

PENÉLOPE

FAZER E DESFAZER A HISTÓRIA

PUBLICAÇÃO QUADRIMESTRAL — Nº 6 • 1991

DIRECTOR
A. M. HESPAHHA

REDACÇÃO

Álvaro Ferreira da Silva (FE-UNL); Amélia Aguiar Andrade (FCSH-UNL); António Costa Pinto (CEHCP-ISCTE); António M. Hespanha (ics); Bernardo Vasconcelos e Sousa (FCSH-UNL); Carlos Fabião (FLI); Fernando Rosas (FCSH-UNL); Helder A. Fonseca (UE); José Manuel Sobral (ics); Luís Krus (FCSH-UNL); Luís Ramalhosa Guerreiro; Mafalda Soares da Cunha (UE); Maria Alexandra Lousada (FLI); Nuno Gonçalo Monteiro (ics); Nuno Severiano Teixeira (UE/UCP); Rui Ramos (ics); Valentim Alexandre (ics); Vítor Serrão (FLUC); Secretário da Redacção: João Carlos Cardoso

Propriedade do título: Cooperativa Penélope. Fazer e Desfazer a História
Subsídios à Redacção da J.N.I.C.T. e S.E.C.

Nota: Os originais recebidos, mesmo quando solicitados, não serão devolvidos.

Edições COSMOS

Rua da Emenda, 111-1º
Telefones: 342 20 50 • 346 82 01
Fax: 347 82 55

Reservados todos os direitos
de acordo com a legislação em vigor

© Cooperativa Penélope

Composição, impressão e acabamento: Edições COSMOS
Distribuição: Edições COSMOS

1ª edição: Setembro de 1991
Depósito Legal: 49152/91
ISSN: 0871-7486

Ciência e Acção: o Poder Simbólico do Discurso Jurídico Universitário no Período *Ius Commune*

Mário Reis Marques

Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra

Tentar compreender os objectivos do sistema de ensino jurídico em Portugal no período do *ius commune*, questão fundamental para a compreensão do discurso que serve de suporte ao direito coevo, é «penetrar num mundo quase desconhecido»¹. De facto, a história da Universidade, onde o não-dito e o não-escrito deixam ao desejo do historiador um campo quase ilimitado para a reconstrução dos segredos fascinantes que teriam constituído uma grande narrativa silenciosa com duplos e triplos fundos de sentido, impõe uma reflexão que, para além das aparências e de todas as ficções, torne inteligível a sua função e os seus intentos.

No que respeita ao ensino do direito, o contacto com os diversos materiais pedagógicos protegidos pelos arquivos e pelas bibliotecas não pode deixar de sugerir uma visão geológica dos textos. É que estes, sem deixarem de constituir a *pars viva* do enredo histórico de que foram protagonistas, ao reunirem estratos tão diversos, assemelham-se às massas rochosas comprimidas pela petrificação. As postilas e outros textos similares transmitem-nos, apesar do seu silêncio pungente, a realização de notáveis esforços de sistematização e de transmissão de um saber que impõe ao espírito uma certa maneira de organizar a realidade, de eleger as unidades de entre uma massa disforme de elementos dispersos, de forjar imagens e princípios estruturantes do mundo exterior. Todavia, a distância e os interstícios abertos pelo referido silêncio deixaram há algum tempo de ser suficientes para suportarem a tradicional concepção idealista e formalista do *ius commune*, aquela visão tão dócil e tão neutra que encontrando, porventura, o seu ponto mais elevado em Francesco Calasso², ao sobrevoar uma extensão significativa da realidade, eleva este direito a uma síntese ordenada de valores subtraídos ao jogo dos conflitos sociais. Com efeito, se lançarmos um olhar para trás apoiado nos esforços até agora empreendidos

¹ Cfr. Annalisa Belloni, *Professori giuristi a Padova nel secolo XV*, Frankfurt am Main, 1986, 43.

