutio sive statutum canonicorum sive capituli potest probari per testes: quia scriptura non est de esse sive substantia legis vel constitutionis...*

A *scriptura* foi considerada apenas um dos meios *ad probationem* da existência de determinada lei, admitindo-se, na sua falta, a prova testemunhal.

A Rota fundamentou-se no cânone 25 q. 2 do Decreto de Graciano, no qual o Papa Gregório I (590-604) declarou que os decretos emanados da vontade pontifícia deviam ser estritamente cumpridos, quer tivessem sido escritos, quer tivessem sido proclamados oralmente. Invocou também uma Decretal de Nicolau III (1277-1280) onde se reconhecia a existência de *statuta non scripta* e também a Constituição de abdicação do Papa Celestino V que não foi escrita e se considerou válida. Desta fundamentação, parece extrair-se que as normas se identificam com a vontade de quem as proclama e essa vontade pode exprimir-se por forma escrita ou não escrita.

A Rota remeteu para a doutrina, especificamente para as *Mercuriales in Sextum* de João André.

Filipe Décio (?-1536/37?), um Comentador próximo da modernidade, apresenta uma resposta diversa: *Unde concludendo dicamus q. scriptura non est de substantia: quia sine scriptura, et sine publicatione valet lex, et ligat statim, si conditor velit (...). Sed in dubio, quando non constat de mente conditoris, intentio eius verum suspensa, donec fiat scriptura, prout consuet est et tali casu non videtur q. prius dicatur esse lex per*

---

<sup>138</sup> BELLEPERCHE, Pierre de – *Comm. ao § ex non scripto (Institutas 1, 2, 9)*, citado por Cortese em *La Norma*, nota 117, p. 359.

<sup>139</sup> Embora a sentença da Rota não explique a matéria de facto, Dolezalek presume que as partes seriam dois clérigos, litigando sobre qual deles teria direito a certo benefício. Um dos litigantes teria alegado faltarem ao outro certos requisitos exigidos por uma norma para obter o benefício, respondendo este segundo que tal disposição não existia e, mesmo que existisse, não era válida, porque não tinha sido escrita. DOLEZALEK – *Scriptura*, pp. 54, 55.

*supra dicta (...) Sed quo ad probationem, scriptura necessaria est, ut tenet Bal*<sup>140</sup>.

A regra é que vale a lei não escrita, se o legislador expressar a sua vontade nesse sentido, ou seja, se manifestar a vontade de que uma lei comece a valer sem estar escrita. Se não o expressar, a lei não escrita vale como costume. Esta última parte leva a concluir que, em geral, a lei não escrita não vale como lei, só excepcionalmente, mediante vontade expressa do legislador. Em suma, a *scriptura* é da essência da lei, excepto quando o legislador decidir o contrário. Ao legislador se atribui a prerrogativa de alterar a essência da lei.

Nos séculos XIII e XIV, num contexto de fortalecimento do poder real, no momento em que a ordem monárquica sucedia à ordem feudal<sup>141</sup>, a lei começa a tornar-se instrumento do poder, de imposição da vontade do rei. Exigir a redacção da lei seria limitar o poder do legislador, impondo-lhe um procedimento.

Em João André e, definitivamente, em Baldo, percebe-se uma noção de que a essencialidade da *scriptura* não seria um limite ao poder legislativo, mas um seu instrumento imprescindível. Sendo a *scriptura* materialmente essencial à observância, ao cumprimento da lei, e querendo o poder fazer-se obedecer através da lei, a lei tinha de se escrever.

Porque o afirmar da essencialidade da *scriptura* tinha uma aura semântica limitativa, indiciava limitação, Décio, autor já moderno, sentiu a necessidade de salvaguardar a ilimitação da vontade legislativa e de dizer que *non est de substantia* e que a lei não escrita e não publicada *ligat statim*, obriga imediatamente. Só que, logo acrescentou: *si conditor velit*, se o legislador quiser. Se o legislador quiser a lei pode obrigar sem estar escrita, o que em princípio não queria, pela razão exposta. Assim, uma lei não escrita seria válida, mas seria excepcional<sup>142</sup>. Embora a regra fosse a lei escrita, admitia-se que o legislador criasse expressamente excepções. A posição de Décio atribui supremacia à vontade do legislador, o legislador decide quando escreve a lei e quando a não escreve, acabando, como foi dito, por poder alterar a essência da lei.

---

<sup>140</sup> DÉCIO, Filipe – *Super Decretalibus*. Lugduni: 1551, I. 3.

