

PRAGMATISMO E HISTORIOGRAFIA JURÍDICA

PRAGMATISM AND LEGAL HISTORIOGRAPHY

José Duarte Nogueira
Catedrático da Faculdade de
Direito da Universidade de Lisboa

Resumo

O pragmatismo jurídico, enquanto modelo de concretização do processo de justiça, encontra-se reflectido nas diversas experiências históricas que moldaram a evolução do direito ocidental ao longo dos tempos. Sob a capa de intervenções concretas ou de formulações não teorizadas, mas presentes na mente dos juristas, percebe-se a nível prudencial, judicial e político-legislativo desde o direito romano clássico, passando pelos quadros da *ars inveniendi* posterior até à idade moderna. Trata-se, provavelmente, de uma forma natural de o prudente procurar fixar a melhor solução possível para o problema, mais sobressaliente quando certas circunstâncias políticas e sociais se verificam, à qual o pensamento do último século procurou dar enquadramento jusfilosófico em

face de outras concepções presentes na sociedade.

Palavras-chave: Experiência. Pragmatismo. História. Direito.

Abstract

The legal pragmatism as a model of implementation of the justice process, is reflected in the different historical experiences that have shaped the evolution of western law over time. Under the hood of specific interventions or not theorized formulations, but present in the mind of lawyers, we see the prudential, legal, political and legislative level from classical Roman law, from the executives of later *inveniendi ars* to the modern age. It is probably a natural way to fix prudent to seek the best possible solution to the problem, the extender when certain political and social circumstances are present, to which the thought of the last century sought to philosophic framework in the face of other concepts present in society.

Keywords: Experience. Pragmatism. History. Law.

1. *VI Congresso Internacional de História do Direito* escolheu como tema dos trabalhos, na presente edição, *O Pragmatismo na Historiografia Jurídica e na Teoria do Direito*. Sob este título aponta, portanto, para uma corrente do pensamento jurídico que, tendo embora raízes mais recuadas, directa

ou indirectamente, continua na actualidade a suscitar a atenção de nomes de primeira grandeza da Ciência e da Filosofia do Direito.

Enquanto mero cultor da História do Direito tive plena consciência de que dificilmente conseguiria trazer aqui algo de interessante na vertente filosófico-jurídica, tendo particularmente em conta que diversos conferencistas presentes mantém há muito diálogo próximo com essa área e por essa via com a temática subjacente ao tema. Enveredar por esse caminho seria pois, no mínimo, falta de discernimento.

Supus contudo já possível contribuir de algum modo, se me cingisse à minha área de investigação, surgindo-me como hipótese possível a identificação de momentos no devir histórico nos quais o pragmatismo possa ter desempenhado papel não despreciando na forma de pensar o direito.

Fixada a decisão, tomei assim como primeiro objectivo a procura de

exemplos sugestivos da presença do pensamento pragmático no decurso histórico-jurídico – ainda que eventualmente nem sempre percebidos ou aceites como tal - fixando-me para o efeito em épocas determinadas. Um segundo objectivo seria tentar, através deles, mostrar que também neste caso é válida a ideia já aqui no ano anterior por mim afluada¹, de que o direito e a ciência que o envolve constituem um *continuum* temporal, no qual realidade e pensamento associado se reformulam permanentemente, sem que algumas vezes aparentes novidades mereçam essa caracterização, por serem em parte apenas o resultado da reorganização de ideias que no passado estiveram ligadas a formas de sentir o direito tidas então por naturais e correntes. Se o

¹ *Interpretação e Teoria do Direito. Quadros histórico-jurídicos (secs. XII a XVI)*, em parte objecto de comunicação no “V Congresso de História do Direito e I de Teoria do Direito”, realizado na Faculdade de Direito Damas do Recife em Agosto de 2013.

conseguiremos ver-se-á no final.

2. De facto, o direito enquanto domínio específico do conhecimento, identifica uma área de reflexão na qual muitas das suas construções se configuram como adaptações a novos tempos de soluções e ideias anteriores, à luz de uma ou várias causas. Ocorre tal no plano das formas de criação e revelação, vulgarmente designadas como fontes do direito e no plano das figuras, institutos e instituições jurídicas. Mas ocorre também no plano dos modos de pensar o jurídico ou de o relacionar com a realidade social.