² Francesco Calasso, *Introduzione al diritto comune*, Milano, 1951, e *Medio evo del diritto*, Milano, 1954.

para revelarem a verdadeira dinâmica da sociedade pré-pombalina, não nos admiraremos ao ver que os juristas estão ligados, através de uma linguagem que exprime velhos conceitos teóricos, a uma situação sócio-política caracterizada por uma multiplicidade de tensões em que avultam enormes interesses sociais, políticos e económicos, provocados pelas práticas dos poderes senhoriais, pela rivalidade entre a Igreja e o Estado, pelas difíceis relações do centro com a periferia, enfim, pela estrutura particularista ou corporativa da sociedade³. Daí que a uma postura dogmático-legalista que vive de uma representação assepsiada e des-realizada do mundo social se tenha de contrapor uma perspectiva que sobrevaloriza a experiência jurídica e que questione qual a efectiva função que o *doctor* desempenha no sistema em que está inserido.

A partir do século XVI, vendo aumentar significativamente a sua influência devido à progressiva profissionalização do aparelho jurídico, movimento a que já se atribuiu a denominação de *legal revolution*⁴, os juristas, exercitando as exigências dialécticas provocadas por uma sociedade estratificada, acabam por fazer, ao estabelecerem a barreira entre a legalidade e a ilegalidade, uma gestão política dos interesses em conflito contribuindo desta forma para a manutenção dos equilíbrios sociais. Ocupando característicos espaços e gerindo com espírito de casta um autónomo poder engendrado por um saber assente num património posto à sua disposição pela ressurreição do direito romano, os juristas são os protagonistas de um discurso assente nas categorias e nos conceitos provenientes do prestigioso direito comum, cujo objectivo último se prende com a racionalização das práticas sociais. De facto, no período do *ius commune*, num tempo em que o anetódico e o espontâneo não fazem carreira no direito, o sofisticado discurso dos juristas afirma-se como um poderoso instrumento de integração da sociedade no seu conjunto, dissimulando, sob a função de comunicação, toda uma actividade destinada a inculcar relações de sentido susceptíveis de produzirem efeitos estabilizadores, sem dispensa aparente de energia. Esta actividade, que na sua autoconsciência se crê impessoal e de vocação trans-histórica, opera pela transferência de meios simbólicos. Deriva daqui a pregnância do enigma do direito.

O que seja este enigma prende-se decerto com os materiais do discurso, com o facto de toda a aparelhagem conceptual dos juristas assentar sobre dois princípios: o princípio da distância e o princípio da pertinência. Os conceitos, princípios e em geral toda a panóplia instrumental dos juristas são entidades subtraídas às tensões insuportáveis da vida social, são entidades distantes da intimidade do vivido. Esta distância simbólica permite-lhes não só, à imagem das personagens dos poemas

³ Cfr. António Manuel Hespanha, *As vésperas do Leviathan. Instituições e poder político. Portugal — séc. XVII*, Lisboa, 1986, 351 ss. e 752 ss.

⁴ Cfr. Filippo Ranieri, *De corpo a profissão*, in *Penélope*, n.º 1 (1988), 47. Para uma análise global, cfr. Pierre Bourdieu, *La noblesse d'état. Grandes écoles et esprit de corps*, Paris, 1989, 540 ss.

épicos, uma autonomia vivencial fora dos acontecimentos reais como uma imagem de estabilidade e de consenso. Todavia este princípio da distância tem de ser articulado com o princípio da pertinência. Os conceitos e os princípios não visam a distância com fins meramente contemplativos ou lúdicos; o que está em causa é o reforço da sua capacidade de intervenção no tecido social. Daqui provém que os limites da distância se revejam na mobilização, capacidade de aceitação e utilização que estes princípios alcançam quer no *milieu* dos juristas quer no campo mais vasto dos titulares dos direitos. Este *consensus gentium* depende fundamentalmente dos passageiros consensos culturais estabelecidos.

