ANTÓNIO
MANUEL
HESPANHA

Cultura Jurídica Europeia

síntese de um milénio

ALMEDINA

(*virtutes*) da sensibilidade humana (*amor, bonitas, intellectus, sensus*), numa época em que se achava que tanto a razão como as emoções e os sentimentos serviam para descobrir o justo e o injusto[232].

A *criação* do direito não é com eles. Com eles é observar, anotar, inquirir, sentir, crer, lembrar, ruminar e interpretar ordens existentes, interiores e exteriores, acima ou abaixo do humano. É com eles, por outras palavras, levar a cabo uma hermenêutica ilimitada de Deus, dos homens e da natureza. E explicar os resultados deste trabalho de interpretação em fórmulas que reunissem o consenso da comunidade.

6.6. Uma constelação de ordens normativas

O amor era, como se viu, o principal cimento da ordem do mundo e, também, da ordem das sociedades humanas (cf., *supra*, 3.7). Mais exato seria, no entanto, falar de amores (*philiae*), cada um dos quais correspondendo a um tipo de relação (comunicação, comunhão) social.

S. Tomás de Aquino (*Summa theologica*, IIa.IIae, q. 26) lista um leque vasto de afetos humanos:

- O amor familiar, surgido da comunicação da família natural;
- O amor filial ou parental, fundado na geração;
- O amor por contrição, promovido por uma infância e criação comuns;
- O amor por eleição, baseado em empreendimentos comuns;
- O amor por vassalagem, que decorre da instituição do governo da república;
- O amor por concidadania, que existe entre os patrícios de uma mesma república;
- O amor por camaradagem, que se tece entre companheiros de armas.

Todos estes amores criavam obrigações. E a estas ainda se podiam acrescentar as que surgiam da religião (ou seja, do amor para com Deus e, através dele, para com todas as suas criaturas, animais, plantas e seres inanimados incluídos). Bem como as afeições que Deus imprimiu nas nossas mentes (afetos intelectuais) ou nos nossos desejos (afetos sensitivos)[233].

Entre todos estes amores existia uma hierarquia, à qual S. Tomás dedica justamente a *quaestio* acima referida da *Summa theologica*. Em princípio, a

[232] Cf. Hespanha, 1992a, 1997 (v. os ensaios incluídos em Petit, 1997).

[233] Sobre o relevo da ordem amorosa no direito, cf. Hespanha (1992a; 1997b).

proximidade em relação à fonte da ordem (Deus, natureza) era um critério decisivo para estabelecer esta hierarquia. A revelação e o direito divinos deveriam, por isso, ocupar um lugar de topo no conjunto das ordens normativas. Seguia-se o direito canónico "positivo", dado que era mais externo à natureza íntima das coisas e mais dependente da vontade dos homens. Em alguns casos, como veremos, a ordem divina afastava a ordem humana (v. 6.4.5), como nos casos em que esta induzisse a pecar[234]. Noutros casos, a ordem divina apenas atenuava o rigor da ordem civil (como no caso da adequação do direito civil às posições mais maleáveis da *aequitas canonica*).

Depois do direito divino, vinham estas ordens normativas em que a natureza "fala grosso", como a ordem doméstica, parcialmente subsumida à anterior ordem divina, devido ao caráter sacramental do casamento. Aqui, as normas decorriam da própria "natureza" (*natura, honestas*), sendo transcritas para o corpo do direito os comandos nela contidos (na sexualidade, na feminilidade, na masculinidade "naturais") – *v.g.*, a fraqueza, a indignidade e a maldade das mulheres; a natureza da sexualidade humana (monogâmica, hetero, vaginal: *vir cum foemina, recto vaso, recta positio*); a natureza da comunidade doméstica (unitária, patriarcal)[235].

Como a família não era a única instituição natural, outras relações humanas tinham pretensões "naturais" em relação ao direito; mesmo no caso daquelas instituições que a cultura atual considera como exclusivamente dependentes da vontade, como os contratos. O conceito cunhado para exprimir estas normas implícitas e forçosas contidas em certos tipos de relações era o de "natureza dos contratos" (*natura contractus*) ou de "vestes" dos pactos (*vestimenta pacti*, como que dizendo que, sem certos atributos formais, os acordos [nus] não podiam valer)[236].

A transcrição de normas de uma ordem na outra tornava-se possível pela existência de conceitos genéricos que serviam como que de "canais de comunicação" entre elas. As importações e exportações entre o direito e a política faziam-se através de canais como "utilidade pública" (*publica utilitas*), bem comum (*bonum communem*), poder absoluto ou extraordinário (*absoluta vel extraordinaria potestas*); entre o direito e o que estava estabelecido na comunidade, por meio de noções como posse de estado (*possessio*

[234] Mesmo aqui, a regra não era absoluta: a prostituição, embora pecado, era permitida para evitar uma difusão ainda mais promíscua e desregulada da sexualidade (*coïtus vagus*).

[235] Cf. Hespanha, 1993g; Hespanha, 1994b.

[236] Cf. Grossi, 1968; Beneduce, 1990; Violante, 2001.

status), direitos adquiridos (*iura quaesita*), estabilidade das decisões jurídicas (*stare decisis*), razão jurídica (*ratio iuris*); entre o direito e a natureza, pelo recurso à natureza das coisas (*natura rerum*), ou a expressões que indicassem a força das coisas (*necessitas, notorietas, evidentia*); entre o direito e a religião, pela invocação da piedade (*pietas*), da moral (*aequitas*), da caridade (*charitas*).

Como as hierarquias entre as diferentes ordens normativas eram sensíveis ao contexto e os modelos de transferência (ou transcrição) não eram fixos, o resultado era uma ordem entrecruzada e móvel, cujas particularizações não podiam ser antecipadamente previstas. É a isto que se pode chamar a "geometria variável" do *ius commune*. Em vez de um sistema fechado de níveis normativos, cujas relações estavam definidas de uma vez por todas (como os sistemas de fontes de direito do legalismo contemporâneo), o direito comum constituía uma constelação aberta e flexível de ordens cuja arquitetura só podia ser fixada em face de um caso concreto.

Nesta constelação, cada ordem normativa (com as suas soluções ou seus princípios gerais: *instituta*, *dogmata*, *rationes*) era apenas um tópico heurístico (ou perspetiva) cuja eficiência (na construção do consenso comunitário) havia de ser posta à prova. Daí que coubesse ao juiz fornecer uma solução prudencial ou arbitrada. Por isso, o arbítrio do juiz não era... arbitrário: embora a questão não tivesse uma solução precisa no direito (*"Arbitrium iudex relinquitur quod in iure definitum non est"* [o arbítrio do juiz limita-se àquilo que não tem fronteiras precisas no direito]), este continha orientações que o juiz devia pôr em confronto para, de forma metódica e argumentada, chegar a uma solução quanto possível explicável e suscetível de obter consenso[237]; uma solução que harmonizasse princípios jurídicos conflituais (*interpretatio in dubio est faciendam ad evitandam correctionem, contrarietatem, repugnantiam* [nos casos duvidosos, a interpretação deve ser feita de modo a evitar a alteração, a contrariedade ou a oposição])[238]. Recordemos, de seguida, os distintos componentes do conjunto, bem como as suas articulações mútuas.

