

DIREITO COMUM. DA IDADE MÉDIA PARA OS NOSSOS DIAS  
(O ESPÍRITO DE BOLONHA. UM EXEMPLO ENTRE OUTROS)



*Fernando José Gautier Luso Soares (\*)*  
*Professor Auxiliar Convidado*

A temática do Direito Comum prende-se de perto com a opinião comum dos doutores; sendo que a historiografia tende a reportar esta realidade ao humanismo (1).

Porém, a sua génese é bem anterior. Com efeito, a opinião comum dos doutores releva, concretamente entre nós, como fonte do Direito português desde a Baixa Idade Média, existindo documentos do séc. XIV que permitem concluir no sentido da existência de um pensar probabilístico – isto é, por opiniões –, o qual não obstante ser por vezes contrário ao Direito legislado pelos monarcas, a este se impõe, ao menos tendencialmente.

No quadro desta lógica probabilística encontra-se assim o argumento central da opinião comum, intimamente ligada a um Direito jurisprudencial.

A teoria da razão provável está presente na obra do canonista Alvaro Pelagio Gómez Chariño, Bispo de Corona (desde 16/6/1332) e de Silves (desde 9/6/1333), que entre nós ficou conhecido por Álvaro Pais (*circa* 1275 e 1280 – *circa* 1349 e 1350) (2). Razão provável que, enquanto tal e ainda que mais ou menos verosímil, constitui argumento que, independentemente da *auctoritas* (saber socialmente reconhecido), porque *probabilis*, carece de comprovação (3).

No âmbito desta temática insere-se a progressiva recepção do Direito romano justinianeu e, neste sentido, o trabalho desenvolvido, a partir de finais do séc. XI princípios do XII, pela escola dos glosadores, importando os géneros literários que estes (e a escola dos comentadores que se lhe seguiu) utilizaram; sendo de sublinhar o labor levado a efeito pelas Universidades da época, com destaque para a de Bolonha.

(\*) Docente na Academia Militar da disciplina de Introdução ao Estudo do Direito. Membro efectivo do CINAMIL – Centro de Investigação da Academia Militar.

Vem aliás sendo hoje posta em causa a tradicionalmente aceite postura intelectual acrítica dos glosadores. Desde logo o facto da utilização não só da glosa anódina, por meramente literal, implica por conseguinte o dever-se encará-los como pensadores cujo contributo foi essencial para a evolução do Direito (e sua História) – pensamento e prática.

Como método criativo e de busca de soluções utilizaram, designadamente, a *quaestio* – género literário que implica a contraposição de argumentos, sendo-lhe portanto reconhecido valor científico e, a um tempo, interesse pedagógico, o que releva em termos de relação próxima entre a jurisprudência (entendida aqui a expressão conforme o seu significado originário de ciência do Direito), as decisões judiciais e, até mesmo, a generalidade do grupo social, uma vez que entre as diversas modalidades de *quaestiones* existiam as *disputata* (públicas), abertas por vezes a quem quer que fosse, ainda que estranho à Universidade.

Acresce que, para a difusão do Direito Comum na Idade Média contribuiu também de forma significativa a actividade notarial, que, do ponto de vista académico, se reporta outrossim a Bolonha. Ainda que inicialmente ligada à *universitas* das artes (o que não invalida o que vem de referir-se, pois já então eram ministrados alguns ensinamentos de carácter jurídico; aspecto que se foi acentuando com o decurso do tempo e as novas circunstâncias que paulatinamente se foram verificando) a partir de meados do séc. XV integraria os estudos de jurisprudência (4).

Façamos, todavia, aqui um ponto da situação. O implementar do Direito Comum por parte dos reinos europeus, nomeadamente o de Portugal, resultou do inteligir de um Direito que, objectivamente falando, era um Direito estrangeiro – o que implicou todo um trabalho de adequação a uma nova realidade temporal e circunstancial. Mas – note-se – tal só se revelou possível mercê de uma postura, relativamente às fontes de Direito, que é em absoluto distinta da dos nossos dias.

Hoje impera o monismo. Isto é, o Estado detém em exclusivo a potestade legislativa. Só ele, através dos seus órgãos legislativos, pode criar o Direito, identificando-se este com a lei por si promulgada.

Não era esta, porém, a postura civilizacional vigente na Idade Média, em que se verificava um pluralismo jurídico, atinente ao trabalho dos juristas enquanto prudentes e antitético do aludido «“estatismo” atroficante e totalitarista», isto para citar as significativas palavras de Ruy de Albuquerque e de Martim de Albuquerque (5).

