

Data enia

Revista Jurídica Digital

5 Janeiro 2016

Data Venia

Revista Jurídica Digital

Publicação gratuita em formato digital
ISSN 2182-8242

Ano 4 • N.º 05
Publicado em Janeiro de 2016

Propriedade e Edição:
© DataVenia
Marca Registrada n.º 486523 – INPI.

Administração:
Joel Timóteo Ramos Pereira

Internet: www.datavenia.pt
Contacto: correio@datavenia.pt

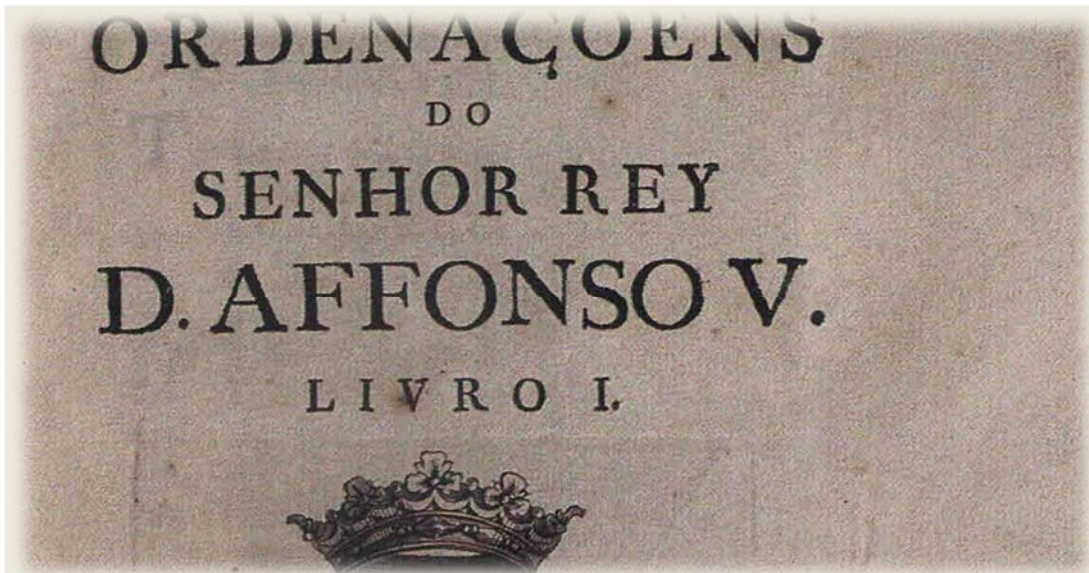
A Data Venia é uma revista digital de carácter essencialmente jurídico, destinada à publicação de doutrina, artigos, estudos, ensaios, teses, pareceres, crítica legislativa e jurisprudencial, apoiando igualmente os trabalhos de legal research e de legal writing, visando o aprofundamento do conhecimento técnico, a livre e fundamentada discussão de temas inéditos, a partilha de experiências, reflexões e/ou investigação.

As opiniões expressas são da exclusiva responsabilidade dos respectivos autores e não traduzem necessariamente a opinião dos demais autores da Data Venia nem do seu proprietário e administrador.

A citação, transcrição ou reprodução dos conteúdos desta revista estão sujeitas ao Código de Direito de Autor e Direitos Conexos.

É proibida a reprodução ou compilação de conteúdos para fins comerciais ou publicitários, sem a expressa e prévia autorização da Administração da Data Venia e dos respectivos Autores.

A Data Venia faz parte integrante do projecto do Portal Verbo Jurídico. O Verbo Jurídico (www.verbojuridico.pt) é um sítio jurídico português de natureza privada, sem fins lucrativos, de acesso gratuito, livre e sem restrições a qualquer utilizador, visando a disponibilização de conteúdos jurídicos e de reflexão social para uma cidadania responsável.



O HUMANISMO JURÍDICO

EM PORTUGAL

Pedro Tiago Ferreira
Formador

SUMÁRIO

Este ensaio versa sobre a influência que a corrente humanista do Direito exerceu em Portugal. É analisada a polémica entre os chamados "humanistas" e "bartolistas" acerca, por um lado, da preponderância que o Direito romano deveria ter na resolução de questões de Direito no século XVI, e, por outro lado, a ser utilizado enquanto fonte do Direito, que Direito romano deveria ser considerado: o resultante do trabalho dos juristas da escola dos Glosadores e da escola dos Comentadores ou as fontes puras, i.e. as fontes não glosadas ou comentadas, compiladas por ordem de Justiniano.

