

INTERPRETAÇÃO E TEORIA DO DIREITO: QUADROS HISTÓRICO- JURÍDICOS (SÉCULOS. XII A XVII)

*INTERPRETATION AND
THEORY OF LAW: LE-
GAL-HISTORICAL TA-
BLES (XII CENTURIES
XVII)*

José Duarte Nogueira¹

Resumo

Este texto foi parcialmente apresentado em conferência na Faculdade Damas na cidade do Recife, no V Congresso de História do Direito, em Agosto de 2013. Trata da interpretação na Teoria do Direito a partir do contexto histórico do século XII ao XVII.

Palavras-chave: Direito. Interpreção. História do Direito.

Abstract:

This text was partially presented at the Faculty Dames conference in Recife, the V Congress of History of Law in August 2013. This interpretation of the Theory of

Law from the historical context of the twelfth to the seventeenth century.

Keywords: Right. Interpreção. History of Law.

1. INTRODUÇÃO

A interpretação jurídica visa o apuramento do sentido da norma. Da norma em si, segundo alguma doutrina, tendo em conta a sua inserção na ordem social, segundo outra ².

Como ponto de partida encontra-se pois, a norma. Podendo esta ser escrita ou oral, coloca-se de imediato a questão de saber se esta diferença é indiferente. Não parece existir dúvida sobre a necessidade de interpretação, qualquer que seja a sua natureza, ainda que surja correntemente associada à escrita. Tal associação decorre do facto de a ciência jurídica se ter transformado numa ciência de textos a

² Seguimos nesta parte os ensinamentos de Oliveira Ascensão, *O Direito. Introdução e Teoria Geral. Uma perspectiva lusobrasileira*, 13ª ed., Ed. Almedina, Coimbra 2006.

¹ Professor na faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e na Universidade Lusíada de Lisboa.

partir de certas etapas da evolução social, deixando para trás a oralidade geralmente associada à norma consuetudinária, típica de fases anteriores. Mas enquanto apuramento do sentido, a diferença é irrelevante, ainda que no caso da norma oral a interpretação possa concentrar-se principalmente ao momento da sua aplicação. Sendo óbvio também que a norma oral pode ter natureza legal e não consuetudinária, a este tipo aplicar-se-ia o mesmo raciocínio.

Em qualquer caso, para evitar dificuldades pode ser vantajoso colocar o enfoque no *discurso normativo*, em vez de na norma, uma vez que o discurso existe sempre para além das características que assistam à forma.

A *hermenêutica* identifica o processo interpretativo de textos independentemente do seu conteúdo. Existe portanto uma hermenêutica direccionada para textos jurídicos ao lado de hermenêuticas direccionadas para textos de outra natureza.

Se a interpretação está confinada à extracção da norma a partir do seu invólucro, seja ele a palavra escrita ou a palavra oral, fala-se de *exegese*. Escusado será dizer que a orientação da ciência jurídica para uma ciência de textos fez com que a exegese incida geralmente sobre o discurso escrito.

Um conjunto de conceitos, não raro identificador de diferentes orientações no processo interpretativo, adquiriu lugar cativo na Teoria da Interpretação.

Fala-se em interpretação *subjectivista* ou *objectivista* consoante o sentido que se procura no discurso normativo é o que o autor lhe quis dar, ou o que ficou plasmado no próprio discurso abstraído da vontade do autor.

Se se trata de um discurso de tipo consuetudinário não tem sentido admitir-se a interpretação *subjectivista*, pela simples razão que o costume não permite a identificação de um autor concreto. Subsiste, não obstante, alguma margem

de dúvida, pois ao identificar-se como autor genérico a comunidade, não seria absurdo admitir a procura do sentido que a comunidade enquanto ente colectivo, teria querido imputar à norma. Seria o sentido compatível com o *volkegeist*, em contraposição com o sentido objectivo plasmado no discurso normativo revelado pelo costume. Admitindo que a primeira situação pode não ser fácil de apurar, prevalecerá neste caso a interpretação *objectivista*. O mesmo se não passaria se se tratasse de um discurso oral de natureza legal, pois nesse caso o autor seria identificável.

Sendo conhecido o autor, tanto a postura *subjectivista* como a *objectivista* podem então orientar-se numa perspectiva *historicista* ou *actualista*.

No primeiro caso o sentido procurado pode ser o que lhe quis dar o autor histórico, ou seja o que o criou, falando-se então de *subjectivismo historicista*, ou o que o legislador lhe teria querido dar se legislasse na

actualidade, falando-se então de *subjectivismo actualista*. No segundo caso o sentido procurado pode ser o que ficou plasmado no discurso no momento em que foi elaborado, abstraindo da vontade do autor, falando-se então de *objectivismo historicista*, ou o que ficou plasmado no texto no sentido que tem na actualidade e não no momento em que foi elaborado, falando-se então de *objectivismo actualista*.

Sendo certo que o discurso normativo hodierno é geralmente de natureza escrita, é principalmente tendo em conta a letra da lei que o processo interpretativo se organiza. Tradicionalmente são então apontados como relevantes para se apurar o sentido da lei (*ratio legis*), os elementos *gramatical* e o *lógico*.

O *gramatical* ou *literal* consubstancia o sentido objectivo resultante do conjunto das palavras integrantes da norma, entendidas no alcance usual. O *lógico* ou *racional* consubstancia o sentido da norma quando se têm em conta aspectos meta-literais a

ela associáveis. São estes o *sistemático*, o *histórico* e o *teleológico*.

O *sistemático* parte do conceito de *sistema*, o qual podendo ser definido de diversas maneiras, em todas exibe traços comuns³. Uma dirá que corresponde à “*diversidade reconduzida à unidade, sob uma ideia*”, querendo significar que existe quando “*recorrendo a uma ideia unificadora é possível olhar uma diversidade de entidades como uma única entidade de grau diverso*”. Neste sentido um sistema pode ser *material* ou *ideal*, isto é ser constituído por objectos dotados de um corpo físico, ou apenas por ideias ou conceitos. Um sistema planetário é constituído por diversos objectos celestes unidos entre si por uma conjugação de forças de sinal diverso que, equilibradas, os mantém em órbitas aparentemente imutáveis. Da mesma forma, o sistema do Direito Civil é constituído por um conjunto de

princípios e normas logicamente articulados entre si. O elemento *sistemático* consiste portanto, no sentido imanente ao sistema normativo no qual a norma se inclui. O elemento *histórico* parte da convicção de que o conhecimento das circunstâncias em que a norma foi elaborada, releva para a compreender e explicar. Podendo estas ser de diversa natureza, a doutrina valoriza os precedentes normativos, os trabalhos preparatórios e o contexto social em que foi elaborada. O elemento *teleológico*, por fim, designa a finalidade da norma. Consiste na justificação que esteve na base da sua criação.

2. SÉCULO XII

Recordados conceitos gerais em matéria de interpretação jurídica, é o momento de os posicionar no plano histórico-jurídico. Veremos em especial o caso português, na medida em que foi simultaneamente brasileiro até à terceira década do século XIX. Veremos

³ K. W. Canaris, *O conceito de sistema*, ... em particular a Introdução, da autoria de A. Menezes Cordeiro.

também o europeu sempre que se justificar. Seguindo uma linha cronológica prestaremos atenção a três épocas: século XII; séculos XIII-XIV; séculos XV-XVII.

A primeira corresponde aos momentos iniciais do Estado posterior. Tratando-se de um tempo assaz longínquo pode questionar-se o interesse, mormente num palco brasileiro, dado o facto de os primeiros contactos com os modelos jurídicos europeus terem aqui ocorrido apenas a partir do século XVI.

Entendemos que sim. O direito, enquanto domínio específico do conhecimento, identifica um *continuum* no 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 e no plano das figuras, institutos e instituições jurídicas. Na essência significa que o direito evolui, não raro, através de alterações paulatinas do ordenamento

vigente, cujo relevo no seu próprio tempo nem sempre é perceptível, apenas à distância conseguindo visibilidade para sobressaírem do conjunto.

Ainda que ocorram excepções não são a regra. Por isso, a identificação de apoios ao conhecimento do processo de construção jurídica no devir histórico é do máximo interesse. Não tendo o direito europeu e o pensamento a ele ligado entrado no Brasil sem um passado, seria com base nele que o direito brasileiro, no sentido, primeiro geográfico e depois político do termo, se iria moldando até atingir a actualidade. Ocupando o português parte relevante desse lastro até ao século XIX, fixar alguns dos seus contornos é útil para a observação da realidade que vingaria localmente. Só assim 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 .

Seguindo esta linha, para delinear o perfil histórico jurídico da primeira época salientáramos os seguintes elementos:

*Ausência de direito nacional próprio até 1211*⁴: vejamos porquê, convocando elementos comuns às experiências europeias coevas.

Como é sabido, a independência enquanto fenómeno político não se encontra necessariamente associada à emergência de um direito próprio no novo Estado, para além do que se reporta ao quadro constitucional relativo à titularidade e exercício do poder político. É situação usual no passado, tal como no presente.

A razão pode ser encontrada na indissociabilidade do direito em relação aos problemas a

que intenta dar solução. Resolvidos, sob a óptica do governante caso este disponha do poder de criar direito e o use, ou da comunidade quando é esta a fixar a solução conforme ao sentir colectivo, a realidade cultural, social e económica nunca deixa de se esconder atrás da norma. Correspondendo esta a um lastro que se altera usualmente com alguma lentidão, o fenómeno político em que a independência se consubstancia, não constitui por si só, em regra, factor de alteração súbita da estabilidade tendencial de tal contexto. Pode haver excepções, como nos casos de independência sob violência extrema ou de ruptura politico-ideológica profunda, mas tais situações tendem a não ser as mais usuais e, mesmo assim, apenas o segundo caso conteria germens naturais da alteração súbita de múltiplas componentes do direito⁵.

⁴ Direito próprio no sentido de direito novo elaborado a partir de órgãos indissociáveis da nova entidade independente. Se a caracterização for feita apenas com base na adjectivação nacionalística de quadros jurídicos anteriores, será possível defender o contrário.

⁵ Caso, por exemplo, da revolução de Outubro que daria início à Rússia soviética.

Tendendo a realidade a preservar os seus contornos estruturais mesmo em face de um fenómeno político tão marcante como a independência, o direito anterior que a enquadra sói manter-se no essencial até se atingirem momentos em que prefiram razões para inovação.

