

O direito subsidiário nas ordenações portuguesas medievais

The Subsidiary Law in the Medieval Portuguese Rule

LUCIANO BENETTI TIMM

Doutor em Direito dos Negócios pela UFRGS, com os créditos realizados na USP; Master of Laws em Direito Econômico Internacional (Universidade de Warwick); Mestre em Direito Civil pela UFRGS; Professor Adjunto da PUCRS; Professor do PPGD da ULBRA.

RESUMO

O presente artigo visa a examinar o mecanismo de preenchimento de lacunas nas ordenações portuguesas medievais. No que tange ao problema em relevo, o do direito subsidiário, ele se encontra regulado no Livro II, título IX das Ordenações Afonsinas. A regra que se deduz do seu texto, portanto, é a seguinte: qualquer feito que se apresente às cortes do país, deve ser julgado pelo direito nacional, na medida do possível. Caso essa possibilidade não se verifique, então se deve recorrer ao utrumque ius. De sorte que apenas poderia o juiz recorrer ao direito romano ou canônico (iura communia) na hipótese de que existissem lacunas no direito nacional. Havendo ainda lacuna, recorrer-se-ia o intérprete das glosas de Bartolo e Acursio.

Palavras-chave: história do direito português, ordenações portuguesas, direito subsidiário, direito medieval.

ABSTRACT

This paper aims at explaining the way by which Medieval legislation in Portugal has solved problems of how shall the judges adjudicate when there is not a

Direito e Democracia	Canoas	vol.7, n.2	2º sem. 2006	p.387-405
----------------------	--------	------------	--------------	-----------

black letter rule (i.e., an omission in the provisions of laws). The answer is found on the Book II, Title IX of Ordenações Afonsinas which first establish the supremacy of national laws in respect to Roman Law and Canonic Law. If the answer is not found, then interpreters shall be guided by the commentaries of Bartolo and Acursio.

Key words: History of Portuguese Law, Portuguese Rule, Subsidiary Law, Medieval Law.

1 INTRODUÇÃO

Não há dúvida de que o tema deste artigo, o direito subsidiário nas Ordenações Portuguesas, é afeito à História do Direito. A reflexão histórica, dentro do conhecimento jurídico, exerce um papel epistemológico fundamental de “desmistificação do eterno”¹, ou seja, de questionar e demonstrar que as coisas nem sempre foram como hoje, nem tampouco foram como eventualmente se assumiu que foram. Na historiografia do Direito e do pensamento jurídico, essa desmistificação tem um papel significativo para romper com o ideário exageradamente dogmático e quem sabe jusracionalista subjacente ao ensino e estudo do Direito hoje em dia. Daí a maior importância deste artigo. Sem falar que a História do Direito acaba naturalmente, face ao elemento comparativo com o presente, fornecendo elementos para melhor compreensão dos institutos vigentes na atualidade².

Nesta esteira, existem pelo menos duas atitudes metodológicas que devem nortear aqueles que se debruçam ao estudo da História do Direito, sem as quais o atingimento daquelas finalidades supra elencadas ficariam comprometidas (e que portanto deverão ser respeitadas nesta investigação): em primeiro lugar, trata-se da suspeita das continuidades, sob pena de legitimação do *status quo* – deve-se saber que as gerações e civilizações antecedentes foram diferentes da atual, fruto inclusive da sua tecnologia, do seu conhecimento científico e da própria cultura do seu tempo (especialmente o Direito é produto de seu tempo, veja-se por exemplo se seriam imagináveis regras jurídicas sobre bioética e internet em

¹ LOPES, José Reinaldo de Lima. *O Direito na História*. São Paulo: Max Limonad, 2000, p.27.

² TUCCI, José Rogério Cruz; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de História do Processo Civil Romano*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1996, ps.19 e ss.

Roma Antiga?!). Em segundo lugar, deve-se suspeitar da idéia de progresso e evolução, pois o futuro é contingente e aberto (há muitas rupturas, como as revoluções). Dito isso, as Ordenações Portuguesas foram concebidas por uma sociedade que nada tem a ver com a presente, tornando-se necessária uma contextualização da cultura jurídica e das circunstâncias particulares mesmas da época, para que este artigo de História do Direito atinja as suas finalidades³. É o que se fará a seguir e na primeira parte deste artigo.

Antes de mais nada, é preciso que se diga que as Ordenações Portuguesas representam um divisor de águas na evolução do Direito português na sua fase de recepção do *ius commune* europeu medieval. Com efeito, costuma-se reduzir o processo evolutivo do Direito Português, desde os começos da nacionalidade até a época presente, a três ciclos básicos, bastante distintos, com duração, perspectiva e significados diversos: o período de individualização; o de inspiração romano-canônica; e o de formação do Direito Moderno⁴.

O período de individualização do direito português decorre da fundação da nacionalidade aos começos do reinado de Afonso III, portanto, de 1140 a 1248. Na verdade, a independência política do Estado português não gerou uma autonomia imediata no campo do Direito. Aos poucos é que foram surgindo fontes tipicamente portuguesas. De fato, até meados do séc. XIII o Direito português teve uma base consuetudinária, onde o Código Visigótico perdia terreno incessantemente e a legislação aflorava timidamente⁵.

Esse sistema jurídico de então, construído à base do direito costumeiro, era naturalmente rudimentar, composto de institutos bastante primitivos. Seu conteúdo, como não poderia deixar de ser, era o resultado de uma intensa miscigenação de culturas, de uma amálgama de camadas sobrepostas, em consequência das sucessivas dominações da Península. Digno de nota também o caráter empírico do Direito Privado, criado basicamente por tabeliães, que eram mais práticos do que juristas. Os atos e contratos que criavam não eram baseados em uma

³ LOPES, José Reinaldo de Lima. *O Direito...*, p.20.