São as alterações destes consensos que geram profundos debates no «multifacetado campo do direito e da ciência jurídica»⁵. A polémica *mos gallicus versus mos italicus*⁶, a corrente do *usus modernus pandectarum*⁷, as teorias do jusnaturalismo racionalista são, entre outros movimentos de menor impacto, autênticos debates internos visando entronizar o direito e torná-lo coerente com as coisas através de uma redefinição dos marcos referenciais da distância para que se mantenha intacta a sua legitimidade. Para tornar bem marcado o que aqui se defende daremos alguns exemplos. Quando um jurista do século XVI reflecte sobre a eficácia do direito romano está sem dúvida a pôr à prova a sua pertinência. Evocamos neste sentido o *Antitribunianus* de Hotmann (1524-1590). O anátema lançado a um jurista do século VI, a postura antijustiniana de Hotmann é um exemplo conspícuo de uma reflexão radical que pondo em causa os marcos estabelecidos da distância considera inútil para a situação política e social da monarquia francesa o direito do *Corpus iuris civilis*⁸. Também Manuel da Costa, Aires Pinhel, Heitor Rodrigues e outros juristas da época, ao resistirem à imitação emuladora da *opinio communis doctorum*, à ideia aristotélica de que mais vale um verosímil impossível do que um possível inverosímil, mais não fazem do que opor, em nome da pertinência, à verdade-funcional de comentário dogmático, a *veritas* do *sapiens* assente na razão livre e no enquadra-

⁵ Cfr. Mário Júlio de Almeida Costa, *Debate jurídico e solução pombalina*, in *Boletim da Faculdade de Direito, Estudos em Homenagem aos Profs. Doutores M. Paulo Merêa e G. Braga da Cruz*, vol. LVIII, II (1982), 2 ss.

⁶ Cfr. Ramon Fernandez Espinar, *Manual de Historia del derecho Español*. I. *Las fuentes*, Madrid, 1989, 353 ss.

⁷ Cfr. Ulrich Eisenhardt, *Deutsche Rechtsgeschichte*, München, 1984, 142 ss; Alfred Söllner, *Zu den Literaturtypen des deutschen «Usus modernus»*, in *Ius commune*, 1969, 167 ss; Mário Júlio de Almeida Costa, *História do direito português*, Coimbra, 1989, 348 e 349; António Manuel Hespanha, *História das instituições. Épocas medieval e moderna*, Coimbra, 1982, 487 e 488; finalmente, Mário Reis Marques, *Elementos para uma aproximação do estudo do «usus modernus pandectarum» em Portugal*, in *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. LVIII (1982), *Estudos em homenagem aos Profs. Doutores M. Paulo Merêa e G. Braga da Cruz*, II, 801 ss.

⁸ Cfr. Francisci Hotmani, *Antitribonianus sive dissertatio de studio legum*, Lipsiae, s.d., 98: «Statum reipubl. Romanae multum differre a statu Galliae...».

mento histórico⁹. Atente-se por fim à actividade da praxística na segunda metade do século XVI e em todo o século seguinte. Manuel Mendes de Castro, Miguel de Reynoso e outros praxistas ao elevarem a critério interpretativo da lei a aplicação do direito nos tribunais, a praxe forense e não já a razão livre¹⁰, veiculam uma nova concepção de pertinência e com ela uma perspectiva redutora do papel dos juristas na realização do direito.