PALAVRAS-CHAVE: humanismo, bartolismo, Glosadores, Comentadores, Direito romano.

O HUMANISMO JURÍDICO

EM PORTUGAL

Pedro Tiago Ferreira

Formador

1. Introdução

O presente ensaio analisa o impacto produzido pela corrente humanista do Direito em Portugal, nomeadamente a polémica entre os chamados "humanistas" e "bartolistas" acerca, por um lado, da preponderância que o Direito romano deveria ter na resolução de questões de Direito no século XVI, e, por outro lado, a ser utilizado enquanto fonte do Direito, que Direito romano deveria ser considerado: o resultante do trabalho dos juristas da escola dos Glosadores e da escola dos Comentadores ou as fontes puras, i.e. as fontes não glosadas ou comentadas, compiladas por ordem de Justiniano. Esta questão é explorada em detalhe na secção 4.

No entanto, começamos por, na secção 2, falar da escola dos Glosadores e da escola dos Comentadores, com especial destaque para a Glosa de Acúrsio e para a opinião de Bártolo, de forma a esclarecer contra o que é que os humanistas arguíam exactamente. Na secção 3, analisamos a relação entre a *communis opinio* dos Doutores do Direito e a opinião de Bártolo. Na secção 5, formulamos a conclusão de que o humanismo jurídico não vingou em Portugal, visto que não conseguiu afastar, da prática jurídica, o peso que os juristas sempre deram à opinião de Bártolo, apesar de esta ser, hierarquicamente, a fonte do Direito subsidiário mais baixa da hierarquia de fontes do Direito.

2. Antecedentes do humanismo jurídico

O movimento humanista do Direito surge no século XVI, em França, como reacção a duas correntes filosóficas anteriores, a saber, a dos Glosadores e a dos Comentadores. Nas palavras de Rui e Martim de Albuquerque, "[t]raduziu-se o humanismo jurídico, à partida, numa contestação da metodologia medieval, nomeadamente da lição de Bártolo e da escola por ele encabeçada, em nome de critérios de filologia."¹ Estes critérios filológicos prendem-se com a interpretação e análise das fontes do Direito romano justiniano que, segundo os humanistas, estariam adulteradas pelos escritos de dois grandes juristas, a saber, Acúrsio e Bártolo de Sassoferrato, cujas Glosa e opinião, respectivamente, passaram, devido ao seu prestígio e qualidade, a ser o objecto da interpretação jurídica na resolução de questões de Direito, relegando para segundo plano os textos não glosados ou comentados do *Corpus Iuris Civilis* ou do *Digesto*. O humanismo jurídico corresponderia, assim, a um esforço de regresso às fontes originais, afastando, ou pelo menos relegando para segundo plano, as considerações dos Glosadores e dos Comentadores.

A necessidade de reformulação da hierarquia das fontes do Direito romano surgiu devido ao facto de, na Idade Média, o Direito romano justiniano ser, um pouco por toda a Europa, o Direito interno dos reinos, em virtude da sua aplicação através do Direito comum, sendo, igualmente, a *lex approbata* pela Igreja *in temporalibus*; isto levava a que o Direito romano fosse não só o Direito que estava em vigor para os súbditos, em geral, de determinado reino, mas também para os cristãos em matéria temporal.

Em Portugal, o Direito romano foi formalmente relegado para a posição de Direito subsidiário durante a vigência das várias Ordenações do Reino, nomeadamente entre as Ordenações Afonsinas (1446-1447) e a Lei da Boa Razão (18 de Agosto de 1769). Conforme disposto no 1.2, t.9 das Ordenações Afonsinas, o Direito imperial, a glosa de Acúrsio e a opinião de Bártolo são consideradas fontes subsidiárias do Direito, o que leva José Duarte Nogueira a arguir que "[a] lei romana teria o carácter de direito comum, dentro do âmbito

¹ Rui de Albuquerque / Martim de Albuquerque, *História do Direito Português*, Volume II, Lisboa, 1983, pp. 116-117

subsidiário, sendo preterida pelo canónico em matérias espirituais e nas temporais de pecado, apenas. Na falta de lei romana não seria de aplicar o cânone, mesmo que este contemplasse a questão, passando-se imediatamente à Glosa de Acúrsio e à Bartoli opinio."² Desta forma, o Direito romano seria Direito subsidiário quando estivesse em conformidade com o Canónico, bem como nos casos de matéria temporal que não envolvessem questões de pecado. A opinião de Bártolo ocupa, no entanto, um lugar de destaque, tendo em atenção que o 1.2, t.9 das Ordenações Afonsinas, § 2, dispõe que a mesma vale inclusive quando "os outros Doutores diguam o contrairo" ou "que alguns outros Doutores diguam o contrairo".

Segundo Rui e Martim de Albuquerque, as fontes para estas disposições das Ordenações Afonsinas são dois documentos. O primeiro é um alvará datado de 19 de Maio de 1425, "cujo teor se conhece pelo denominado Livro de Pregos (fols. 246-246 vº), o Infante D.Duarte, (...) dirigindo-se ao «Corregedor e juízes e justiças da çidade de lixboa. E quaaesquer que esto ouverem de veer» refere ter falado a el-rei seu senhor «sobre a pena que he scripta no proemio do bartallo per que percam os beens os juízes e procuradores se julgarem e precuraram fora daquello que ell ordena. E a el praz que aquella pena dos beens see tire aos juízes e procuradores. E no all todo que este o proemyo em sua força afora naquello de que ell ffez de craraçom per hua carta que sobrello enuyou a p. annes lobato a qual uos poderá mostrar...»".³

O segundo documento é a carta régia datada de 18 de Abril de 1426, onde o rei explica as medidas tomadas para a obtenção de uma unificação jurisprudencial. Tendo anteriormente determinado que as causas fossem julgadas por uma tradução das leis do Código de Justiniano que, por sua vez, eram entendidas segundo a interpretação conferida pelas glosas de Acúrsio e pelas conclusões de Bártolo, e com o objectivo de evitar dúvidas resultantes das traduções de forma a unificar a jurisprudência, o rei ordenou que se fizesse

² Apud Rui de Albuquerque / Martim de Albuquerque, *História do Direito Português*, Volume II, Lisboa, 1983, p. 46

³ Rui de Albuquerque / Martim de Albuquerque, *História do Direito Português*, Volume II, Lisboa, 1983, p. 39

acompanhar por um esclarecimento ou declaração cada lei, glosa ou comentário bartoliano.

Para além destes documentos, no Regime Quatrocentista da Casa da Suplicação há uma distinção entre o que Bártolo diz e o que vem referido nas referidas declaração ou esclarecimento; a análise à compilação das mesmas revela que "[s]ão, uma a uma, sem excepção, tiradas do direito imperial e dos respectivos intérpretes. Com prevalência da opinião de Bártolo, aliás não apenas no comentário ao Código, e com posição secundária de Acúrsio em relação ao chefe dos Comentadores."⁴ Assim, verifica-se que a relação subsidiária nos termos da qual, formalmente, o Direito romano se encontrava face ao Direito interno era, na prática, a inversa, devido à clara preferência dada ao Direito romano em detrimento do Direito pátrio, patente no facto de que o que era predominantemente aplicado pelo mais alto tribunal do país era o Direito romano, com especial relevo para as opiniões de Bártolo.

Mais tarde, nas Ordenações Manuelinas, são precisados os elementos formais e institucionais que asseguram a primazia do Direito do reino sobre as outras fontes do Direito, com especial relevância para os elementos oriundos da vontade do rei. Constatam-se, assim, a existência de um processo de afirmação do Direito interno do reino perante o Direito romano e o Direito canónico, tal como é demonstrado por Pedro Barbas Homem, ao notar que "[n]uma determinação dirigida aos juizes («quando algum caso for trazido em prática»), estabelece-se a aplicação, em primeiro lugar, da lei, costume ou estilo, porquanto «onde a lei, estilo ou costume do reino dispõem, cessem todas outras leis ou direito»."⁵ (Barbas Homem, 2003: 307) A posição formalmente subsidiária do Direito romano era reforçada pelo disposto no 1.2, t.5 das Ordenações Manuelinas:

E se ocaso de que se trahta em practica nom for determinado por Ley do Reyno, ou Estilo ou costume suso dito, ou Leys Imperiaes ou Santos Cânones, entam Mandamos que se guardem as Grosas de Acursio encorporadas nas

⁴ Rui de Albuquerque / Martim de Albuquerque, *História do Direito Português*, Volume II, Lisboa, 1983, p. 42

⁵ António Pedro Barbas Homem, *As Ordenações Manuelinas: Significado no processo de construção do estado*, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, p. 307

ditas Leys, quando por comum opiniam dos Doutores nom forem reprovadas, e quando por as ditas Grosas o caso nom for determinado, Mandamos que se guarde a opiniam de Bartolo, nom embargante que alguus Doutores, que depois delle escreveram, for contraira, porque a sua opiniam comumente he mais conforme aa razam.

Ao condicionar a utilização da opinião de Bártolo à não discordância da opinião comum dos Doutores posteriores a ele, as Ordenações Manuelinas mandam, na prática, que se ignore toda a literatura jurídica anterior a Bártolo, com excepção da Glosa de Acúrsio. Assim, na passagem das Ordenações Afonsinas para as Ordenações Manuelinas, verifica-se que a opinião comum dos Doutores passa a sobrepor-se formalmente à opinião de Bártolo, a que não estará alheio o facto de a opinião comum assumir, nesta época, um pouco por toda a Europa, o valor de fonte do Direito.

3. *Communis opinio*

O conceito de *communis opinio* assenta na ideia de que a opinião de certos jurisconsultos tem *autoritas*, isto é, tem força vinculativa, de um ponto de vista material,⁶ em resultado do prestígio detido por esses mesmos jurisconsultos. A "opinião comum" ganha preponderância decisiva a partir do século XV, após o declínio do prestígio da Glosa de Acúrsio, que se deveu, por um lado, à constatação de que a mesma se mostrava inadequada para resolver situações contemporâneas concretas, e, por outro lado, ao trabalho da Escola dos Comentadores, que se centrou precisamente na tentativa de suprir as "lacunas" da Glosa. O apogeu dos Comentadores verificou-se no século XIV, destacando-se o trabalho tanto do já referido Bártolo como de Baldo de Ubaldis. Bártolo, em virtude da disparidade das opiniões dos vários Comentadores que, conseqüentemente, trouxeram incerteza na resolução de questões jurídicas, não considerava que a opinião comum devesse ser seguida em todas as circunstâncias, afirmando, portanto, "*o carácter simplesmente*

⁶ Naturalmente, a vinculatividade formal surge somente quando a ordem jurídica reconhece a *communis opinio* como fonte formal do Direito.

provável da interpretação dos Doutores."⁷ Haveria, por conseguinte, uma espécie de "presunção elidível" quanto à correcção da opinião comum. Conforme refere Gomes da Silva, "Bártolo, na correcta visão da actividade prudencial do julgador, não se limita a dizer que o juiz deve seguir a opinião por todos comumente aprovada; não, ele acrescenta que tal opinião deve também ser, comumente, observada. É, pois, dado um justo realce à *observantia*."⁸ Bártolo conferia, assim, grande importância ao facto de as soluções serem respeitadas, ou seguidas, na prática, não bastando, para se aplicar a opinião comum a um caso concreto, que todos os Doutores a *aprovassem*; o juiz deveria considerar até que ponto é que a solução proposta seria observada.

Baldo, por seu turno, considerava que, nos casos não previstos na lei, os juízes não deveriam eleger a opinião menos razoável. Há um dever prudencial de adesão à opinião comum, a menos que esta seja irracional ou falsa. Baldo traz para o escopo da opinião comum as "*opiniões das glosas que não têm glosas contrárias*."⁹ No século XV, o contributo do canonista Nicolau Tedeschi, igualmente conhecido por Abade Panormitano, permite cimentar o prestígio da opinião comum. Na sua obra, Panormitano distingue a posição do juiz perante a dúvida nova e a dúvida assente nas opiniões dos Doutores. Na primeira, verificar-se-ia a existência de uma autêntica *lacuna iuris*, dado que a situação jurídica, pela sua novidade, não seria susceptível de ser resolvida quer pela lei do reino, quer pelo Direito romano, que, nesta altura, era identificado com a opinião dos Doutores. Quanto ao segundo tipo de dúvida, a mesma seria resolvida através da aplicação da opinião comum, sendo que o juiz não deveria afastar-se desta, posição justificada pelo facto de que "*comumente a maior parte investiga melhor a verdade*".¹⁰ Assim, a opinião comum deveria ser sempre

⁷ Nuno Espinosa Gomes da Silva, *História do Direito Português: Fontes de Direito*, Volume I, Fundação Calouste Gulbenkian, 2ª edição, Lisboa, 1991, p. 311.

⁸ Nuno Espinosa Gomes da Silva, *História do Direito Português: Fontes de Direito*, Volume I, Fundação Calouste Gulbenkian, 2ª edição, Lisboa, 1991, p. 312.

⁹ Nuno Espinosa Gomes da Silva, *História do Direito Português: Fontes de Direito*, Volume I, Fundação Calouste Gulbenkian, 2ª edição, Lisboa, 1991, p. 314. Itálicos no original.

¹⁰ Nuno Espinosa Gomes da Silva, *História do Direito Português: Fontes de Direito*, Volume I, Fundação Calouste Gulbenkian, 2ª edição, Lisboa, 1991, p. 315. Itálicos no original.

observada, a menos que se constatasse que fosse falsa, constatação essa que surgiria, com toda a probabilidade, a partir da verificação da desadequação da subsunção da situação concreta à opinião comum. Para as situações mais controversas, nas quais se observasse uma disparidade de opiniões que precludesse a possibilidade de se falar numa "opinião comum", Panormitano afirma o seguinte: "entre várias opiniões, deve ser seguida aquela que se firma em melhor e mais subtil razão. Porquê? Porque se não deve olhar à qualidade da pessoa que defende uma opinião, mas sim à sua razão."¹¹

Ao colocar o critério da razão acima do critério da autoridade do jurisconsulto, que decorre do seu prestígio, Panormitano lança as bases de um argumento que lhe permite "atacar aqueles que sustentavam ser de obedecer, em qualquer caso, à *autoridade da Glosa*"¹², dado que a *ratio* da opinião sobrepe-se ao prestígio do jurisconsulto, no caso Acúrsio.

Com as Ordenações Manuelinas surgiram três critérios para identificar a *communis opinio*, a saber, o quantitativo, o qualitativo e o misto. Em relação ao primeiro, "[r]eferiu-se que numa primeira e mais simples formulação se considerava opinião comum aquela que obtivesse maior sufrágio ou maior número de pareceres dos doutores."¹³ A propósito deste critério, Gomes da Silva diz que "[o] critério meramente quantitativo vai ser alvo da crítica do racionalismo quinhentista. Nesta tendência, um professor de Coimbra, Aires Pinhel, apontando a *miséria* a que chegara a ciência do Direito, lamentava que «*as opiniões mais se contassem, que pesassem*»: a *qualidade* não deveria ser vencida pela *quantidade*, o *número* não se deveria sobrepor à *razão*."¹⁴ A objecção é, portanto, a de que a quantidade não garante qualidade, i.e. que a opinião sufragada pela maioria fosse correcta ou justa. Em resposta a este critério, tido por muitos, com destaque para Aires Pinhel, como sendo desadequado, surge o critério qualitativo: "De acordo com um critério situado em prisma

¹¹ Nuno Espinosa Gomes da Silva, *História do Direito Português: Fontes de Direito*, Volume I, Fundação Calouste Gulbenkian, 2ª edição, Lisboa, 1991, p. 316.

¹² Nuno Espinosa Gomes da Silva, *História do Direito Português: Fontes de Direito*, Volume I, Fundação Calouste Gulbenkian, 2ª edição, Lisboa, 1991, p. 316. Itálicos no original.

¹³ Rui de Albuquerque / Martim de Albuquerque, *História do Direito Português*, Volume II, Lisboa, 1983, p. 106.

¹⁴ Nuno Espinosa Gomes da Silva, *História do Direito Português: Fontes de Direito*, Volume I, Fundação Calouste Gulbenkian, 2ª edição, Lisboa, 1991, pp. 316-317. Itálicos no original.

completamente oposto, no plano qualitativo, a opinião comum determinar-se-ia não pelo maior número mas pelo seu peso, pela dose de verdade que encerrasse cada um dos pareceres que aí integravam."¹⁵ Na utilização deste critério para fixar a opinião comum estariam englobadas as opiniões de autores do século XVI que se inseriram nas fileiras do humanismo jurídico, tais como Manuel da Costa, o referido Aires Pinhel ou Heitor Rodrigues. Assim, segundo estes juristas, deveria sempre atender-se à qualidade da opinião, independentemente de quantos a professassem. Dito por outras palavras, ao defender-se um critério qualitativo "dizia-se dever ser considerada *communis opinio*, não a que tinha por si o maior número de intérpretes, mas sim a que reunia a concordância dos juristas mais renomados."¹⁶

Da tensão entre os dois critérios acima referidos surgiu o critério misto, segundo o qual "[n]o apuramento da *communis opinio* não deviam concorrer os juristas que, incidentalmente, sem discussão, tivessem exposto o seu modo de ver."¹⁷ Este critério, formalmente situado entre os dois acima mencionados, acaba por derivar, sem embargo, em grande medida do critério qualitativo, visto que certos autores afirmavam que "a *communis opinio* se devia colher no parecer de jurisconsultos ilustres, mas que se tivessem ocupado *ex professo* do problema, em causa, discutindo os argumentos *pro* e *contra*, concluindo, fundamentamente."¹⁸ Assim sendo, a opinião comum não deveria ser apenas uma questão de discussão, *in abstracto*, de determinado problema, com meras considerações teóricas e debates acerca da resolução de questões unicamente de Direito, excluindo completamente as questões factuais inerentes a esse mesmo caso. Os jurisconsultos ilustres deveriam debruçar-se sobre o caso concreto e, à luz das vicissitudes deste, pronunciar-se.

O critério misto é, por conseguinte, uma manifestação do humanismo jurídico, dado que constitui uma oposição directa à opinião de Bártolo. Dito

¹⁵ Rui de Albuquerque / Martim de Albuquerque, *História do Direito Português*, Volume II, Lisboa, 1983, pp. 106-107

¹⁶ Nuno Espinosa Gomes da Silva, *História do Direito Português: Fontes de Direito*, Volume I, Fundação Calouste Gulbenkian, 2ª edição, Lisboa, 1991, p. 318.

¹⁷ Nuno Espinosa Gomes da Silva, *História do Direito Português: Fontes de Direito*, Volume I, Fundação Calouste Gulbenkian, 2ª edição, Lisboa, 1991, p. 318.

¹⁸ Nuno Espinosa Gomes da Silva, *História do Direito Português: Fontes de Direito*, Volume I, Fundação Calouste Gulbenkian, 2ª edição, Lisboa, 1991, p. 318.

por outras palavras, tanto o critério quantitativo como o qualitativo acabavam, em Portugal, por, invariavelmente, socorrer-se da opinião de Bártolo, devido ao enorme prestígio de que esta gozava, não sendo comum encontrar juristas, ilustres ou não, que se desviassem dessa mesma opinião. Todavia, ao apelar à consideração do caso concreto e ao afastamento dos juristas que, "sem discussão, tivessem exposto o seu modo de ver" – o que, por maioria de razão, afastaria sempre a opinião de Bártolo, visto que esta estava há muito formada e não poderia, obviamente, moldar-se à luz do caso concreto – tanto a opinião de Bártolo como a Glosa de Acúrsio seriam sempre descartadas por este critério, o que, aliás, estava em consonância com os objectivos do movimento humanista no Direito.

A adopção da *communis opinio*, por parte das Ordenações Manuelinas - sem qualquer disposição, no texto das Ordenações, que resolvesse a contenda quanto ao critério a seguir na determinação da opinião comum -, acaba por, paradoxalmente, não atingir o prestígio da opinião de Bártolo, na medida em que esta mesma adopção obedecia ao espírito da escola dos Comentadores, da qual Bártolo era o expoente máximo, espírito esse que sobrelevava a *auctoritas* dos prudentes. Nas palavras de Braga da Cruz, "a consagração legislativa da *opinio communis* pelas Ordenações Manuelinas, com prioridade absoluta sobre a Glosa Magna de Acúrsio e a opinião de Bártolo, ao mesmo tempo que representava o primeiro golpe sério no prestígio pessoal de que Bártolo entre nós gozara durante um século, representava também, em contrapartida, a glorificação de próprio Bártolo, através da consagração do pensamento da escola simbolizada pelos seus sequazes."¹⁹

Apesar de o critério misto ter acabado por, em Portugal, pelo menos geralmente, afirmar-se, na prática a Glosa de Acúrsio e a opinião de Bártolo tinham um peso tão grande que dificilmente se encontraria opinião comum contrária à dos juristas supra-citados, o que leva Gomes da Silva a afirmar que "[t]al facto, terá chegado a gerar a convicção – em clara afronta às *Ordenações*

¹⁹ *Apud* Rui de Albuquerque / Martim de Albuquerque, *História do Direito Português*, Volume II, Lisboa, 1983, pp. 108-109.

– de que a «*opinião comum*» só constituía fonte de direito, no nosso país, na ausência de parecer de Acúrsio ou de Bártolo."²⁰

4. A polémica do século XVI

Opondo-se à escola dos Comentadores em geral, e à opinião de Bártolo, enquanto expoente máximo dessa mesma escola, em particular, o humanismo jurídico deu azo, em Portugal, a uma polémica entre humanistas e Bartolistas que pode ser resumida da seguinte maneira: discute-se se, para apurar a "opinião comum", deve ser utilizado o critério quantitativo, que privilegiava a opinião de Bártolo na medida em que esta era subscrita pela maioria dos juristas portugueses medievos, ou se, por outro lado, se deveria utilizar o critério misto, que excluía, tal como acima citado, "os juristas que, incidentalmente, sem discussão, tivessem exposto o seu modo de ver", na medida em que a discussão deveria ser *ex professo*, ou seja, deveria relacionar-se com o caso concreto. Assim, tal como referido *supra*, a opinião de Bártolo teria que ser liminarmente excluída, não tanto por razões que se prendessem com a sua falta de qualidade, dado que esta era reconhecida por todos, mas sim porque a opinião equivale à exposição de um jurista feita à revelia de uma discussão que considerasse as questões factuais à luz do caso concreto. Dito por outras palavras, o humanismo jurídico valoriza as melhores opiniões dos juristas da época que não se apoiassem na opinião de Bártolo, em virtude de esta não ser *ex professo*.

Desta forma, o humanismo jurídico é uma corrente que defende que se devem eliminar, através de intervenção filológica, todos os escólios, glosemas e interpolações utilizadas na interpretação do texto das fontes do Direito romano justinianeu.

Lorenzo Valla, autor das *Elegantiae latinae linguae*, argúi que os glosadores e os comentadores "barbarizaram" o latim das leis romanas concluindo, assim, que o Direito romano aplicado na Europa medieval, nomeadamente através da opinião de Bártolo e da Glosa de Acúrsio, não era o mesmo Direito romano

²⁰ Nuno Espinosa Gomes da Silva, *História do Direito Português: Fontes de Direito*, Volume I, Fundação Calouste Gulbenkian, 2ª edição, Lisboa, 1991, pp. 320-321.

que era aplicado em Roma. Conforme referem Rui e Martim de Albuquerque, "[é] neste prisma que Valla e Poliziano irão propugnar a substituição de um código por outro código julgado melhor, da chamada littera bononiensis ou vulgata pela littera pisana ou florentina; por este caminho se chegará também à conclusão de que o direito de Justiniano não era, ele mesmo, o verdadeiro direito romano, o tal que usavam os romanos de Roma – pecado merecedor de anátema e que levaria Hotman a fulminar Triboniano, o compilador do corpus justinianeum, como responsável pela obliteração do direito clássico."²¹

Por seu turno, Henrique Caiado, conforme observam os mesmos autores, "não citando Bártolo, reproduz a essência dos juízos de Lorenzo Valla sobre os comentadores: «Não vos admireis sapientíssimos senhores de os filósofos do nosso tempo ignorarem esta nobreza de estilo e linguagem pois vivem sempre mergulhados nas trevas da barbárie e não podem sem sua ciência gloriar-se de nenhum autor latino. Vão buscar tudo aos gregos mas recorrendo a tradutores ignorantes tanto da nossa língua como da grega. Tudo eles, os miseráveis, invertem, citam, trocam e lêem o falso pelo verdadeiro, o escuro pelo claro, o adulterado pelo legítimo. E, se alguns entre eles (e poucos são) se dedicam às belas letras e frequentam os livros gregos, são espantosamente escarnecidos, como àquele que quiser filosofar seja de todo necessária a barbárie.»"²²

Por outro lado, certos autores constataam que o Direito romano, purgado ou não de glosas e comentários, era inadequado às necessidades jurídicas do século XVI em virtude de ser lacunar e/ou de estar extremamente desactualizado. A este propósito, Jorge Ferreira de Vasconcellos, referindo-se aos juristas do seu tempo, diz o seguinte: "*«estes pera maior parte carecem de juizo natural e letras, sem elle sam piores que lepra; por onde ficam paralíticos porque querem medir pelas leis de Justiniano, que ha mil e tantos anos que foi, os costumes d'agora e nam entendem como o tempo faz tudo da sua cor»*."²³ Vasconcellos faz, aqui, uma crítica ao facto de as leis de Justiniano estarem completamente

²¹ Rui de Albuquerque / Martim de Albuquerque, *História do Direito Português*, Volume II, Lisboa, 1983, p. 119.

²² Rui de Albuquerque / Martim de Albuquerque, *História do Direito Português*, Volume II, Lisboa, 1983, p. 122.

²³ *Apud* Nuno Espinosa Gomes da Silva, *História do Direito Português: Fontes de Direito*, Volume I, Fundação Calouste Gulbenkian, 2ª edição, Lisboa, 1991, p. 218. Itálicos no original.

desajustadas aos (seus) tempos modernos, visto que nem o espírito destas, nem os casos concretos que as mesmas visavam resolver tinham enquadramento no Portugal do século XVI.

A consciência de que, por um lado, o "Direito romano medieval" ensinado na Universidade e praticado pelos juristas não é o Direito romano justiniano, e, por outro lado, que qualquer das alternativas do que se designava por "Direito romano" (a versão de Justiniano em oposição à versão dos Glosadores e Comentadores) se mostrava inadequada à realidade contemporânea, acabou por criar "uma dupla tensão – entre *direito romano* e *razão*, e entre *duas experiências do direito romano* – que vai abrir caminho a duas concepções de apreciação do direito imperial, uma, *racionalista* e outra, *historicista*."²⁴ Os humanistas do Direito encontravam-se, portanto, perante duas alternativas, a saber: 1) Propor a revogação do Direito romano, eliminando-o da lista de fontes do Direito. 2) Aproveitar tudo o que o Direito romano tinha de bom, i.e. a sua racionalidade, e aplicá-lo com as modificações necessárias à realidade do século XVI. A segunda opção foi a que acabou por vingar em Portugal, visto que a vigência do Direito romano no nosso país, no século XVI, durante o período de vigência das Ordenações Manuelinas justificava-se precisamente com base na presunção de racionalidade das normas justinianeas: "As leis romanas aplicam-se – no dizer do texto manuelino – «*pola boa razam em que sam fundadas*»."²⁵

No entanto, os opositores da corrente racionalista arguíam que invocar a racionalidade do Direito romano para justificar a permanência da sua vigência no século XVI era falacioso devido ao longo hiato presente entre a criação das normas e a sua aplicação, hiato esse que, naturalmente, provocou dificuldades de interpretação, para além de que a "racionalidade abstracta" das normas romanas era insusceptível de suprir as lacunas existentes, bem como as injustiças decorrentes da aplicação de normas cuja *ratio*, ou teleologia, já não tinha correspondência com a realidade contemporânea. Os racionalistas, por seu turno, para obviar à objecção dos seus rivais, chamam a atenção para o

²⁴ Nuno Espinosa Gomes da Silva, *História do Direito Português: Fontes de Direito*, Volume I, Fundação Calouste Gulbenkian, 2ª edição, Lisboa, 1991, p. 218. Itálicos no original.

²⁵ Nuno Espinosa Gomes da Silva, *História do Direito Português: Fontes de Direito*, Volume I, Fundação Calouste Gulbenkian, 2ª edição, Lisboa, 1991, p. 218. Itálicos no original.

facto de que as leis romanas, ao serem observadas apenas e só "pola boa razam em que sam fundadas", teriam que ser filtradas, i.e. cada norma seria analisada segundo padrões de racionalidade, sendo que apenas as normas fundadas na boa razão tornar-se-iam vigentes no território português. Nega-se, portanto, a recepção em bloco do Direito justinianeu.

5. Conclusão

A corrente humanista do Direito acabaria por não vingar em Portugal. Com efeito, no século XVII, já na vigência das Ordenações Filipinas, que conservaram integralmente o sistema de fontes do Direito subsidiário estabelecido nas Ordenações anteriores, a autoridade da opinião de Bártolo impera nos tribunais, bem como na Universidade, em prejuízo da opinião comum, não obstante esta ser uma fonte do Direito hierarquicamente superior à opinião de Bártolo. Os autores apontam três factores que justificam a não consagração da corrente humanista do Direito em Portugal, a saber: 1) Houve juristas portugueses que, tendo sido educados na prática dos humanistas, nunca regressaram a Portugal, razão pela qual não exerceram qualquer influência no nosso país. 2) De entre os juristas que regressaram, uns acabaram por perder as ilusões filológicas, historicistas e racionalistas adquiridas durante a sua formação, após tomarem contacto com a vida prática, ao passo que outros pura e simplesmente desinteressaram-se do Direito. 3) O facto de a opinião de Bártolo continuar legislativamente consagrada como fonte do Direito dificultou os ataques feitos pelos humanistas à utilidade da mesma. ■

Pedro Tiago Ferreira

Formador



Data  **enia**

Revista Jurídica Digital

ISSN 2182-6242

Ano 4 • N.º 05 • Janeiro 2016