⁴ Para tanto, ver ALMEIDA COSTA, Mário Júlio. "Uma perspectiva da evolução do Direito Português". Separata do vol. LXIV (1988) do *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*.

⁵ Ver ALMEIDA COSTA, "Uma perspectiva...", p.10 e seguintes.

doutrina jurídica – isto somente ocorreu através da influência do “direito comum”.⁶

Paralelamente, em meados do século XI, fora da Península Ibérica, e, mais especificamente, nas cidades do norte da Itália (sabidamente desenvolvidas pelo comércio com a Ásia), algo de novo acontecia: a redescoberta de compilações jurídicas levadas a cabo por Justiniano no Império Romano Oriental do século VI, nas universidades, onde se fundou o assim chamado “direito comum”, a partir das constantes obras de interpretação dos professores daquela obra monumental que veio a ser chamada de *Corpus Iuris Civilis* (os glosadores e pós-glosadores ou comentaristas). A influência deste movimento universitário estrangeiro foi sentida em Portugal apenas no séc. XIII, iniciando o segundo ciclo da evolução do Direito Português, que foi o período de inspiração romano-canônica. Desta maneira, o sistema jurídico português, renovado a partir do séc. XIII, até finais do séc. XVIII, teve como pilar fundamental o *ius commune*, com as feições características da doutrina lusa de cunho eminente bartolista (comentarista, anti-humanista). No entanto, o direito local, bem como o direito reinícola não deixaram de existir, ao contrário coexistiram no mesmo ambiente jurídico, gerando um complexo pluralismo de fontes⁷.

A grande peculiaridade do Direito português na era medieval do *ius commune* foi o aparecimento desde muito cedo (séc. XV), de compilações oficiais de normas jurídicas, denunciadoras da influência romanista: são as Ordenações Afonsinas (séc. XV); Ordenações Manuelinas (séc. XVI); e as Ordenações Filipinas (séc. XVII). Esta centralização legislativa serve, pela significação do fenômeno, como um divisor de águas na cultura jurídica portuguesa. De sorte que o Direito português em sua fase de inspiração romanista, divide-se no subperíodo da recepção do direito romano renascido nas universidades italianas, que vai até meados do séc. XV; e, a partir desta data, do subperíodo chamado de época das Ordenações⁸.

A grande relevância das Ordenações Portuguesas é que elas marcam a independência, pelo menos formal, entre o direito próprio do Reino de Portugal e o “direito comum” – que com ele convivia paralelamente – subalternizado então ao posto de fonte subsidiária frente ao primeiro. Efetivamente, as primeiras Ordenações Portuguesas, as Afonsinas, datadas de 1446 ou 1447, es-

⁶ Ver ALMEIDA COSTA, “Uma perspectiva...”, p.10 e seguintes.

⁷ Sobre o bartolismo português, ver ALMEIDA COSTA e DA SILVA, nas obras abaixo citadas.

⁸ Ver ALMEIDA COSTA, “Uma perspectiva...”, p.17 e seguintes.

tabelecem uma hierarquia das fontes, com preponderância para o direito nacional vis-à-vis o direito subsidiário (romano, canônico, etc.). Essa coexistência de diversos sistemas jurídicos explica em grande parte, inclusive, o surgimento das Ordenações, dada a necessidade compilatória do confuso emaranhado de leis e regras jurídicas que se sobrepunham à época.

No entanto, que fique bem claro que as Ordenações Afonsinas, como as demais Ordenações Medievais portuguesas, não chegaram a ser códigos na acepção moderna do termo, i.e., não tinham uma pretensão sistemática cartesiana e de esgotamento das fontes do Direito, as quais são produto do jusracionalismo e do iluminismo. Ao contrário, as Ordenações são fruto do pensamento aristotélico-tomista medieval, cujos pressupostos e pretensões (“estratégias” segundo Foucault) são completamente diferentes daqueles códigos⁹.

Na verdade, o contexto medieval, especialmente do século XV – em que surgiram as Ordenações – é bastante diferente daquele moderno do século XVIII. Com efeito, era no século XIII que iniciavam os esforços do poder central (monarcas) para unificar o poder político em suas mãos (luta contra os senhores feudais), ao passo que na era moderna essa centralização do poder já estava consolidada com a formação dos estados nacionais. Que não passe sem registro também que Portugal foi o país da Europa Ocidental em que os povos bárbaros mais se romanizaram, a região que menos se feudalizou e, portanto, onde o poder central menos se fragmentou. De sorte que foi mais rápida a formação do seu Estado Nacional, o que explica, em grande medida, a sua precocidade nos descobrimentos marítimos nos finais do século XV e também a elaboração de compilações jurídicas oficiais¹⁰.

Tudo isso é fundamental para se compreender a mecânica do funcionamento das fontes tal como organizadas nas Ordenações. Efetivamente, embora as Ordenações Afonsinas representassem aquele citado esforço de compilação e organização relativa das fontes, de um lado, e de concentração da produção normativa nas mãos do monarca até certo ponto, de outro, claramente admitia a falibilidade do direito nacional em resolver todas as possíveis disputas, e, portanto, a existência de lacunas a serem colmatadas por outros sistemas jurídicos. Daí falar-se em **direito sub-**

⁹ ALMEIDA COSTA, Mário Júlio. *História do Direito Português*. 3.ed. Coimbra: Almedina, 1996, p.273 e seguintes.