<sup>141</sup> Esta classificação pode encontrar-se em PÉRNAUD, *O mito*, p. 58: “A ordem feudal, com efeito, foi muito diferente da ordem monárquica que a substituiu, e à qual sucedeu, sob uma forma mais centralizada ainda, a ordem estatal.”

<sup>142</sup> “Un cas extraordinaire”, nas palavras de DOLEZALEK em *Scriptura*, p. 62.

### III. A Essência da Lei e a Escrita no Pensamento Teológico Medieval: S. Tomás de Aquino

Quando se referiram os argumentos cruzados pelos Comentadores e pela Rota Romana, constatou-se que eles tinham não só origem nos *Corpora*, mas também nas Sagradas Escrituras. Estes argumentos *bíblicos* convergiam numa resposta positiva quanto à essencialidade da *scriptura*.

A questão também envolveu os teólogos. Se bem que na Idade Média qualquer pensador fosse, antes de mais, teólogo<sup>143</sup>, referem-se agora os *puros* teólogos.

O pensamento teocêntrico procura responder à pergunta primeira e última: *Que é Deus?* Da resposta se extrai depois toda uma construção gnoseológica, sociopolítica, e jurídica. Ao longo da Idade Média, confrontam-se as teorias racionalistas para as quais Deus é *logos*, é verdade, bem e justiça<sup>144</sup>; e as teorias voluntaristas que entendiam ser Deus *voluntas* e ser o bem, tudo o que Deus quer<sup>145</sup>.

Pela sua ligação ao Direito, importa considerar o racionalismo tomista, maioritariamente apoiado na gnoseologia aristotélica.

Aristóteles ensinou na sua escola, chamada peripatética, pelo costume de as aulas decorrerem em passeios, uma teoria gnoseológica empírica que distinguia o raciocínio demonstrativo do raciocínio dialéctico. Esta divisão é traçada no *Organon*, conjunto de escritos do filósofo sobre o conhecimento, e baseia-se nos diferentes pontos de partida de cada raciocínio. O raciocínio demonstrativo parte de permissas verdadeiras. Aristóteles explica-o na obra *Analítica posterior*. O raciocínio dialéctico parte de “opiniões geralmente aceites”<sup>146</sup> e “a discussão dialéctica é uma investigação conduzindo à escolha ou à recusa (...)”<sup>147</sup>. Aristóteles

---

<sup>143</sup> Bártolo, que era legista, tinha na sua biblioteca mais livros de teologia do que de Direito. DIPLOMATI, Thomae – *Liber de claris iuris consultis*, II, Ed. F. Shulz, H. Kantorowicz e G. Rabotti. Bononiae: studia Gratiana X, 1968, p. 286. *Apud* QUAGLIONI, Diego – *La giustizia nel medioevo e nella prima Età Moderna*. Bologna: Il Mulino, 2004, p. 84.

<sup>144</sup> Encontra-se já tal resposta na obra do teólogo egípcio Orígenes (185-251). No Livro V, 39, do seu *Contra Celso*, Orígenes afirma ser Deus “uma virtude que compreende em si todas as virtudes” e “uma razão que compreende em si qualquer outra razão do que sucede segundo a natureza e, principalmente para bem do Universo”. ORIGENES – *Contra Celso*. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 1948.

<sup>145</sup> A origem do voluntarismo remonta a Santo Agostinho.

<sup>146</sup> ARISTÓTELES – *Tópica*. London: Harvard University Press, 1976, Livro I.

<sup>147</sup> *Ibidem*, Livro I, 11.

esclarecia que a discussão dialéctica não deveria ter por objecto uma questão factualmente óbvia nem uma questão ética: “Os que duvidam se os deuses devem ser honrados e os pais amados merecem punição; os que duvidam se a neve é branca têm falta de percepção.” A segunda questão não levanta dificuldade e a primeira “envolve dificuldades que transcendem o objectivo do exercício dialéctico”<sup>148</sup>. Aristóteles acreditava que se podia alcançar a verdade através da discussão dialéctica.

Para cristianizar esta gnoseologia, não poderia aceitar-se esta última conclusão, como adiante se verá. O pensamento cristão começando por aplicar a discussão dialéctica à teologia, e depois ao Direito, discutiu questões éticas.

O maior pensador cristão racionalista, por ser também o maior intérprete medieval de Aristóteles, foi S. Tomás de Aquino (1224/5?-1274).