[237] V. Meccarelli, 1998.

[238] Ou seja, a interpretação deve ser estabilizadora e fomentar o consenso. Cf. Hespanha, 2009b.

6.6.1. Direito canónico e direito civil

Num plano superior, está o direito canónico que, como direito diretamente ligado à autoridade religiosa, pretende um papel de critério último de validação das outras ordens jurídicas, em obediência ao princípio da subordinação do governo terreno aos fins sobrenaturais de salvação individual. Assim, em princípio, o direito canónico deveria prevalecer em assuntos relacionados com a ordem sobrenatural, deixando ao direito civil as matérias de natureza temporal. Porém, como já vimos, esta regra não era geral nem automática, pois, mesmo em matérias temporais, podia acontecer que devesse vigorar o direito canónico, desde que a solução do direito civil contrariasse gravemente princípios de convivência impostos pela ordem religiosa, legitimando atitudes pecaminosas ("critério do pecado"; cf., *supra*, 6.4.2). Assim, só caso a caso se podia determinar o modo de resolver conflitos entre direito civil e direito canónico.

6.6.2. Direito comum e direitos dos reinos[239]

Como "direito geral", vigorava o *ius commune*, constituído por um enorme conjunto de normas tidas como provenientes da razão natural (cf. D., 1,1,9: "Todos os povos, que se governam por leis e costumes, usam de um direito que em parte lhes é próprio e em parte comum a todos os homens. É que aquilo que cada povo para si estabelece em comum como direito é próprio dessa mesma cidade e chama-se direito civil, como que a significar próprio da mesma cidade. Pelo contrário, aquilo que a razão natural estabelece entre todos os homens é observado por toda a parte e chama-se direito das gentes [*ius gentium*], como que a significar o que todas as nações [*gentes*] usam"). O facto de provirem da razão não garantia a estas normas uma vigência *superior*, pois da mesma razão decorria a faculdade de cada cidade ou de cada nação corrigir ou adaptar, em face da sua situação concreta, o princípio racional estabelecido em geral. Embora a razão natural tivesse em vista aquilo que resultava justo na generalidade dos casos, a realidade era tão variada[240] que bem se podia conceber que alguma utilidade particular exigisse a correção da norma geral (D.,1,2,16: "o direito singular é aquele que foi introduzido pela autoridade do legislador, tendo em

[239] Cf. Grossi, 1995, 223-236.

[240] *"Plures sunt casus quam leges"* (os casos da vida são mais do que as leis); "nem as leis nem os senatusconsultos podem ser redigidos de forma a compreender todos os casos que alguma vez ocorram; basta que contenham aqueles que ocorrem o mais das vezes", pode ler-se em D.,1,2,10.

vista alguma utilidade particular, contra o teor da razão"). Embora neste texto se aponte para o contraste entre autoridade (do legislador) e razão, a decisão "autoritária" do legislador – tal como a decisão "arbitrária" do juiz – tinha de se fundar em dados objetivos (neste sentido, racionais). Por isso, a legitimidade dos poderes para dizer o direito (*iurisdictio*) estava vinculada à realização da equidade (*potestas de publico introducta cum necessitate iuris dicendi, et aequitatis statuendae*: poder público de dizer dada a necessidade de direito e de estabelecer a equidade), segundo Azo[241], o qual também fazia depender a validade da lei da sua conformidade com a justiça[242].

Assim, o direito comum vigoraria apenas para os casos em que um direito particular não o tivesse afastado; ou seja, vigoraria apenas como *direito subsidiário.*

Mas, sendo fundado na razão, acabava por ter uma vigência *potencialmente geral.* Isto queria dizer que, em primeira linha, se aplicava a todas as situações não cobertas pelos direitos próprios ou particulares. Porém, estes não deixavam de sofrer as consequências da sua contradição com o direito comum. Não deviam ser aplicados a casos neles não previstos (por analogia); não podiam constituir fundamento para regras jurídicas gerais (D.,1,2,14: "aquilo que foi recebido contra a razão do direito não pode ser estendido às suas consequências [indiretas]"); deviam ser interpretados de forma estrita. Embora existisse um princípio segundo o qual "as regras do direito [comum] não podem ser seguidas naqueles domínios em que foi estabelecida [por um direito particular] uma contradição com a razão do direito" (D., 1,2,15), o certo é que os juristas, formados na dogmática do direito comum e crentes na sua intrínseca racionalidade, tendiam a aplicar ao direito particular os cânones interpretativos e conceituais do direito comum.

[241] Azo di Bologna (1150 – c. 1225), um célebre jurista civilista: "Chi non ha Azo non vada a Palazzo" (quem não tem [a obra de] Azo, não vá a tribunal).

[242] *"Lex est commune praeceptum virorum prudentium consultum [...] Quandoque ponitur pro rationabili large omni statuto. Vnde et dicitur lex est sanctio sancta, iubens honesta prohibens contraria"* (a lei é um ensinamento comum prescrito por homens prudentes [...] Por vezes, a designação usa-se em sentido lato para qualquer estatuto [norma imposta pela autoridade] racional. Daí que também se diga que a lei é uma ordem santa, mandando fazer o que é conforme à natureza e proibindo o que lhe é contrário) (cf. http://faculty.cua.edu/pennington/lex%20and%20ius.htm#_ftn15).

Assim, o direito comum coexistia, em equilíbrio indeciso, com os direitos próprios. Completava-os nas suas lacunas. Mas, uma vez que estes não continham uma teoria própria da norma jurídica, a decisão sobre existência ou não de lacunas cabia ao direito comum. Também cabia ao direito comum a formulação de todas as teorias gerais, que não podiam ser deduzidas de normas particulares. O que queria dizer que pertencia ao direito comum (à doutrina nele fundada) a constituição do fundamental do aparelho dogmático do direito.

Em todo o caso, como veremos, a teoria que o direito comum criou sobre as suas relações com os direitos particulares não deixa de ter aspetos favoráveis a estes últimos. Na verdade, a Glosa [de Acúrsio], ao tratar da decisiva questão da validade dos direitos feudais (recolhidos nos *Libri feudorum*, séculos X e XI), regista que "os costumes em matéria feudal sobrepõem-se às leis", embora se acrescente "no entanto, entendo isto dos costumes justos, e não dos injustos" (*consuetudo in feudis vincit leges [...] sed hoc intelligo de aequa, non de iniqua consuetudine*) (glosa a *Libri feudorum*, 2, 1, *de feudi cognitione*). O mesmo acontecia com a relação entre lei, *ius commune* e costumes, em que, a despeito de algumas restrições, tende a prevalecer o princípio de que "o costume tem a força de lei" (*consuetudo habet vim legis*)[243].