Foi este o caso português nos primórdios do Estado, com a persistência de quadros jurídicos anteriores, vindo as primeiras inovações jurídicas de cepa própria a surgir apenas em 1211.

Escassez de contactos com do 'ius commune': sem significar necessariamente inexistência, os afloramentos ocasionais que se percebem nesta época não evidenciam ainda o fenómeno designado como *recepção-difusão*. Quando muito *recepção-conhecimento* em certos meios e na pessoa de protagonistas isolados, mas insuficientes para deixar rasto visível no direito coevo.

Um afloramento possível encontrar-se-ia no uso ocasional de conceitos jurídicos que ultrapassam o nível popular. Perceptíveis no

contexto envolvente do poder político superior e sempre da pena de eclesiásticos, alguns textos distinguem claramente, por exemplo, entre *costume* e *lei* à luz das características de cada um. A problemática da aplicação da lei no tempo, do início de vigência, surge igualmente.

Difícilmente podendo ser desligados de uma cultura jurídica mais erudita eventualmente associável à romanidade, saber porém se reflecte contactos com a emergente doutrina do *direito comum*, ou se haviam sobrevivido por outras vias, nem sempre é possível. Admitindo a segunda alternativa como mais provável, dada a época, corresponderiam a fragmentos da cultura antiga que a Igreja preservara e que a legislação gótica tardia, ela própria desenhada em parte por intervenção eclesiástica, incorporara.

Já quanto à problemática da *interpretação* jurídica propriamente dita não se evidenciam testemunhos claros na época,

nem no plano *doutrinal* nem *autêntico*. No doutrinário - presume-se - devido à ausência ainda de um ordenamento nacional susceptível de ser objecto de reflexão; no autêntico porque o detentor do poder político superior não exercia actividade legislativa, sendo por isso desnecessária. Significaria isto que dela não houvesse consciência? Seguramente não, pois existindo discurso normativo, mesmo que essencialmente de base consuetudinária, a *interpretação* jurídica colocava-se por natureza ao menos em sede de aplicação. A omissão significará portanto, apenas que não possuía ainda autonomia dogmática suficiente no saber dos juristas disponíveis, para surgir nos textos.

*Ausência de actividade legislativa*⁶: concepções de natureza política típicas do tempo em sintonia o que se

passava nas sociedades europeias coevas, ajudam a explicá-la. A criação jurídica por via consuetudinária mantinha-se portanto predominante, preservando-se a esse nível em consequência, quadros costumeiros de génese anterior. Neste particular não deixa de ser interessante assinalar que regras aparentemente com alguma carga consuetudinária, se fundam originariamente em textos legais. Esta aproximação entre direito consuetudinário e legal, em certa medida paradoxal, é típica de momentos nos quais, por circunstâncias várias, se apaga na consciência colectiva a memória clara da origem, fazendo com que a normatividade dos preceitos seja associada à convicção da sua obrigatoriedade, como se de costume se tratasse. Ocorreu isto em Portugal nesta fase.

A nível local o panorama não é diferente, estando apenas associado a menor erudição dos textos. Ainda que em contexto muito

⁶ São excepções certas normas elaboradas em ocasiões especiais no órgão de apoio ao governo político, mas no conjunto não produziram acervo muito significativo.

próprio, reforça-se em qualquer caso, a este nível, a tendência vinda já do século anterior, de fixar por escrito um direito local no qual preceitos consuetudinários pré-nacionais surgem organizados em modelos formais em parte repetitivos. Usualmente referidos como *forais*, em conjunto podem traduzir um primeiro e ainda pouco claro esforço de delimitação de um ordenamento nacional de incidência estritamente local. Neste caso a maior quota de esforço pertenceu ao poder régio – daí sugerir uma incipiente preocupação legislativa - mas igualmente nele se empenharam poderes políticos locais sob observação daquele.

3. SÉCULOS XIII A XIV

A época seguinte, enquadramo-la em Portugal entre o século XIII e XIV. Na perspectiva europeia os parâmetros não variariam muito. Também aqui há aspectos sobressalientes a notar.

Recepção-difusão do 'direito comum': entendido como o direito justinianeu interpretado pelas escolas prudenciais medievais – isolado ou em associação ao canónico sob a denominação de *utrumque* - rapidamente se divulgaria por toda a Europa constituindo a base dos futuros direitos civis de matriz continental. Simultaneamente assiste-se à emergência dos ordenamentos nacionais de base legal, ainda que durante muito tempo mantendo-se integrados em contextos jurídicos fortemente pluralistas.

Por detrás desta explosão encontram-se diversas causas. Focaremos em particular as políticas e dentro destas as que, em nosso entender, melhor explicam a adesão por parte dos detentores do poder político superior ao nóvel quadro jurídico, nos múltiplos reinos em que então a Europa se dividia,. Para isso teremos de recuar um pouco no tempo.

Como se referiu, na generalidade dos reinos

européus da época anterior o governante não intervinha usualmente na elaboração normativa. Não o fazia, desde logo porque a produção legal era relativamente rara. Ocorria esporadicamente na assembleia política de topo ⁷, mas mesmo aí tão-pouco a sua intervenção era evidente, mais parecendo ser o órgão a decidir do que o rei autonomamente: é certo que a situação política na Europa não era idêntica. Alguns reinos conheceram modelos mais interventivos. *Feudalidade* conviveu com *senhorialidade* no espaço europeu, neste último caso geralmente associada a um poder régio mais forte - caso dos peninsulares - mas nem mesmo nestes é possível afirmar que o rei assumia a criação legislativa corrente como desígnio, por escassa que fosse.

Sendo protagonista apenas residual na criação do ordenamento, o governante não recusava porém, a condição de garante da justiça e através dela do direito. Mas

também a própria aplicação da justiça não era por si controlada em exclusivo. Identificada como virtude transcendental, era seu dever enquanto detentor do poder, assegurá-la. Mas nem a legitimidade do poder régio era ainda totalmente clara - o fio condutor que o ligaria a Deus mais tarde invocado, não se encontrava ainda totalmente consolidado - nem o poder efectivamente detido era sempre suficiente para impedir outros de o exercerem parcelarmente. As teorias explicativas da origem do poder e sua transmissão para o governante necessitavam ainda de afinamentos para claramente o reclamar na totalidade.

Do lado da Igreja também nem tudo era claro. Remetido o antigo equilíbrio gelasiano para a bruma dos tempos, embora tendencialmente virada para a afirmação da superioridade do seu poder, o Papa não clarificara ainda inequivocamente se o reclamava como passível de ser exercido directamente ou como medianeiro entre Deus

⁷ A chamada *cúria régia*.

e o governante. Muito menos iniciara a construção do seu ordenamento jurídico e essa limitação, associada a um certo afastamento entre as Igrejas provinciais, não lhe facilitava ainda uma intervenção decisiva.

Em suma, por imprecisão de instrumentos político-jurídicos de natureza teórica e por limitada capacidade de intervenção da própria Igreja, a realidade europeia anterior ao século XII no que concerne ao titular do poder político, mantinha-se expectante: no plano interno entre a posição de *primus inter pares* e a de candidato a *primus super pares*; no plano externo, entre uma Igreja instalada no terreno mas ainda sem instrumentos de intervenção política clara e o Imperador do Sacro-Império germânico, entidade da qual apenas chegavam ecos, ao menos à periferia. O próprio conflito político entre Imperador e Papa revelado pela querela das investiduras, ainda que deixando adivinhar outros mais amplos no futuro, para maioria dos governantes dos *regna* não

passava então de turbulência longínqua que lhes permitia gerir o *statu quo* sem implicações dramáticas.

Em breve o marasmo se romperia. Aliciados por uma vaga de fundo europeia a acederem à condição de *imperatores in regno suo*, os diversos reis, de forma velada ou expressa, tornar-se-iam protagonistas de conflitos com o Papado sobre a titularidade do poder que exerciam, os quais só terminariam muito mais tarde com a vitória tendencial mas transitória deste, rapidamente invertida na antecâmara do Estado moderno. Em locais mais próximos do Sacro Império ocorreriam outros problemas, mas na periferia continuariam apenas a ser sussurros.

O que se passou pois, para assim ter acontecido? Para o compreender convém recuar novamente um pouco no tempo, neste caso ao final do Império Romano do ocidente, no século V: confrontada com o retalhamento do território imperial causado pela entrada maciça de povos germânicos,

eslavos e orientais em 506, a Igreja - já então instalada no terreno - fora a única entidade que no *caso* conseguira manter uma cadeia de transmissão cultural através das escolas monásticas e catedralícias. Mais viradas para a cultura teológica aquelas, mais permeáveis ao século estas dada a proximidade do bispo à sociedade civil, o saber jurídico - ainda que escasso - seria por esta via uma das áreas não condenada ao esquecimento.

Que direito era esse? Na realidade eram dois acervos normativos relativamente distintos.

a) Num caso tratava-se de uma amálgama constituída por vestígios do direito romano subsistente nas comunidades ou intencionalmente preservado por alguns povos germânicos, reminiscências de direitos pré-romanos nunca de todo abandonados e soluções de base pragmática surgidas na época pós-clássica, umas e outras sublimadas através da óptica cristã. Foi geralmente designado *direito romano vulgar*

e a ele se agregariam mais tarde vestígios do direito justinianeu provavelmente oriundos do transitório domínio bizantino da costa mediterrânica ocidental entre 550 e 600. Não se tratava propriamente de um ordenamento organizado. Era, em qualquer caso, uma base relativamente difundida, que enquadrava de início essencialmente a população não ligada aos invasores de 506 numa lógica de separação de comunidades.

b) No outro caso tratava-se do direito dos próprios invasores - frequentemente chamado *germânico* - organizado em dezenas de textos de importância diversa, em alguns casos significativa pela difusão de que gozaram, permeado não raro de elementos romanos.

Eram estes os dois acervos normativos principais que preencheram a cena europeia até à recepção, sendo certo que nessa altura o *direito canónico* de origem conciliar, era ainda incipiente.

Independentemente da dualidade e embora a

ligação da Igreja à sociedade se fizesse inicialmente mais através do *direito romano vulgar* – mais próximo do seu espaço natural de cultura por via da romanidade – do que do *germânico*, em breve a conversão ao cristianismo dos antigos invasores alterou a realidade. Não só os ordenamentos tenderam para a fusão, como se tornaram em conjunto a base da *forma mentis* jurídica da elite eclesiástica que, quando oportuno, colaborava com o poder régio. Colaboração que se tornou rapidamente decisiva, dada a circunstância de ser o único segmento capaz de fornecer apoio intelectual ao *rex* e ao grupo guerreiro e laico que o rodeava.

Foi assim na generalidade dos reinos germânicos, continuando mais tarde nos que lhes sucederam quando o epíteto, por desajustado, deu lugar aos embriões de muitos dos futuros Estados modernos, consolidando-se as respectivas cúrias régias em torno de epígonos oriundos do meio eclesiástico.

Em suma, a Igreja nessa fase intermédia conseguiria não só manter algum conhecimento do direito romano antigo, directamente e por via do *vulgar*, como assimilar os quadros jurídicos germânicos à medida que as clivagens religiosas e culturais na Europa se iam esbatendo. Simultaneamente foi integrando essa síntese na sua dimensão intelectual, preparando-se para a utilizar na construção do seu próprio direito, quando as circunstâncias o permitissem.

Mas nem tudo correu sem sobressaltos dentro da própria Igreja. O retalhamento da Europa na pós-romanidade, havia conduzido a quase tantos espaços políticos como reinos. As Igrejas, desligadas de uma estrutura de poder concentrada no Papa, tiveram tendência a acompanhar essa divisão, se não rigorosamente pelo menos nas linhas gerais definidas pela antiga organização provincial romana que, por ter sido feita em parte sobre clivagens geográficas, culturais e étnicas

naturais, tivera tendência a sobreviver. Até certo ponto era ainda uma consequência do esforço de preservação da romanidade na fase das invasões: o *direito canónico* que até ao século XII era essencialmente de natureza conciliar, como referimos, seguiu igualmente esse retalhamento. Ainda que mantendo traços comuns, a lógica de proximidade subjacente à reunião de prelados em concílios provinciais, tivera como efeito a criação progressiva de regras canónicas diferentes para os mesmos assuntos, nos concílios associados a esses diferentes espaços. Como factor potenciador esteve o facto de não raro o território se aproximar do do reino, circunstância que tendia a aproximar os prelados do respectivo poder político e a distanciá-los dos demais, actuantes em espaços com as mesmas características e onde o mesmo fenómeno ocorria.

Digamos que a Igreja percorria, aparentemente sem entraves, o caminho do afastamento inter-regional, facto que poderia a médio

prazo levar a cisões na cristandade se nada se interpusse.

No século XI o problema tornou-se premente aos olhos do pontífice romano, que antevia o resvalar desses direitos canónicos provinciais para ordenamentos canónicos teologicamente diversificados e politicamente idiossincráticos. De certo modo a Igreja estava a ser vítima do seu próprio sucesso. Tornada na única força religiosa relevante na Europa, mas falha de uma autoridade central e de um ordenamento jurídico comum, aproximação entre Igrejas provinciais e poder político local arriscava-se a transformar o ocidente, região a região, reino a reino, numa manta de retalhos política e pior ainda, teológica.

Um pouco como se passara no Oriente, no qual a sintonia entre o Imperador bizantino e patriarcas não havia aberto espaço à afirmação da autoridade papal. Todavia no Oriente esse fenómeno servira o

Imperador que, assumindo-se como *rex et pater*, impedira os patriarcados já arredados da autoridade de Roma de caírem na divisão teológica.

A conjugação entre autonomia política e dispersão canónica era portanto, preocupante. Não só favorecia a divisão religiosa como seria impeditiva de qualquer tentativa de unificação política da Europa. O Papa arriscava-se a perder definitivamente a possibilidade de centralizar o poder religioso no território europeu e simultaneamente de nele vir exercer ascendente político, a primeira pela natureza das coisas e a segunda porque a ideia de *respublica christiana* acalentada desde Leão X acabaria por soçobrar.

A resposta do Papado foi enérgica. Primeiro ensaiou a unificação dos ritos religiosos através da reforma gregoriana. Fê-lo com sucesso. Seguir-se-ia a segunda fase, virada para a unificação jurídica. Seria mais demorada mas tinha a expectativa de a levar a bom

porto. Por coincidência ou não, é neste segundo momento que se perfila no horizonte itálico a descoberta do *Corpus Juris Civilis* justinianeu e se inicia o que viria a ser conhecido como *renascimento* do Direito Romano.

Na base deste *renascimento* estiveram aparentemente contributos de diversa ordem, por alguns referidos como políticos, religiosos, culturais e económicos.

Eventualmente assim terá sido. No conjunto interessa-nos contudo focar o interesse com que a Igreja logrou avaliar o texto justinianeu e a sua difusão. Conhecendo a realidade europeia e tendo em mãos uma estratégia de unificação canónica destinada a superar diversidades locais – delas falámos atrás - estranho seria aliás, que não tivesse aproveitado a janela de oportunidade.

É certo que a jurishistoriografia tende a imputar ao fenómeno génese laica, não vinculando a intervenção inicial de Pepo

ou de Irnério à Igreja, mas sim a um movimento de âmbito civil, logo transformado em onda imparável cavalgada por todos os que a compreenderam. Convém porém ter presente que tudo aponta para um movimento que, se não directa pelo menos indirectamente, não apanhou a Igreja de surpresa.

A vários títulos, sintetizáveis do seguinte modo: a) os textos de base dificilmente poderiam ter sido preservados fora do meio eclesiástico; b) sabe-se que partes do C.J.C., ainda que truncadas, eram conhecidas há muito na órbita da Igreja; c) a formação cultural dos primeiros protagonistas era de base gramatical, dificilmente podendo ter sido obtida fora da órbita da Igreja; d) a rapidez com que Bolonha se difundiu dificilmente pode ter ocorrido sem colaboração da Igreja; e) por fim, os primeiros estrangeiros que da periferia se deslocam ao estudo bolonhês eram frequentemente eclesiásticos oriundos das catedrais.

Em suma, ainda que se possam identificar outros horizontes quando o fenómeno é observado a partir da península itálica, quando se observa a partir de zonas mais afastadas e da periferia é da órbita da Igreja que se vêem os primeiros interessados a fluir para Bolonha. Se assim era, algum motivo comum deveria existir. O qual não podia deixar de estar em sintonia com a Igreja, já que era dela que saíam, era através do seu apoio que os custos da deslocação eram suportados e era de novo para o seu seio que regressavam após a formação jurídica.

Tomando o caso português como paradigmático, é esta precisamente a descrição que melhor se ajusta à realidade.

Os primeiros interessados em Bolonha – escassos durante o século XII, mas existentes - são todos oriundos da órbita da Igreja e quando regressam é ao serviço da mesma que se colocam. Tendencialmente irão ocupar altos cargos eclesiásticos. Temos portanto

um fenómeno cuja adesão inicial é protagonizada em larga medida, para não dizer totalmente, por clérigos ligados às catedrais, ficando de fora nessa fase a sociedade civil.

Qual o motivo? Antes de mais o facto de a Igreja ter compreendido desde cedo que o direito romano, uma vez apreendido, seria instrumento insubstituível na construção de um direito canónico comum unificado a elaborar após a reforma gregoriana, sendo o seu estudo compatível com o saber *livresco* antigo preservado no seu seio, dentro de um quadro de erudição a que a demais sociedade não tinha acesso fácil na época. Mas também, eventualmente, por ter compreendido o seu relevo enquanto complexo jurídico-conceptual estruturante do poder, cujo conhecimento lhe poderia dar ascendente junto do governante, na medida em que dificilmente este lhe seria alheio durante muito tempo; ganhava portanto tempo antecipando um saber do qual o poder político não

prescindiria num futuro próximo.

Se as coisas tivessem permanecido estáveis, poderia até não ter sido ultrapassado o primeiro nível. Mas não permaneceram. O conflito entre Papado e Império agudizou-se e a percepção de que *ius romanum* poderia ser reclamado como direito próprio do Imperador na perspectiva dualista da *respublica christiana*, não deixou avançar rapidamente no sentido de o reivindicar também como *lex terrena*, quando necessário.

Para além disso outros interesses emergiram, os quais com o tempo suplantariam os iniciais. É neste ponto que devemos virar de novo a atenção para a sociedade civil e o seu olhar sobre o *ius commune*, *maxime* por parte dos governantes dos *regna*: fixemos de novo o caso português retirando dele ilações, tanto mais que o quadro não é diferente do que pode ser encontrado em outros *regna*.

No sec. XII e inícios do seguinte são clérigos,

geralmente catedralícios que se deslocam para Bolonha a aprender o *utrumque* ou o *ius civile*. Regressados à origem trazem consigo saber e manuscritos, ali permanecendo encarregados de questões jurídicas e outras funções. Nessa altura não são muito visíveis na órbita régia. Podem ocasionalmente contactar a cúria mas aparentemente *en passant*, ao serviço da sua catedral ou em deslocação particular. No séc. XIII contudo, vamos já observar os mesmos ou outros clérigos, presentes junto do círculo mais elevado do poder. Mantém o estatuto clerical mas a sua função não é tanto a de assessorar a Igreja ou de a representar, mas sim de auxiliar ou aconselhar o *rex*. Não abandonam a ligação à igreja e nem sequer é impossível que os interesses desta não continuassem a passar pelas suas mãos, mas a verdade é que alguns parecem já ter como papel principal, quiçá profissão, o apoio ao rei.

Trata-se de uma novidade relevante, na qual o traço essencial consiste na

passagem de clérigos da órbita das catedrais para a do rei. O espaço onde prestam serviço amplia-se assim às franjas superiores da sociedade laica, de tal modo que alguns parecem ser já mais políticos que eclesiásticos⁸.

Porque terá acontecido? Podem existir diferentes explicações e é de admitir que possam até ter ocorrido em simultâneo. Vejamos as mais plausíveis.

É natural que a iniciativa de penetração no círculo régio tenha partido da Igreja. De facto, se tivesse sido do rei não se compreenderia que não tivesse enviado directamente estudantes para Bolonha, ainda que clérigos. Não o tendo aparentemente feito, não seria razoável que os solicitasse depois aos prelados.

⁸ A promiscuidade com o poder político levará inclusivamente o Papa no início do século XIII, a increpar tais clérigos usando linguagem violenta, comparando-os a “*rãs que se escondem da vista entre os pórticos do palácio*”.

Que motivos teria a Igreja para dar o passo? Essencialmente dois: tentar introduzir o *direito comum* junto do poder, para o ascendente assim conseguido ser depois fruído; tentar defender interesses junto do poder civil através da criação de pontes de influência. Os dois motivos nem seriam contraditórios, porque o segundo dependia em parte do primeiro. Mas pode ter também ocorrido, isolada ou cumulativamente, algo diverso, criando-se um fluxo de transferência de juristas que só indirectamente teria em conta a Igreja: terem sido os próprios clérigos juristas a aproximarem-se do poder civil por interesse próprio.

Seja qual for o caso – são admissíveis situações diversas - a transferência de clérigos da órbita da Igreja para a do rei teve de se conjugar com o interesse deste, sob pena de não lograr sucesso. Não dominando o rei o *ius commune* – até ao século XII era virtualmente desconhecido nos níveis superiores estranhos à Igreja – terá de ter sido convencido

a recebê-lo e só a percepção da existência de vantagens o pode ter motivado a abandonar o *statu quo* anterior.

É este um ponto de interesse, pois só compreendendo-o podemos perceber o processo de aceitação do *ius commune* nos *regna* europeus. A vantagem que poderá ter convencido o rei, terá sido a demonstração de que este direito colocava ao seu alcance um acréscimo de poder. No caso, passaria pela alteração da sua imagem política tradicional, de primeiro entre iguais para outra mais próxima da que os textos imputavam ao imperador romano, isto é a de um rei sem limitações. Tal ganho importaria mudanças no seu perfil interventivo, pois surgia associado à *potestas legis condendae* nunca exercida porque não fazia parte da concepção política dominante até então.

Implicava alterações à postura política e os custos inerentes poderiam até ser desmotivantes. Mas não deve ter sido difícil convencê-lo, pois um acréscimo de poder é

sempre apetecível para quem já exerce algum e no caso concreto teria a vantagem suplementar de, no plano interno, retirar naturalmente aos pares à sua volta a parcela que de facto exerciam.

Existiriam seguramente dificuldades face à primazia teórica do imperador do Sacro-Império no domínio terreno e eventualmente face ao Papa. Mas o primeiro, para os *reges* da periferia europeia não era mais que um personagem distante do qual pouco havia a temer; para além disso, a pretensão do *rex* nunca ultrapassaria a de ser *imperator in regno suo*, pelo que eventuais atritos ficariam, no máximo, balizados entre a independência total e a dependência simbólica face a tal personagem⁹. Quanto ao Papa o problema teria de ser equacionado mais cuidadosamente – desde logo

pelo seu empenho na *respublica christiana* - mas não se afigurava intransponível na medida em que outros *regna* europeus já se tinham mostrado renitentes para o projecto. Além do mais, para desenvolver a argumentação política envolvente lá estariam os juristas.

Convencido o *rex* deve ter sido então que as coisas começaram a seguir caminhos diferentes. Por um lado rapidamente os juristas se aperceberam que podiam ficar em posição privilegiada, pois só através do seu saber o rei conseguiria usar o *direito comum*. Uma vez indispensáveis acederam a posições políticas antes difíceis de atingir. Desenhavam-se então dois caminhos: ou se afastavam da Igreja passando a assumir interesses pessoais, ou mantinham um certo nível de dualismo. Terá sido a segunda, a via geralmente seguida de início. Continuavam a defender os interesses da Igreja misturando-o com os próprios, desde o simples exercício do aconselhamento

⁹ Nos finais do século XII chegariam a Portugal ecos de uma pretensa intervenção imperial no ocidente peninsular, tendo o rei tratado o assunto com algum cuidado mas sem abdicar da afirmação do seu poder.

à ocupação de cargos eclesiásticos de topo, geralmente em sedes episcopais. Para tal poderiam certamente contar com o rei. E assim aconteceu.

Mais tarde, o acesso a posições de topo por esta via foi percebido pela sociedade civil. Para beneficiarem, tiveram os leigos de investir na ida para um Estudo Geral e a saída passou a distribuir-se por clérigos e leigos. Em Portugal a abertura nota-se especialmente a partir da fundação da Universidade de Lisboa em 1289. Criou-se então uma corrente auto alimentada, tornada imparável.

Fixados os parâmetros histórico-políticos da época pode sintetizar-se o quadro jurídico a ele associado no país, realçando os seguintes pilares:

a) Do ponto de vista da formação jurídica, a comunidade dos juristas em sentido lato distribuía-se por dois campos: o grémio dos conhecedores do *ius commune* e *ius canonicum* por via da formação universitária e uma massa bem maior de juristas

populares de formação apenas prática.

A intensificação da ida e regresso de estudantes para Estudos Gerais europeus e, a partir de 1289, para Coimbra, permitiu o fortalecimento do grupo dos juristas eruditos (*legistas* e *canonistas*) que não mais pararia de crescer no país, embora preferentemente encontrados junto dos centros do poder laico e eclesiástico. Ocupam progressivamente os lugares da administração pública (tribunais régios locais e superiores, notariado e cargos administrativos superiores), da administração eclesiástica e bem assim da advocacia. Entre estes, uma minoria geralmente associada ao ensino deixou obra doutrinária.

A insuficiência de juristas letrados para ocupar todos os cargos necessários implicou porém, que a maioria dos lugares de juiz nos tribunais municipais – os municípios chegariam a ser cerca de 800 – e eventualmente em outras funções concelhias e em

franjas do notariado, fosse ocupada por homens-bons, ou seja indivíduos socialmente considerados que associavam alguma cultura ao prestígio local.

b)Do ponto de vista da gênese dos preceitos constituintes do ordenamento, existem duas massas principais. A *nacional*, constituída pelo direito legal, consuetudinário e jurisprudencial e a *romano-canónica*, constituída pelo direito prudencial e *utrumque*.

Vejamos a massa *nacional*. O direito legal iniciado em 1211 nunca mais pararia de aumentar, estando a partir dos meados do século XIII a ser produzido em velocidade de cruzeiro. Liderado pelo rei através da chancelaria, por detrás encontravam-se conselheiros, geralmente civilistas ou canonistas. Sendo a formação destes exclusivamente de base romano-canónica, natural foi que as leis reflectissem o influxo assimilado. De facto adaptam o *ius commune* às necessidades nacionais e constituirão o acervo que passaria às futuras

Ordenações. De notar que eram aplicados textos normativos de proveniência externa, em particular do reino vizinho, como se de leis nacionais se tratasse. O consuetudinário, oral ou escrito em colecções de origem municipal, em particular *forais*, reflectia a tradição. Em fase descendente de importância, progressivamente objecto de condicionamento por via legal, resistiria não obstante até ao iluminismo. O jurisprudencial, sob a designação de *estilo da corte*, incorporava as decisões constantes e permanentes dos tribunais superiores. Era no fundo uma forma de costume privativo do foro com força vinculativa geral, dele decorrendo muitas das soluções adjectivas que depois seriam incorporadas em leis.

Vejamos a massa *romano-canónica*. O prudencial identificava o acervo doutrinário associado geralmente a universitários que interpretavam e comentavam o *Corpus Juris Civilis* e o *Corpus Juris Canonici*.

Constituído pelas obras dos mais reputados universitários europeus e pelas que localmente uma minoria escrevia, serviam o ensino e o foro quando incorporavam interpretações passíveis de uso. A sua aplicação não se fazia de modo directo, mas através da adopção das opiniões nelas ínsitas a questões tratadas no foro, em particular nos tribunais régios. Antes dos meados do século XV não há indícios de que fosse directamente aplicável. Todavia não custa admitir que, mesmo então, fosse decisivo, tanto mais que constituía a parte maior do lastro jurídico assimilado pelos juristas durante a formação universitária.

O *utrumque* era constituído pelos textos do *Corpus Juris Civilis* e *Corpus Juris Canonici*, o primeiro na versão bolonesa e o segundo nas versões progressivamente mais completas elaboradas na cúria papal e que só estaria terminada no século XV.

c) Do ponto de vista da hierarquia destas duas massas e das componentes que as integravam, acabaria

por se consolidar uma sequência no essencial mantida até ao século XVIII e em parte ao liberalismo. Mas não sem algumas dúvidas quanto às fases mais remotas.

É pouco claro se entre o século XIII e XV o *utrumque* terá sido aplicado directamente no país e nesse caso se com primazia sobre o direito nacional. É possível que em certos momentos assim tenha acontecido, não custando admitir que o peso da formação académica e a comodidade possa ter orientado os juízes a aplicá-lo com preferência. A tendência posterior foi no sentido de o remeter, ao menos formalmente, para o plano de mero instrumento integrador de lacunas. Seria essa a determinação das Ordenações, no que respeita ao direito romano e canónico, às principais obras do direito prudencial europeu e mais tarde às que pudessem ser integradas no conceito de *opinião comum dos doutores*. Mas também não é menos certo que mesmo então a doutrina se começava a interrogar

sobre se o verdadeiro direito comum subsidiário não deveria ser antes, a lei nacional. Mais à frente voltaremos ao tema.

Já o direito local não integrava formalmente a hierarquia das normas. Por ter em parte natureza consuetudinária poderia enquadrar-se na hierarquia referida anteriormente. Não havendo dúvida de que a nível municipal gozava ainda de algum espaço, a sua importância estava em plano descendente, como dissemos, vindo a desaparecer totalmente no século XIX.

Vejamos o modo como a problemática da *interpretação* surge no quadro descrito.

No contexto do direito consuetudinário não surgem referências à *interpretação*. Tão pouco à *aplicação*. Nem se pode estranhar. Associado ao sentir espontâneo da comunidade e em geral a juristas não letrados, não era base adequada à especulação prudencial. Poderia sê-lo quando a respectiva aplicação se colocasse a nível dos

tribunais régios, mas sendo raros os testemunhos não se alcançam dados.

Obviamente os problemas ligados à *interpretação* não deixavam de se colocar e seriam provavelmente resolvidos nos termos pensados para a lei. Já não os conexos à *aplicação no tempo*, uma vez que o costume não se encontra por natureza vinculado a um momento de criação determinável. Quanto à *aplicação no espaço*, existe consciência de diferentes âmbitos de aplicação do costume, reflectida em referências à sua natureza geral e local quando era passado a escrito ou objecto de atenção da lei. A própria sociedade da época ajustava-se à compartimentação do costume em função de grupos. Tudo isto se reflectia em costumes válidos apenas para certos locais ou segmentos humanos (povo, nobreza, clero, estrangeiros, mercadores, judeus, mouros, etc.) ao lado de outros, ditos gerais.

