

António Pedro Barbas Homem



# A Lei da Liberdade

Volume 1

Introdução Histórica  
ao Pensamento Jurídico  
Épocas Medieval e Moderna

*Principia*

# **A Lei da Liberdade**

*Volume I*

**Introdução Histórica ao Pensamento Jurídico.  
Épocas Medieval e Moderna**

**Título**

*A Lei da Liberdade*

– *Volume I: Introdução Histórica ao Pensamento Jurídico.*  
*Épocas Medieval e Moderna*

**Autor**

António Pedro Barbas Homem

**Copyright**

Princípia, Cascais

1.ª Edição – Abril de 2001

© Princípia Editora, Lda.

**Design da capa**

Maia Moura Design

**Fotografia**

Tiago Ferreira

**Composição e Paginação**

Xis e Érre, Lda.

**Execução Gráfica**

Tipografia Peres

**ISBN** 978-989-716-003-5

**Depósito Legal** 161 735/01

---

**Princípia**

Rua Vasco da Gama, 60-C – 2775-297 Parede – Portugal

Tel. +351 214 678 710 • Fax +351 214 678 719 • [principia@principia.pt](mailto:principia@principia.pt) • [www.principia.pt](http://www.principia.pt)

**António Pedro Barbas Homem**

Doutor em Direito

Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

# **A Lei da Liberdade**

*Volume I*

**Introdução Histórica ao Pensamento Jurídico.  
Épocas Medieval e Moderna**

  
**PRINCIPIA**

---



O presente estudo constitui uma introdução histórica à teoria da lei, ao pensamento jurídico e à filosofia do Direito e do Estado nas épocas medieval e moderna. Corresponde fundamentalmente ao programa do curso de História do Pensamento Jurídico leccionado na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

O primeiro volume é dedicado às épocas medieval e moderna e será continuado por um segundo volume respeitante à época contemporânea e por um terceiro relativo aos problemas actuais do pensamento jurídico. O tema da lei e a sua ligação com a liberdade é o fio condutor da exposição: a liberdade como fundamento da lei e a lei como medida da liberdade.

Mantém-se a intenção didáctica que presidiu à preparação destas lições: as notas de rodapé foram, em regra, suprimidas e, de um modo geral, procedemos apenas às citações de fontes histórico-jurídicas. A bibliografia histórica e remissiva é indicada no final de cada capítulo. Agradeço a revisão da Mestra Sílvia Alves, da Faculdade de Direito de Lisboa.

Agradeço igualmente a autorização da Dr.<sup>a</sup> Marta Tavares de Almeida para a publicação dos estudos aqui recolhidos primeiramente nas páginas de *Legislação. Cadernos de Ciência da Legislação*, 21 (Janeiro-Março de 1998) e 26 (Outubro-Dezembro de 1999), bem como da Biblioteca Geral da Universidade de Coimbra, na pessoa do Professor Doutor Aníbal Pinto de Castro, pela autorização para publicar a fotografia do manuscrito iluminado da capa.



# **PARTE I**

## ÉPOCA MEDIEVAL



Os principais temas da filosofia política e jurídica medieval resultam de um desenvolvimento teórico das ideias gregas, romanas e cristãs. A estas três tradições antigas o pensamento medieval aditou temáticas próprias para exprimir aspectos típicos da organização política, social e económica. Por um lado, porque, pelas circunstâncias próprias da época, nem toda a herança do pensamento greco-latino era conhecida durante a Idade Média. Depois, porque essas mesmas características próprias do período medieval – em especial a emergência dos reinos face ao poder do imperador e do papa – proporcionaram e exigiram uma nova filosofia política, que reflectisse a situação da época e proporcionasse os critérios de actuação prática dos governantes e dos cidadãos.

A leitura dos clássicos e a redescoberta de textos antigos – como os de Aristóteles – emprestam ao pensamento europeu medieval uma coloração própria e multifacetada, dificilmente resumida numa pequena síntese. É necessário alertar para as sínteses precipitadas, para a não consideração dos elementos locais, das diferenças e das subtilidades que tantas vezes revelam a fragilidade do poder e a necessidade de harmonizar a fundamentação teórica com as necessidades práticas do exercício do comando e que se encontram bem presentes no período em estudo.