O próprio direito comum não era único. Pois, ao lado do direito comum geral, existiam direitos comuns especializados, referentes a certas matérias. Tal é o caso do direito canónico, que era comum em matérias atinentes à religião, ou o direito mercantil (*lex mercatoria*), que era comum no que respeitava à regulação da atividade mercantil. E, como veremos a seguir, o direito dos reinos podia chegar a reclamar a dignidade de direito comum, dentro do reino. Entre estes direitos comuns, nem tudo era harmonia, existindo entre eles princípios contraditórios.

"Direitos próprios" são uma realidade também plural, já que sob este conceito podem ser subsumidos: (i) os direitos dos reinos; (ii) os estatutos das cidades; (iii) os costumes locais; (iv) os privilégios territoriais ou corporativos.

[243] *"Lex est sanctio sancta, sed consuetudo est sanctio sanctior, et ubi consuetudo loquitur, lex manet sopita"* [a lei é uma sanção santa, mas o costume ainda é mais santo, e onde fala o costume, cala-se a lei] (*Consuetudines amalfitenses*); Cf. Hespanha, 1989, 291 ss.; 1994, 304, 362 ss. O texto invocado para atribuir ao costume um valor equivalente ao da lei era C., 13,53,2 e sua glosa (cf. Hespanha, 1994, 304 n. 9).

6.6.3. Direitos dos reinos e direitos dos corpos inferiores

Comecemos pelos direitos dos reinos. Desde o século XI que os direitos dos reinos pretendem, no domínio territorial da jurisdição real, uma validade absoluta, semelhante à do direito do Império (*rex superiorem non recognoscens in regno suo est imperator* [o rei que não reconhece superior é imperador no seu reino], Azo, Guillaume Durand), definindo-se como "direito comum do reino"[244]. O fundamento doutrinal desta ideia pode encontrar-se num texto do *Digesto* que afirma que "o que agrada ao príncipe tem o valor de lei; na medida em que pela *lex regia*, que foi concedida ao príncipe sobre o seu poder político [*imperium*], o povo lhe conferiu todo o seu poder e autoridade" (*Sed et quod principi placuit legis habet vigorem, cum lege regia quae de imperio eius lata est, populus ei et in eum suum imperium et potestatem concessi*, D.,1,4,1)[245].

Isto não tinha grandes implicações práticas nas relações entre o direito do reino e o *ius commune*. Levava, decerto, a uma afirmação de que este último não vigorava internamente por força de critérios políticos, mas apenas por força da sua racionalidade intrínseca ("*non ratione imperio sed imperio rationis*", não em razão do império, mas por império da razão), o que eventualmente acabaria por conduzir à distinção entre normas do direito comum conformes à boa razão e outras que não o eram[246]. Como levava à conclusão de que, sendo *comum*, o direito do reino continha, tal como o *ius commune*, uma *ratio iuris* que vigorava no seu seio[247] e da qual se podiam extrair consequências normativas, com o que o direito do reino adquiria alguma da força expansiva do direito comum imperial. Mas, com as limitações daqui decorrentes, todas as anteriores regras relativas às relações entre *ius commune* e *iura propria* se aplicavam ao direito reinícola.

[244] Cf. Wyduckel, 1979, 1984; Cavanna, 1982, 70; Pennington, 1993; Dondorp, 2000 (mais especificamente, sobre a influência do direito canónico no reforço do poder legislativo dos príncipes, incluindo o Papa).

[245] Ou seja, nomeadamente todo aquele poder de estatuir direito que, nos termos da lei "Omnes populi" (D.,1,1,9), lhe cabia.

[246] As primeiras eram incorporáveis no direito do reino, mas não as segundas. Esta consequência subjaz à teoria do direito da escola do *Usus modernus pandectarum* e é afirmada, em Portugal, pela Lei da Boa Razão, de 18/08/1769.

[247] Que, em todo o caso, não anulava a *ratio iuris communis*, que permanecia como critério superior (*ius naturale*).

Note-se, porém, que a estreita relacionação entre o direito dos reinos e o poder real fazia com que, nas relações entre o direito real e os direitos locais inferiores, vigorassem normas que não funcionavam nas relações entre direitos próprios e *ius commune*, já que a supremacia deste não decorria da superioridade política, mas do seu enraizamento na natureza. Assim, a supremacia do poder real sobre os súbditos ("*superioritas iurisdictionis*", superioridade quanto à jurisdição) não tinha paralelo nas relações entre *ius commune* e direito real. Daí que o princípio de que "a lei inferior não pode impor-se à lei superior" ("*lex superior derrogat legem inferioris*", a lei superior derroga a inferior; "*inferior non potest tollere legem superioris*", o inferior não pode derrogar a lei do superior), válido para as relações entre o direito régio e os direitos locais, não se aplicava ao direito comum nas suas relações com o direito real. E, portanto, o direito do reino é, politicamente, supraordenado aos direitos emanados de poderes inferiores do reino, o que não acontecia com o *ius commune* em relação aos direitos dos reinos não submetidos ao imperador (*rex superiorem non recognoscens imperator est in regno suo*).

Porém, esta supraordenação em termos políticos não exclui a acima referida preferência do especial em relação ao geral. Sendo o direito do rei o direito comum do reino, valem em relação a ele as mesmas regras que valiam quanto ao *ius commune* nas suas relações com os direitos próprios. E, assim, a afirmação da supremacia política não excluía que, desde que esta não estivesse em causa, pudessem valer dentro do reino, nos seus respetivos âmbitos, direitos especiais de corpos políticos de natureza territorial ou pessoal. A salvaguarda da supremacia política do rei seria garantida, então, por um *princípio de especialidade*, segundo o qual a capacidade normativa dos corpos inferiores não podia ultrapassar o âmbito do seu autogoverno[248].

Esta prevalência dos direitos particulares dos corpos tinha um apoio no direito romano. De facto, a "lei" *Omnes populi*, do *Digesto* (D., 1,1,9) reconhecia que "todos os povos usam de um direito que em parte lhes é próprio, em parte comum a todo o género humano". No entanto, a primeira geração de legistas fora muito prudente em retirar daqui um argumento em favor da supremacia dos direito comunais[249] que, quando muito, valeriam

[248] Para além de se reconhecer que todo o súbdito, mesmo integrado num corpo jurídico inferior, tinha o direito de apelar para o rei, caso se sentisse injustiçado; mas o rei teria de decidir de acordo com o direito corporativo desse súbdito.

[249] Que o jurista Odofredo (m. 1265), depreciativamente, dizia "serem feitos por burros".

numa esfera estritamente local. Finalmente, o que estava em causa não era apenas a subversão do novo direito imperial (em relação ao qual alguns juristas nem sempre eram muito respeitosos), mas sobretudo a autoridade do próprio direito romano, do estudo do qual eles tiravam o seu prestígio social e político.