S. Tomás, autonomizando a razão da fé, entendia que o conhecimento era alcançável pelo Homem ainda que limitadamente. Aprendia-se a conhecer na escola (daí chamar-se escolástica a este pensamento), através do método dialéctico, mas “a razão não se considera com virtualidade intrínseca para atingir o cognoscível, tenta, socorrendo-se de um método, não já captar a verdade, mas sim aproximar-se ou abeirar-se dela. A escolástica não tem por intuito alcançar a verdade, mas algo que possa ser considerado ‘*tanquam veritas*’”<sup>149</sup>.

O Tratado da Lei de S. Tomás encontra-se na segunda parte da Suma Teológica que reflecte sobre o movimento da criatura racional para Deus, ou seja, sobre como a criatura racional se aproxima da Razão em si mesma. Deus é a Verdade e a Razão: *Et ideo intellectus divinus est verus secundum se. Unde ratio eius est ipsa veritas*<sup>150</sup>.

Já a vontade de Deus é a própria Lei eterna: *Voluntas Dei (...) est idem quod lex aeterna*<sup>151</sup>. A Lei Eterna é a ordem que rege o universo: *Manifestum est autem, supposito quod mundus divina providentia regatur, ut in Primo (q.22, a.1,2) habitum est, quod tota communitas universi gubernatur ratione divina. Et ideo ipsa ratio gubernationis rerum in Deo sicut in principe universitatis existens, legis habet rationem. Et quia divina*

<sup>148</sup> *Ibidem*.

<sup>149</sup> SILVA – *Humanismo*, p. 62.

<sup>150</sup> TOMÁS DE AQUINO, Santo – *Suma Teológica*. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 1956, 1-2, q.93, a.1.

<sup>151</sup> *Ibidem*, 1-2, q.93, a.4.

*ratio nihil concipit ex tempore sed habet aeternum conceptum, ut dicitur Prov. 8, 23, inde est quod huiusmodi legem oportet decere aeternam*<sup>152</sup>.

Conclui-se, pois, que no pensamento tomista a vontade tem de se identificar com a ordem, logo a ordem tem a primazia sobre a vontade.

O Homem tende para a verdade e para a justiça, porque participa na ordem eterna. A sua participação rege-se pela lei natural e como é uma participação *ordenada*, com *ratio*, identifica-se com a própria lei natural por que se rege: *Inter cetera autem rationalis creatura excellentiori quodam modo divinae providentiae subiacet, in quantum et ipsa fit providentiae particeps, sibi ipsi et aliis providens. Unde et in ipsa participatur ratio aeterna, per quam habet naturalem inclinationem ad debitum actum et finem. Et talis participatio legis aeternae in rationali creatura lex naturalis dicitur*<sup>153</sup>.

A lei natural, que só pode ser alterada por adição<sup>154</sup>, resume-se a apenas um preceito: procurar o bem<sup>155</sup>. A participação do Homem na ordem eterna não é, contudo, plena, a imperfeição do ser humano não permite que a lei natural seja completa. Portanto, tal como no domínio do conhecimento a razão humana (razão especulativa) tem de fazer esforços aproximativos da verdade, também, no Direito, é preciso que a razão prática faça leis (humanas) que com base na lei natural aproximem os Homens da Justiça:

*Ad primum ergo dicendum quod ratio humana non potest participare ad plenum dictamen rationis divinae, sed suo modo et imperfecte. Et ideo sicut ex parte rationis speculativae, per naturalem participationem divinae sapientiae, inest nobis cognitio quorundam communium principiorum, non autem cuiuslibet veritatis propria cognitio, sicut in divina sapientia continetur; ita etiam ex parte rationis practicae naturaliter homo participat legem aeternam secundum quaedam communia principia, non autem secundum particulares directiones singulorum, quae tamen in aeterna lege continentur. Et ideo necesse est ulterius quod ratio humana procedat ad particulares quasdam legum sanctiones*<sup>156</sup>.

A Lei Natural é imutável e não se pode apagar do coração dos Homens, mesmo que em certas circunstâncias eles a desrespeitem, nunca perdem a capacidade de procurar o bem: *Quantum ergo ad illa principia communia, lex naturalis nullo modo potest cordibus hominum delere in universali.*

<sup>152</sup> *Ibidem*, 1-2, q. 91, a.1.

<sup>153</sup> *Ibidem*, q. 91, a.2.

<sup>154</sup> *Ibidem*, q. 91, a.5.

<sup>155</sup> *Ibidem*, q. 91, a.2.

<sup>156</sup> *Ibidem*, q. 91, a.3.