Em suma, grande parte dos elementos em seguida coligidos apresentam-se, na tentativa de encontrarmos o sistema e a unidade, contraditórios com o carácter plurifacetado, a riqueza conceptual e o ambiente medievais.

Dividimos a exposição em três capítulos, os quais correspondem a outros tantos lugares de observação e análise da teoria da lei. Em primeiro lugar, estudamos o problema da lei na filosofia jurídica e política (capítulo 1.<sup>o</sup>), em especial a ligação entre a teoria do direito e as concepções políticas, morais e teológicas. Depois, apreciamos o modo como, em Portugal, o exercício do poder de legislar se relacionou com o estatuto monárquico e, em especial, com os poderes e deveres dos reis (capítulo 2.<sup>o</sup>). Finalmente, entramos na temática da obediência às leis, não apenas estudada nos seus aspectos filosóficos, mas igualmente na disciplina da actividade dos juizes e dos advogados, bem como na teoria e na prática da interpretação e da aplicação das leis (capítulo 3.<sup>o</sup>).

A linha interpretativa que seguimos procura identificar os temas e os seus grandes tratadistas, numa preocupação com as grandes linhas de desenvolvimento das teorias da lei e da filosofia jurídica e política, mais do que com as diferenças entre posições doutrinárias individuais e as respectivas motivações.

Centramos a exposição entre dois marcos: a independência portuguesa, por um lado, e as Ordenações Afonsinas, por outro. Este texto é simultaneamente termo final de uma época e termo inicial de outra.

# CAPÍTULO I

## A FILOSOFIA JURÍDICA E POLÍTICA

**Sumário:** § 1.º *O governo pelas leis: sociabilidade humana e organização social*; § 2.º *Voluntarismo e racionalismo*; § 3.º *Finalismo e formalismo*; § 4.º *A lei e a natureza das coisas*.

Seria insuficiente procurar descrever a teoria da lei na época medieval utilizando apenas o método jurídico. Num período em que as fronteiras do jurídico se diluem na teologia, na ética e na política, o estudo inicia-se com um tema de sempre da filosofia ocidental: o argumento do governo pelas leis (§ 1.º). A leitura dos autores medievais logo permite identificar um princípio de unidade do pensamento: a disciplina jurídica não tem autonomia perante a teologia, a ética e a política. Por esta razão, o discurso sobre o direito encontra-se tanto nas obras dos juristas como na dos teólogos e moralistas.

Ao lado da lei divina e da lei natural e subordinada a estas, encontramos a lei positiva e humana, simultaneamente ditame da razão prática e acto de vontade (§ 2.º). A ligação entre o plano metodológico da política e do direito conduz a uma orientação finalista do poder e da lei, que impede uma concepção do *poder pelo poder*, mas que, pelo contrário, só permite justificar a lei humana em função da sua orientação a fins precisos, a justiça e o bem comum (§ 3.º). É desta orientação finalista, tanto como do conceito filosófico medieval de causa, que se retira a limitação da lei de acordo com a sua própria natureza (§ 4.º).

## § 1.º

### **O GOVERNO PELAS LEIS: SOCIABILIDADE HUMANA E ORGANIZAÇÃO SOCIAL**

#### ***I. Ubi societas, ibi ius***

A primeira reflexão política pode ser apresentada sob a forma de uma interrogação: «porque razão os homens consentem no poder?».

Assinalamos o início da reflexão política ocidental a partir de uma observação socrática acerca da natureza social do homem. Precisamente porque o homem é um animal social, isto é, só pode viver em sociedade, é indispensável o poder para organizar a convivência na sociedade.

#### **Homem e sociedade**

O nascimento da filosofia política e jurídica ocidental entronca num ponto de partida de matriz socrática: a sociabilidade humana. Os pressupostos desta antropologia política ocidental encontram-se detalhados pela literatura teológica, moral, política e jurídica, de tal modo que vão tornar-se num dos alicerces das concepções do ocidente medievo. O homem é um animal social, pelo que a sua plena realização só é possível em sociedade.