É preciso esperar pelo célebre Baldo de Ubaldis (1327-1400) para que a validade do direito local adquira uma justificação teórica robusta: "*Populi sunt de iure gentium, ergo regimen populi est de iure gentium: sed regimen non potest esse sine legibus et statutis, ergo eo ipso quod populus habet esse, habet per consequens regimen in suo esse, sicut omne animal regitur a proprio spiritu et anima*"[250] ("os povos existem por direito das gentes [*i.e.*, direito natural] e o seu governo tem origem no direito das gentes; como o governo não pode existir sem leis e estatutos [*i.e.*, leis particulares], o próprio facto de um povo existir tem como consequência que existe um governo nele mesmo, tal como o animal se rege pelo seu próprio espírito e alma")[251].

6.6.4. Direito comum e privilégios

Abaixo do plano do reino, proliferavam as ordens jurídicas particulares já referidas, todas elas protegidas pela regra da preferência do particular sobre o geral. A designação comum para estas ordens jurídicas particulares era a de privilégio, cuja alegada etimologia remeteria para a ideia de "lei privada" ou "lei particular" (*quasi privata lex* [como que uma lei privada]).

Privilégios eram, por exemplo, os estatutos (ou direitos das comunas, cidades, municípios), considerados, nos termos da lei "*omnes populi*"[252], como *ius civile* ("*dicitur ius civile quod unaqueque civitas sibi constituit*", [diz-se direito civil o que cada cidade institui para si], Odofredo, m. 1265), ou seja, com dignidade igual à do direito de Roma. Ou o costume (nomeadamente o costume local), cujo valor era equiparado ao da lei ("também aquilo que é provado por longo costume e que se observa por muitos anos, como se constituísse um acordo tácito dos cidadãos, se deve observar tanto como aquilo que está escrito", D.,1,3,34; v. também os frags. 33 a 36 do mesmo título). Ou, finalmente, os direitos especiais de pessoas ou de grupos particulares, cuja revogação por lei geral ou sem expressa referência

[250] *In Dig. Vet.*, I, 1, *de iust. et iure*, 9, n. 4; *In Dig. Vet.*, I, 1, *de iust. et iure*, 9, n. 4.

[251] Cf. Calasso, 1970, 59 ss.

[252] Cf. Hespanha, 1989, 239 s., 285 ss.

não era admitida; em alguns casos, o direito estabelecia mesmo a sua irrevogabilidade pura e simples, como acontecia com os privilégios concedidos por contrato ou, quase contratualmente, em remuneração de serviços ("*privilegia remuneratoria*")[253].

Por isso, em todos estes casos, ainda que as normas particulares não pudessem valer contra o direito comum do reino enquanto manifestação de um poder político superior (quase imperial), podiam derrogá-lo enquanto manifestação de um direito especial, válido no âmbito da jurisdição dos corpos de que provinham. E, nessa medida, eram intocáveis. Pois decorrendo estes corpos da natureza, a sua capacidade de autogoverno e de edição de direito era natural e impunha-se, assim, ao próprio poder político mais eminente.

Neste sentido, o direito comum era uma ordem muito garantista, que garantia os direitos particulares contra o direito geral, de origem doutrinal ou legal. Neste sentido, os direitos estavam antes e acima do direito. Isto anteciparia o mais radical do liberalismo surgido nos finais do século XVIII, se estes direitos protegidos fossem concebidos como direitos gerais, que competiriam às pessoas em virtude da sua natureza (direitos naturais, direitos humanos, direitos fundamentais). Não era, porém, o que acontecia. Os direitos protegidos pelo direito comum eram direitos particulares de uma pessoa ou de uma comunidade, adquiridos pela tradição ou por concessão individualizada do poder, diferentes de titular para titular. Representam, por isso, a consolidação, no plano do direito, dos equilíbrios sociais estabelecidos. Os direitos de cada um eram a tradução jurídica da situação de que cada um gozava naquela sociedade hierarquizada.

6.6.5. Direito anterior e direito posterior

Se o ordenamento jurídico era pluralista no sentido de que nele conviviam normas emanadas de centros normativos coexistentes no mesmo espaço, era-o também no sentido de que a própria sucessão das leis no tempo não implicava, como hoje, a cessação da vigência de umas quando sobreviessem leis novas em contrário. A lógica de combinação temporal das normas jurídicas permitia que as leis antigas conservassem uma certa vigência no presente. De facto, considerava-se que as leis antigas sobreviviam nas mais recentes e que as mais recentes deviam ser harmonizadas

[253] Cf. Hespanha, 1989, 399 ss.

com as mais antigas, a menos que abertamente as contradissessem[254]. Isto porque, para o pensamento jurídico de então, as leis não eram senão explicitações de normas de direito que estavam inscritas na natureza das coisas. Por isso, existiam desde sempre, embora até certo momento implícitas. Logo, direito novo e direito antigo, ainda que divergentes, testemunham uma ordenação íntima das coisas, que vai sendo revelada a pouco e pouco, por atos legislativos, por costumes que se firmam, por decisões dos tribunais a propósito de casos que ocorrem. As normas jurídicas acumulam-se em camadas sucessivas, podendo ser conjuntamente chamadas a resolver um certo caso.

6.6.6. Direito recebido e direito tradicional

A tensão entre direito anterior e direito posterior tornou-se mais viva com a receção, na cultura jurídica letrada da Europa Ocidental, da tradição do direito do antigo Império Romano. Realmente, a receção do direito romano na Europa Ocidental medieval não foi um facto trivial. Pelo contrário. Por muito forte que tivesse sido a romanização dos direitos dos povos europeus durante a Alta Idade Média, os costumes gerais ou locais (*iura propria*) contrastavam fortemente, em muitos domínios, com o direito romano.

O mesmo acontecia com a legislação dos senhores que não tivessem um superior temporal, a quem um brocardo medieval muito difundido atribuía os poderes políticos – incluindo o de legislar – dos antigos imperadores (*rex superiorem non recognoscens in regno suo est imperator*). Os reis não deixaram de usar abundantemente deste seu poder, logo desde o século X, desenvolvendo um direito próprio de cada reino. Mais tarde, os próprios juristas contribuem para a importância desta legislação real ao afirmarem que, no reino, o direito do monarca era direito comum[255].

Num breve conspecto, podemos identificar algumas áreas normativas em que este contraste se verificava[256].

No domínio do direito das pessoas, o direito europeu alto-medieval caracterizava-se pela diferenciação dos estatutos jurídicos pessoais,

[254] D.,1,3,26: *Non est novum ut priores leges ad posteriores trahantur* (não é inédito que as leis antigas devam dar lugar às leis ulteriores); *Leges posteriores ad priores pertinent, nisi contrariae sint* (As leis posteriores complementam as anteriores, a não ser que lhes sejam contrárias).

[255] Sobre as relações entre direito próprio e direito comum, com muitos exemplos textuais, http://faculty.cua.edu/pennington/law508/histlaw.htm.

[256] Nesta listagem seguimos, basicamente, Coing, 1985, I, 25-34.

típica daquilo a que se tem chamado uma sociedade de estados (*ständische Gesellschaft*). As pessoas apareciam repartidas em "estados", uns ligados à dignidade (nobres *vs.* vilãos), outros à religião (clérigos *vs.* leigos), outros às profissões (militares, estudantes, lavradores, profissões vis), outros ao sexo e idade (homens, mulheres, anciãos). Por outro lado, entre as pessoas podiam estabelecer-se laços de dependência que limitavam o estatuto jurídico dos subordinados (senhores, vassalos; marido, mulher). Em contrapartida, o direito romano, embora conhecesse o instituto da escravidão e diferenciasse os estrangeiros dos cidadãos, era basicamente igualitário quanto ao estatuto destes últimos, mesmo no que diz respeito ao tratamento relativo de homens e mulheres.

No domínio dos direitos patrimoniais, os direitos locais europeus caracterizavam-se por estabelecerem fortes restrições à disponibilidade do património, nomeadamente da terra (*bens de raiz*). Este encontrava-se frequentemente vinculado a uma família, não podendo ser dela alienado *inter vivos* sem o consentimento dos parentes e estando reservado para estes na altura da sucessão por morte do seu detentor. Frequentemente, eram estabelecidas, por contrato (*v.g.*, por convenção antenupcial, contrato de enfiteuse, etc.) ou por testamento, normas quanto à sucessão dos bens (fideicomissos, morgados), vinculando-os a uma determinada linha sucessória. Nestes casos, o proprietário acabava por ser apenas um administrador vitalício de uma massa de bens que devia manter íntegra para um sucessor prefixado. Mas um bem podia ainda estar sujeito a pessoas diferentes que dele usufruíam rendas ou outras utilidades (cultivo, caça, apanha de lenha, pastoreio). Como todos tinham um certo poder de disposição sobre a mesma coisa, esta estava sob o domínio de vários (o domínio estava "dividido", a coisa "servia" vários) e não podia ser usufruída ou alienada plenamente por ninguém. A liberdade contratual e testamentária de bens imóveis estava, por isso, fortemente limitada. Já o direito romano atribuía ao proprietário uma capacidade de plena disposição, sendo o *dominium* definido como o direito de usar e de abusar da coisa (*ius utendi ac abutendi*). O direito de propriedade presumia-se não dividido e liberto de quaisquer servidões a favor de outrem ou da coletividade. A liberdade de testar era a regra e a ordem sucessória, na falta de testamento, estava estabelecida em geral e não dependia da natureza dos bens.

Ainda neste domínio das relações patrimoniais, o direito medieval conhecia uma íntima relação entre o domínio sobre as coisas e o domínio

político sobre as pessoas. Referimo-nos àquilo a que se costuma chamar a "patrimonialização dos direitos políticos". Os direitos políticos (*Hoheitsrechten*, direitos de comando, jurisdicionais, fiscais) são concebidos como atribuições patrimoniais dos senhores, incorporadas no seu património e suscetíveis de serem objeto de negócios jurídicos (compra e venda, doações, cessões precárias, arrendamentos, penhores). Em contrapartida, a titularidade de direitos sobre a terra incorpora, frequentemente, atribuições de natureza política. Esta mistura entre direitos sobre o solo e direitos políticos é tal que se dizia que não existia propriedade que não fosse senhorio, pelo que toda a terra tinha um senhor (*nulle terre sans seigneur*). O direito romano, pelo contrário, mantinha uma distinção nítida entre as prerrogativas públicas (do Senado e do Povo Romano [SPQR, *Senatus PopulusQue Romanus*], do imperador) e os direitos dos particulares sobre os seus bens, não concebendo que as primeiras pudessem ser objeto de negócios jurídicos de direito privado.

A estas divergências normativas entre o direito romano e os direitos locais, soma-se ainda uma outra dificuldade na receção do primeiro. Ao contrário do direito atual, sistemático e codificado, constituindo, por isso, um *package* normativo que pode ser transmitido e recebido globalmente[257], o direito romano consistia numa coleção de soluções casuísticas, fracamente estruturadas entre si. A sua receção pressupunha, por isso, uma incorporação atomizada, caso a caso, não decidível ou regulável por um ato do poder político. Só um paulatino trabalho doutrinal e jurisprudencial podia estabelecer, casuisticamente, as soluções do direito romano, criando entre os homens de direito e, em geral, entre os destinatários do direito, um consenso acerca da bondade de cada uma delas. Os próprios glosadores, embora basicamente romanistas, tinham em conta o vizinho direito lombardo, que algumas constituições imperiais tentavam definir – muito convenientemente – como "*ius commune*"[258].

Em todo o caso, e como já se disse, esta busca de equilíbrios casuísticos entre o direito tradicional e o direito recebido (o romano e o canónico) não deixava de ser bastante limitada por uma crescente tendência para a

[257] Por exemplo, pela adopção, por via legislativa, de um código estrangeiro, como o que aconteceu com o Código Civil germânico de 1900 no Japão.

[258] Cf. Calasso, 1970, 51 ss.

unificação jurídica, sob a égide dos direitos cultos, que aspiravam a uma validade universal[259].

6.6.7. Normas de conflito de "geometria variável"

A ordem jurídica apresentava-se, assim, como um conglomerado de normas de proveniência diversa, eventualmente incompatíveis, desprovido, por outro lado, de um conjunto fixo de normas de conflitos, *i.e.*, de regras que decidissem, de forma sistemática, qual a norma a aplicar num caso concreto. É certo que existiam princípios gerais, aos quais já nos referimos, que estabeleciam algumas diretivas (o "critério do pecado"; o princípio de que a norma especial derroga a geral; o princípio de que o direito comum é subsidiário em relação ao direito próprio[260]; o princípio de que o costume tem a mesma dignidade que a lei, etc.). Mas, mesmo assim, coexistiam normas contraditórias, sem que a preferência de nenhuma delas pudesse ser decidida definitivamente por estes princípios.

Na arquitetura do *ius commune*, a primeira preocupação não era reduzir à unidade esta pluralidade de pontos de vista normativos. A primeira preocupação era torná-los harmónicos na sua diversidade, sem que isso implicasse que alguns deles devessem ser absolutamente sacrificados aos outros ("*interpretatio in dubio facienda est ad evitandam correctionem, contrarietatem, repugnantiam*", a interpretação deve ser feita, em caso de dúvida, no sentido de evitar a correção [de umas normas pelas outras], a contradição, a repugnância). Pelo contrário, todas as normas deviam valer integralmente, umas nuns casos, outras nos outros. Assim, cada norma acabava por funcionar, afinal, como *uma perspetiva* de resolução do caso, mais forte ou mais fraca segundo essa norma tivesse uma hierarquia mais ou menos elevada, mas, sobretudo, segundo ela se adaptasse melhor ao caso em exame[261]. Ou seja, as normas funcionavam como "sedes de argumentos" (*topoi*, *loci*, v., *infra*, 6.8), como apoios provisórios de solução; que, no decurso da discussão em torno da solução, irão ser admitidos ou não, segundo a aceitabilidade da via de solução que abrem.

[259] Cf. Calasso, 1970, 40-49.

[260] Outros princípios (por vezes contraditórios entre si!): "*lex superior derrogat inferior*"; "*lex tendens ad bonum publicum praefertur tendenti commodo privatorum*"; "*lex specialis derrogat generali*" (D.,50,17,80); "*lex posterior derrogat priori*"; "*leges in corpore pareferuntur extravagantes*" (cf. Coing, 1989, I, 128 s.).

[261] Sobre a estratégia casuísta, v. a límpida exposição de Tau Anzoategui, 1992.

A regra mais geral de conflitos no seio desta ordem jurídica pluralista não era, assim, uma regra formal e sistemática que hierarquizasse as diversas fontes do direito, mas antes o *arbítrio do juiz* na apreciação dos casos concretos (*"arbitrium iudex relinquitur quod in iure definitum non est"*, fica ao arbítrio do juiz aquilo que não está definido pelo direito). Era o juiz que, caso a caso, ponderando as consequências respetivas, iria decidir do equilíbrio entre as várias normas disponíveis. Este arbítrio era, no entanto, guiado pelos princípios gerais a que já nos referimos[262]. Mas, sobretudo, pelos usos do tribunal ao julgar questões semelhantes (*stylus curiae*), usos que, assim, se vêm a transformar num elemento decisivo de organização (casuística) do complexo normativo deste direito pluralista.

É sobre este ordenamento que vai incidir a atividade de uma doutrina jurídica europeia, obedecendo aos mesmos cânones metodológicos, e potenciando, portanto, a tendência para a unificação.

6.6.8. Uma ordem jurídica flexível

Já antes (cf., *supra*, 6.6) referimos a flexibilidade como a primeira característica de ordem jurídica pluralista do direito comum. Explicaremos agora melhor quais os procedimentos técnicos através dos quais essa flexibilidade era conseguida.

6.6.8.1. Flexibilidade por meio da graça

A flexibilidade jurídica não decorria apenas da pluralidade de ordens normativas e do caráter aberto e casuístico da sua hierarquização.

Resultava também da ideia de que o território do direito era uma espécie de "jardim suspenso", entre os céus e a vida quotidiana. Entre o domínio sobrenatural da religião e o domínio das normas jurídicas terrenas.

Na verdade, as normas jurídicas, as máximas doutrinais e as decisões judiciais constituíam as regras da vida quotidiana. Normalmente, cumpriam bem o seu papel. No entanto, elas não constituíam o critério último de normação.

Passava-se com o direito o que se passava com a natureza. Tal como a lei que Deus imprimira na naturez a (*causae secundae* [causas segundas], *natura rerum* [natureza das coisas]), também o direito positivado (nas instituições, nos costumes, na lei, na doutrina comum) instituíra uma ordem razoavelmente boa e justa para as coisas humanas.

[262] V. Meccarelli, 1998.

No entanto, acima da lei da natureza, tal como acima do direito positivo, existia a suprema, embora frequentemente misteriosa e inexprimível, ordem da Graça, intimamente ligada à própria divindade (*Causa prima, Causa incausata*).

Por causa da sua influência na compreensão desta relação entre os níveis da ordem, é útil relembrar aqui a teologia da Criação, tal como foi exposta pelos grandes teólogos ibéricos (e italianos) da primeira Época Moderna. Servimo-nos de Domingo de Soto (*De iustitia et de iure*, Cuenca, 1556, liv. I, q. 1, art.º 1º). O ato de Criação, como ato primeiro, fora um ato incausado e livre, um ato de pura (absoluta) vontade, um ato de Graça. No entanto, uma vez que Deus é a Suma Perfeição, a Criação não constituíra um processo arbitrário. É certo que a Criação não é boa por corresponder a uma bondade anterior a Deus e que este tivesse que ter em conta; mas também é, paradoxalmente, verdade que Deus, sendo Bom, não podia ter querido outra coisa senão o bem. Em suma, a Criação, não sendo "devida", sendo e livre e "gratuita", não é arbitrária. Pois há como que uma ordem, uma regra, nos próprios atos arbitrários.

Para além deste ato primeiro de Criação, pelo qual Deus estabeleceu (gratuitamente, livremente) a ordem do mundo, esta ficou a valer, tanto em relação às coisas não humanas, como às coisas humanas. E, dentro destas, deu origem a um direito – o direito natural. De facto, Ulpianus define o direito natural como "[...] aquele que a natureza ensina a todos os animais. Na verdade, este direito não é próprio do género humano, mas comum a todos os animais que vivem na terra e no mar, incluídas as aves. Daqui decorre a união entre macho e fêmea, a que chamamos *matrimónio*, a procriação e educação dos filhos. Vemos, na verdade, que os restantes animais, mesmo as feras, mostram ter conhecimento deste direito" (D., 1,1,1,3). Outros juristas acrescentavam como pertencentes a este direito que a natureza ensinou aos homens (*ius gentium* [direito das gentes], que restringiam ao género humano): o amor por Deus, pelos pais e pela pátria (Pomponius, D., 1,1,2); a autodefesa, de onde decorria que aquilo que se fizeste em defesa do próprio corpo seria legítimo; a proibição da falsidade no seio das relações humanas (Florentinus, D.,1,1,3); a liberdade humana (Ulpianus, D.,1,1,4); o direito da guerra, a divisão das nações, a constituição dos reinos, a divisão da propriedade, a generalidade dos contratos (Hermogenianus, D.,1,1,5). Porém, esta ordem "estabelecida" não era finita, porque Deus desenvolvia a ordem (acrescentava continuamente

mais ordem à ordem) por meio de outros atos, também *não devidos* ou livres, outros atos de Graça (dos quais se destacam os milagres).

A tendência geral da teologia católica, depois do Concílio de Trento, foi a de restringir o arbítrio divino, tornando-o menos soberano no domínio dos atos de Graça (menos soberano "no dar"), ao insistir no caráter justificador (logo, condicionador das dádivas de Deus, nomeadamente da dádiva da Salvação) das ações dos homens[263]. Para a sensibilidade católica[264], as ações constituíam factos palpáveis, contabilizáveis, objetivos, que forçavam a vontade de Deus na sua "gestão da Graça".

No nível político-constitucional, os atos incausados (como as leis ou os atos de graça do príncipe), reformatando ou alterando a ordem estabelecida, são, por isso, prerrogativas extraordinárias e muito exclusivas dos vigários de Deus na terra – os príncipes. Usando este poder extraordinário (*extraordinaria potestas*), eles imitam a Graça de Deus, fazendo como que milagres (cf., *infra*, 6.7.1) e, como fontes dessa graça terrena, introduzindo uma flexibilidade quase divina na ordem humana[265].

Como senhores da graça, os príncipes:

- criam novas normas (*potestas legislativa*) ou revogam as antigas (*potestas revocatoria*);
- tornam pontualmente ineficazes normas existentes (dispensa da lei, *dispensatio legis*);
- modificam a natureza das coisas humanas (*v.g.*, emancipando menores, legitimando bastardos, concedendo nobreza a plebeus, perdoando penas);
- modificam e redefinem o "seu" de cada um (*v.g.*, concedendo prémios ou mercês).