Na essência significa isto que o direito evolui, não raro, através de alterações paulatinas cuja importância nem sempre é perceptível no seu próprio tempo, apenas à distância conseguindo visibilidade suficiente para sobressair do conjunto. Mas significa também que certas formas de o pensar renascem por vezes na realidade social em

mutação, recorrendo os seus cultores, quiçá inconscientemente, quiçá diluindo-o por motivos nem sempre claros, a dados oriundos do passado que por uma ou outra razão tinham caído, primeiro em desuso e depois em aparente esquecimento.

Se assim acontece, tão importante quanto identificar esse passado contributivo é identificar a causa de esquecimento e o motivo pelo qual de novo as suas componentes essenciais readquiriram actualidade suficiente para justificar a retoma, ainda que em novos moldes. De menor relevo será saber se a desvalorização do passado é inconsciente ou deliberada, mas não deixará em qualquer caso de merecer alguma reflexão.

Pode admitir-se, embora *quod ad demonstrandum*, que os motivos ligados a esquecimento e renascimento estejam associados à realidade envolvente. Essencialmente ao seu perfil político, ainda que outras vertentes não sejam despiciendas, porque as estruturas associadas tendem

a auto-enquadrar-se juridicamente no sentido de justificar o exercício do poder². Em concordância ou discordância a sociedade posiciona-se face à nova realidade e os juristas, devido ao conhecimento que lhes assiste das regras basilares do funcionamento da sociedade organizada, ocupam então facilmente um lugar na vanguarda. Repetindo-se alguns vectores desse perfil à distância de séculos, os juristas tenderão novamente a ocupar uma posição análoga,

² Note-se por exemplo, que as alterações revolucionárias (salvo raras excepções, como é o caso das que determinam inversões tendencialmente absolutas dos quadros ideológicos, sociais e económicos estruturantes na sociedade, vg. a revolução soviética) por se sentirem geralmente vulneráveis em termos de constitucionalidade, enquanto não lhes é possível desenhar uma nova Constituição formal tendem a enquadrar-se provisoriamente, tão rapidamente quanto possível, em diplomas legais de sentido fundamental sancionatórios do novo estado de coisas, confortando-se deste modo do pecado original da ilegalidade revolucionária.

tendendo a resposta a mover-se em parâmetros similares. Com resultados não necessariamente idênticos porque o contexto nunca será rigorosamente o mesmo. Mas bastará que uma causa essencial esteja presente para a resposta adquirir feição próxima.

Só através de um esforço de busca deste tipo, o *continuum* jurídico poderá ser compreendido plenamente, do mesmo modo que só conhecendo as raízes se pode conhecer integralmente o perfil genético de tudo o que é vivo.

3. Avançando, convém referir preliminarmente, ainda que de forma breve, alguns dos parâmetros em que o pragmatismo enquanto corrente jurídica se move.

Fundado no pensamento de Charles Pierce (1839-1914) na segunda metade do século XIX, surge claramente associado ao direito em especial a partir da Escola Realista americana dos inícios do século XX. A ligação à

magistratura do Supremo Tribunal de Justiça torna-se então incontornável, sendo o nome mais conhecido provavelmente o do juiz Oliver Holmes. Sem nunca ter deixado de motivar vertentes o pensamento jurídico, esbate-se nas décadas seguintes, vindo depois a ganhar novo fôlego nos finais do século com Posner, Breyer, Atienza e outros.

A denominação radica no vocábulo grego *pragma* que significa *coisa* ou *feito*. Aplicada ao domínio do jurídico identifica o momento da decisão como aquele em que o direito é verdadeiramente criado. Consubstanciada correntemente na sentença, a atenção do pragmatismo é portanto nesta que essencialmente se foca. Desvalorizado fica o acervo normativo pré-existente, substituído pela experiência e pelos demais factores sociológicos que se mostrem relevantes. A decisão judicial surge portanto no seu cerne, ainda que modernamente alguns aproximem a sentença

da decisão em termos genéricos, seja esta do juiz, do advogado - neste caso sob a veste de opinião - e a do legislador, neste caso sob a veste de lei.

Para esta corrente do pensamento jurídico integrável na família dos decisionismos a que pertence o *casuismo* e a *escola do direito livre*, o direito é essencialmente a solução determinada na decisão, paradigmaticamente a judicial. Na génese desta o que é verdadeiramente determinante não é a lógica ínsita na aplicação silogística de um direito pré-existente, ou a conformidade a valores superiores ao plano político-legislativo, mas essencialmente a experiência enquanto componente multifacetada na qual o julgador se revê e da qual retira a *ratio decidendi*. Alguns, como o grande romanista espanhol Álvaro D'Ors, que não sendo propriamente um pragmático via o direito pela óptica do *casuismo*, movimentando-se portanto numa órbita não distante, sintetiza a ideia dizendo *ius est*

quod index dicit (é direito o que os juízes aprovam) ou na forma mais breve por outros adotada, *o direito está na ponta da caneta do juiz*.