O desenvolvimento desta ideia acerca da natureza social do homem levou à formulação de diversos princípios, o primeiro dos quais é o de que a existência da sociedade humana só é possível desde que existam regras de convivência. A necessidade da existência de leis ou de regras escritas constitui pressuposto da organização da comunidade política. Do mesmo modo, cedo se vai afirmar a necessidade de poder nas sociedades humanas, como garantia da sua própria existência. Compreende-se, portanto, que o método de apreciação da política e do direito exija a consideração de uma antropologia e de uma ontologia específicas.

Assim, a metodologia da reflexão política e jurídica vai partir da observação antropológica, do estudo da natureza do homem. O bem e o mal são formulados também como actos humanos, o que leva o discurso jurídico a interrogar-se sobre a relação entre o pecado e a lei.

A organização da sociedade e do poder conduzem à verificação da inevitabilidade da existência do poder político. É a natureza do homem que justifica a existência da sociedade. Mesmo no estado de inocência e antes do pecado original seria necessário o poder como exigência da natureza social do homem. As palavras do Infante D. Pedro são esclarecedoras desta dimensão do poder:

*«[...] todo o homem é naturalmente animal acompanhável, e porém requerem todos de fazer vida em companhia. E porque, segundo diz Aristóteles em o começo da Ensinança Política, quando quer que muitas coisas são ordenadas para um fim, convém que uma delas seja principal guiador que tenha regimento, nem pode ser acompanhável vida de muitos se algum deles não guardar principalmente o bem da comunidade, porque, segundo a direita razão, assim como muitas pessoas usam em desvairadas obras por cobrarem muitos fins, assim convém de um fim a que todas as outras são medianamente ordenadas, uma só pessoa principal governança.»<sup>1</sup>*

É a dimensão dos principados, tanto quanto os vocábulos dos textos greco-latinos que servem de fonte ao pensamento político europeu, que justifica o termo cidade para designar a sociedade política. Da ideia segundo a qual a sociedade não pode governar-se a ela própria retira-se uma consequência: não podendo o reino, a república ou a cidade governarem-se a si próprios é necessário quem os governe. O exercício deste poder não se configura como um poder representativo – os governantes não representam a cidade – antes se configura como «poder político».

Por oposição, o despotismo é associado à ideia de um governo sem regras, assente na disponibilidade das paixões de um governante. Daqui surge uma antítese conceptual, sempre presente na literatura política ocidental cristã, entre o poder político e o poder despótico, entre a política e o despotismo. A refutação do despotismo é uma constante dos textos políticos ocidentais e marca uma ruptura clara com os

**Despotismo**

---

<sup>1</sup> Infante D. Pedro / Frei João Verba, *Livro da Vertuosa Benfeytoria*, edição crítica, introdução e notas de Adelino de Almeida Calado, Coimbra, 1994, Liv. II, Capítulo XVI, p. 101.

despotismos orientais. O despotismo é, portanto, a negação da política. O estatuto dos membros da comunidade é igualmente determinante para esta conclusão: de um lado temos homens livres que consentem no poder; de outro, servos e escravos.

**Regime**

Para traduzir esta ideia de necessidade da existência de poder, diversos vocábulos são utilizados, como regime, regimento e reger, política, polícia, senhorio. Começa a esboçar-se a distinção teórica entre regime, como elemento estático da organização do poder, e governo, como elemento dinâmico que exige uma actuação política no sentido de certos fins.

O campo semântico do reino e do governo – *status rei publicae*, ou seja, o bom estado da coisa pública – parte da ideia de cidade: é a existência da cidade que impõe a permanência do poder, o que explica que se refute a ideia de que o poder político domina a cidade. É porque existe a cidade (a sociedade ou ainda república) que se torna necessária a existência do poder e, conseqüentemente, da obediência.

Santo Agostinho aponta que não só os romanos, mas também os outros povos podem chamar-se *república* [Santo Agostinho, *A Cidade de Deus*, III, p. 1957]. Povo é a «união duma multidão de seres racionais associados pela participação concorde nos bens que amam». As repúblicas fundam-se na justiça [III, pp. 1941 ss.].

Nos textos portugueses, a necessidade do poder como condição da conservação da sociedade é primeiro expressa pelos conceitos de regimento e reger.