Surge agora a questão: como é que tudo isto se prende com o ensino do direito na Universidade? O espaço universitário como lugar de conservação, de transformação e de divulgação dos saberes oficialmente reconhecidos, como campo em que uma específica comunidade produz a crença no valor científico dos seus produtos é um ponto privilegiado para a produção do efeito de tornar aceitável a distância entre os princípios e os conceitos jurídicos e a verdade vivida. Na Faculdade de Leis e na Faculdade de Cânones os alunos são instruídos nos métodos e nas teorias que as profissões jurídicas utilizam para pensarem e para falarem do mundo, estabelecendo contacto com um discurso que os investe num específico poder de acção sobre as acções juridicamente relevantes. Repare-se que o discurso jurídico é neste período produzido em latim¹¹. O facto é da maior relevância. No direito o uso ritual da linguagem visa sempre obter determinados resultados. Ao invés de entidade autotélica, o discurso jurídico recria à sua volta a força do comprometimento social, assim como os próprios fundamentos das relações humanas. Aqui o valor da palavra está intimamente ligado à ordem estabelecida. O direito não se compara, por exemplo, com a literatura. Os escritos jurídicos têm outra dimensão. A literatura é uma «linguagem não instrumental», uma expressão pela expressão cujo valor reside em si própria. Fechada numa intransitividade radical o seu discurso não transporta por vezes senão a afirmação da sua própria forma. O direito transpondo o conflito material para o campo verbal constrói, conjura e mitifica em termos discursivos factos e situações que não só reflectem um dado ambiente social como o recriam à sua imagem. No direito, as palavras são um enorme depósito de pré-construções naturalizadas e dessa forma ignoradas como tal. Veja-se toda a problemática que existe à volta, por exemplo, do vocábulo norma que os juristas, insistindo em confundir o agir com o resultado do agir, usam para se referirem aos enunciados proferidos pelo legislador ou por outra autoridade normativa. Esta palavra, quase inocente, quase transparente, que atingiria o seu clímax no nosso século com a profissão de descontaminação de Hans Kelsen contida na obra *Reine Rechtslehre*

⁹ Cfr. Nuno J. Espinosa Gomes da Silva, *Humanismo e direito em Portugal no século XVI*, Lisboa, 1964, 239 ss, 358 ss.

¹⁰ Cfr. António Manuel Hespánha, *História das instituições*, cit., 516 e 517.

¹¹ Cfr. *Estatutos da Universidade de Coimbra (1653)*, Coimbra, 1987 (ed. fac-similada), Liv. III, tit. II, § 10 (pag. 166). As leituras em latim eram obrigatórias. Este facto é sublinhado por Mário Júlio de Almeida Costa, *História do direito português*, cit., 334. Sobre a «Organização dos estudos jurídicos segundo os «Estatutos Velhos», *idem*, 331 ss.

(1934 e 1960)¹², e que parece não ter passado, é no entanto um vocábulo carregado de história cuja origem deve procurar-se na linguagem técnica do arquitecto. No entanto em vão procuraremos este termo no Digesto de Justiniano, na Suma Theológica de S. Tomás ou ainda no *Vocabolarius utriusque iuris* de Nobrissense (1442-1522). Apesar de ser hoje uma das palavras mais importantes do dicionário jurídico, o vocábulo norma apenas desponta para o direito no século XVI¹³.

Podemos agora acabar o nosso raciocínio. Membros de uma «comunidade linguística» que reforça a sua autoridade, os juristas entregam às universidades a tarefa da instituição do reconhecimento universal, através da criação de espaços rituais (leituras, exames, etc.), do latim como língua jurídica. E como o poder simbólico é sempre acompanhado por um trabalho sobre a forma, as Faculdades de Leis e de Cânones transformam-se em agentes de imposição e de controle de uma forma específica de comunicação fora dos quadros da língua comum assegurando a dominação simbólica de um grupo profissional através do poder da palavra.

Uma vez que o grande objectivo é a manutenção de um equilíbrio permanente entre a realidade e um sistema simbólico de validade assente numa acumulação centenária de capital científico, o *Corpus iuris civilis* e o *Corpus iuris canonici* são as fontes da contínua renormalização do fundo paradigmático do discurso. Da manutenção deste equilíbrio depende o poder social dos juristas. Daí que toda a inovação discursiva comporte certos riscos e determinados custos traduzidos em protestos e defecções daqueles que pretendem, numa estratégia de conservação, perpetuar a ordem científica estabelecida, a ordem em que os seus produtos já obtiveram um reconhecimento importante. Daí que em nome da pertinência toda a inovação revista um carácter «homeopático», prudente, de pequenas doses, visando a sua aceitabilidade no interior do discurso jurídico universitário, desse discurso que usufrui do poder simbólico de fazer existir o que enuncia. Tudo isto nos é transmitido pelas postilas e outros materiais pedagógicos. Todavia é necessário interpretar os textos disponíveis com alguma prevenção. A informação não depende apenas das estruturas semânticas dos textos, mas também das funções pragmáticas do discurso. No período pré-pombalino os juristas não se colocam defronte do texto romano e do texto canónico com o intuito respeitoso de captarem a substância objectiva de uma experiência jurídica há muitos séculos superada. Uma vez que as questões jurídicas são puros problemas de ordem social, política e económica, os professores e os estudantes trabalham com as mãos os textos antigos e com os olhos a sociedade. Como entidade normalizada o discurso jurídico é, sem dúvida, um modo de acção que se exerce sobre as acções actuais ou eventuais, presentes ou futuras. Gerindo um ordenamento caracterizado por uma pluralidade de fontes normativas, os juristas