O pragmatismo jurídico, tal como na parte final do século XX se reafirmou, consolida-se em torno da valorização do contexto em que a decisão judicial é proferida, da ponderação das suas consequências e efeitos e da desvinculação de condicionantes prévias de natureza lógico-formal, ou de valores postulados em nível superior ao *ius positum*. É da articulação entre necessidades humanas e sociais associadas ao contexto, consequências da decisão em termos de previsibilidade e elementos integrantes da experiência que a decisão deve surgir. A boa decisão será a que melhor tutelar as necessidades nesse momento sentidas e o apuramento destas deverá ser o resultante da ponderação possível dos elementos tidos por relevantes. Identifica portanto uma postura anti-positivista e bem assim anti-jusnaturalista, na qual normas

e valores não valem *a priori*, ainda que possam ser considerados no quadro da experiência interna (pessoal) e externa (social), que o decisor transporta para a decisão.

Modernamente alguns acentuam o papel da argumentação no pragmatismo jurídico, de tal modo que o aproximam de uma *teoria da argumentação jurídica*. O direito, visando a resolução de conflitos e a consecução de fins sociais, teria natureza dinâmica, nele tendo lugar a ponderação de múltiplos factores. A norma será apenas um dado ao lado de outros, entre os quais valores, conceitos, utilidades, oportunidades, considerações morais, éticas, políticas e mesmo religiosas, todas enquanto componentes da realidade social. A procura da solução justa, embora norteadada pela utilidade social, surge assim na dependência de um esforço argumentativo realizado pelo prudente, usualmente o juiz, mas também pelo advogado e mesmo o legislador. Nessa medida a lógica não lhe é estranha, ainda que

essencialmente na construção argumentativa em si e não enquanto instrumento de aplicação silogística de regras pré-existentes.

4. Do quadro descrito podem, pois, realçar-se como elementos a ter em conta no pragmatismo jurídico:

a) o direito como resultado da ponderação da melhor solução, tendo em conta o contexto social, as consequências e a liberdade face a condicionantes prévias aparentemente superiores;

b) a experiência jurídica como elemento da boa decisão;

c) a argumentação como factor determinante na construção da solução;

d) a decisão judicial enquanto momento particularmente relevante;

Para os enquadrar em quadros histórico-jurídicos, como anteriormente nos havíamos proposto, tomaremos como ponto de partida o direito romano da época clássica passando depois ao da recepção e da modernidade.

No primeiro caso porque constitui a base da civilística actual moldada através do cadinho justinianeu. Nos demais porque constituem etapas decisivas na transposição das soluções romanas para os ordenamentos modernos.

5. Vejamos a época clássica, começando por recordar que não é possível estabelecer paralelismo total entre a modernidade e a realidade de então, no que respeita ao modelo judicial característico das diversas épocas³.

³ Com o avanço do principado ao tempo de Octávio Augusto, observa-se o aparecimento de um modelo judicial assente no poder do *princeps* o qual ficará durante algum tempo a coexistir com o modelo clássico, ficando a preferência por um ou outro dependente das partes. Era a *cognitio extra ordinem*, na qual o *iudex* concentrava a avaliação da prova e a decisão jurídica, organizada sob uma ordem de juízo invertida em relação à característica do tribunal do pretor (*cognitio ordinem*). Neste, a matéria adjectiva precedia a substantiva, seguindo uma sequência mais próxima da *common law*; no tribunal do *princeps* a

Como é sabido o pretor apreciava apenas o caso *de jure*, remetendo a prova e a decisão (*iudicium*) para o *iudex*. Embora actuasse, em parte, como um jurisprudente, excedia-o na medida em que tinha acesso ao *ius imperii* (poder absoluto) e à *iurisdictio* (poder de declarar o direito). Enquanto autor do direito pretório criou primeiro soluções de facto e mais tarde verdadeiras soluções jurídicas. Mas mesmo as primeiras, por se encontrarem apoiadas no *ius imperii*, tinham a virtualidade de corrigir, suprir e interpretar as soluções do *ius civile* que considerava inoportunas, desajustadas ou omissas. Já o jurisprudente não magistrado, por gozar apenas de *auctoritas*, ou saber socialmente reconhecido, não podia ir tão longe. Mas era igualmente um criador de direito porque, tal como o pretor propunha a solução por si considerada mais ajustada às necessidades