De certo modo, esta prerrogativa constitui a face mais visível do poder taumatúrgico dos reis, a que a tradição europeia tanto recorre[266]. Teorizando esta atividade "livre e absoluta" dos reis, João Salgado de Araújo,

[263] Sobre a natureza dos atos de Graça e sua relação com o direito, v. Hespanha, 1993f.

[264] Sobre o caráter estruturante da religião católica nos países da Europa Meridional, justamente no domínio do direito, Levi, 2000.

[265] Cf. Hespanha, 1993b, 1993f.

[266] De facto, era corrente acreditar-se, durante a Idade Média, que os reis estavam dotados do poder de fazer milagres, mesmo no plano físico, como curar doenças (Bloch, 1924).

um jurista português dos meados do século XVII, usa expressamente a palavra "milagre" (cf. Araújo, 1627, p. 44), enquanto outro declara que o príncipe, através da graça, "pode transformar quadrados em círculos" (*mutare quadratos rotundis*, cf. Pegas, 1669, t. IX, p. 308, n. 85.), na sequência de fórmulas que vêm dos primeiros juristas medievais que discutiram os poderes dos papas e dos reis (cf., *infra*, 6.7.1).

No entanto, esta passagem do mundo da Justiça para o mundo da Graça não nos introduz num mundo de absoluta flexibilidade. Por um lado, a graça é um ato livre e absoluto (*i.e.*, como se diz do poder absoluto ou pleno do rei: *plenitudo potestatis, seu arbitrio, nulli necessitate subjecta, nullisque juris publicis limitata*, [um poder ou vontade absolutos, livre de qualquer necessidade, não limitado por quaisquer vínculos do direito público], Cod. Just., 3, 34, 2). Mas, por outro lado, a graça não é uma decisão arbitrária, pois tem de corresponder a uma causa justa e elevada (*salus & utilitas publica, necessitas, aut justitiae ratio*). Nem isenta da observância da equidade, da boa-fé e da reta razão ("*aequitate, recta ratio* [...], *pietate, honestitate, & fidei data*"), nem do dever de indemnizar por prejuízos colaterais causados a terceiros[267]. Em contrapartida, pode tornar-se como que "devida", em face de atos também gratuitos (favores, serviços) que os vassalos tenham feito ao rei, e que, assim, geravam o sentimento natural de gratidão, forçando os reis à atribuição de recompensas ou mercês[268].

Como a graça não é o puro arbítrio e antes configura um nível mais elevado da ordem, a *potestas extraordinaria* dos príncipes aparece não como uma violação da justiça, mas antes como uma sua versão ainda mais sublime[269]. Para Salgado de Araújo (*Ley regia de Portugal*, Madrid, 1627), o governo por estes meios extraordinários da graça – ou seja, tirado fora dos mecanismos jurídico-administrativos ordinários – representa uma forma última e eminentemente real de realizar a justiça, sempre que esta não pudesse ser obtida pelos meios ordinários (Araújo, 1627, 46).

Este tipo de flexibilidade correspondia, portanto, à existência de vários e sucessivos níveis de ordem. Quanto mais elevados eles estivessem, tanto mais escondidos, inexplicitáveis e não generalizáveis seriam.

[267] Cf., com mais detalhes, Hespanha, 1993f; Dios, 1994, 264 ss.

[268] Sobre esta economia da mercê, v., por último, Monteiro, 1998, *maxime*, 545 ss.

[269] Por isso é que a graça corresponde à justiça distributiva, que não se pauta – como a comutativa – por uma regra automática e geral.

A flexibilidade era, então, a marca da insuficiência humana para esgotar, pelo menos por meios racionais e explicáveis, o todo da ordem da natureza e da humanidade.

6.6.8.2. Flexibilidade por meio da equidade

A equidade era um outro fator de flexibilidade. A discussão sobre a equidade foi longa na tradição jurídica europeia[270], relacionando-se com várias questões.

No século XII, Graciano ligou esta questão à da legitimidade dos privilégios, *i.e.*, normas singulares que se opunham à norma geral: "Por isso, concluímos do que antecede que a Santa Madre Igreja pode manter a alguns os seus privilégios e, mesmo contra os decretos gerais, conceder benefícios especiais, considerada a equidade da razão, a qual é a mãe da justiça, em nada diferindo desta. Como, por exemplo, os privilégios concedidos por causa da religião, da necessidade, ou para manifestar a graça, já que eles não prejudicam ninguém" (*Decretum de Graciano*, II, C. 25, q. 1, c. 16).

A equidade aparece aqui como uma "justiça especial", não geral e não igual, mas mais perfeita do que a justiça igual (da qual a equidade seria a mãe).

Um passo suplementar e mais elaborado é dado por S. Tomás, na sua discussão sobre equidade e justiça (*Summa theologica*, IIa.IIae, q. 80, art.º 1º). O ponto de partida é a declaração de Aristóteles de que a equidade (*epieikeia*) era uma virtude anexa à justiça. Usando a sua peculiar técnica de raciocinar (*quaestio*, progredindo de um problema particular para questões cada vez mais gerais)(cf., *infra*, 6.9.3), S. Tomás interroga-se sobre uma questão mais geral acerca da natureza de um tipo de conhecimento que designa por *gnome* (IIa.IIae, q. 51, no. 4, "Se a *gnome* é uma virtude especial"): "Respondo que os hábitos de conhecer são distintos, conforme se baseiam em princípios mais elevados ou menos elevados. Por isso, o conhecimento das coisas especulativas lida com princípios mais elevados do que os das ciências. Essas coisas que estão para lá da ordem dos princípios inferiores ou causas estão evidentemente dependentes da ordem dos princípios mais elevados: por exemplo, se a explicação dos monstros [*i.e.*, criaturas monstruosas, sem a forma característica daquela espécie] está para lá da ordem das forças ativas do sémen, isso quer dizer que ela se situa no nível de

[270] Vallejo, 1992; Padoa-Schioppa, 1999.

princípios mais elevados, como a influência dos corpos celestes ou, para além disso, a ordem da Providência divina [...] No entanto, acontece às vezes que é necessário fazer algumas coisas que estão acima da ordem dos atos comuns [...] e, por isso, neste caso devemos julgar as ações por princípios que estão acima das normas comuns [...] Para julgar de acordo com estes princípios mais elevados, necessita-se de uma outra virtude judicativa, chamada *gnome*, a qual requer uma particular perspicácia de julgamento [...]".

Este relance sobre as conceções psicológicas implícitas de S. Tomás – que confirma o que se disse sobre os distintos níveis da ordem – permite também uma distinção mais rigorosa entre justiça (geral) e equidade (particular)[271]. Ou seja, ao passo que a justiça geral era o produto de uma forma menos refinada e profunda de conhecimento, a justiça particular (ou equidade) decorria dessa forma superior de entendimento das coisas que alcançava níveis superiores e mais escondidos da ordem do mundo – a *gnome* – e que permitia entender, a partir daí, soluções jurídicas que não podiam ser explicadas pela regra geral.