¹² Cfr. António Castanheira Neves, *A unidade do sistema jurídico: o seu problema e o seu sentido*, Coimbra, 1979, 10 e 11.

¹³ Cfr. Ricardo Orestano, *Edificazione del giuridico*, Bologna, 1989, 69 ss. e 78 ss.

obtêm com os seus velhos instrumentos o equivalente daquilo que só poderia ser obtido pela força graças ao reconhecimento social da legitimidade da sua acção. A Universidade desempenha nesta vertente um papel fundamental. A repetição das leituras e de outros actos académicos, embora possam criar aos olhos do investigador desprevenido a falsa ilusão de uma rotina sem alma que repete sem cessar textos anacrónicos do *Corpus iuris civilis* e do *Corpus iuris canonici*, impõe-se como algo de essencial para o equilíbrio de todo o sistema. Desde logo esta rotina universitária desempenha uma importante acção de transmissão e de inculcação de valores. Com um complexo perfil técnico, casuístico e livresco, o direito deste período exige a todos os candidatos a juristas uma rica base de dados de informação e uma específica crença. Por outro lado, através dela guardam-se e protegem-se concepções e complexos normativos já consolidados que são assim isolados através de um contínuo aperfeiçoamento dos outros mais recentes e polémicos. É esta repetição dos mesmos institutos e dos mesmos temas que permite uma integração por vezes quase insensível de novos elementos, doutrinas e legislação sem um verdadeiro debate ideológico que pudesse produzir efeitos disfuncionais para as estruturas organizativas da sociedade, o que a verificar-se só poderia pôr em causa a função ortopédica dos juristas. Mostra-se aqui que só num discurso definitivamente estruturado se podem introduzir normalmente novos elementos sem uma alteração da organização global do discurso. Assim, nas postilas são apenas tratados os temas tutelados pela tradição do Império Romano e da Igreja, os temas através dos quais se garante a estabilidade dos valores estruturantes da organização social e com eles o poder social dos juristas. Ao erguerem-se magistralmente sobre os costumes e as leis, o *Corpus iuris civilis* e o *Corpus iuris canonici* são o verdadeiro passaporte do sagrado para todos aqueles que se querem dedicar ao direito. É neles que assenta o fundo paradigmático e a organização interna do *ius commune*¹⁴. É deles que são extraídos os critérios unificantes do discurso jurídico, mesmo quando este versa sobre o *ius novum*. O direito mais recente constituído pelas leis extravagantes e pelas decisões dos tribunais é deixado de fora do discurso jurídico universitário¹⁵.

¹⁴ Sobre a importância do direito canónico, ver Max Weber, *Sociologie du droit*, Paris, 1986, 181 ss. É na leitura dos textos que se exercita o engenho da procura da verdade. A «leitura» é um «momento unificante». Cfr. Manlio Bellomo, *Saggio sull' 'università nell' età del diritto comune*, Catania, 1988, 60 ss. Finalmente, acerca da problemática da individualização do *ius commune*, ver Bartolomé Clavero, *Historia y antropología. Por una epistemología del derecho moderno*, in *I seminario de historia del derecho y derecho privado. Nuevas técnicas de investigación*, Bellaterra, 1985, 25 ss, Emma Montanos Ferrin, Jose Sanchez-Arcilla, *Introducción a la historia del derecho*, Dykinson, 1988, vol. I, 341 («Formação do *ius commune*»), e Aquilino Iglesia Ferreirós, *La creación del derecho. Una historia del derecho español*, Barcelona, 1989, vol. II, 219 ss («A recepção: definição.»).