¹⁰ Ver entre outros para estes argumentos ANDERSON, Perry. *Linhagens do Estado absolutista*. São Paulo: Brasiliense, 1985, p.15 e seguintes. Complementarmente, GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.

sidiário nas Ordenações, ou seja, um sistema de normas jurídicas chamado a colmatar lacunas de outro sistema (no caso, o direito pátrio)¹¹.

Portanto, a compreensão adequada do direito subsidiário nas Ordenações – tema deste artigo –, depende de um entendimento de dois pressupostos do pensamento jurídico medieval hoje talvez inimagináveis pelo afluxo do ideal juspositivista: de um lado, a aceitação teórica de pluralismo de fontes jurídicas, em que inexistia tal como hoje, uma verdadeira autonomia dos diversos ordenamentos; de outro lado, admitia-se a possibilidade metodológica de que o julgador recorresse a outro ordenamento jurídico diverso do nacional. A explicação desses pressupostos teóricos, que determinam um rompimento com os paradigmas conceituais modernos, será feita no Capítulo I deste artigo. Depois disso, é que se poderá abordar o esquema do direito subsidiário nas Ordenações Portuguesas Medievais, com embasamento naquelas idéias desenvolvidas anteriormente acerca dos seus pressupostos (Capítulo II).

2 AS ORDENAÇÕES NÃO SÃO UM CÓDIGO NA ACEPÇÃO MODERNA DO TERMO

Foi dito na introdução que a compreensão do problema do direito subsidiário nas Ordenações depende de uma ruptura com as idéias atuais do que se entende por um Código, dadas as diversidades de contexto histórico, filosófico e jurídico da era medieval. Não se pode pensar nas Ordenações Portuguesas medievais como um código na acepção moderna que se tem deste termo. É verdade que, etimologicamente, o termo código provém de *codex*, cuja significação histórica nada mais é do que um mero livro de leis¹². Nesse sentido amplo, há perfeita adequação entre o significado das Ordenações e o de Código.

¹¹ ALMEIDA COSTA, *História...*, p.308.

¹² MOTILLA, Agustín. La codificación como técnica de producción legislativa. In: *Revista de Derecho Privado*, v.1, 1987, p.545 e ss. Ver nota nº 01, p.545, onde o autor descreve a evolução do termo *codex* até o sentido que lhe é empregado no texto. Segundo o autor a origem de *codex* está em *caudex*, i.e, tronco da árvore, isto porque em época antiga a madeira servia como material de escrita, até mesmo quando se adotou a forma editorial de se unirem as madeiras (como se um livro moderno fosse). Após, passou-se ao uso do pergaminho ao invés da madeira no séc. I a.C.. Já no séc. III d.C. *codex* se desprende de sua significação material e vem a designar simplesmente livro. Mas como o uso do então *codex* se vulgarizou para publicação de constituições imperiais romanas, como também para edição de obras clássicas da jurisprudência, chegou-se ao seu sentido histórico que lhe é modernamente atribuído de conjunto de leis.

Nessa perspectiva, foram vários os *codex* publicados no baixo império romano: *Codex Gregorianus*, *Hermogenianus* e o *Codex Theodosianus*. O último livro chamado de *Codex* antes do séc. XVI foi o *Codex Iustinianus*. Em 1547 publica-se o *Codex Statutorum*, uma recolha de leis da cidade italiana de Alexandria. Seguido do *Code Henri III*, no mesmo século, e do *Code Henri IV*, já no séc. XVII. Inclusive até mesmo as Ordenações poderiam ser chamadas de *Codex* nesse contexto. Mas é no séc. XVIII que se generaliza o emprego da palavra *Codex*, agora para indicar algo mais restrito do que se falou até agora¹³.

Com efeito, quando se fala em código ou em codificação nos dias de hoje, não é destas compilações de leis que se está a referir. Mas sim daquele fenómeno surgido em fins do séc. XVIII, originado da escola racionalista do direito natural e do iluminismo, na França, e, da pandectística, na Alemanha, já no séc. XIX. Os códigos modernos se diferenciam em dois pontos daquelas antigas compilações como as Ordenações Portuguesas: substrato ideológico e no modo de formalização do Direito. Novas correntes de pensamento, altamente significativas no séc. XVIII, provocarão uma radical mudança nos valores sociais e políticos adotados pelos novos códigos e se constituirão no pressuposto ideológico da codificação, com especial ênfase aos ideais burgueses (direitos naturais de propriedade, liberdade e igualdade formal). Por outro lado, esta não se resume a colher o material legislativo a seu tempo e sistematizá-lo, mas se preocupa com novas formulações legais, mais genéricas e abstratas, buscando sempre maior clareza e precisão na enunciação dos preceitos, sistematizados sob o dogma da unidade e completude o código¹⁴.

Nenhum desses pressupostos e concepções pré-codificatórias estavam presentes na época da elaboração das Ordenações Portuguesas, as quais, ao contrário, não pressupunham perfeita sistemática, lógica cartesiana e completude do ordenamento, idéias que lhe foram posteriores. Ao contrário, os pressupostos eram aqueles já elencados na introdução deste artigo (pluralismo jurídico, admissão de lacunas e permeação do pensamento filosófico medieval tomista). Dessa forma é possível apontar três

¹³ MOTILLA, ob. cit., p.545-6.