Depois da secularização do mundo e do triunfo do racionalismo (cf., *infra*, 7.3.2), perdeu o sentido a ideia de uma esfera de ordem sobrenatural e oculta, da qual fluíam os critérios para temperar o rigor da lei. A graça, como um critério ilimitado de ajustar a lei geral ao caso particular, foi expulsa do direito. Aquilo que dela restou (*v.g.*, os institutos do perdão e da amnistia) foi atribuído apenas ao poder supremo (chefe de Estado), um pouco como resíduo daqueles anteriores poderes taumatúrgicos dos reis. Mas, mesmo aqui, limitadamente, de acordo com critérios objetivos e gerais.

Em contrapartida, no Antigo Regime, esta ideia de perceções não racionais, não argumentáveis (ou discutíveis) e não generalizáveis, que permitiam entender os níveis supremos da ordem, estava na base de certas teorias jurídicas fundamentais: da teoria do direito concebida como uma teoria argumentativa (cf., *infra*, 6.9), da verdade jurídica como uma verdade "aberta" e "provisória", da teoria do poder de criação jurídica dos juízes (*arbitrium iudicis*[272]), bem como dos traços fundamentais da teoria dos deveres dos juristas[273].

[271] Sobre o tema, v. ainda S. Tomás (*Summa theologica*, IIa.IIae, q. 80, art.º 1º, n.os 4 e 5; IIa.IIae, q. 120, art.º 2º).

[272] Cf. Hespanha, 1988f, Meccarelli, 1998.

[273] Cf. Tao Anzoategui, 1992.

6.6.8.2.1. A equidade (*equity*) no direito inglês

O conceito de equidade (*equity*) teve uma evolução e impacto muito particulares no direito inglês[274].

Um pouco como no direito civil (*ius civile*) romano, o direito medieval inglês (*common law*) – de origem normanda – era, sobretudo, um sistema muito estrito e formalizado de ações (*writs*). Um queixoso não poderia fazer valer os seus direitos se não encontrasse uma ação na qual pudesse integrar a sua pretensão (*ubi remedium ibi jus* [só se houver um remédio processual, haverá um direito]). O grande jurista inglês Henry Bracton, no seu *Tractatus de legibus et consuetudines Angliae*, (c. 1256; 1ª ed. impressa 1569[275]), refere que "há tantos géneros de ação [de processos de garantir direito] quantas as fórmulas dos *writs*" ("*tot erunt formulae brevium quot sunt genera actionum*", fl. 413 b)[276]. Já nos finais do século XVIII, Adam Smith considerava, com orgulho, que a liberdade dos ingleses repousava principalmente no escasso poder dos juízes, ao explicar, alterar ou estender, corrigir o sentido das leis, e na grande exatidão com a qual estas têm de ser observadas de acordo com o significado literal das suas palavras ("the little power of the judges in explaining, altering, or extending or correcting the meaning of the laws, and the great exactness with which they must be observed according to the literal meaning of the words, of which history affords us many instances" (*Lectures on jurisprudence* [10/3/1763])[277].

Este sistema – que se manteve até aos *Judicature acts* (1873-1875) – provocou uma grande rigidez no direito, tanto mais que se começou a manifestar,

[274] Cf., sobre o tema, Plucknett, 1956, 671 ss.

[275] Versão *on line*: http://hlsl5.law.harvard.edu/bracton/Common/SearchPage.htm; http://www.archive.org/stream/bractondelegibu00histgoog/bractondelegibu00histgoog_djvu.txt.

[276] É muito interessante a semelhança com o sistema romano das ações pretórias, em que a tutela do direito estava dependente da concessão de uma fórmula processual pelo pretor [*actionis datio*].

[277] E continua: "The first cause of the great strictness of the law is the ordinary method of proceeding in the courts, which must be commenced by taking out a writ in Chancery, according to which they must form the suit and pronounce sentence without any deviation from the exact words of the brief; or if the action be founded on any particular statute, the words of the statute must be adhered to exactly. Nor can they alter or falsify any thing in the proceeding or the sentence different from the brief, as the records which are kept very exactly must bear it openly. Another thing which curbs the power of the judge is that all causes must be tried with regard to the fact by a jury. The matter of fact is left intirely to their determination."

por volta do século XIV, uma resistência dos senhores feudais à concessão de novos tipos de ações (*writs*), nos quais viam potenciais garantias de direitos das populações que poderiam limitar o seu arbítrio. A forma de superar este conservadorismo jurídico foi um progressivo recurso à equidade[278], que – embora com alguma expressão mesmo nos tribunais clássicos do *common law* – teve um impacto maior naqueles tribunais em que os juízos de oportunidade ou a pretensão régia de corrigir o direito em função da justiça (v., *supra*, 6.6.8.1) eram dominantes. Isto passava-se, nomeadamente, com tribunais reais mais especializados, como o *King's Council* ou a *Court of Chancery* (tribunais reais por excelência) ou a *Court of Admiralty* (que lidava com matérias comerciais, normalmente usando o direito da tradição romanista continental). Dada esta separação institucional, a *equity* acabou por se constituir num ramo de direito relativamente autónomo em relação ao *common law*[279].

6.6.9. Juristas e saber jurídico numa ordem jurídica pluralista

Um direito como o que vimos descrevendo não permite uma aplicação automática. As suas normas não são, frequentemente, claras ou expressas; não vigoram em geral; sobrepõem-se e contradizem-se. Os aplicadores do direito – juízes – ou os especialistas em direito – juristas – não se limitam a aplicar a regra geral à situação concreta e a extrair, automaticamente, uma solução, como acontece na dedução silogística, em que a conclusão decorre da simples subsunção da premissa menor à premissa maior. Em rigor, eles não *aplicam* o direito geral ao particular; eles *criam* o direito para os casos concretos. Antes desta criação, o que existe são apenas orientações genéricas e provisórias, cuja justeza tem de ser avaliada no concreto. Por isso, um direito deste tipo atribui um papel muito importante aos juízes e aos juristas na realização do direito e, a partir daí, na configuração da ordem social. E, justamente porque eles têm de decidir muitas coisas que afetam

[278] Teorizada, sobretudo, por Christopher St. Germain (em *Doctor and student*, 1523-1530), que propunha a equidade – na esteira de Aristóteles e do direito canónico – como uma forma de compatibilizar o direito com a variabilidade dos tempos e das situações. V., sobre o tema, Caenegem, 1999.

[279] Do ponto de vista político, a *equity* esteve por detrás dos intentos absolutistas dos últimos Tudors e dos Stuarts que, por outro lado, também tendiam a apoiar-se nas máximas do direito romano, contrapondo-as às limitações que o *common law* impunha à atividade legislativa (quer do rei, quer do parlamento).