¹⁵ Cfr. Mário Júlio de Almeida Costa, *Apointamento sobre a autonomização do direito penal no ensino universitário português*, in sep. de *Direito e Justiça*, vol. II (1981-1986), 57 e 58.

Este só se ocupa com aquela parte do direito cuja distância e cuja pertinência garantam um carácter não efémero e um *consensus* prático entre os protagonistas de todas as perspectivas ou interesses parcialmente ou totalmente diferentes. Desta postura resulta uma dimensão eminentemente política que uma análise centrada exclusivamente nos enunciados jurídicos nem sempre permite extrair. A escolha dos temas, das disciplinas e dos institutos obedecem a estratégias de controle da produção do discurso fixando-lhe os limites e as condições de possibilidade de uma reatualização permanente das suas regras¹⁶. É através destas escolhas que todos aqueles que gozam de posições de proeminência no *milieu* universitário gerem o legado que os juristas receberam do sistema. É que a autoridade exercida pelos juristas do *ius commune* como artífices dos equilíbrios sociais não procede apenas da sua vontade mas de uma habilitação reconhecida pela sociedade. Daí que todas as práticas das Faculdades de Leis e de Cânones sejam orientadas para a aquisição de autoridade científica concentrando-se nas problemáticas consideradas como as mais importantes, isto é, naquelas que distribuem aos seus produtores um nível mais alto de legitimidade, um capital científico mais elevado.

É esta a explicação da insistente repetição de alguns temas extraídos do *Corpus iuris civilis* e do *Corpus iuris canonici*, temas que apesar de versarem sobre direito romano e sobre direito canónico se prendem com os grandes princípios estruturantes da ordem estabelecida e cuja distância, apesar de os enunciadores terem os olhos no presente, garante um efeito persuasivo e estabilizador. É que, como já se deixou antever, a evocação pelas postilas dos princípios e dos critérios inseridos nestes dois corpos de direito não é meramente comemorativa. A contínua racionalização do discurso jurídico dos romanos contida nas postilas dos séculos XVI e XVII, a tentativa de encontrar enunciados abstractos e genéricos numa prática que sempre mostrou a sua predilecção pelo concreto e pelo caso¹⁷ e uma forma de construir fora das tensões do presente modelos científicos justificativos de certas preferências institucionais e políticas. Dito em termos mais abstractos, é uma forma de a prática jurídica discursiva instaurar relações entre outros tipos de relações dando-lhes unidade e coerência. De resto, todos estes efeitos podem hoje mesmo ser alcançados com base no estudo da *possessio* (D. 41, 2, I pr.), do *testamentum* (D. 28, I, I), da *usucapio* (D. 41, 3, 3), da *tutela* (D. 26, I, I pr.) ou de outros institutos cujas definições do Digesto ainda são válidas e importantes para o direito actual.

Ao aduzido deve acrescentar-se que as Ordenações Filipinas (1603), na sequência das Afonsinas e das Manuelinas, são em grande parte direito romano e

¹⁶ Ao historiador compete estar atento a estes mecanismos que funcionando nos «interstícios das leis» acabam por revestir-se de uma importância essencial no estabelecimento das regularidades e da ordem. Cfr. Antonio Serrano Gonzalez, *Poder sub specie legis y poder pastoral*, sep. de *Discurso, poder, sujeito. Lecturas sobre Michel Foucault*, Universidad de Santiago de Compostela, 1987, 115.

¹⁷ Cfr. António dos Santos Justo, *A «fictio iuris» no direito romano («Actio ficticia»)*. Época clássica, Coimbra, 1989, 236 ss, e 267 ss.