sociais e políticas, analisando o contexto, prevendo consequências e desligando-se de conceitos e valores pré-existentes que supostamente o deveriam condicionar. Destituído de *ius imperii* as soluções por si propostas necessitavam da aceitação tácita ou expressa da comunidade dos juristas, mas conseguida esta adquiriam juridicidade ficando à disposição do pretor, ele próprio agente dessa aceitação. Citaremos em seguida alguns exemplos claramente sugestivos do pragmatismo com que a criação jurídica era encarada, muitos outros sendo possível acrescentar.

a) A família, segundo o modelo do *ius connubii* clássico, encontrava-se enquadrada pelos *mores maiorum*, podendo ser entendida como entidade política. O poder paternal era absoluto por essa via. Os *mores maiorum*, ainda que de base costumeira correspondiam a princípios imutáveis, distinguindo-se dos *consuetudines* (costumes). No quadro jurídico-político

sequência era a contrária, mais próxima da moderna ordem do juízo.

assim definido, a emancipação do *filius* não podia estar prevista no *ius* porque poria em causa a estrutura familiar tradicional. Mas tornou-se conveniente admiti-la por razões sociais e económicas⁴. A perda do poder paternal na sequência de uma tripla venda do *filius* por parte do *pater*, estava prevista na Lei das XII Tábuas - o fundamento mítico do *ius civile* - como sanção aplicável a este último, por violar a ética do *bonus pater familias*. Não era contudo uma solução civil, já que ia contra a lógica familiar romana, mas antes uma punição política a avaliar pelo *ensor*, o guardião das virtudes morais (de *mores*) romanas. Todavia o contexto social

reconhecia em múltiplas situações a utilidade dos efeitos da sanção, por socialmente vantajosas. Subsistia o obstáculo dos *mores maiorum*, cujo conteúdo era aceite como valor pré-existente de natureza superior. Foram porém rapidamente postos de lado neste particular, sem serem vistos como impedimento, consolidando-se a emancipação como faculdade do *pater*, ainda que em termos modernos no que poderia ser considerado uma situação de fraude à lei. De modo pragmático criou-se uma solução impossível de acordo com o formalismo legal e moral antigo.

b) A sucessão legitimária (forçada ou necessária) não estava prevista no *ius civile*. Era contrária aos *mores maiorum* porque poria em causa a natureza absoluta do poder paternal. Todavia a sua inexistência tornara-se socialmente inconveniente, generalizando-se no primeiro século antes de Cristo a prática de os herdeiros legítimos deserdados

⁴ A necessidade de recorrer ao *pater* para praticar actos jurídicos de relevo, uma vez que o *filius* não gozava de plena capacidade jurídica (*sui iuris*), tornou-se pouco prática e mesmo inconveniente devido à extensão do Império e à longa duração do serviço militar. Sem possibilidade de recorrer ao suprimento paterno, a sua intervenção negocial ficava enfraquecida. A emancipação tornava-se pois premente, por útil.

impugnarem o testamento com base na suposta falta de gozo pleno das faculdades mentais por parte do *pater*, quando da sua elaboração. Em determinados momentos pareceria mesmo que a maioria dos *patres* se encontrariam, em regra, em situação de loucura ou senilidade, o que naturalmente era desprestigiante para as classes superiores – era nestas que a escolha do herdeiro era mais frequente e necessária - e indirectamente para o Estado, no qual tais famílias ocupavam significativa cópia de lugares políticos de primeiro plano. A *Lex Falcidia de legatis* de 40 aC veio determinar que a constituição de legados correspondentes à quarta parte do património do *de cuius*, em benefício dos descendentes não instituídos herdeiro, fazia presumir *juris et de jure* a plena sanidade do *pater*. Consequentemente implicava o indeferimento liminar de qualquer impugnação do testamento. De facto não criava uma quota legítima, pois o *de cuius* poderia fazê-lo sem atender à

lei e os herdeiros legítimos deserdados poderiam conformar-se, circunstância em que a vontade do *pater* seria válida, mas ao fim de algum tempo o que era uma faculdade instituída em benefício do *de cuius*, passou a ser entendido como um dever e logo um direito dos demais filhos. O contexto era favorável e as consequências vantajosas pois desapareceram as impugnações de testamentos. Os *mores maiorum* foram, mais uma vez, colocados de lado pelos prudentes e magistrados. Com uma forte componente de pragmatismo alterou-se portanto o modelo sucessório tradicional, sem formalmente se mudar o quadro legal vigente.