¹⁴ MOTILLA, ob. cit. p.546, diz: "...o processo codificador significa um intento de racionalização e tecnificação da atividade legislativa...".

características básicas da codificação moderna¹⁵, que a extrema das Ordenações Portuguesas:

1. *Simplificação do sistema jurídico*: Com a nova concepção de formulação legislativa – genérica, abstrata –, diminui-se o número de disposições legais, que além da redução ficam também mais claros e precisos. Além da própria redução do fenômeno jurídico, que fica restrito à lei, e, mais, precisamente, ao código; sempre na busca de segurança jurídica.
2. *Racionalização do sistema jurídico*: o sistema jurídico é visto como ordenação lógica dos preceitos enunciados nos códigos que se ligam entre si por derivações provenientes da mesma lógica.
3. *Tendência à exaustividade na regulação de um âmbito ou setor jurídico*: todos os conflitos sociais devem achar resposta no código, que regula exaustivamente a matéria que tem como objeto, sem qualquer lacuna; tem *eficácia onicompreensiva*¹⁶.

Portanto numa acepção estrita, pode-se dizer que uma área do ordenamento jurídico se encontra codificada quando suas respectivas regras estejam previstas em textos normativos unitários e sistematizados, cujas normas se expressam em fórmulas abstratas e gerais e que pretendem se constituir na única fonte jurídica sobre a matéria por ela regulada¹⁷. Presente no código, portanto, a idéia de sistema¹⁸ – ordem

¹⁵ MOTILLA, ob. cit., p.547 e ss. Contrário a este entendimento: GOMES, Orlando. A caminho dos microsistemas. In: *Estudos jurídicos em homenagem ao professor Caio Mário*. Forense, RJ, 1984, p.160 e ss. A opinião do prof. Gomes é de que estas características técnicas da codificação enumeradas pela doutrina, apenas escondem o fundamento ideológico do código, qual seja de instrumento dos valores da classe burguesa. Esta opinião parece, todavia, simplista demais, reduzindo toda a evolução da ciência jurídica medieval que culminou nos códigos, em mera ideologia burguesa. O que se pode dizer com certo grau de certeza, com Dewey, é que as doutrinas que se preocupam com o homem – dentre elas a filosofia, a sociologia e o direito – não podem se desenvolver au-delà dos fatos que pretende interpretar; são amplificações de fatores selecionados dentre estes fatos. DEWEY, John. *The public and its problems*. Swallow Press, Ohio University Press.

¹⁶ MOTILLA, ob. cit., p.547.

¹⁷ MOTILLA, ob. cit., p.545.

¹⁸ Sistema aqui entendido na acepção que lhe é empregada por David, isto é, deduzida a partir do método do direito comparado, a partir dos ordenamentos jurídicos nacionais, e como possuindo similares fontes, estrutura, conceitos, interpretação, etc. (ver *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*, tradução de Hermínio A. Carvalho, Martins Fontes, SP, 1993).

e unidade ¹⁹ –, e, numa concepção mais antiga, ainda a idéia de completude ²⁰ – falta de lacunas dentro sistema legal²¹. Isto é, constituindo *uma totalidade expressa em um conjunto de conceitos e proposições entre si logicamente concatenadas unidade imanente perfeita e acabada, que se autoreferencia de modo absoluto*²².

Nas Ordenações acontece, em certa medida, justamente o contrário. Com efeito, a visão teórica subjacente a sua elaboração é a de respeito aos textos clássicos, a aceitação de um pluralismo jurídico, em que inexistia uma verdadeira autonomia dos diversos ordenamentos; além da possibilidade metodológica de que o julgador recorresse a outro ordenamento jurídico diverso do nacional. É neste conjunto de idéias que atuava o direito subsidiário nas Ordenações. A idéia de código deve ser esquecida se se tem em vista explicar o esquema das fontes do Direito nas Ordenações (Capítulo II a seguir).

Antes disso, no entanto, é preciso enfatizar para efetivamente expungir qualquer confusão que a “obsessão sistemática” é fruto do jusracionalismo naturalista, que muito se extrema do pensamento jurídico medieval dos glosadores e pós-glosadores – berço de idéias das Ordenações, como se demonstrou na introdução deste artigo ²³.

Ao contrário do raciocínio ultra-sistemático dos juristas modernos codificadores, o método jurídico medieval (gênese do sistema jurídico ro-

¹⁹ Segundo Claus Wilhelm Canaris, Ordem e unidade estão em estreita relação de intercâmbio, mas se podem separar. “Ordenação é a expressão de um estado de coisas intrínseco racionalmente apreensível, isto é, fundado na realidade. Unidade é um fator que modifica o que resulta já da ordenação, por não permitir uma dispersão numa multitude de singularidades desconexas, antes devendo deixá-las reconduzir-se a uns quantos princípios fundamentais. Ver *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*, tradução Menezes Cordeiro, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1989. Mais singela é a concepção de Francisco Amaral, abaixo citado: “ordem, no sentido de compatibilidade lógica de seus elementos, e unidade, no sentido de referência a um ponto central”.

²⁰ Menciona Francisco Amaral em seu artigo intitulado *Racionalidade e Sistema no Direito Civil Brasileiro*, publicado na RDC 63/48: “...podemos considerar o sistema como um conjunto ordenado de elementos, marcado pela unidade, coerência e hierarquia. Unidade, no sentido de aglutinação desses elementos, normas, princípios e valores, em torno de um princípio básico, geral e comum; coerência, como ligação entre si e ausência de contradição; hierarquia, no sentido de dependência de dedutibilidade lógica”.

²¹ Para um ordenamento jurídico caracterizado pela unidade, ordem (coerência) e completude, ver BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos, Editora Unb, Polis, 1990.