direito canónico sendo o conhecimento e o estudo destes direitos essencial para a descoberta da verdadeira *ratio* das prescrições compiladas. Ora como já Constantio Rogerio afirmava no seu pioneiro *Tractatus de iuris interpretatione* enquanto as palavras são a superfície a *ratio* é a «medula da própria lei»¹⁸. Segundo escreve Simão Vaz Barbosa na sua obra *Axiomata et Loca communia juris, Ratio est anima legis. Et sine ratione non est lex*¹⁹. A interpretação da maior parte das normas das Ordenações implica, pois, no período a que nos referimos, um conhecimento profundo dos textos romanos e canónicos. Pode até afirmar-se que a harmonização prévia destes textos é uma operação preliminar de toda a tarefa interpretativa. Só a partir dela é que ganham verdadeiro significado muitas das opções dos compiladores. Daremos apenas um exemplo. Segundo as Ordenações Filipinas (Liv. IV, Tit. VII) no caso de o vendedor vender a mesma coisa a duas pessoas esta ficaria sendo propriedade daquele dos dois compradores a quem primeiro foi entregue mediante a satisfação do preço. A verdadeira compreensão da *ratio* desta norma extraída do *Codex (de rei vindicatione, 15)* implica a sua articulação com os textos das *Institutiones* e do próprio *Codex*²⁰ em que se prescreve que no contrato de compra e venda assim como nos outros a propriedade em direito romano só se transfere pelo acto da *traditio*. Tudo isto está em coerência com a ideia de que para a aquisição do domínio eram necessários o *titulus* e o modo de adquirir que neste caso é a *traditio*. É no fundo a esta problemática que mais tarde Correia Telles se referirá no seu *Manual do Tabellião* afirmando que «Nos móveis basta pôr a mão; nos imóveis pôr os pés...»²¹.

Repare-se que este recurso ao direito romano não se traduz numa sujeição a leis estrangeiras. Como foi dito, o respeito por este direito deriva da *ratio* que o determina e não do poder que manifesta, *non ratione Imperii sed imperio rationis*. É através do estudo deste direito, assim como do direito canónico, que um específico corpo social diferenciando-se das outras categorias profissionais pretende afirmar a sua competência técnica e científica gerindo os recursos acumulados por gerações anteriores, recursos esses que não são mais do que o capital necessário e imprescindível para que este corpo possa gozar de um carisma e de um prestígio

¹⁸ Constantino Rogerio, *Tractatus de iuris interpretatione*, Lugduni, 1549, 14: «Et ista ratio, seu mens legis, dicitur esse medulla ipsius legis, et verba dicuntur superficies».

¹⁹ Cfr. Simão Vaz Barbosa, *Axiomata et loca communia juris*, Conimbricæ, MDCCXVII, 181 v., nº 8. Esta obra foi publicada pela primeira vez em 1621 (Romae). Posteriormente recebeu acrescentos de Gabriel Alvares de Valasco Castelhana (Madrid, 1648) e de Sebastião de Brito Pereira (Coimbra, 1651 e 1717). Pode ler-se ainda: «Mens magis debet attendi, quam verba... et verba se habent ut corpus, et superficies, ratio autem, et mens, ut spiritus, et animo». Na sequência de Menochio afirma-se ainda: «Verbaque pendent à mente, non autem mens a verbis» (*idem*, 146, nº 71).

²⁰ *Institutiones*, 3, 23; *Codex*, 2, 3.

²¹ Cfr. J. H. Correia Telles, *Manual do Tabellião ou ensaio de jurisprudência eurematica*, Lisboa, 1850, § 257.

acima de qualquer crítica ou conotação de ordem política. É neste âmbito que a *interpretatio* se afirma como um instrumento essencial da actividade dos juristas. É que as palavras dos textos romanos e canónicos pronunciadas no universo simbólico das Faculdades jurídicas portuguesas do século XVII apresentam-se como coisa nova para o intérprete. Todo o acto de palavra assim como toda a acção estão sempre sujeitos a uma conjuntura funcionando em termos referenciais para realidades diversas. Os textos do *Corpus iuris civilis* e do *Corpus iuris canonici* não são considerados como estruturas puras de linguagem, mas sim como textos-em-função, textos que têm sentido porque funcionam comunicativamente num universo de discurso comum. É através da *comprehensio*, da *extensio legis* e de outros instrumentos interpretativos que os juristas mantêm um equilíbrio permanente entre o direito e a realidade e com ele as condições de uma intervenção qualitativa que pelos seus dispositivos retóricos é imediatamente imputável a uma particular comunidade à qual se atribui a maior legitimidade.