c) Os *senatusconsultos* tinham natureza meramente consultiva. Todavia a falta de segurança especialmente nos meios rurais associada à fase anterior à emergência do principado, havia conferido ao Senado visibilidade progressivamente acrescida enquanto órgão político de referência. O respectivo

controle político estava já parcial ou totalmente nas mãos do príncipe, que por isso mesmo não via inconvenientes nessa valorização. Em 10 dC é publicado o senatusconsulto *Silanianum* que responsabilizava presuntivamente os servos no caso de morte do senhor por desconhecidos, bem como impedia a abertura do testamento enquanto o autor não fosse descoberto. Trata-se do primeiro senatusconsulto de conteúdo substantivo que o pretor admitiu aplicar no foro. Todavia enquanto magistrado sabia bem que não era *de jure* vinculativo, pois o órgão promanante continuava a deter apenas poderes consultivos. Aceitou-o portanto pragmaticamente, desvalorizando a ausência de competência legislativa do órgão, porque o contexto o tornava possível e as consequências desejáveis, na medida em que atenuava a frequência dos crimes cometidos naquele contexto..

d) Em 58 dC foi elaborado o senatusconsulto

Velleianum. Vedava às mulheres a assunção de responsabilidade por dívidas contraídas pelos homens, ampliando a proibição já existente desde o ano 3 dC em relação aos respectivos maridos. As exceções não abrangiam a actividade comercial, mas não demoraria muito que a mulher comerciante visse aceite no foro a sua intervenção como garante, criando-se assim uma solução que por via legal ou consuetudinária a generalidade dos ordenamentos europeus manteria depois. Seria o caso de Portugal, onde os costumes medievais locais a invocam, dizendo que vale “*sem prejuízo do privilégio do Valeriano*”, referindo-se assim equivocadamente ao referido senatusconsulto. A solução admitida à mulher comerciante foi resultado de uma interpretação pragmática feita sobre a realidade do comércio.

e) O direito pretório era produto da actividade do pretor. Propunha soluções integrativas, correctivas e supletórias do *ius civile*,

fundadas nos seus *ius imperii* e *iurisdictio*. Era elaborado na sequência da apreciação das necessidades sociais sentidas no contexto, dando lugar às intervenções correctivas consignadas depois no édito e que ao longo do séculos foram translaticiamente formado o *ius praetorium* que mais tarde seria parte relevante do *ius* ou direito antigo por oposição às *leges*. Estas tinham como objectivo resolver problemas sociais da forma mais adequada à realidade. Desconsideravam, se necessário o direito vigente, mesmo o consolidado em torno de princípios estáveis do *ius civile*, ainda que sem formalmente o antagonizar. Chegou a soluções tão práticas e úteis que ainda hoje permanecem no elenco civilístico moderno, como seja a posse, a prescrição aquisitiva, ou indirectamente a concepção sinalagmática da compra e venda.

6. Avancemos agora um pouco para observar exemplos retirados da época medieval e moderna. Pelo

forte liame à argumentação – tão valorizada pelo pragmatismo hodierno - não podemos deixar de começar pela *interpretatio prudentium*.

Sob este conceito esconde-se a metodologia de operar das escolas prudenciais que dominaram o pensamento jurídico europeu anterior ao iluminismo, com especial realce até ao humanismo. A elas se ficou a dever a base sob a qual assenta o moderno direito civil mundial, por via da ligação que estabeleceu entre o *ius romanum* justinianeu e clássico e a pandectística oitocentista e através desta com muitos dos conceitos que os códigos civis de feição germânica actualmente incorporam. Dada a similitude entre os quadros em que se moveram aquelas escolas e o pragmatismo – ainda que mediada pela interpretação - convém uma breve resenha prévia.

Nos alvares da escola bolonhesa e do trabalho de Wernerius ou Irnerius – o suposto fundador e primeiro jurista moderno - a tradição do

direito comum mostrou quase desde os seus primeiros momentos, clara consciência da importância da interpretação jurídica. Por via disso, aos sucessores desse primeiro jurista seria associada diferente valorização dos elementos interpretativos, atribuindo-se a *Bulgarus* maior aderência lei, a *Hugus* ao espírito do preceito e a *Martinus* preferência pela equidade, ou seja, maior afastamento do texto legal em benefício de outras componentes da *ars inveniendi* ou arte da procura da solução (jurídica).