D. João I escreve no *Livro da Montaria* que «Deus lhe deu a reger tão muita gente», pelo que tem um grande encargo e tem de o reger bem e prestar contas a Deus<sup>2</sup>.

Neste sentido, o poder político é exercido por instituições. O paradoxo do consentimento da sociedade em ser governada reside na apropriação do poder por instituições: não se trata de um poder puramente pessoal – como o do senhor sobre o escravo ou o do pai sobre o filho – mas de um poder institucional.

---

<sup>2</sup> *Livro da Montaria feito por D. João I, Rei de Portugal*, publicado por ordem da Academia das Ciências por Francisco Maria Esteves Pereira, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1918.

O poder político, ao contrário do poder despótico, tem portanto uma natureza institucional e não uma natureza exclusivamente pessoal, é ditado pela exigência da própria sociedade, precisamente porque nenhuma sociedade poderia sobreviver sem a existência do poder. A metáfora do poder paternal vai surgir da verificação de ser o poder exercido por pessoas em concreto, embora imputado a instituições designadas de acordo com a natureza do regime. O sucesso da metáfora dos «dois corpos do rei», admiravelmente reconstituída por Kantrowitz, nasce desta verificação de uma dissociação entre o poder pessoal e o poder como instituição (a pessoa privada e a pessoa pública do governante).

Mas não pode perder-se de vista a fragmentação do poder perante os grupos privilegiados, e as dificuldades de afirmação do poder real face à inexistência de uma rede de comunicações, ao carácter fragmentário da organização territorial do país e aos vastos privilégios jurisdicionais dos grandes senhores.

## II. Governo pelas leis e governo dos homens

Como conciliar esta observação acerca da necessidade de poder como condição institucional da sociedade e a verificação de que esse poder é exercido por homens em concreto? A resposta a esta interrogação central da reflexão filosófica vai dar origem a dois tópicos argumentativos, o do governo pelas leis e, por contraposição, o do governo dos homens.

A necessidade da existência de leis escritas, sem deixar tudo para os juízos dos homens, constitui uma regra da condução política presente na filosofia grega. O ideal platónico do governo pelas leis pode ser formulado como uma exigência da acção política, de tal modo que se «designam como lei apenas os preceitos da razão» (*Leis*, 714 A) e a lei «ela própria é o soberano absoluto sobre os governantes, e os governantes são apenas servos dóceis da lei», como é próprio da república (715 C).

O confronto entre a estabilidade da lei e a instabilidade dos juízos humanos aparece igualmente como justificação para a vantagem do governo pelas leis. Elas são um limite ao poder dos reis e um limite

ao poder dos juízes. São, portanto, uma garantia para a sociedade política e para os seus membros.

Assim se compreende a imagem metafórica de Sêneca, longamente presente na iconografia e na literatura ocidental, que vê as leis como muros das cidades, sem as quais se não conservam nem duram.

Uma máxima aristotélica é repetida e utilizada como princípio orientador nesta matéria: «é melhor ordenar leis do que deixar tudo ao arbítrio dos juízes» (Aristóteles, *Retórica*, 1). E, na *Política*, a propósito das leis e práticas salutares das repúblicas, Aristóteles expõe: «Num Estado bem ordenado deve, portanto, observar-se com cuidado que nada aí se faça contra as leis e os costumes e sobretudo ter em atenção, desde o princípio, os abusos, por pequenos que sejam» (*Política*, IV, 17).

Fragmentos da obra de Aristóteles, ao lado de textos de Sêneca e de Cícero, são algumas das fontes do pensamento político medieval. A sua influência vai ser marcante sobretudo a partir do século XIII, com a redescoberta de textos até então desconhecidos, nas obras que intencionalmente são escritas para descrever a organização política e apontar caminhos novos no modo de exercício do poder. Na literatura política, em especial, desenvolvem-se durante o crepúsculo medieval dois tipos de obras: os espelhos de reis, de um lado, obras a um tempo descritivas da situação existente e preceptivas da ética política; e uma literatura pedagógica, os livros de educação de príncipes.