²² MARTINS-COSTA, Judith. *As cláusulas gerais como fatores de mobilidade do sistema jurídico*, RT 680/47; que renvia a FRADERA, Vera Maria Jacob de. *O Direito Privado como uma geschossenheit: o Direito Privado como sistema aberto*, Porto Alegre, 1988.

²³ MARTINS-COSTA, ob. cit., p.48.

mano-germânico), é problemático, vale dizer os juristas formados nas universidades, passaram a interpretar aquela compilação romana justinianéia com base nos ensinamentos da filosofia aristotélica-tomista de índole essencialmente dialética e discursiva²⁴. Não se esqueça que a filosofia medieval dessa época desconfiava dos limites da razão humana e mesmo de uma apropriação da verdade absoluta das coisas. Lembre-se que o racionalismo é fruto da escola de direito natural do século XVII e do iluminismo do século XVIII. Nesse sentido, a verdade, na filosofia medieval, é relativa e o caminho a percorrer em seu rumo é uma peregrinação discursiva. Por este motivo, não se podia afastar aprioristicamente no discurso teórico qualquer ponto de vista a respeito de certo problema²⁵. De maneira que a investigação intelectual adquire um tom dialogante, dialético, em que os vários pontos de vista são considerados e comparados. Por isso se fala em uma metodologia antes problemática do que sistemática.

O raciocínio jurídico se dizia problemático porque não partia de soluções pré-prontas, em busca de verdades absolutas, a partir de deduções puramente lógicas com base em axiomas, mas *um pensamento dirigido rumo ao problema*²⁶, que se aproxima dos sofistas e dos retóricos. O *problema atua como guia*²⁷ do pensamento. Isto porque todo *problema objetivo e concreto*, dentre eles o jurídico, *provoca um jogo de suscitações* que pode ser chamado de tópica e que significa a arte de medir os prós e os contras de uma questão, ou seja, *ter presente as razões que recomendam ou que desaconselham determinado passo*²⁸

De sorte que o Direito Romano foi objeto de diversas glosas e comentários dos professores universitários induzidos pelo método problemático dialético, pelo que se pode afirmar que aquele Direito Romano redescoberto na Idade Média não era o mesmo de Roma antiga, visto que o mesmo fora, sob a desculpa de interpretações, adequado em certo ponto à realidade medieval pelos professores²⁹. Era, em síntese, um sistema jurí-

²⁴ HESPAÑA, Antonio Manoel. *Panorama da cultura jurídica europeia*. Lisboa, Publicações Europa-América Lda, 1997.

²⁵ HESPAÑA, "Panorama...", p.113.

²⁶ VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência*. Tradução de Luis Díez-Picazo Ponce de Leon. Taurus, Madrid, 1964, p.49.

²⁷ VIEHWEG, ob. cit., p.50.

²⁸ VIEHWEG, ob. cit., p.50.

²⁹ Para um maior aprofundamento do direito medieval, ver WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado moderno*. Tradução Antônio M. B. Hespanha. Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa.

dico de feição nitidamente aberta³⁰, ou seja, permeado por fatores meta-jurídicos e sob a influência de diversos textos jurídicos, onde a interpretação alcançou um papel fundamental³¹.

Esse método jurídico europeu, próprio do chamado *ius commune* naturalmente foi recebido em Portugal, seja pelo seu caráter geral, seja pelos estudantes portugueses que iam estudar na Itália e na França. O fato é que estes reproduziam o aprendizado trazido destes centros de ensino jurídico no território português, dentro daquelas bases supra descritas. Foi nesse fluxo de idéias que surgiram as Ordenações em relevo.

Viu-se já o descompromisso das Ordenações com a elaboração de um sistema de normas completo e perfeito, sem lacunas, ou seja, em que se admitia lacunas do direito nacional e a sua integração por direitos subsidiários que se aplicava através de um método problemático, ao contrário do pensamento axiomático dedutivo jusracionalista. Feita estas devidas precisões histórico-concentuais, pode-se finalmente enfrentar a problemática do direito subsidiário nas Ordenações Portuguesas.

3 O DIREITO SUBSIDIÁRIO NAS ORDENAÇÕES PORTUGUESAS

Os capítulos antecedentes serviram para a pré-concepção do que se dirá a seguir acerca do direito subsidiário na Portugal medieval. O método expositivo mais claro parece ser o histórico, ou seja, dividir o problema das Ordenações em cada uma das Ordenações: as Afonsinas, as Manuelinas e as Filipinas.

Em primeiro lugar, dado o que foi dito nos capítulos antecedentes, nos começos do século XV em Portugal já se sentia claramente a necessidade de uma compilação das fontes vigentes e de sua sistematização em alguma medida. De um lado, no que tange às fontes nacionais, o poder monárquico já havia se consolidado e o rei dedicava-se à intensa produção legislativa

³⁰ MARTINS-COSTA, ob. cit., p.48.

³¹ Menezes Cordeiro, na introdução do livro que traduziu de Canaris, acima citado, refere que “A ciência jurídica européia nasceu com a primeira recepção do Direito Romano, levada a cabo nas Universidades medievais, a partir do séc. XII. Glosas e comentários permitiram a sua implantação numa sociedade muito diferente daquela para que ele fora, no início, pensado” (p. LXXIV).

não adequadamente divulgada pelo país. De outro lado, acerca das fontes não nacionais, restava a necessidade de definição do campo de aplicação do direito romano e do canônico, igualmente vigentes (pluralismo jurídico), ou seja, estabelecer uma hierarquia entre os sistemas jurídicos³².