Desvalorizadas por Karl von Savigny, que não obstante ter escorado a sua escola histórica no direito romano as olhou criticamente, em particular a mais antiga, cujos juristas considerava em larga medida fungíveis e demasiado apegados à letra da lei, a visão moderna sobre as referidas escolas é hoje diferente.

Na realidade, não só dentro de cada uma ocorreram polémicas doutrinárias incompatíveis com tal suposta fungibilidade,

como da própria observação dos mecanismos da *interpretatio* se conclui diversamente. Do mesmo modo que enquanto elemento interpretativo, a *letra* não surge na época dos glosadores contraposta ao *espírito*, como na actualidade alguma doutrina propõe, mas apenas como um dos sentidos possíveis do texto, um entre os vários que a hermenêutica admitia subjacentes.

Quatro pelo menos eram tidos em conta: o *literal*, caracterizável como o histórico-positivo; o *moral*, relativo a considerações éticas; o *alegórico*, sugestivo de que cada objecto de interpretação pode ser entendido como símbolo de uma realidade transcendente, identificando portanto um sentido oculto que correctamente interpretado se revelará; o *anagógico*, ou metafísico identificado com a projecção da vida no além. Sentidos sobrepostos que o *trivium* permitia descobrir com recurso à *gramática*, o que fazia desta arte um instrumento intelectual

essencial e que permitiu demonstrar que se alguma dicotomia podia ser transposta para a época, seria entre *littera* e *sententia* e não entre *littera* e *sensus*. Ora *sententia* significa opinião e não sentido, o que permite estabelecer a contraposição entre letra e opinião como os dois pólos da decisão valorizados por estas escolas prudenciais europeias e não a contraposição entre sentido literal e espírito imanentes ao texto. A um suposto modelo *pré-positivista* muito dependente do texto do *Corpus Juris Civilis* - tal como alguns as imaginam - preferia na realidade, aparentemente, um *decisionismo* não condicionado pela lei, ainda que tendo-a em conta.

Será esta visão compatível com uma época frequentemente caracterizada por lugares comuns como *magister dixit*, no sentido de saber feito de acatamento acrítico e reverencial da autoridade, ou como *idade das trevas*, no sentido de um tempo no qual a ausência de conhecimento reflexivo seria dominante, de todo

desajustados mas que para muitos são ainda mitos válidos e inatacáveis?

Não, a vários títulos. Em primeiro lugar porque tais lugares comuns foram construídos deliberadamente pelos humanistas, muitos deles juristas, que auto afirmavam a excelência e perfeição do seu saber, contra o das escolas medievais, que não compreendiam nem queriam compreender por se encontrar fundado em pressupostos escolásticos que embora não dogmáticos e críticos, coabitavam com uma razão divina de feição universal não construída à dimensão do indivíduo em que se reviam. Ora se concepções havia que não agradavam aos humanistas eram as que não se ajustavam ao dogma da sua superioridade intelectual de cepa racional e individualística. Bem traduzida na imagem de falsa modéstia em que se reviam, colocando-se a si mesmos na pele de anões sentados aos ombros de gigantes, vendo por isso mais longe, sendo que os gigantes não eram os

medievais imediatamente anteriores, aos seus olhos apenas protagonistas de um tempo falhado na evolução da humanidade, mas os clássicos pré-cristãos dos quais já quase nada subsistia para além da imagem mítica de perfeição que ansiavam decalcar.

Em segundo lugar pela visão casuística que tinham do direito, semelhante à dos juristas romanos da época clássica - nesse particular em colisão com a perspectiva justinianeia já moldada politicamente pelo autoritarismo bizantino - e em sintonia com o momento político europeu da época e com a admiração profunda pelas partes do *Corpus* reveladoras do *ius*, em detrimento das integradas pelas *leges*.

Em terceiro lugar pelo sentido crítico e argumentativo que os movia intelectualmente, no qual viam o verdadeiro motor criativo do direito. É aliás este o ponto que mais nos interessa.

Na verdade o esforço dos juristas destas

escolas na determinação da solução seguia um percurso analítico-problemático, procurando o preceito sem ir previamente ao sistema. Sistema aliás, inexistente, pelo menos na perspectiva moderna. Nessa medida a atenção interpretativa à lei não tinha a textura posteriormente adquirida, quando passou a ser instrumento do príncipe no exercício do poder. Pode deste modo falar-se de um conjunto de elementos que sem rejeitar a lei estão de facto para além dela, no conjunto dos quais a solução devia ser argumentativamente procurada pelo prudente e juiz conforme o plano.