Nos demais acervos a realidade era diferente. Antes de a ver deve notar-se que os

textos legais se confundem por vezes com textos doutrinários. Nem podia ser de outro modo, pois a criação legislativa, embora imputada ao rei era essencialmente obra de universitários investidos na condição de conselheiros, pelo que a tradição romano-canónica estava naturalmente nela incorporada. As Partidas, por exemplo, eram simultaneamente obra doutrinária e legal¹⁰, sendo directa ou indirectamente aplicadas no foro. Esta obra é aliás, bom exemplo, pois mostra que para além da produção nacional, o acervo legal podia também incluir textos importados, recebidos como se de nacionais se tratasse. A razão estava tanto na qualidade jurídica intrínseca, fruto de uma recepção do *ius commune* mais antiga e trabalhada pela doutrina, como no tipo de matérias que tratavam, sem paralelo no direito local.

Os textos doutrinários correspondem aos comentários em uso nos

meios universitários, trazidos pelos estudantes do estrangeiro. Mas existem obras de origem nacional, embora em menor número.

Quanto aos jurisprudenciais, surgem em colectâneas legais, assimilados a leis por via da sua aplicação no foro enquanto jurisprudência da corte, mais tarde *estilo da corte*, ou nas decisões judiciais, sendo contudo estas relativamente raras para épocas tão antigas.

Como ponto de partida deve ter-se em conta - como na época seguinte melhor se verá - que a problemática da *interpretação* jurídica tende já a ser associada à da *aplicação* da norma e ainda, que os problemas nem sempre surgem expressamente identificados, decorrendo por vezes apenas implicitamente da aplicação da lei.

Feita esta prevenção, sobressai em primeiro lugar a diversidade de âmbito de aplicação das leis, tal como do costume. Não condicionado ainda pela ideia de igualdade e confrontado com uma estrutura social

¹⁰ Neste sentido surgem designadas leis das Partidas.

organizada em ordens e grupos de outra natureza, o príncipe atribui-lhes âmbito geral ou restrito conforme as circunstâncias. O mesmo se diga quanto à *abstracção*. As normas de aplicação restrita constituíam, no fundo, um direito *privilegiado*. O qual deve ser distinguido do *privilegio* individual constituído por acto de graça, eventualmente de *dispensa* da própria lei, hoje aproximável do acto administrativo. Não obstante, certas matérias eram por natureza de aplicação tendencialmente geral. Seria o caso das processuais. Já nas substantivas, a realidade variava.

Quanto à *aplicação no tempo* – questão que mais tarde ocupará a doutrina por ser considerada prévia à *interpretação* - não se evidencia aparentemente, durante esta época, uma regra clara, a despeito da doutrina do direito comum a tratar. A partir de exemplos retirados de leis do século XIV - ou seja, já tardias dentro da época que nos ocupa - que cominavam expressamente a

não retroactividade, pode inferir-se que não seria essa a opção mais frequente, ainda que subsistam dúvidas. De facto, por essas referências se encontrarem dentro da própria lei, têm sentido admitir-se que as demais destituídas da cominação não beneficiassem da não retroactividade, tanto mais que a ressalva não é frequente. Mas é duvidoso, pois a técnica legislativa era imperfeita e a letra plena de imprecisão. A questão seria retomada pela doutrina posterior, conforme veremos, tendo em conta os *direitos adquiridos*.

Outras preocupações ocasionalmente afloradas respeitam à *ignorância* e *conhecimento* da lei, à *publicidade* dos diplomas e à sua *entrada em vigor*.

No que respeita à interpretação propriamente dita, o quadro de base era o constante das Partidas, nas quais se enunciavam já de modo claro elementos que a Teoria da Interpretação manteria até hoje.

Por se tratar de um texto interessante,

transpomo-lo para português moderno. Teríamos mais ou menos o seguinte: “*A lei deve ser correctamente entendida tendo em conta o seu verdadeiro sentido. Para tal deve procurar-se o entendimento que se mostrar mais proveitoso tendo em conta as palavras e as razões nela contidas. Por isso a lei não deve ser escrita de forma ligeira, nem com intenção pouco clara, de modo a que os homens não caiam em erro entendendo-a de uma maneira a partir das palavras e de outra a partir da intenção. Porque conhecer as leis não consiste apenas em ser capaz de ler as palavras, mas também em conseguir conhecer o seu verdadeiro sentido*”¹¹.

Como se percebe, equaciona-se aqui a dicotomia entre *letra* e *espírito*, recusando o legislador a *letra* como elemento exclusivo na interpretação. Sendo ponto de partida, é ao *espírito* que o intérprete deve chegar, sendo certo que pode existir discrepância entre o elemento *literal* e o lógico. Não vai mais longe o texto, mas o que contém mostra os elementos essenciais da interpretação

jurídica estão bem presentes nos alvares do século XIII.

A fonte é a doutrina da *interpretativo prudentium*, mas é conveniente notar que os autores optaram por preencher uma lacuna do Código Visigótico - a colecção jurídica de topo dos reinos peninsulares da época anterior - e simultaneamente, ainda que sem o saberem, por valorizarem uma óptica contrária ao pensamento justinianeu contido em constituições imperiais na altura desconhecidas no Ocidente. De facto o Código Visigótico, usado em território português entre o século VII e o XII, não obstante estar já influenciado pelo direito romano não continha texto semelhante, a despeito da atenção que dedicava ao processo de elaboração da lei, não raro revelando preocupações com plena modernidade. Já o pensamento de Justiniano estava claramente mais preocupado com a proibição da própria *interpretação*, pelo risco de desvirtuamento da vontade do príncipe, do que em a regular de um ou outro

¹¹ Partida I, Lei 11.

modo. Seria aliás o quadro que se encontrará em Portugal, nas Ordenações de Dom Duarte, Afonsinas e subsequentes, que os juristas se esforçarão por superar dialecticamente dada a manifesta desadequação à realidade.

3.9.5. Os excertos anteriores reportam-se à interpretação *doutrinária* e não à *autêntica*, pois a ligação entre o rei e a função legislativa não passa ainda nesta fase por intermediários. Mas à medida que o Estado se desenvolve e a posição príncipe se consolida iria também surgir, ainda que sob forma diversa. Na verdade, como Ruy de Albuquerque notou, vai ser entendida mais como *obrigação* do que como *faculdade*. Surge sob a denominação de *declaração* e traduz a intenção de esclarecer dúvidas sobre o sentido da lei.

Sendo as declarações, ou *leis declarativas (sic)*, frequentes a partir do início do século XIV, traduz esse facto, em primeiro lugar, o peso que o texto das Sete Partidas atrás citado possuía. Por ser essencial a

determinação do sentido, caso a compreensão da letra não fosse suficiente, as dúvidas surgidas exigiam da parte do príncipe a fixação do correcto sentido. Só ele o podia fazer porque a declaração decorria da essência do poder de legislar. As declarações corresponderão mais tarde, algumas vezes, às leis *correctórias*, das quais a doutrina do século XVII e XVIII discute frequentemente a aplicabilidade a situações constituídas ao abrigo da lei antes de declarada. Traduz em segundo lugar a consolidação da ideia de que apenas o príncipe é detentor do poder de legislar, o que é revelador de um Estado a caminhar para a centralização. Revela por fim um sistema judicial a funcionar já de forma estruturada, em torno de tribunais superiores e inferiores.

A interpretação deve ser ainda considerada no plano metodológico. Trata-se da matéria geralmente

referida sob a designação de *interpretatio prudentium*¹².

Na sequência do labor de Irnério – independentemente do seu verdadeiro papel – a tradição do direito comum imputou à doutrina, quase desde o seu primeiro momento, clara consciência da complexidade que a interpretação suscitava no direito. Por via disso, a cada um dos sucessores de Irnério 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*. Não é fácil saber se estas asserções correspondem à verdade, mas traduzem pelo menos consciência de alternativas.

¹² Neste ponto seguimos o ensino de Ruy de Albuquerque e Martim de Albuquerque, *História do Direito Português*, 12ª ed., Pedro Ferreira Ed., Sintra 2005, em especial pp. 261 a 327.

Depois de Savigny, que não obstante ter escorado a escola histórica no direito romano olhou com algumas reticências para as escolas medievais, em particular a dos glosadores, a historiografia jurídica tendeu a distingui-los dos comentadores, respectivamente em função da atenção dada à letra e ao sentido do preceito. Simultaneamente viu os primeiros como fungíveis na forma como interpretavam o texto, ocupados essencialmente a glosar glosas.

A jus-historiografia moderna não pensa assim. Depois de trabalhos de Astuti, Chiazze e Orestano, como bem assinalaram Martim de Albuquerque e Ruy de Albuquerque¹³ ficou claro o carácter redutor da visão. Na realidade, não só dentro de cada escola e sem dúvida já na dos glosadores, ocorreram polémicas doutrinárias incompatíveis com tal

¹³ Este último recentemente falecido. Cf. *História do Direito Português*, cit.

suposta homogeneidade, como da própria observação dos mecanismos da *interpretatio* se conclui diversamente. De facto, enquanto elemento interpretativo, a *letra* não surge na época dos glosadores contraposta ao *espírito*, como mais tarde a doutrina própria, mas apenas como um dos sentidos possíveis do texto, um entre os vários que a hermenêutica admitia subjacentes.

Quatro pelo menos surgem indicados: o *literal*, caracterizável como o histórico-positivo¹⁴; o *moral*, relativo a considerações éticas¹⁵; 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 será revelado¹⁶; o *anagógico*, ou metafísico porque projectado na vida

futura além terrena¹⁷. Não é difícil ver nesta abordagem, da qual os juristas de então estavam conscientes, o contributo da reflexão teológica sobre os textos sagrados, mas o relevante é que o mundo dos jurisprudentes a incorporou na sua *forma mentis*, sem dúvida pela simbiose do *utrumque* de que já falámos.

Estes vários sentidos eram descobertos através do *trivium* e dentro dele, em especial com recurso à *gramática*, o que faz desta arte um instrumento tão essencial ao jurista como o era para os artistas, de cujas fileiras aliás Irnério proviera.

Mas não é apenas do domínio especulativo que se retira a recusa da dicotomia *letra-glosador* contraposta a *espírito-comentador*. A própria Glosa acursiana em várias passagens critica a interpretação jurídica feita em aderência à *littera*, qualificando-a como judaica. Sem inteira razão, dada a ciência da cabala, o paralelismo é traçado entre a

¹⁴ *Littera gesta docet.*

¹⁵ *Moralis quid agas.*

¹⁶ *Quid credas allegorias.*

¹⁷ *Quod tendas anagogia.*

relevância do sentido para além da letra e o que é considerado a prática judaizante face à lei mosaica. Nela surge também, em diversas passagens, à *mens legis*. A própria invocação da carta de Paulo aos Coríntios na qual se afirma "a letra mata, o espírito vivifica" não pode deixar de ser significativa da pouca consideração pelos juristas que à letra se atinham exclusivamente. Como os autores anteriormente citados bem demonstraram¹⁸, se a dicotomia moderna pudesse ser transposta para época, seria entre *littera* e *sententia* e não entre *littera* e *sensus*.

A distinção entre as escolas feita com base na aderência à letra e a subida ao espírito não é, portanto, adequada, sendo mister admitir que ambos os sentidos interpretativos estavam presentes desde os primórdios do *direito comum*.

Incidindo a *interpretatio prudentium* sobre o direito romano, não pode deixar de ser referida a metodologia

empregue pelos seus cultores.

A postura das escolas acima referidas foi de natureza casuística, tal como já o fora o enfoque romano clássico. O esforço do jurista na determinação da solução seguia um percurso analítico-problemático, procurando o preceito sem ir previamente ao sistema. Nessa medida o enfoque interpretativo na 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 deve ser argumentativamente procurada. Serão, tal como a doutrina os tem definido, as *leges*, as *rationes* e as *auctoritates*, os quais em conjunto constituem a *ars inveniendi* ou metodologia de operar das escolas jurídicas da época.

As *leges* identificam os argumentos contidos em textos legais civis ou canónicos. Frequentemente

¹⁸ Ruy de Albuquerque, *ob. cit.*

são ponto de partida, mas não raro de chegada, sendo esclarecedor a este propósito a bem conhecida descrição do método de procura da solução seguido por Bártolo. Note-se que sendo o método argumentativo, a lei pode ser, ela própria, um argumento invocado ao lado de outros. As *rationes* identificam os argumentos que não tem apoio em textos legais de natureza humana e divina. Caiem aqui os de conveniência, de oportunidade, de equidade, de justiça, de mera lógica e outros. As *auctoritates* identificam os argumentos fundados no saber socialmente reconhecido, frequentemente invocados sob a designação de *communis opinio dos doutores* nas diferentes formulações que foi tendo.

No domínio das *leges* a gramática era a disciplina essencial, mas deve notar-se que até à segunda metade do século XIII era entendida usualmente ao modo romano, isto é como “ *a arte de bem*

falar e de interpretar os poetas”¹⁹, ou, em palavras já medievais, como a “*ciência de interpretar os poetas e historiadores e a disciplina de bem escrever*”²⁰. Não é ainda a gramática lógica como depois daquela época tenderá a ser entendida.

Decorria daqui que o conhecimento e a invocação dos poetas e historiadores podia ser argumentativamente utilizado para apurar o sentido do texto, tanto no contexto das *leges* como das *rationes*. A prova de que assim foi, fê-la recentemente. Ruy de Albuquerque ao demonstrar o extraordinário uso da poesia por parte dos juristas da *ars inveniendi* desde os primeiros glosadores até ao final dos comentadores, a tal ponto que quase se poderia dizer terem dela feito a sua segunda forma de

¹⁹ *Recte loquendi scientiam et poetarum enarratione*, como Quintiliano a havia definido.

²⁰ *Scientia interpretandi poetas atque históricos et recte scribendi loquendique ratio*, como Rábano Mauro a descreveu.

expressão²¹. No domínio das *rationes* seriam a *dialéctica* e a *retórica*, enquanto processos lógicos dedutivos e indutivos utilizáveis sob diversas variantes na demonstração argumentativa, a tomar a dianteira. Nas *auctoritates*, por fim, o sentido subjacente foi o da *lógica probabilística*, entendida não como teoria das probabilidades mas como lógica do provavelmente certo, do mais ou menos certo conforme os argumentos e autoridade de quem os emite.

De que modo se movimentou a doutrina portuguesa neste contexto? A obra de autores como Vicente Hispano, João de Deus, Álvaro Pais, Egas de Viseu e do próprio Pedro Hispano, ao testemunhar amplo conhecimento das técnicas de interpretação e argumentação referidas, dão a certeza de que se encontravam perfeitamente a par do que se passava lá fora.

Em suma, o pensamento jurídico medieval

sobre a *interpretação* não foi dogmático, mas probabilístico, valorizador da dúvida a raiar o ceticismo, considerando-o nessa medida, alguns autores, quase como precursor do pensamento cartesiano.

4. SÉCULOS XV A XVII

O aparecimento das Ordenações nos meados do século XV, para além de significar um marco na estadualização do direito nacional representou também a criação de um acervo que permitiu aos juristas desviar a atenção do *direito comum* para um novo complexo jurídico.

Todavia essa atenção não prefigura um movimento de fundo de grande amplitude, mas antes opções que reflectiam preocupações individuais, gosto pessoal ou necessidades de cargos ou funções desempenhadas. Tal como não é possível, ao menos nos primeiros tempos, falar de uma especialização dos juristas conforme o labor incide especialmente no *direito comum* ou no *direito pátrio*. Trata-se na generalidade dos

²¹ Ruy de Albuquerque, Poesia e Direito, cit.

casos de cultores do direito romano ou canónico, professores universitários, advogados ou juízes régios que se debruçam, para além do romano, também sobre aspectos específicos do nacional. Na base encontra-se o facto de o ordenamento pátrio não ser objecto de estudo na Universidade, restrita ao *utrumque*, deixando a aprendizagem do complexo nacional à iniciativa de cada um.

Mais tarde, já no século XVI e XVII, no rescaldo de um humanismo jurídico que em Portugal teve impacto inferior ao da Europa central, o regresso ao comentário conduzirá alguns a dedicarem-se quase exclusivamente ao direito nacional e só marginalmente ao comum.

A doutrina, nesta e noutras matérias, não tem portanto feição escolástica, sendo individualista e reflectora de opções pessoais. Nesta medida o apuramento do modo como a interpretação jurídica é objecto de reflexão tem de ser feito caso a caso,

procurando o sentir de cada um para depois obter uma visão de conjunto mais alargada.

O que dissemos significa que ainda não se pode falar nesta época de uma Teoria da Interpretação, mas apenas de reflexões sobre a matéria, nem sempre facilmente articuláveis entre si, sem prejuízo de traduzirem já um esforço especulativo de nível superior ao que se encontrava na época anterior., É possível, em qualquer caso, fixar pontos de referência que, se não comuns, estão frequentemente presentes no universo doutrinário. Referem-se os seguintes:

A *interpretação* é indissociável do exercício do poder político por parte do príncipe, não sendo matéria puramente técnica marginalizável das inerentes implicações. Poder-se-ia dizer que possui uma dimensão política irrecusável;

A *interpretação autêntica* surge dissociada da *doutrinária*, tendo tratamento separado. Corresponde a uma etapa mais avançada face à anterior,

sendo entendida não como obrigação mas como faculdade restrita ao príncipe;

Já a *doutrinária* é considerada indissociável da *aplicação* do direito. Sendo esta última pertença do tribunal e do juiz, o debate, neste caso acabou por frequentemente se circunscrever ao contexto judicial e à *interpretação* no acto de *aplicação* do direito;

É pacífica a rejeição da possibilidade de, consciente ou inconscientemente, o intérprete, *maxime* o juiz, criar normas através do *precedente* ou de mecanismos ligados à *interpretação*, salvo nos casos em que a lei o preveja, como os *assentos* e o *estilo da corte*, este entendido, em regra, como restrito a matéria processual;

A *interpretação* a realizar pelo advogado passa relativamente à margem da doutrina, ainda que haja consciência da sua indispensabilidade para aceder ao sentido do texto. Não sendo analisada, as conclusões aplicam-se-lhe por analogia. A razão está no facto de a intervenção do

advogado se colocar essencialmente no plano das partes, podendo ser facilmente entendível como vulnerável ao vício de *frivolidade* ou *capciosidade*, caindo mais facilmente sob a alçada dos preceitos legais que a proibem²²;

As soluções defendidas na doutrina, não sendo similares entre si respeitam todavia certas linhas de pensamento comuns, sendo também certo que quanto mais se avança no tempo maior é a atenção ao tema. Rara no século XV sob a alçada das Afonsinas, encontra-se em autores do século XVI sob as Manuelinas, sendo abundante ou no mínimo frequente, ao tempo das Filipinas;

Parte significativa dos conceitos, terminologia e problemas objecto da moderna Teoria da Interpretação encontram-se na doutrina do *ancien régime*.

É o momento de concretizar alguns aspectos. Para tal recorreremos à obra de juristas que escreveram

²² Ord. Filip. 1, 5, 5.

entre o século XVI e XVII²³. No conjunto formam uma amostra significativa, sendo certo que alguns passaram por terras do Brasil.

A indispensabilidade da *interpretação* dos textos jurídicos é assinalada pela generalidade dos autores. Esta afirmação, sendo comum, exige algumas observações.

Na realidade, as Ordenações Filipinas proibiam o julgador de

interpretar as leis do príncipe²⁴, repetindo translaticamente uma ideia das anteriores. Embora se tratasse de um lugar-comum decorrente do *Corpus Juris*, que permitia postular a aderência ao sentido literal do preceito sempre que o príncipe considerasse necessário, a desadequação à realidade era manifesta em múltiplas situações.

Por isso o entendimento da doutrina, deste e de preceitos similares de leis posteriores, foi geralmente o de que se referia apenas à interpretação *capciosa* e *frívola* e não à interpretação jurídica em si. Era esta a opinião de diversos comentadores das Filipinas²⁵ e era já a de alguns no século anterior, sob a égide das Manuelinas²⁶.

Foi ainda a este propósito que Bento Pereira, numa tentativa de sistematização da matéria para potencial uso

²³ Seguimos neste ponto a obra fundamental de António Pedro Barbas Homem, *Judex Perfectus (1640-1820)*, Almedina Ed., Coimbra 2003, esp. pp 273 a 321, na qual analisa a problemática judicial entre os séculos XVII e XIX. Os autores mais citados serão Fr. Amador Arrais, António da Gama, Álvaro Vaz mais conhecido por Valasco, e Jorge de Cabedo, que escreveram no século XVI; Manuel Mendes de Castro, Bento Pereira, João Pinto Ribeiro, Domingos Antunes Portugal, Manuel Alvares Pegas, Inácio Costa Quintela, António Mendes Arouca, Miguel de Reinoso, Manuel Themudo da Fonseca, Duarte Ribeiro de Macedo, Tomas António Gonzaga, Inácio Pereira de Sousa que escreveram no século XVII e início do XVIII.

²⁴ Ord. Filip. 1, 5, 5.

²⁵ V.g. Manuel Mendes de Castro, Bento Pereira e outros.

²⁶ V.g. Frei Amador Arrais.

universitário sintetizou um conjunto de conceitos basilares. Distribuiu-a então em *autêntica*, *doutrinal* e *usual*, sendo a última a que corria à margem do jurídico. Quanto à doutrinal dividia-a em *compreensiva* - a modernamente designada declarativa - *extensiva* e *restritiva*.

A este entendimento acrescentavam outros autores ser inquestionável a possibilidade de o juiz interpretar a lei sempre que subsistisse dúvida módica sobre o sentido, bem como em questões de *subreção* e *obreção*²⁷, faculdade à qual outros intentaram, não obstante, traçar limites²⁸, distinguindo entre juízes superiores (da Casa da Suplicação, do Cível e depois Relações) e inferiores (juízes de fora), defendendo maior liberdade interpretativa para os primeiros, face aos segundos.

A afirmação da subordinação da interpretação ao poder do príncipe é um lugar comum.

Tendo-a em pano de fundo, a doutrina recusa, não raro, autonomia científica à *interpretação*, diluindo-a na *aplicação* das leis²⁹. O motivo, evidente: estando o poder de julgar subordinado ao príncipe, tudo o que naquele poder se insere pertence-lhe, sendo exercido em seu nome. Poderia então pensar-se que a interpretação do juiz valesse por o seu poder ser exercido em nome do rei. Mas não; sendo o juiz mero aplicador da lei, a interpretação deveria cingir-se à vontade daquele.

Decorria daí a relevância do elemento literal, já presente na época anterior nas Sete Partidas, como vimos, na medida em que era o elemento mais facilmente identificável com a vontade do príncipe.

O ponto de partida estaria portanto nas palavras da lei. Trata-se de afirmação reiterada na doutrina dos séculos XVI a XVIII³⁰. Todavia é interessante notar que simultaneamente os

²⁷ Domingos Antunes Portugal.

²⁸ Alvares Pegas.

²⁹ Vg. Inácio Costa Quintela.

³⁰ Bento Pereira, Mendes Arouca, Mendes de Castro e outros.

autores formulam reflexões limitativas do seu alcance ou, no mínimo, esclarecedoras do sentido. É mais uma vez a sombra das Sete Partidas, ainda que sem qualquer referência directa. Antes de mais, reconhecem em geral, as palavras da lei não são necessariamente a lei, pois a linguagem é apenas instrumento da comunicação jurídica³¹. Não chegaria, em suma, ficar por aí. Para além destas (comparáveis ao corpo) existe a *mens legis* ou *ratio legis* (comparável à alma). Devendo a lei ser aplicada a todos os casos que caibam na *ratio*, tal como na vida a alma prefere ao corpo se existir na lei contrariedade entre alma (*ratio*) e corpo (*littera*) deve prevalecer a alma. *Cessante ratio legis, cessat legis ipsa*, dirá Domingos Antunes Portugal e repetindo a ideia, esclarecem outros que a interpretação proibida pelas Filipinas na passagem antes referida é apenas a *extensiva* ou a *restritiva*, mas não a *compreensiva*³².

A articulação entre letra e espírito está portanto presente, constituindo ponto de apoio seguro. A este propósito intenta alguma doutrina especificar a metodologia a seguir pelo juiz na conjugação da *letra* com o *espírito*, de modo a mais perfeitamente concluir a *razão da lei*³³. Surge então valorizada a importância da *etimologia* vocabular e da *razão de ser* da feitura da lei, isto é a intenção do príncipe, a apurar recorrendo se necessário ao *proémio* da lei, o qual para tal efeito deveria ser considerado como validamente invocável na argumentação jurídica. A interpretação defendida na procura do sentido era por regra *subjectivista* e por natureza *historicista*. Só deste modo se estaria plenamente em conformidade com a vontade do príncipe. Mas como vemos, não seria de todo recusada a interpretação *actualista*.

A exclusão da criação da lei por parte do juiz, não suscitava em abstracto, objecções. Todavia, em certas

³¹ Mendes Arouca.

³² M. Mendes de Castro.

³³ Mendes Arouca.

situações concretas a interpretação parecia traduzir-se numa verdadeira actividade legislativa. Percepcionando o problema no plano teórico e o risco concreto que o juiz assumia, a doutrina intentava-lhe fixar limites.

A *desactualização* da lei era uma dessas situações. Consciente de que o tempo podia tornar a lei desajustada da realidade, por se ter alterado, a doutrina³⁴ admitiu afastar a interpretação *historicista* usualmente considerada como a correcta, aceitando a *actualística* nesses casos. Alguns rejeitaram-na³⁵, tal como à *analógica*, por as considerarem intrinsecamente criadoras de direito e nessa medida formas legislativas encapotadas. Mas a doutrina admitiu-a maioritariamente, distinguindo todavia entre *desactualização* e *obsolescência*. Enquanto nesta não seria lícito ao juiz interpretar a lei de forma actualista por se terem verificado circunstâncias que a tornavam caduca, no outro caso

admitiram-na, se através dela se atingisse um resultado cuja conformidade à *ratio* ou *mens legis* fosse plausível.

A *sucessão de leis no tempo* era outra situação. Já antes vimos que a problemática se colocara na época anterior às Ordenações Afonsinas e que na altura fora frequentemente tratada de modo empírico, através de disposições concretas consignadas no próprio texto da lei a que se referia. Vimos ainda que a regra da não retroactividade não parecia estar claramente consignada, abrindo espaço à solução contrária como eventual regra. A questão, por ser intemporal continuava a colocar-se nesta época, mas foi então equacionada com maior cuidado, revelando especial preocupação com aspectos conexos.

A ideia geral de que a lei posterior revoga a anterior, sendo ponto de partida, surge complementada com a ideia de que a lei geral não revoga a especial anterior, não devendo ser interpretada como dispendo sequer sobre o seu conteúdo, salvo se

³⁴ V.g. Alvares Pegas e outros

³⁵ Bento Pereira.

expressamente o dissesse. Simultaneamente evidencia-se consciência da problemática dos *direitos adquiridos*, entendendo alguma doutrina³⁶ que mesmo no caso de se estar perante lei *interpretativa* de lei anterior, a aplicação desta a situações constituídas ao abrigo da primeira deve ser interpretada restritivamente no sentido de os não afectar.

A relação da lei *geral* com o direito *privilegiado* foi outra situação. Em termos gerais entendeu-se a este propósito que a lei geral se aplicava a todos os casos, incluindo os de natureza privilegiada. Já a lei *especial* porém, não poderia ser interpretada de modo *extensivo*.

O recurso à *equidade* por parte do juiz foi igualmente considerado. O plano em que a questão se colocava era o da eventual invocação da equidade para mitigar ou mesmo evitar a aplicação da lei. Tratava-se de uma questão melindrosa na medida em que era

potencialmente bloqueante da vontade do príncipe. Alguns admitiam poder ser retirada orientação do brocardo *summum ius summa injuria*, mas a doutrina hesitava, colhendo-se opiniões variadas, desde a recusa liminar à admissibilidade, embora com vários graus de restrição.

A problemática das *lacunas* foi igualmente colocada como tópico. A este nível a primeira questão era a posição do juiz face às verdadeiras e falsas lacunas, ou lacunas *próprias* e *impróprias* como hoje sói dizer-se. Consciente da importância da distinção, a doutrina recorreu a algumas das reflexões anteriormente referidas³⁷. O preenchimento da lacuna *imprópria* seria similar à actividade legislativa, devendo por isso ser considerado vedada ao juiz. Sendo *própria* colocava-se a necessidade de a integrar, surgindo a este nível alguns problemas relevantes. Vejamos alguns.

Como é sabido as Ordenações - pelo menos

³⁶ Jorge de Cabedo, por ex.

³⁷ Bento Pereira

desde as Afonsinas - impunham ao juiz como dever funcional o recurso ao direito *subsidiário* para efeito da integração da lacuna, definindo as etapas a percorrer centradas no direito comum e no canónico.

A enunciação legal estava porém longe de ser panaceia simples de aplicar, desde logo porque o conceito de *direito comum*, pelo menos a partir do século XVI, era olhado pela doutrina de forma restritiva no seu alcance e no próprio significado. De facto, não obstante a clareza da lei, desde as Manuelinas³⁸ e quiçá antes, muitos juristas insistiam na ideia de que o verdadeiro direito comum em Portugal era o direito pátrio e não o romano, devendo recorrer-se àquele *cum deficit jus* sempre que possível, designadamente quando existiam preceitos de alcance similar ou nos quais a *ratio* fosse a mesma. A *subsidiariedade* do direito romano era portanto

entendida com o sentido de subalternidade.

Qual a razão deste entendimento restritivo do sentido da lei. Por um lado, como Barbas Homem refere, porque por detrás estaria já um esforço construtivo de uma Teoria da Lei nacional que tendia a rejeitar normativos estranhos. Por outro, porque representava uma reacção da doutrina de topo, à circunstância de, não raro, os juízes inferiores letrados, talvez pelo divórcio existente entre a Universidade e o direito pátrio, propenderem a dar primazia ao direito romano no tribunal, se não directamente pelo menos integrando-o no critério interpretativo aferidor da *ratio* das leis nacionais,

O entendimento referido tinha obviamente implicações fora do âmbito lacunar. De facto, estando por detrás a ideia de que o direito pátrio devia ser considerado o comum, defenderam frequentemente os autores que a interpretação da lei deveria ser feita à luz do próprio direito pátrio e

³⁸ Vg. António da Gama, Álvaro Vaz, Jorge de Cabedo.

não recorrendo ao romano³⁹, pelo que procedimentos interpretativos de natureza correctiva apenas seriam possíveis se extrapolados a partir da lei pátria, *qua tale*. Aliás, tal como o próprio recurso à interpretação *actualística* e *analógica*, como referimos. Referiam-se à lei geral, pois as frequentes leis *correctórias* de outras leis, por terem um fim específico não seriam susceptíveis de interpretação *extensiva* nem *analógica*.

O mesmo entendimento não deixava de ter implicações nas lacunas *próprias*. Sendo o direito pátrio apontado pela doutrina como o verdadeiro direito comum, as implicações anteriormente referidas valiam também neste caso. Antes de recorrer ao direito subsidiário o juiz deveria certificar-se se por interpretação extensiva ou analógica não era possível recorrer à lei nacional, sendo que nesse caso a deveria usar. Assim o propuseram muitos

⁴⁰. O princípio jurídico comum era essencialmente o de que “*onde se dá a mesma razão deve dar-se a mesma disposição de direito*”. O que permitiria a alguns dos juristas citados defenderem que nos casos onde existisse a mesma razão não seria correcto falar de interpretação *extensiva*, mas de *compreensiva* (*declarativa* na terminologia moderna).

Tais procedimentos não sendo vistos como processos integrativos de lacunas mas sim interpretativos prévios à lacuna, permitiam pois afastar o próprio processo de integração referido na lei, remetido para momento e circunstâncias diversas.

Sendo assim, quando admitia a doutrina sem reboço, o recurso ao direito subsidiário previsto nas Ordenações? Essencialmente quando de todo inexistisse lei nacional expressa susceptível de ser aplicada. Nesse caso, sim, recorrer-se-ia ao

³⁹ João Pinto Ribeiro, Mendes Arouca, Costa Quintela, etc.

⁴⁰ Alvares Pegas, João Pinto Ribeiro, Costa Quintela, Inácio Pereira de Sousa e muitos outros.

subsidiário. Era de facto o esforço construtivo de uma Teoria do Direito nacional em marcha.

Por fim uma referência à interpretação *autêntica*. Duas foram as formas sob as quais tradicionalmente esta modalidade se concretizou.

A mais antiga foi a das leis interpretativas. Emanadas directamente do príncipe, recebiam a denominação de “*declarações*”⁴¹, leis declarativas ou simplesmente lei. Surgiram na segunda época antes analisada e já delas falámos.

A segunda, posterior no tempo, consistiu em decisões interpretativas colegiais com força obrigatória geral tomadas no tribunal supremo com a colaboração ou participação de todos os juízes em plenário, na Mesa Grande, como se dizia. A designação aplicada a estes arestos foi tradicionalmente a de *assento*. Etimologicamente a palavra traduzia a ideia de passar a escrito, assentar, a decisão

interpretativa, de modo a poder ser consultada ulteriormente pelos interessados. Como instância emitente dos assentos manteve-se desde então a Casa da Suplicação.

Historicamente os primeiros assentos parecem ter contudo surgido nos meados do século XV, ainda antes das Afonsinas. Possuíam porém uma natureza diferente da que posteriormente adquiririam, pois embora tomados já na Casa da Suplicação, eram decididos na presença do rei em reunião por si presidida. Corresponderam portanto a uma figura intermédia entre a lei *declaratória* e o *assento* tradicional. Já na segunda metade do século XV a reunião do tribunal supremo destinada a interpretar vinculativamente a lei passou a realizar-se sem a presença do governante, entrando-se a partir daí na fase típica do assento judicial. Não se conhece lei ou mandato que tenha criado a figura ou autorizado a sua feitura apenas pelos juízes, pelo que a transição deve ter ocorrido

⁴¹ Sic.

naturalmente a partir da fase intermédia, quando o príncipe pura e simplesmente deixou de comparecer nas reuniões convocadas para decidir dúvidas legais. O desinteresse do príncipe na participação em certas decisões foi aliás, não raro, o motivo pelo qual alguns órgãos consolidaram competências para decidir autonomamente em certas matérias.

Em 1518 o príncipe delega formalmente na Casa da Suplicação, mas essa decisão mais não terá sido que o reconhecimento oficial de uma prática já em uso. A referida lei seria mais tarde incorporada na última versão das Manuelinas, a terceira ou quarta edição segundo descobertas recentes. A intervenção do príncipe passou então a fazer-se apenas quando os juízes não chegavam a acordo, bastando a decisão destes nos demais casos. Os assentos passariam depois às Filipinas, subsistindo no século XVIII quatro tipos: os interpretativos de dúvidas legais; os confirmativos da

glosa do chanceler aposta sobre sentenças de tribunais superiores contrárias à lei; os assentos para fixação dos estilos antigos da casa da Suplicação; por fim os assentos criados pela Lei da Boa Razão sobre dúvidas de advogados quanto ao alcance da lei.

Consustanciando interpretação autêntica, eram vinculativos por natureza. Excepcionalmente a doutrina admitia que não fossem respeitados quando ofensivos da justiça e da razão. Uma lei setecentista viria depois dar força legal a esta interpretação.

Por fim, cumpre notar que a doutrina nacional, tal como no caso da *interpretatio prudentium*, estava em sintonia com o pensamento europeu além fronteiras.

Recorrendo novamente a Barbas Homem⁴², por paradigmática chamamos à colação a doutrina expressa por Hobbes no século XVII, na qual é notória a coincidência em muitos pontos com a

⁴² Ob. cit.

portuguesa do século XVI e XVII.

Dizia em síntese, o filósofo que: a) a interpretação constituía uma etapa mediadora indispensável entre a lei e a sua aplicação; b) a função interpretativa estava subordinada ao poder do príncipe tal como o próprio poder de julgar; c) a natureza subordinada do poder judicial excluía a possibilidade de os juízes emitirem leis, sob que forma fosse; d) o elemento literal deve ser valorizado enquanto indiciador do sentido que o legislador pretendeu dar à lei, funcionando enquanto tal como limite ao poder do juiz.

Poderá a sintonia significar que a portuguesa se inspirou no Leviatã? A resposta é claramente negativa, sem prejuízo de alguns juristas portugueses do século XVII e seguinte poderem ter tido acesso à obra. Por um lado muitos dos autores nacionais referidos são anteriores. Por outro não teriam precisado dela para chegar às mesmas conclusões.

Embora já não existisse um direito comum no sentido medieval, os juristas eruditos continuavam a obter formação universitária em larga medida similar, na qual o direito romano ocupava posição de destaque. Tal como o latim continuava a ser a língua franca da cultura que permitia a circulação de ideias, sendo as clivagens religiosas e as condicionantes inerentes os únicos grandes obstáculos. Nessa medida, ideias expressas na doutrina nacional estariam igualmente presentes em obras estrangeiras e vice-versa, sem ser por efeito de contágio. Alguns autores, pelo destaque de que gozaram eram mais conhecidos que outros e nesses casos a possibilidade de influência efectiva, existe. Trata-se aliás de um processo de difusão de conhecimento normal entre juristas. No caso de Hobbes a dificuldade em a conciliar com a divergência religiosa de base, seria obstáculo não despreciando.

Na Europa do sul o tratadismo jurídico apoia-se em premissas mais

consentâneas com um ambiente católico. A similitude explica-se provavelmente, por neste caso, tal como em muitos outros da filosofia política ou jurídica, se estar perante matéria na qual por diferentes vias foi possível historicamente chegar a conclusões semelhantes. Em muitos apenas como fruto de um mesmo processo de reflexão feito sobre os mesmos temas. Nada de estranho portanto. Caso semelhante passou-se, por exemplo, com a doutrina do humanitarismo penal divulgada por Beccaria, que conforme recentemente foi demonstrado⁴³ se encontrava presente já na tratadística jurídica de diversos autores portugueses e provavelmente espanhóis dos séculos XVII, portanto anteriores ao italiano, ainda que desorganizada.

CONCLUSÃO

Encerramos por aqui a intervenção. O objectivo foi apenas o de chamar atenção para o facto de existir desde há muito, consciência da problemática da interpretação jurídica junto dos juristas ligados ao ordenamento português.

Em diálogo com a jurisprudência do direito comum, a comunidade dos juristas foi transpondo para a cultura jurídica nacional conceitos e preocupações conexos, adoptando uns e reformulando outros conforme as circunstâncias. Tal doutrina penetrou seguramente no Brasil levada pelos juristas de torna viagem quando se deslocavam a Coimbra para obter grau e deu certamente lugar a comentários feitos localmente pelos juristas residentes. O seu levantamento pode não estar feito ainda, mas existiu seguramente. Talvez algumas particularidades desse pensamento mereçam ser trazidas à luz do dia, aguardando apenas quem as investigue e revele.

⁴³ Silvia Anjos Alves, *Punir e Humanizar. O direito penal setecentista*, Lisboa 2014.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Ruy de. *História do Direito Português – Relatório* (sep. da Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Ano XXVI).

_____. *Poesia e Direito*, suplem. Ver. Fac. Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra Ed., Lisboa 2007.

_____. *História do Direito Português*, I volume, 12ª ed., PF Editores, Sintra 2006.

ALVES, Silvia Anjos. *Punir e Humanizar. O direito penal setecentista*, Lisboa 2014.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *O Direito. Introdução e Teoria Geral. Uma perspectiva luso-brasileira*, 13ª ed., Ed. Almedina, Coimbra 2006.

CANARIS, Claus-W. *Pensamento sistemático e conceito de sistema*, 3ª ed (trad. port. de A. Menezes Cordeiro), Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa 2002.

CORDEIRO, António Menezes Cordeiro. *Introdução a (Pensamento sistemático e conceito de sistema de G. W. Canaris)*, 3ª. ed, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa 2002.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. *História do Direito Português*, 5ª ed., Almedina Ed., Coimbra 2012.

HESPANHA, António Manuel. *História das Instituições*, Almedina Ed. Coimbra, 1982.

_____. *As Vésperas do Leviathan. Instituições e Poder Político em Portugal no séc. XVII*, Lisboa 1986,

_____. *Cultura Jurídica Europeia*, Almedina Ed., Coimbra 2012.

HOMEM, A. Pedro Barbas. *Judex Perfectus (1640-1820)*, Almedina Ed., Coimbra 2003.

KOSCHAKER, P. *Europa y el Derecho Romano* (tradução castelhana de Jose Santa Cruz Teijero), Madrid, 1955.

SILVA, Nuno Espinosa
Gomes da. *História do Direito
Português, 5ª ed.*, Fundação
Calouste Gulbenkian, Lisboa
2011.

WIEACKER, Franz.
*História do Direito Privado
Moderno* (trad. port. de A.
Hespanha), Fundação
Calouste Gulbenkian, Lisboa
1980.