Por outro lado, ao versarem apenas sobre direito romano e direito canónico, as postilas não deixam de tratar uma parte importante do direito aplicável contido no Digesto Velho, no Digesto Esforçado, no Digesto Novo, no Decreto e noutros textos. De facto, nas palavras de João Rodrigues Cordeiro «Leges non possunt exprimere omnes casus»²². Não se pense que para um homem do século XVII esta constatação, ao contrário do que acontece nos nossos dias, envolve qualquer dramatismo. O recurso ao direito romano e ao direito canónico no caso de lacuna é um procedimento normal no período do *ius commune*. O dogma da completude do sistema jurídico é uma questão posterior. Uma vez que é esta uma das questões mais bem tratadas na história do direito português não nos alongaremos em considerações impressivas. No entanto, há uma observação que pode fazer-se sem necessidade de qualquer subtil reflexão: é que o direito canónico e o direito romano aplicados como direito subsidiário cumprem mais uma vez o imperativo epistemológico da distância, quer em termos materiais, quer em termos temporais, quer, finalmente, em termos formais. Embora o carácter longínquo destes direitos possa estar na origem de hiatos e de alguma incomunicabilidade entre os textos e a realidade social empírica, aspectos superados pela criatividade dos juristas, estes fenómenos são compensados pela garantia de independência face às influências políticas conjunturais, independência essa que é um dos princípios que marca a diferença entre o jurista e o político. Repare-se que o facto de estes direitos serem escritos em latim traduz-se, só por si, num efeito de formalização que impõe uma distância face a uma realidade referencial complexa. O discurso jurídico universitário mantém neste ponto um delicado compromisso entre a educação e a formação, entre a ciência e

²² João Rodrigues Cordeiro, *Debitationes in foro frequentes, more juridico disputatas et secundum jus nostrum resolutas*, Conimbricæ, MDCCXIII, dub. 6, n.º 36.

a acção indo ao encontro de algumas exigências profissionais²³. É que a ciência e a acção, assim como o texto e o contexto, são complementares: cada um deles pressupõe o outro. No campo do ensino do direito existe uma específica forma de apreensão da realidade que passa pela organização das matérias nas diversas disciplinas. Cada disciplina científica define o seu universo de discurso e a parte da realidade que lhe corresponde influenciando a acção dos juristas e deixando na memória dos traços desta uma espécie de *habitus* no sentido de uma interiorização de princípios mais ou menos autoritários, mais ou menos transponíveis²⁴. É deste modo que o discurso jurídico universitário produzido a partir da canonização de certos textos se reveste de um poder invisível, de um poder quase ignorado, do poder simbólico de fazer crer na validade dos seus enunciados e desta forma de apontar caminhos para a acção. Como já se tornou patente o poder das palavras «é a crença na legitimidade das palavras e daquele que as pronuncia, crença cuja produção não é da competência das palavras»²⁵.

É no fundo esta a resposta que gostaria de ter dado a um conhecido matemático e poeta meu amigo, infelizmente já falecido, quando repetidamente sublinhava o carácter afadigado de todos os juristas que ele conhecia.

²³ Sobre o discurso científico produzido no campo universitário, cfr. Pierre Bourdieu, *Homo academicus*, Paris, 1984, 43 ss.

²⁴ Deve notar-se que estas disciplinas são estruturadas segundo a divisão medieval do *Corpus iuris civilis* e segundo a sistematização do *Corpus iuris canonici*. Naturalizadas pelo princípio da distância cumprem a função de protegerem a realidade jurídica das conotações ideológicas imediatas. Sobre o facto de «não haver uma precisa especialização por disciplinas ou matérias nos lentes da mesma faculdade», ver Fernando Taveira da Fonseca, *Uma relação do estado da Universidade de Coimbra em 1691*, sep. da *Revista Portuguesa de História*, Tomo XXIV (1990), 246 e 247.

²⁵ Pierre Bourdieu, *O poder simbólico*, Lisboa, 1989, 15.