Tal como a doutrina os entendia, os argumentos seriam procurados nas *leges*, *rationes* e *auctoritates*. As primeiras identificavam o complexo argumentativo apoiado em textos legais. Podiam ser ponto de partida ou, não raro de chegada, sendo esclarecedor a este propósito a conhecida descrição do método seguido

por Bártolo⁵. Note-se que o texto legal podia ser ele próprio argumentativamente invocado ao lado de outros. As *rationes* identificavam os

⁵ A tradição medieval bolonhesa guardou do labor de Bártolo a indicação de que andaria geralmente acompanhado de um jurista, de memória prodigiosa que entre outros saberes conhecia muito bem o texto do *Corpus Juris*. Quando confrontado com uma questão jurídica para a qual a sua opinião (parecer) era solicitada, Bártolo reflectia e após enunciar a enunciar pedia ao secretário, Tigrino de seu nome, que lhe encontrasse passagens do *Corpus Juris* que estivesse de acordo com a solução por si defendida, para as integrar no parecer. Interessante forma de usar a lei, hoje aparentemente absurda face ao positivismo dominante, mas que numa lógica decisionista era correcta. A ponderação feita com base na intuição, saber próprio e experiência, conduzia à solução. Mas porque a ciência do direito não deixava de ser vista como uma ciência de textos, desde logo por na sua génese ter estado o texto reverenciado do *Corpus Juris*, era valioso carrear também, enquanto argumento, passagens do *Corpus*. Como se Bártolo estivesse a dizer: *a minha opinião é esta e vejam que até o Corpus vai no mesmo sentido*, e não, *a minha opinião é esta porque o Corpus vai nesse sentido*.

argumentos que não tinham apoio em textos legais: de conveniência, de oportunidade, de equidade, de justiça, de mera lógica e outros. As *auctoritates* identificavam o complexo argumentativo fundado no saber socialmente reconhecido, ocasionalmente referido sob a designação de *comum opinião dos doutores*. É este tipo de argumentação que falaciosamente a modernidade desvaloriza enquanto tópico argumentativo, enquadrando-a na designação de *magister dixit*.

No domínio das *leges* a gramática surgia como o instrumento de base adequado. Tratava-se porém de uma gramática especulativa abrangente de saberes históricos, literários, poéticos, políticos, morais e éticos. O apuramento do sentido beneficiava assim de uma conjunção tida por relevante. No domínio das *rationes* a dialéctica e a retórica tomavam a dianteira na demonstração argumentativa. Nas *auctoritates*, por fim, era a lógica probabilística que

pontificava, entendida como lógica do mais ou menos provavelmente certo conforme a valia da prova argumentativa feita pelo jurista. Nunca a do necessariamente certo, cuja desadequação ao direito era claramente intuída.

Em suma, o pensamento jurídico europeu da época não foi dogmático mas probabilístico, valorizador da dúvida a raiar o cepticismo, considerando-o nessa medida alguns autores, quase como precursor do pensamento cartesiano.

Seria o pensamento das escolas jurídicas medievais europeias pragmático? Nas linhas gerais era-o, pois movia-se dentro da ponderação do contexto, da antecipação das consequências da decisão e da rejeição ou aceitação por via argumentativa, de conceitos e ideias que na época se suporiam de natureza superior e inatacável. Na realidade esse modo de chegar à solução era tão normal que apenas surgia qualificado genericamente como *ars inveniendi*, ou arte de

descobrir a solução, sem nenhum atributo suplementar.

7.Os direitos europeus posteriores preservaram durante muito tempo manifestações deste modo de construir o direito, mesmo fora do campo prudencial. Encontramo-lo ainda no direito nacional português por exemplo, na construção de soluções judiciais contextualizadas fora do sistema normativo, que depois adquiriam força enquanto precedente. Eram as chamadas *façanhas*. Encontramo-lo ainda no direito judicial construído em torno dos tribunais superiores que se generalizaria sob a designação de *estilo da corte*.

Com o tempo a transformação do Estado numa instituição centralizada, com o poder político concentrado no governante, acabaria por pôr em causa esta forma de criar soluções, muito associada ao prudente livre ou ao magistrado detentor de apreciável grau de liberdade. Sinal que a sua inibição decorreu muito mais

de circunstâncias políticas externas ligadas ao Estado do que de opções intencionalmente definidas pelos juristas, como hoje parece ser.

Não deixa nesse sentido de ser interessante notar que mesmo na actualidade, num sistema no qual a liberdade do decisor é escassa, em 2013 o Tribunal Constitucional português confrontado com uma norma de profundos efeitos económicos no tecido social em particular no funcionalismo público entendida como violadora de múltiplas regras e princípios com dignidade constitucional a considerou claramente inconstitucional, com a ressalva de que a decisão apenas produziria efeitos para futuro, pois as consequências da validade da decisão *ex nunc* seriam socialmente muito gravosas⁶. Por via judicial o

pragmatismo jurídico no seu melhor, num sistema anti-

vindo a aplicar no país desde há vários anos (cerca de 2011), se constatou que nesse Orçamento se repetia e reforçava o comportamento já presente em Orçamentos anteriores, de o Estado penalizar essencialmente o funcionalismo público e os reformados por via de cortes em vencimentos ou de aumento de tributação do rendimento disponível, em certos casos - entre os três anos da austeridade - aproximando-se já dos quarenta por cento do rendimento anterior ao seu início. Em causa estariam princípios como o da *igualdade*, da *proporcionalidade*, etc., na medida em que estes grupos, por receberem o rendimento directamente do Estado, estariam a ser encarados como “alvos a abater”, com a vantagem de ser a forma mais fácil de diminuir a despesa do Estado. Ignorando, por exemplo, que o trabalho do funcionalismo público se encontra ao serviço de toda a sociedade, mesmo da parte não remunerada directamente pelo Estado e que os pensionistas tinham tido, por regra, longas carreiras contributivas para a reforma, entendendo neste caso o Governo que não tinham verdadeiramente um direito à pensão, por o sistema português não seguir o modelo de capitalização.

⁶ A decisão em apreço resultou de um pedido formulado ao Tribunal sobre a constitucionalidade de certas normas do Orçamento de Estado, porquanto no contexto da grande austeridade que o Governo tem

pragmático como é o português.

Em suma e para terminar, aqui me interrogo à guisa de conclusão. Será o pragmatismo em si mesmo uma novidade no pensamento jurídico moderno ou não será apenas uma forma natural de o interveniente no processo da justiça - seja ele juiz ou simples prudente - procurar fixar a melhor solução possível para o conflito, reiteradamente presente no percurso jurídico das sociedades humanas sempre que certas circunstâncias designadamente de índole política se verificam?

*

Bibliografia: Albuquerque, Ruy de - *História do Direito Português – Relatório* (Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, ano XXVI); *Poesia e Direito* (suplem. Da Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa), Coimbra Ed., Coimbra 2007; Albuquerque, Ruy e (Martim de Albuquerque) - *História*

do Direito Português, I volume, 12ª ed., P.F. Editores, Sintra 2006; Alexy, Robert – *Begriff und geltung des rechts*, 4, Karl Alber, Munchen 2005; Atienza, Manuel – *As razões do direito. Teorias da Argumentação jurídica*, 3ª ed. Landy Ed., 2006; *O sentido do direito*, Escolar Ed., 2013; Breyer, Stephen - *Making our Democracy Work*, Knopf, New York 2010; Calasso, Francesco - *Medio Evo del Diritto. I-Le fonti*, Giuffrè Ed., Milano 1954; Cortese, Ennio - *Il Diritto nella Storia medievale* (2 vls.), Il Cigno Galileo Galilei Ed., Roma 1996; Cruz, Sebastião - *Direito Romano I-Introdução. Fontes*, (4ª ed.), Coimbra 1984; Domingues, José – *As Partidas de Castela na sistemática compilatória do livro IV da reforma das Ordenações*, in “Initium”, Rev. Catalana de Història del Dret, 19 (2014); Guarino, Antonio - *Storia del Diritto Romano*, Jovene Ed., Napoli 1994; Justo, António dos Santos - *Direito Privado Romano*, (5 vls.) Coimbra Editora, Coimbra 2000-2009;

Posner, Richard - *The problematics of moral and legal theory*, Harvard University Press, Cambridge-London 2000;
Law, pragmatism, and democracy, Harvard University Press, Cambridge-London 2005;
Koschaker, P. - *Europa y el Derecho Romano* (trad. castellana de José Santa Cruz Teijero), Madrid 1955.