Foi então quando D. João I encomendou ao jurista João Mendes a feitura daquela compilação tendente a facilitar e dinamizar a prestação jurisdicional do reino. O artigo foi terminado por Rui Fernandes em 1446. Sua vigência iniciou ainda em 1446 ou 1447. A divisão de matérias seguia as Decretais de Gregório IX, ou seja, cinco livros: Livro I e II sobre direito público, Livro III sobre processo civil, Livro IV sobre direito civil e o Livro V sobre direito penal (todos eles subdivididos em títulos e estes, por sua vez, em parágrafos).

No que tange ao problema em relevo, o do direito subsidiário, ele encontra-se regulado no Livro II, título IX das Ordenações Afonsinas:

«Estabelecemos, e poemos per ley que quando algũ caso for trazido em pratica, que seja determinado per algũa Ley do Regno, ou estillo da nossa Corte, ou costume dos nossos Regnos antigamente usado, seja por elles julgado nom embargante que as Leyxs Imperiaaes acerca do d̃ito caso ajam desposto em outra guisa, por que onde a Ley do Regno dispoem cessam todalas outras Leys e Direitos; e quando o caso, de que se trauta, nom for determinado per Lei do Regno, mandamos que seja julgado, e findo pelas Leys Imperiaaes, e pelos Santos Canones».

A regra que se deduz do seu texto, portanto, é a seguinte. Qualquer feito que se apresente às cortes do país, deve ser julgado pelo direito nacional, na medida do possível. Caso essa possibilidade não se verifique, então deve-se recorrer ao *utrumque ius*³³. Vale dizer, as Ordenações enunciam claramente uma preponderância do direito nacional (reinícola) sobre os outros direitos, agora reduzidos meramente a direito subsidiário. De sorte que apenas poderia o juiz recorrer ao direito romano ou canônico (*iura communia*) na hipótese de que existissem lacunas no direito nacional. As Ordenações ainda dispunham quais as formas de direito nacional (*ius proprium*): as leis do Reino, os estilos da Corte (ou seja, decisões judiciais superiores) e o costume antigamente usado.

³² DA SILVA, Nuno J. Espinosa Gomes. *História do Direito Português – fontes do Direito*. 2.ed. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, p.240.

³³ DA SILVA, *História...*, p.250.

Estabelecida uma hierarquia entre o *ius proprium* e o *iura communia*, restava ainda uma disciplina legal das relações entre os sistemas jurídicos integrantes do direito subsidiário, em especial direito romano *vis-à-vis* direito canônico. Eis o teor da redação das Ordenações (mesmo título supracitado):

«E Acontecendo que acerca de tal caso as *Leyx Imperiaaes sejam contrairas aos Canones, mandamos que assy nas cousas temporaaes, como espirituais, se guardem os Canones, se o caso tal for, que guardando as Leyx Imperiaaes, traga pecado; pode-se poer enxemplo no possuidor de maa fe, que segundo as Leyx Imperiaaes per trinta annos possuindo sem titulo, prescrepve a cousa alhea, e segundo Direito Canonico, o possuidor de maa fé nom pode prescrepver per nenhuũ tempo; se em tal caso se guardassem as Leyx Imperiaaes, guardando-as, necessariamente trazeria pecado ao possuidor, o que nom devemos a consentir, maiormente que em tal caso devemos necessariamente obediência ao Padre Santo, e aa Santa Igreja, de que os Canones procedem, a qual nõ devemos em nenhum caso aos Emperadores, de que as Leyx Imperiaaes procedem; e por tanto convem que tal caso, e em outro semelhante se guarde o Direito Canonico, e nom o Direito Imperial: e no caso temporal, que a guarda das Leyx Imperiaaes nom traga pecado, ellas devem ser guardadas nom embargante que os Canones sejam em contraira disposiçom».*

Da leitura desse dispositivo legal, infere-se que o Direito Romano (Leis Imperiais) se aplicaria em matéria temporal, desde que não houvesse pecado (por exemplo, o direito romano admitia posse de má fé, o que era considerado pecado já que a igreja não consentia com situações de má fé que pudessem criar algum tipo de direito). Ao passo que o Direito Canônico se aplicaria a matérias afeitas ao espírito e naquelas temporais para as quais a regulação do Direito Romano resultaria em pecado. Caso houvesse ainda uma lacuna, ou seja, o feito não pudesse ser julgado de acordo com o direito nacional, nem com o Direito Romano, nem com o Canônico, as Ordenações ainda dispunham:

«se o caso de que se trautá em pratica, nom fosse determinado per ley do Regno, ou estilo, ou custume suso dito ou Leyx Imperiaaes, ou Santos Canones, entom mandamos que se guardem as grosas d'Acursio incorporadas nas ditas Leys. E quando pelas ditas grosas o caso nom for determinado, mandamos, que se guarde a opiniom de Bartholo, nõ embargante, que os outros Doutores diguam o contrario (...)».

Parece então que a lacuna naquela situação em comento seria colmatada pelas glosas de Acúrsio e Bártolo. Ainda, preponderavam os comentários de Acúrsio sobre os de Bártolo, aos quais se recorreria apenas supletivamente, já que o primeiro gozava de maior prestígio à época no meio jurídico. A opinião de Bártolo prevaleceria mesmo que contrariasse a opinião comum dos doutores (*communis opinio doctorum*). Isso porque, entre outras coisas, o monarca português pressupunha uma racionalidade de Bártolo, pois “*su opiniom comunalmente he mais conforme aa razom, que a de nenhuu outro Doutor*”.