*Deletur tamen in particulari operabili, secundum quod ratio impeditur applicare commune principium ad particulare operabile, propter concupiscentiam vel aliquam aliam passionem (...). Culpa delet legem naturae in particulari, non autem in universali, nisi forte quantum ad secunda praecepta legis naturae, eo modo quo dictum est*<sup>157</sup>.

Na *quaestio* 90, precisamente com a epígrafe: *De essentia legis*, S. Tomás ocupou-se da questão da promulgação. Define, primeiro, que a lei é razão e a vontade do legislador humano tem de se conformar com a razão tal como a vontade de Deus, legislador supremo, se conforma com a ordem eterna. Sem esta conformidade o acto humano será uma iniquidade, e não uma lei: *Ad primum ergo dicendum quod, cum lex sit regula quaedam et mensura, dicitur dupliciter esse in aliquo. Uno modo, sicut in mesurante et regulante. Et quia hoc est proprium rationis, ideo per hunc modum lex est in ratione sola*<sup>158</sup>. *Sed voluntas de his quae imperantur, ad hoc quod legis rationem habeat, oportet quod sit aliqua ratione regulata. Et hoc modo intelligitur quod voluntas principis habet vigorem legis: alioquin voluntas principis magis esset iniquitas quam lex*<sup>159</sup>.

A promulgação da lei merece de S. Tomás o adjetivo: necessária. Necessária para que a lei cumpra o seu objectivo regulador:

*Lex imponitur aliis per modum regulae et mensurae. Regula autem et mensura imponitur per hoc quod applicatur his quae regulantur et mesurantur. Unde ad hoc quod lex virtutem obligandi obtineat, quod est proprium legis, oportet quod applicetur hominibus qui secundum eam regulari debent. Talis autem applicatio fit per hoc quod in notitiam eorum deducitur ex ipsa promulgatione. Unde promulgatio necessaria est ad hoc quod lex habeat suam virtutem.*

*Et sic quatuor praedictis potest colligi definitio legis, quae nihil est aliud quam quaedam rationis ordinatio ad bonum commune, ab eo qui curam communitatis habet, promulgata*<sup>160</sup>.

A lei tem de ser promulgada para ser cognoscível. O próprio Deus promulgou a Lei Eterna, escrevendo-a na natureza das coisas e a lei Natural, escrevendo-a na mente dos Homens.

*Ad primum ergo dicendum quod promulgatio legis naturae est ex hoc ipso quod Deus eam mentibus hominum inseruit naturaliter cognoscendam.*

<sup>157</sup> *Ibidem*, q. 94, a.6

<sup>158</sup> *Ibidem*, q. 90, a.4.

<sup>159</sup> *Ibidem*, q. 90, a.2.

<sup>160</sup> *Ibidem*, q. 90, a.4.

*Ad secundum dicendum quod illi coram quibus lex non promulgatur, obligantur ad legem servandam, in quantum in eorum notitiam devenit per alios, vel devenire potest, promulgatione facta.*

*Ad tertium dicendum quod promulgatio praesens in futurum extenditur per firmitatem scripturae, quae quodammodo semper eam promulgat. Unde Isidorus dicit, in II «Etymol.», quod «lex a legendo vocata est, quia scripta est»<sup>161</sup>.*

A *scriptura* era para S. Tomás de Aquino da essência da lei.

A teovidência franciscana anglo-saxónica de finais do século XIII e início do século XIV retomou o voluntarismo agustiniano: Deus é livre e *querente*.

As ideias de Aristóteles tornaram-se contestáveis, em especial a ideia de eterno retorno que punha em causa a liberdade divina e humana. Para que haja liberdade é necessária a historicidade.

John Duns Scott (1266?-1308), no *Tratado do Primeiro Princípio*, defendeu que “a Primeira Causa causa de maneira contingente” e só “a vontade é princípio de operação contingente”. Entendendo por contingente: “aquilo cujo oposto poderia ser feito quando aquilo é feito”<sup>162</sup>. O estilo do escocês é matemático e axiomático, adequando-se já ao século da ciência. Conclui que Deus é vontade: “Tu (Deus) podes querer, simultaneamente, contingentemente e livremente, e querendo-o, podes causar tudo o que é causável.”<sup>163</sup> Isto significava renunciar a uma ordem imutável subjacente à existência humana.

A neo-escolástica jesuíta encabeçada por Suarez (1548-1617) tentou lutar contra as doutrinas protestantes e francesas do direito divino dos reis, mas juridicamente começou a resvalar para o normativismo. Enquanto a escolástica tomista se centrava no direito como manifestação de uma ordem preexistente, a neo-escolástica concentra-se na lei como preceito comum, justo, estável e suficientemente promulgado, fruto de uma vontade. “O momento activo e voluntário domina o momento racional e intelectual.”<sup>164</sup> O que faz com que a lei seja lei passa a ser a vontade.

A escola jusracionalista autonomizou o Direito Natural da teologia partindo da permissa de que o Direito Natural existiria mesmo que Deus não existisse.

<sup>161</sup> *Ibidem*, q. 90, a.4.

<sup>162</sup> SCOTT, John Duns – *Tratado do Primeiro Princípio*. Lisboa: Edições 70, 1998, Cap. IV, 56.

<sup>163</sup> *Ibidem*, Cap. IV, 91.

<sup>164</sup> MONCADA, Luís Cabral de – *Filosofia do Direito e do Estado*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 134.

O individualismo aparece como “sistema de cultura em que cada homem é, em si mesmo, um auto-suficiente gerador de razão”<sup>165</sup>.

#### IV. Uma Lei Não Escrita Portuguesa: a Lei Mental

O rei português D. João I “considerou em vigor uma ordenação que só existia na sua vontade”<sup>166</sup> e não chegou a ter em sua vida uma redacção certa e definitiva”<sup>167</sup>. Neste caso específico, aliava-se o problema de forma a um conteúdo polémico. A Lei Mental, ao regular excepções ao princípio da inalienabilidade dos bens da Coroa, pressupunha e, por isso, impunha implicitamente esse mesmo princípio. Os bens da Coroa podiam ser doados, mas a sucessão dos mesmos era condicionada por três requisitos: indivisibilidade (tinham de se manter na íntegra, no mesmo tronco familiar), primogenitura e masculinidade (transmitiam-se apenas ao filho mais velho). Não se verificando os requisitos, os bens revertiam à coroa. Este conteúdo normativo foi-se revelando com a aplicação da Lei. A primeira aplicação conhecida data de 15 de Maio de 1393 quando, por Carta régia, D. João I confirmou as doações feitas a Diogo Lopes Pacheco na pessoa de seu filho por este ser “o maior filho lídimo”<sup>168</sup>.

A *causa finalis* da Lei Mental seria pois manter a integridade do tesouro.

Disposições não escritas sobre a inalienabilidade dos bens da coroa não são exclusivas do Direito português. Surgem no movimento de personificação abstracta do poder, primeiro da Igreja e depois do fisco e do Estado.

Desde o século XI, os bispos eram obrigados a prestar um juramento que continha sete cláusulas<sup>169</sup>. Por volta de 1200 surgem referências a uma oitava cláusula. O conteúdo da oitava cláusula é conhecido. As formas começam a aparecer no tempo de Gregório IX. A mais primitiva datará de 1234, do juramento do Arcebispo Edmund Abingdon de Canterbury:

<sup>165</sup> SILVA – *Humanismo*, p. 24.

<sup>166</sup> Nas palavras do próprio monarca: “posto que nós tenhamos feita e ordenada uma lei em nossa vontade”. *Apud* CAETANO, Marcelo – *História do Direito Português (1140-1495)*. Rio de Janeiro: Verbo, 1992, p. 513.

<sup>167</sup> MERÊA, Paulo – *Novos Estudos de História do Direito*. Barcelos: 1937, p. 73.

<sup>168</sup> Chancelaria de D. João I, Livro II, fl. 86. *Apud* MERÊA – *Novos Estudos*, p. 67.

<sup>169</sup> Jurava fidelidade a S. Pedro, à Igreja, ao Papa e seus sucessores; renunciava a actos de traição; prometia segredo no conselho; jurava defender o *papatus romanus* e as *regalia sancti Petri*; comprometia-se a receber os legados papais; comprometia-se a comparecer nos sínodos e prometia visitar anualmente as *limina apostolarum*. Liber Extra, c.4 X 2, 24, Ed, Friedberg, II, 360. *Apud* KANTOROWICZ – *The King's*, p. 350.

*Possessiones vero ad mensam mei archiepiscopatus pertinentes non vendam neque donabo neque inpignorabo neque de novo infeudabo vel aliquo modo alienabo inconsulto Romano pontifice. Sic me Deus adiuvet et hec sancta evangelia*<sup>170</sup>.

De 1263 referida ao Arcebispo de Auch, Amanieu de Armagnac, a fórmula é mais complexa: *Predia, possessiones, ornamenta ecclesiastica, que iuris sunt N. Ecclesie, nunquam alienabo, nec vendam, nec in pignora ponam, neque alicui sine communi consensu capituli vel potioris partis et sanioris consilii in beneficio vel feudo dabo. Que distracta sunt, vel in pignore posita, ut ad ius et proprietatem eiusdem N. revocentur ecclesie, fideliter laborabo*<sup>171</sup>.

O Cardeal que presidiu à coroação de Henrique III de Inglaterra, em 1216 terá usado a fórmula como a conhecia e esta passou a integrar os juramentos de coroação, só vindo a ser redigida no século xv<sup>172</sup>.

Por volta de 1300 os juristas presumem que em geral os reis fazem um juramento de não alienação: *Nota quod omnes reges mundi in sua coronatione debent iurare iura regni sua conservare et honorem coronae*<sup>173</sup>; *Rex iurat tempore suae coronationis non alienare res regni sui. Similiter episcopi iurant sui episcopatus iura*<sup>174</sup>; *Nam equiparantur quantum ad hoc etiam iuramentum super his praestitum de alienatione facta non revocando episcopus et rex. Ita et principi alienatio rerum fiscalium, quae in patrimonio suo, iuste noscitur interdicta*<sup>175</sup>.

A lei portuguesa passou de mental a escrita a 8 de Abril de 1434, no reinado de D. Duarte e não veio, por razões ainda não suficientemente estudadas, a ser integrada nas Ordenações Afonsinas.

A Lei Mental pertence ao movimento de centralização e fortalecimento do poder real, desfavorecedor da nobreza, desenvolvido na segunda

<sup>170</sup> *Liber censuum*, No. 198, Ed. Fabre-Duchesne, Paris. *Apud* KANTOROWICZ – *The King's*, p. 350.

<sup>171</sup> ANDRIEU, Michel – *Le Pontifical Romain au Moyen-Âge, Studi e Testi*, 86, Vaticano, 1940, I, 290f. *Apud* KANTOROWICZ – *The King's*, p. 351.

<sup>172</sup> KANTOROWICZ – *The King's*, pp. 353 e 358.

<sup>173</sup> BALDO – *In Decretales* c. 33, X, 2, 24, n.3, fol. 26. *Apud* KANTOROWICZ – *The King's*, p. 357.

<sup>174</sup> ANCHARANO, Petrus de – *In quinque Decretalium libros commentaria* c.33 X 2, 24, n. 1, fol. 291. *Apud* KANTOROWICZ – *The King's*, p. 358.

<sup>175</sup> PENNA, Lucas de – *Commentaria in Tres Libros Codicis*, Lyon, 1582, *apud* KANTOROWICZ, Ernst – *Mystères de l'Etat. Un concept absolutiste et ses origines médiévales (bas Moyen Age)*, in: *Mourir pour la patrie et autres textes*, Presses Universitaires de France, Paris, 1984, p. 94, nota 61.

dinastia. O rei, por sua vontade, impõe o princípio da inalienabilidade dos bens da coroa e introduz-lhe exceções com requisitos exigentes. A sua não introdução nas primeiras Ordenações afigura-se exprimir a tensão entre poder régio e nobreza. Podia defender-se com recurso ao direito justinianeu, particularmente à constituição *Cordi* que promovera a publicação do Código de Justiniano, que leis não inclusas no *Código*, não podiam ser aplicadas<sup>176</sup>. Deste modo, impedir a inclusão da Lei Mental nas Ordenações seria um esforço para impossibilitar a aplicação da mesma.

De todo o modo, o episódio da Lei Mental representa um marco na elevação da vontade régia a essência da lei. No reinado do Mestre de Aviz iniciaram-se os trabalhos das primeiras Ordenações portuguesas, aí se havia de sistematizar hierarquicamente as fontes de Direito, atribuindo-se lugar cimeiro ao Direito Pátrio, e subsidiaridade ao *ius commune*. No Direito Pátrio, dar-se-ia primazia à Lei do Reino sobre o estilo da corte e sobre o costume. As leis do monarca, sobrepor-se-iam, pois, à jurisprudência dos Tribunais superiores e ao costume gerado na comunidade.

Muito mais tarde, com a revolução liberal, a lei como imposição da vontade do rei eclipsar-se-ia diante da lei como imposição da vontade do povo.

---

<sup>176</sup> SILVA – *Lições de Direito Romano*, p. 247.