#### Legisladores e Juízes

É naqueles autores clássicos da filosofia política ocidental que se inspira S. Tomás de Aquino para expor na *Suma Teológica* os argumentos decisivos para a preferência do governo pelas leis: a maior facilidade em encontrar sábios para a redacção da lei do que os muitos juízes necessários para a sua aplicação; porque a lei é elaborada tendo em atenção muitos casos e não um só caso isolado; e, finalmente, porque enquanto os legisladores julgam do geral e para o futuro, os juízes julgam coisas presentes e para uma situação concreta (I-II, q. 95, art. 1.<sup>o</sup>). Daqui surge uma conclusão precisa: «como a justiça animada do juiz não se encontra em muitos, e é flexível, é necessário, sempre que for possível, seja determinado por lei como se deva julgar, deixando pouquíssima margem ao arbítrio humano».

É a esta luz que devemos compreender a definição de lei formulada pelo Anjo das Escolas: ordenação da razão humana para o bem

comum promulgada por aquele que tem a seu cargo o governo da comunidade (*Suma Teológica*, I-II, q. 90, art. 1.<sup>o</sup>).

Nesta noção de lei humana destacamos a primeira afirmação: a lei é uma manifestação racional que se dirige à satisfação de certos fins. A razão constitui, assim, a essência da lei, embora a lei não se esgote nesta manifestação racional: ela é o produto de um legislador e, nesta medida, é igualmente uma manifestação de um acto de vontade (*Suma Teológica*, I-II, q. 90, art.3.<sup>o</sup>). Deste modo, a lei é igualmente um acto de *imperium*, um acto de comando, de modo a aliar ao elemento racional o poder de obrigar: desprovida de império a lei seria ineficaz, mas sem razão seria apenas um acto de força. Por isso é determinante a ideia segundo a qual a lei visa satisfazer fins, o primeiro dos quais é o bem comum, definido como o conjunto das condições de vida humana em sociedade que permite aos homens atingir a perfeição (*Suma Teológica*, I-II, q. 90, art. 2.<sup>o</sup>).

**Bem comum**

Daqui este critério de ver a lei como um caminho, o justo caminho ou o caminho recto, e o legislador como aquele que indica o caminho, como o pastor ou ainda o piloto dos seus povos. Trata-se de uma metáfora longamente presente na arte e na literatura ocidentais.

A ideia de caminho recto ou direito aparece formulada na versão portuguesa elaborada pelo Infante D. Pedro do *Livro dos Ofícios* de Cícero, numa identificação conceptual entre leis e a ideia de direito:

*«... a razão de ordenarem as leis e os reis, por que o direito sempre é buscado por se guardar direitura; e doutra guisa não seria direito»<sup>3</sup>.*

A imagem do governante justo é a do piloto que conduz o navio a bom porto (S. Tomás, *Regimento de Príncipes*, II, 3) ou ainda a do rei que guia o seu povo (Álvaro Pais, *Espelho dos Reis*, I, p. 153; *Leal Conselheiro*, Capítulo L ss.). Trata-se de uma imagem duradoura.

A definição de quem é o legislador liga-se ao modo de organização da comunidade política, monárquica, aristocrática ou democrática. O respectivo estatuto depende da natureza do regime.

<sup>3</sup> Joseph M. Piel, *Livro dos Ofícios de Marco Tullio Ciceram o qual tornou em linguagem o Infante D. Pedro, Duque de Coimbra*, Acta Universitatis Conimbrigensis, 1948, p. 118.

**Lei animada**

De outro modo, encontra-se nos tratadistas medievais a conclusão acerca da ligação entre os príncipes e as suas leis, formulada para demonstrar a necessária coincidência entre a pessoa do governante e as suas decisões. Autor de um dos mais importantes livros medievais de regimentos de príncipes, Frei Gil de Roma formula uma célebre imagem das relações entre o rei e a lei, em que o *príncipe é a lei animada e a lei é o príncipe inanimado*, metáfora que é completada pela conclusão de ser a coisa animada superior à inanimada, isto é, que o príncipe é superior à lei<sup>4</sup>.

Se a lição é, portanto, a do «governo pelas leis», não podemos perder o vista o ensinamento do mesmo Frei Gil de Roma, no sentido de os reis elaborarem leis o mais precisas possível, de modo a deixarem o mínimo de situações ao poder discricionário e arbitrário dos juízes<sup>5</sup>.