Curiosamente o conceito de Direito Comum é hoje utilizado, ainda que sem paralelo, do ponto de vista semântico, com a Idade Média (6). O pluralismo degenerou em monismo, e é um super-Estado em embrião (hoje, aparentemente, em hibernação)

que, ao arripio de um pensamento jurídico dialéctico-probabilístico, trata de impor um Direito Comunitário (o Direito Comum hodierno); sendo contudo justo aqui aludir ao papel da jurisprudência comunitária, a qual visa tentar ajustar a interpretação e aplicação do Direito Comunitário às novas realidades e exigências da integração enquanto processo.

E, curiosamente também, no que concerne à realidade universitária – com arranque também em Bolonha, mas na dos nossos dias – surge uma Declaração (7), cujo espírito se deseja que, na prática, possa coincidir com o verdadeiro espírito universitário, originário da Bolonha medieva. O exemplo, que extravasa o perímetro comunitário, tem, é óbvio, virtualidades.

Não sejamos portanto pessimistas. Tratemos de pensar o Direito com a certeza de que este é feito para o Homem – e não o contrário (8). A luta pelo Direito, *dentro daquilo que é Direito*, é um direito subjectivo que nos assiste e, simultaneamente, um dever que se nos impõe com vista à realização do bem supremo que consiste no interesse geral (9). Se é certo que a História se não repete, certo é também que há que guardar dela a sua lição.

## NOTAS:

- (1) A propósito dos equívocos da expressão ‘humanismo’, veja-se Pedro Soares Martínez, *Filosofia do Direito*, Coimbra, Almedina, 3.<sup>a</sup> ed. revista, 2003, pp. 20, onde se lê que a referida expressão «visou o movimento renovador de ideias que caracteriza os séculos XV e XVI, apreciado pelo prisma iluminista e liberal. Corresponde à Renascença, ou seja, a uma reposição dos ideais clássicos, greco-romanos, por oposição às supostas “trevas medievais”». As grandes figuras da cultura dita ‘renascentista’ ou ‘humanista’ foram herdeiros e continuadores do pensamento medieval (cfr. cit. pp. 20).

No que ao que tem de contingente o início do Renascimento se refere Juan Vallet de Goytisolo na sua *Encruzilhada Metodológica Jurídica no Renascimento, A Reforma, A Contra-Reforma*, pronunciando-se nos seguintes termos: «O título desta exposição parte da relatividade cronológica do Renascimento, mercê do seu início variável consoante a disciplina de que se trate. O do Direito, esse pode dizer-se que começa com o achado dos livros do *Digesto* e, nos finais do século XI, com o advento da escola dos seus glosadores; o da Filosofia comete-se algo mais de um século depois, com o reencontro de Aristóteles, através dos

autores árabes; e o do humanismo chega ainda posteriormente, quase já no século XV» (op. cit., tradução, prefácio e organização de Fernando J. G. Luso Soares, Lisboa, Edições Cosmos/Livraria Arco-Íris, 1993, pp. 5).

- (2) Sobre Álvaro Pais veja-se, por exemplo, André de Resende, *Oração de Sapiência (Oratio pro Rostris)*, tradução de Miguel Pinto de Meneses, introdução e notas de A. Moreira de Sá, Lisboa, Instituto de Alta Cultura, Centro de Estudos de Psicologia e de História da Filosofia anexo à Faculdade de Letras da Universidade de Lisboa, 1956, anotação 34 (pp. 72-78); António Domingues de Sousa Costa, *Dados Biográficos de Frei Álvaro Pais até à sua nomeação para Bispo de Silves em Portugal*; e *Lugar do Nascimento de Frei Álvaro Pais e as suas relações com Portugal*, in *Estudos sobre Álvaro Pais*, Lisboa, Instituto de Alta Cultura, Centro de Estudos de Psicologia e de História da Filosofia anexo à Faculdade de Letras da Universidade de Lisboa, 1966, respectivamente pp. 3-40 e pp. 41-91; e Antonio García y García, *Canonistas Portugueses Medievales*, in *Estudios sobre la Canonística Portuguesa Medieval*, Madrid, Fundación Universitaria Española, 1976, pp. 133-139.
- (3) Cfr. Ruy de Albuquerque e Martim de Albuquerque, *História do Direito Português*, I vol. (1140-1415), Sintra, Pedro Ferreira, 12.<sup>a</sup> ed., 2005, pp. 349 ss.. A obra de Álvaro Pais a que nos reportamos é, nesta matéria, por excelência, *Estado e Pranto da Igreja (Status et Planctus Ecclesiae)*, edição bilingue (latim/português) com estabelecimento do texto e tradução de Miguel Pinto de Meneses, Lisboa, Instituto Nacional de Investigação Científica, vol. I, com prefácio de Francisco da Gama Caeiro e introdução de João Morais Barbosa, 1988; vol. II, com introdução de João Morais Barbosa, 1990; vol. III, 1991; Junta Nacional de Investigação Científica e Tecnológica, vol. IV, 1994; vol. V, 1995; vol. VI, 1996; vol. VII, 1997; e vol. VIII, 1998.
- (4) Reportando-se à Baixa Idade Média Juan Vallet de Goytisolo sublinha o facto de que o notário assume um múnus complexo que se prende com a dinâmica negocial e com uma função determinativa do direito. O notariado constitui assim o crisol da realização prática do Direito (cfr. *Metodología de la Determinación del Derecho*, vol. I, Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1994, pp. 163 e 250). Fernando Tavares de Carvalho, nas palavras preambulares da sexta edição de os *Actos dos Notários*, a qual dedica «À saudosa memória de meu Pai, António