Em último caso, finalmente, não resolvido o litígio por nenhuma das fontes aqui tratadas, recorrer-se-ia a uma resolução imperial mediante consulta. De sorte que o *princeps* poderia intervir para integrar as lacunas e sua sentença tinha força de lei entre as partes. Eis a disposição das Ordenações:

«acontecendo caso, ao qual per nenhuũ dos ditos modos nom fosse previsto, mandamos que o notifiquem a Nos pera o determinarmos; porque nom tamsomente taes determinações som desembargo daquelle feito, que se trauta, mais som Ley pera desembargarem outro semelhante».

Essas regras relativas às fontes nas Ordenações Afonsinas demonstram um início de ruptura com aquele modelo jurídico medieval comentado acima caracterizado por um pluralismo das fontes e por uma grande influência da atividade dos juristas na função de interpretar e dizer o direito. Porque em Portugal o rei já concentrava consideravelmente o poder, esforçou ele nas Ordenações para dar preponderância a sua legislação e diminuir a falta de certeza jurídica, que bem caracterizava o direito doutrinário medieval. Assim, as Ordenações decretam como fonte primordial o direito pátrio e relega as demais fontes a direito subsidiário. No entanto, ainda não totalmente livres do passado, as Ordenações admitem expressamente a possibilidade de lacunas no sistema jurídico nacional e coloca o *ius commune* e a obra dos glosadores e pós-glosadores como direito complementar, o que sem dúvida não seria imaginável dentro de uma concepção moderna de código, como o Código Civil Francês (1804). A própria redação das Ordenações, bastante descritiva e, portanto, pouco direta e objetiva, denuncia o seu caráter medieval não encontrável num código moderno, de redação bem mais genérica, clara e sistemática.

Desenhado o quadro geral das fontes dentro das Ordenações Afonsinas,

pode-se então passar à análise da matéria nas Ordenações Manuelinas. Porque as Ordenações Manuelinas foram publicadas pouco mais de cinquenta anos depois das Afonsinas (1514) e com um objetivo muito mais de atualização do que de adaptação e sistematização, não se encontram grandes alterações e novidades em relação às primeiras.

A matéria vem regulada no título V do Livro II das Ordenações Manuelinas. Naturalmente que continua a enunciar o direito nacional como fonte primária do Direito português. O direito subsidiário continua sendo o Direito Romano, o Direito Canônico e a opinião dos doutores. Uma novidade nas Ordenações Manuelinas é uma justificação teórica para a aplicação do Direito Romano: pressupõe-se a sua racionalidade. Com efeito, dispõem as Ordenações: “*as quaes lex imperiales mandamos somente guardar pola boa razam em que sam fundadas*”. Aqui se tratava de clarificar a separação do reino português do Império de sorte que o Direito Romano não era reconhecido em razão do Império, mas de sua razoabilidade (“as leis romanas se aplicam *imperio rationis* e não *ratione imperii*”). Enfim, era a admissão da doutrina que defendia o Direito Romano como *ratio scripta*³⁴.

Há ainda outro particular das Ordenações Manuelinas que dizem respeito ao direito dos juristas como fonte de direito. Embora formalmente as Ordenações determinem uma subordinação às opiniões de Acúrsio e de Bártolo, elas apenas terão guarida caso respaldadas pela *communis opinio*. Eis o teor do parágrafo 1º do título V do Livro II:

«se o caso de que se trahta em pratica nom for determinado por Ley do Reyno, ou Estilo, ou Custume suso dito, ou Leys Imperiales, ou Santos Canones, entam Mandamos que se guardem as grosas de Acúrsio encorporadas nas 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 embarquante que alguũs Doutores teuessem o contrario; saluo se a comum opiniam dos Doutores, que depois delle escreueram, for contraira, porque a sua opiniam comunmente he mais conforme a razam».

Portanto, na escala das fontes do direito subsidiário, passa a *communis opinio* gozar de prestígio superior ao posicionamento de Acúrsio e de Bártolo, pois elas, via de regra, prevalecem em caso de conflito³⁵.

³⁴DA SILVA, *História...*, p.272.

³⁵DA SILVA, *História...*, p.274.

Interessante também o disposto no Livro V, título LVIII, complementar ao tratamento da hierarquia das fontes, a respeito da aplicação de certas penas aos juízes que não aplicassem as Ordenações e em casos de dúvidas, eles deviam suscitar o problema à Casa de Suplicação (Corte Superior), a qual caberia a tarefa de interpretação unificada das Ordenações em assentos a serem seguidos pelos juízes inferiores. De sorte que agora não apenas a produção legislativa e por assim dizer jurídica ia passando quase que exclusivamente para o Estado-Rei com as Ordenações, bem como a tarefa interpretativa concentrava-se nas mãos do Estado-Juiz, fato que configura outra quebra com o direito medieval do *ius commune* rumo ao direito codificado moderno dos Estados Nacionais com a identificação do direito com a lei e da tarefa do juiz de simplesmente aplicar esta lei mediante um processo lógico subsuntivo.

Examinadas as Ordenações Manuelinas, cabem algum dizeres acerca das Ordenações Filipinas (1595). Nesta, como naquela, não havia pretensão inovatória. Felipe I, que ordenou a terceira compilação em comento, estava preocupado com a não hispanização da legislação de Portugal para não lhe gerar resistências no plano político-jurídico. De maneira que novamente pretendeu-se, ao se elaborarem as Ordenações, em atualizar as Ordenações anteriores, mas não em efetivamente modernizá-las, ressystematizá-las, reorganizá-las. Assim que o sistema de fontes permaneceu praticamente inalterado em comparação com as Ordenações anteriores, apenas que a matéria foi deslocada para o Livro de Processo Civil, o Livro V. Afigurou-se ao legislador que o problema das fontes e do direito subsidiário era mais afeito ao processo e, portanto, ao método de aplicação do direito nos tribunais³⁶.