Esta preferência pela lei não pode ser confundida com legalismo, por decorrer do ponto de partida antes assinalado da necessidade de leis para o governo da sociedade.

A difícil conciliação entre uma perspectiva legalista do exercício do poder e o desenho das virtudes do rei – prudência e constância, misericórdia e piedade – explica que o tópico do governo pelas leis não seja identificado com legalismo.

**III. Lei e virtude**

Detectamos três grandes endereços nesta reflexão moral da acção política: a moral fundada no desejo de poder e de vingança; a moral baseada no amor – presente em clássicos da patrística cristã e na teologia política franciscana; a moral baseada na virtude individual – exposta nos tratados dos ofícios tanto dos estóicos antigos como de Séneca.

A moral baseada no amor encontra-se sobretudo expressa nas obras da teologia moral franciscana e, em especial, em Santo António.

---

<sup>4</sup> Egídio Romano, Frei Gil de Roma ou Egídio Colonna, *De Regimine Principum*, Romae, Bartholomeum Zannettum, 1607, p. 79.

<sup>5</sup> *Regimento de príncipes*, citado, pp. 506 ss.

Já este aspecto particular do senequismo penetra na obra dos príncipes de Avis, como D. Pedro e D. Duarte.

Na filosofia jurídica medieval o plano metafísico faz-se sentir como síntese valorativa tanto da filosofia do acto como da acção. A exigência estóica, aristotélica e cristã de uma ética da acção humana, de que a acção política é apenas uma das manifestações, não pode ser compreendida em ruptura com outras manifestações do agir humano.

A ligação permanente entre o plano da virtude e o tema da lei introduz uma outra dimensão essencial da filosofia do direito e da política: se os governantes podem exigir dos súbditos um comportamento virtuoso.

Tópico escolástico por excelência, sempre discutido pela tradição política ocidental, na doutrina tomista encontramos os dois elementos de uma mesma percepção: o rei deve esforçar-se para que o seu povo viva uma vida virtuosa; do mesmo modo, o rei deve servir de exemplo<sup>6</sup>.

**Virtude**

É ainda no regimento de príncipes do Anjo das Escolas que se definem as condições da vida moral dos indivíduos e das multidões. São duas as condições para uma vida moral: agir segundo a virtude e suficiência dos bens corpóreos cujo uso é necessário ao exercício da virtude. E são três as condições para uma vida moral da multidão: estar a multidão fundada na paz, dirigida a proceder bem e abundância de bens, por indústria do governante. Pelo que, conclui-se, constituída a boa vida na multidão, deve tratar-se da sua conservação.

Ora, a conservação da sociedade exige a aprovação de leis.

Deste modo, as leis aprovadas para conservação da sociedade vão defrontar-se com os obstáculos à permanência do bem comum: em primeiro lugar, a natureza do homem e da sociedade, necessariamente temporários, pelo que os homens não estão preparados para realizar sempre a mesma função, perante a ideia de perpetuidade do bem público; em segundo lugar, a perversidade das vontades, isto é, o mal e a maldade humanas; finalmente, as incursões dos inimigos.

---

<sup>6</sup> São Tomás de Aquino, *Do Governo dos Príncipes ao Rei de Cipro seguido do opusculo Do Governo dos Judeus à Duqueza de Brabante*, trad. de A. Veiga dos Santos, pref. de L. Acker, ABC, s.l., s.d., pp. 105 ss.



*A Lei da Liberdade* constitui uma introdução histórica à teoria da lei, ao pensamento jurídico e à filosofia do Direito e do Estado nas épocas medieval e moderna.

Este primeiro volume é dedicado às épocas medieval e moderna e será continuado por um segundo volume respeitante à época contemporânea e por um terceiro relativo aos problemas actuais do pensamento jurídico.

O tema da lei e a sua ligação com a liberdade são o fio condutor da exposição: a liberdade como fundamento da lei e a lei como medida da liberdade.

António Pedro Barbas Homem é Doutor em Direito e Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

ISBN 972-8500-45-9



9 789728 150045 >