Tavares de Carvalho, Autor desta obra», escreve: «Apesar de algumas incompreensões que, de quando em quando, ainda se manifestam no tocante ao valor e ao alcance do notariado, não será, todavia, descabido salientar, mais uma vez, a importância decisiva de que a profissão se reveste na determinação da paz social entre os vários elementos das sociedades cultas» (Tavares de Carvalho, *Actos dos Notários*, sexta edição actualizada e comentada por Fernando Tavares de Carvalho, Lisboa, Oficinas Gráficas Casa Portuguesa, 1953, pp. sem numeração, mas que, ao abrir o livro, correspondem respectivamente a pp. 7 e 12).

- (5) Ruy de Albuquerque e Martim de Albuquerque, *História do Direito Português*, I vol. (1140-1415), pp. 264. O monismo prescinde de múltiplas facetas do conhecimento, enquanto o pluralismo manifesta-se em regra como um realismo e, nesta medida, de mais amplo espectro; reconhece interações entre factores e métodos diversos, em busca de uma cooperação integradora (cfr. Antonio Hernández Gil, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, in *Obras Completas*, Tomo 5, Madrid, Espasa-Calpe, 1988, pp. 587).
- (6) Note-se, contudo, que, como afirma Mario Ascheri, o mundo moderno — e o contemporâneo, permitimo-nos nós acrescentar — é construído com base em categorias jurídicas e políticas elaboradas na Universidade da Baixa Idade Média, fruto do trabalho de várias gerações levado a efeito sobre os dois *Corpora* do Direito: o *Corpus Iuris Civilis* e o *Corpus Iuris Canonici* (cfr. *Il Diritto Comune dal Medioevo all'Età Moderna: Un Punto di Vista Italiano*, in *Studia Gratiana. Life, Law and Letters: Historical Studies in Honour of Antonio García y García*, edited by Peter Linehan, with the assistance of Antonio Pérez Martín and Mariano Sanz González, vol. XXVIII, 1998, pp. 31).
- (7) Patrocinada pela União Europeia e subscrita aos 19/6/1999 originariamente por 29 dos Estados europeus, hoje a ela aderiram todos os restantes, à excepção da Bielorrússia. Trata-se, em suma, de uma Declaração que tem como objectivo central o estabelecimento de um *Espaço Europeu de Ensino Superior*, sendo que na nossa ordem jurídica deu azo ao Decreto-Lei n.º 42/2005, de 22/02 (que contém os princípios reguladores de instrumentos para a criação do referido espaço europeu), podendo ler-se no respectivo preâmbulo que «(...) o Processo de Bolonha representa um vector determinante para o cumprimento da Estratégia

de Lisboa (...) que visa tornar a Europa, até 2010, o espaço económico mais dinâmico e competitivo do mundo, baseado no conhecimento e capaz de garantir um crescimento económico sustentável, com mais e melhores empregos e com maior coesão social». E, neste sentido, «No plano do ensino superior preconiza-se uma importante mudança nos paradigmas de formação».

- (8) Nesta perspectiva, cfr. Marcello Caetano, *História do Direito Português (Sécs. XII-XIV) seguida de Subsídios para a História das Fontes do Direito em Portugal no Séc. XVI*, textos introdutórios e notas de Nuno Espinosa Gomes da Silva, Lisboa / São Paulo, Editorial Verbo, 4.ª ed., 2000, pp. 27.
- (9) O Direito é idealismo, isto na medida em que tem a ver com um ideal de perfeição, que ameaçaria a sua própria base se cada um se limitasse a defender exclusivamente o seu direito subjectivo, sem se preocupar com o ordenamento jurídico em geral (cfr. Rudolf von Jhering, *A Luta pelo Direito*, organização, introdução e notas de Fernando J. G. Luso Soares, Lisboa, Edições Cosmos / Livraria Arco-Íris, 1992, pp. 63).