4 CONCLUSÃO

Como conclusão deste artigo, pode-se dizer que a compreensão do direito subsidiário nas Ordenações Portuguesas da Idade Média depende de uma contextualização do pensamento jurídico medieval. Com efeito, a doutrina legal da época – diferentemente do jusracionalismo e do iluminismo modernos – influenciada pelos ensinamentos universitários acerca do *Corpus Iuris Civilis*, admitia a concomitância de diferentes sis-

³⁶ ALMEIDA COSTA, *História...*, p.314.

temas jurídicos (pluralismo de fontes) em um mesmo território. Nesse mesmo período, iniciava a formação do estado nacional português e por via de conseqüência a produção legislativa real. Por tudo isso, justamente caberiam às Ordenações Portuguesas, verdadeiras compilações jurídicas sem o compromisso sistemático de um Código moderno, organizar o funcionamento daquela multiplicidade de fontes. Sem se esquecer, naturalmente, que o próprio raciocínio jurídico era antes tópico e problemático do que propriamente sistemático.

Na sistemática das Ordenações Portuguesas, o direito nacional foi erigido à categoria de direito principal e os demais sistemas jurídicos (direito romano, direito canônico) foram situados na categoria de direito subsidiário, ou seja, aqueles que seriam chamados a colmatar lacunas daquele sistema principal. Dentro do direito subsidiário, houve uma tendência de preponderar o direito romano nas questões de direito temporal e de direito canônico nas questões espirituais. Sem falar nas sempre citadas glosas de Acúrsio e de Bártolo e da *communis opinio doctorum*, fruto, naturalmente, do pensamento universitário medieval originador do *ius commune*. Neste ponto, então, marca-se definitivamente a preponderância do direito nacional, fruto da vontade do soberano, frente aos ordenamentos estrangeiros e frente à doutrina. No entanto, vislumbram-se ainda características do pensamento jurídico medieval, dada a marcada influência romanista dos glosadores e pós-glosadores.

Além disso, deve-se dizer que o esquema do direito subsidiário organizado nas primeiras Ordenações, as Afonsinas, não foram substancialmente alteradas por aquelas que lhe foram posteriores, ou seja, as Manuelinas e as Filipinas. Isso porque jamais houve a pretensão de rompimento com a tradição e sistemática anterior, mas ao contrário, apenas de simples atualização das primeiras, com o intuito de inserir no quadro compilatório anterior, as novas leis e assentos publicados no reino. Isso fica bem evidenciado do preâmbulo das próprias Ordenações Manuelinas:

«a confusão e repugnância de algumas ordenações por Reis nossos antecessores feitas, assidas que estavam encorporadas como das extravagantes, donde recrescia aos julgadores muitas dúvidas e debates, e às partes seguia grande perda».

Daí ter determinado o Rei:

...reforma estas ordenações e fazer nova compilação, tirando todo o sobejo e supérfluo, e adendo no minguaado, suprimindo os defeitos, concordando as contrariedades, declarando o escuro e difícil de maneira que assim dos letrados como de todos se possa bem e perfeitamente entender».

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA COSTA, Mário Júlio. “Uma perspectiva da evolução do direito português”. Separata do vol. LXIV (1988) do *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*.
- ALMEIDA COSTA, Mário Júlio. *História do Direito Português*. 3.ed. Coimbra, Editora Almedina, 1996.
- AMARAL, Francisco. Racionalidade e sistema no direito civil brasileiro. In: *Revista de Direito Civil*, v.63.
- ANDERSON, Perry. *Linhagens do Estado absolutista*. São Paulo, Editora Brasiliense, 1985.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos, Editora Unb, Polis, 1990.
- CANARIS, Claus Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Tradução Menezes Cordeiro. Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1989.
- DAVID, Rene. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Tradução Hermínio A. Carvalho. Martins Fontes, SP, 1993.
- DA SILVA, Nuno J. Espinosa Gomes. *História do Direito Português – fontes do Direito*. 2.ed. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian.
- DEWEY, John. *The public and its problems*. Swallow Press, Ohio University Press.
- FRADERA, Vera Maria Jacob de. *O Direito Privado como uma geschossenheit: o Direito Privado como sistema aberto*. Porto Alegre, 1988.
- GILISSEN, John. *Introdução histórica ao Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.

- GOMES, Orlando. A caminho dos micro-sistemas. In: *Estudos jurídicos em homenagem ao professor Caio Mário, Forense*, RJ, 1984, p.160 e ss.
- HESPANHA, Antonio Manoel. *Panorama da cultura jurídica européia*. Lisboa, Publicações Europa-América Lda, 1997.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. *O Direito na história*. São Paulo: Max Limonad, 2000.
- MARTINS-COSTA, Judith. As cláusulas gerais como fatores de mobilidade do sistema jurídico. In: *Revista dos Tribunais*, vol. 680, p.47.
- MOTILLA, Agustín. La codificación como técnica de producción legislativa. In: *Revista de Derecho Privado*, v.1, 1987, p.545 e ss.
- TUCCI, José Rogério Cruz; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de História do Processo Civil Romano*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996.
- VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudencia*. Tradução de Luis Diez-Picazo Ponce de Leon. Taurus, Madrid, 1964.
- WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado moderno*. Tradução Antônio M. B. Hespanha. Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa.