

Direito Prudencial - Enquadramento Geral

Direito Prudencial: trata-se da ordem normativa criada pelos prudentes, ou seja, pelos que conhecem o direito, o justo e o injusto; por aqueles cuja autoridade (auctoritas) lhes permite declarar a verdade jurídica nos casos concretos.

A *luris prudentia* baseia-se na *auctoritas* (no saber socialmente reconhecido, desprovido de poder), diferentemente que assenta no poder, na potestas.

O direito prudencial conheceu na Idade Média alto grau de desenvolvimento e florescimento, ficando conhecido como “o reinado dos juristas”, devido a algumas circunstâncias, tais como:

- a deficiência do direito existente;
- as lacunas do ordenamento jurídico;
- a indispensável construção de um sistema jurídico que respondesse à evolução social, política e económica.

A vulgarização do Direito Romano

Com a expansão romana, o direito romano implantou-se de diversas formas pelo território, devido à sua concepção personalista, em que o *populus romanum* regia-se pelo *ius civile* e os restantes por direito próprio, e entre os dois havia o *direito gentium*.

Com a formação dos impérios Ocidental e Oriental, e sucessiva divisão, vão originar duas ordens jurídicas diferentes.

Na parte Oriental vai aparecer o direito *Justianeu* que dará origem ao *Corpus Ius Civilis*, devido às relações que Bizâncio tinha com os Gregos e das ideias dos segundos que foram transpostas para a sociedade romana.

A **compilação Justianeia** continha:

- O **Codex** (Código): colecção de leis divididas em 12 livros. Promulgada em 529.
- O **Digestum** (Digesto) ou *Pandectas*: promulgado em 533 e constituído por *iura* (doutrina dos jurisconsultos) e repartido por 50 livros:
 - 1- As **Institutiones** (Instituições): manuais escolares de aprendizagem de *dro*.
 - 2- As **Novellae** (Novelas): conjunto de Constituições posteriores a Justiniano.

Na parte Ocidental, a vulgarização vai sempre aumentando. Os Bizantinos controlaram a maior parte do território europeu a ocidente que passaram a reger-se pelas leis bárbaras, pelo direito canónico e pelo costume, apagando por completo a obra justianeia.

Processo de renascença do Direito Romano:

No início do séc IX, a Itália redescobre o direito justiniano, e que sobre ele os juristas medievais erguerão um vasto labor interpretativo de adaptação e criação, com vista a ministrarem à sociedade do tempo os instrumentos jurídicos adequados.

As razões que estiveram na redescoberta do Dto justiniano em Itália:

- A recriação do Império, na pessoa de Carlos Magno e a sua transferência para a linhagem dos Francos.
- O desenvolvimento da estrutura eclesial e do respectivo direito canónico.
- A emergência da realidade política representada pelas cidades-estado em Itália.

Estes factores demonstram que o renascimento do direito romano resulta de um processo prolongado no tempo e não de um fenómeno histórico identificado como um momento concreto.

Primeiramente apareceu o Digesto Velho (livros I a XXIV), seguido do Digesto Novo (livros XXXIX a L) e o Digesto esforçado (livros XXIV a XXXVIII).

As escolas jurisprudenciais na Idade Média:

Existiram 2 escolas sucessivas:

- **A dos Glosadores:** início com Irnério (séc XII) e terminou com Acúrsio, cuja obra máxima, a Magna Glosa, elaborada em 1230, que marca o respectivo termo.

Irnério iniciou o estudo do direito, fazendo dele também objecto de investigação e análise do direito Justiano.

Acúrsio: Compilou matéria de direito que compilou em 96 mil glosas que foram aglomeradas ao Digesto.



Fonte de Direito referencial histórica

- **A dos Comentadores:** Início nas obras de Jacques de Révigny, teve o seu apogeu no séc XIV entrando em declínio com a crítica dos humanistas (séc XV e XVI).

Em Portugal, a influência de Bartolo foi muito importante.

Ligação da jurisprudência à Universidade:

A grande maioria dos juristas das escolas da Idade Média é composta por professores. O fenómeno do renascimento do direito romano constitui um processo essencialmente universitário. Algumas Universidades: Bolonha, Oxford (1170); Arezzo (1215); Lisboa-Coimbra (1288-1290).

Os professores e os estudantes transitavam de universidade em universidade consoante as suas pretensões pessoais. Possibilitava este universalismo o facto de o ensino ser feito numa língua cultivada em comum – o latim - de versar sobre os mesmos textos – o justinianeus.

Os géneros literários nas escolas jurisprudenciais:

- **A Glosa:** explicação singular de termos, conceitos ou passos de um escrito.

Aos Glosadores ficava a cargo a interpretação da letra dos textos.

Aos Comentadores, a preocupação com o sentido ou espírito e o respectivo enquadramento sistemático.

- **Apparatus:** trata-se de uma forma literária tipicamente decorrente da Glosa e compõe-se de uma série de glosas às palavras de um texto entre si ligadas, por forma a dar uma interpretação completa do manual interpretado.

- **Summulae:** pequenos escritos nos quais se sumaria o conteúdo de todo um livro, do título ou de parte deste.

- **Summae:** exposição sistemática, feita com propósitos compendários e ao menos tendencialmente integrais, de uma parte, de um título ou de um livro.

- **Solutiones contrarietatum:** colecção de argumentos opostos sobre um tema, representam um produto identificável já ao nível da glosa, nomeadamente com Búlgaro.

- **Brocarda:** conjunto de opiniões formuladas.

- **Notabilia:** colecções de aforismos contrários aos brocarda pela circunstância de com eles se enunciarem conceitos jurídicos.

- **Distinctiones:** género consagrado nas glosas e correspondente, aliás, à propensão dominante do espírito medieval para dividir e subdividir, de forma a situar as noções, correlacionando-as a fim de suprimir eventuais contradições.

- **Quaestio:** este género literário – talvez o mais complexo e interessante – corresponde a uma forma dialogada, e portanto, ao princípio da contradictio como instrumento de apuramento da verdade.

Síntese:

O Corpus justinianeus representava a ordem normativa de um Imperador.

O Direito romano apresenta-se como direito comum (ius commune) que ao longo dos séculos que decorrem desde Irnério até ao fim da Idade Média, resulta, não do poder imperial, mas do trabalho científico dos prudentes que o impõem como “lei de todos” (lex omnium generalis).

É precisamente por influência dos doutores que o direito romano justiniano será reelaborado em termos de adequação às necessidades medievais, de tal modo que adquire novo sentido.

Os juristas maneja-lo-ão em concomitância com o direito canónico e com os direitos locais – iura própria – para obterem um ordenamento eficaz em termos de realidade. Estabelecem, com base no direito romano, uma interpretação de ordenamentos jurídicos de que sairá esse quase terceiro género que é o **ius commune**. O direito comum é o direito romano ampliado, modificado, transformado pela interpretatio doctorum, mas direito romano.

Tal foi o direito – e tais os seus factores – que, materialmente recebido em Portugal – num fenómeno de aculturação extremamente significativo e transcendente relativamente ao país – será formalmente teorizado pelos nossos monarcas como inerente à respectiva potestas, e assim deles dependente (ius regni).

Direito Prudencial: Especificação do caso Português

A primeira cultura jurídica portuguesa. Os primeiros vestígios do conhecimento do “ius romanum” na forma bolonhesa:

Numa época em que a cultura do direito romano, renovado pelos glosadores, tomava tão grande incremento em todo o Ocidente europeu, convenceu-se de que ele se comunicaria também a Portugal, pouco depois do seu renascimento na escola de Bolonha. Anota-se a existência de legistas (magistri) à frente da chancelaria régia logo nos primeiros reinados como são os casos dos mestres Alberto e Julião. (factos inconclusivos do dto justiniano)

A primeira prova incontestada do conhecimento do direito romano justiniano em Portugal, foi o testamento do Bispo do Porto, D. Fernando Martins (1185), em que deixa à Igreja do Porto e de Braga os manuais justinianos. Este testamento não comprovando a penetração do direito romano-bolonhês, constitui um marco importante na medida em que figura o Digesto no testamento.

A chamada “recepção” do “ius romanum”:

Primeiro é necessário confirmar o sentido da expressão recepção.

Recepção, usa-se no sentido de difusão, como no de influência e também no sentido mais preciso e técnico de recebimento de uma ordem jurídica noutra ordem jurídica distinta.

A recepção do ius romanum atenta numa lei recolhida nas **Ordenações Afonsinas (início do séc XIII)**, onde figura como de Afonso II, relativa à suspensão das penas de morte e mutilação de membros, é inspirada no Código de Justiniano.

No reinado de D. Afonso II e do seu filho (D. João III), o direito justiniano ganha aplicabilidade directa. Com esta asserção, entramos de pleno no problema da recepção do direito de justiniano no sentido da sua vigência como ordenamento normativo directamente aplicável.

No reinado de D. Dinis (1279-1325), também há referências da recepção do direito justiniano em Portugal.

Seja qual for o primeiro ponto de recepção, o certo é que o direito romano se sobrepôs ao direito nacional, contudo para se chegar a este resultado, houve uma progressiva penetração da cultura romanista em Portugal de que o primeiro indício seguro é o de D. Fernando Martins.

As provas deste fenómeno cultural são:

- Notícias de várias dezenas de volumes de direito romano existentes em bibliotecas nacionais medievais.

- Alusões a obras dos glosadores, nomeadamente de Búlgaro, de Odofredo e Acúrsio.

Para estes resultados contribuíram os juristas portugueses que foram estudar em Bolonha e outras cidades europeias, bem como os juristas italianos que passaram a Portugal, entre os quais um parente próximo de Acúrsio.

A fundação do Estudo Geral, raiz da futura universidade Lisboa-Coimbra, por D. Dinis, no final do séc XII, conferirá ao processo que se vem folheando o impulso decisivo. (antes do Estudo Geral, o ensino estava circunscrito às escolas das catedrais do Porto, Braga e Coimbra, onde havia fortes indícios de recepção do *ius romanum*).

O estudo Dionísio conferia, entre outras, as licenciaturas em direito canónico e direito civil e dava-lhes a possibilidade de ensinar as matérias em qualquer parte.

Mediação Castelhana. Obras doutriniais de Jácomo Ruiz. As Partidas e a aplicação do direito romano.

A difusão do direito romano em Portugal não se deu somente através de um processo de recepção directa. Há que contar também com os veículos intermediários, de salientar, o direito canónico e o direito castelhana. Os principais monumentos da ordem jurídica do país vizinho que tiveram reflexos em Portugal, através dos textos castelhanos, não era puro, mas vinha filtrado através de vários textos literários e jurídicos, merecendo especial menção a glosa de Acúrsio e o “sete partilhas”.

Referência à “*iurisdictio imperii*” e fundamento da vigência do direito romano.

Foi pelo labor dos juristas e através do veículo difusor constituído por outras ordens normativas que se deu o fenómeno da recepção do direito romano em Portugal. Este processo nasce, assim, à margem do poder político, mas que este acabará por acolher, já por sem ir reflectir na sua própria legislação, e admiti-lo como direito preferencial.

O direito romano sendo, porém, direito cesáreo não terá recebimento em Portugal como manifestação de uma superioridade do Império, da jurisdição do Império (*iurisdictio imperii*). Se o imperador se arroga a qualidade de senhor universal (*dominus orbis*), os monarcas portugueses repudiam, todavia, qualquer dependência de facto ou de direito. O direito romano adquire vigência não pela razão do Império, mas pelo Império da razão.

Na idade Média e em Portugal, a legitimidade da vigência do direito romano decorre da ideia de continuidade dos poderes políticos – entre o poder dos imperadores e dos monarcas portugueses. Por serem eles os titulares do *ius romanum*, em sucessão dos imperadores, sempre se sentiram livres para o afastarem ou o proclamarem quando assim o entendessem. Este modo de encarar o problema está em perfeita consonância com a fórmula: “o rei no seu reino é imperador”.

Importa acentuar que o processo português é, neste capítulo, essencialmente idêntico ao dos outros países europeus. Também em Portugal, o direito romano medieval é um direito configurado sobre a ordem justinianeira pela interpretação dos doutores (*interpretatio doctorum*) ou pela ciência dos prudentes (*sciencia prudentium*). De tal forma que se chega a sentir a necessidade de anotar as leis em que se recorre ao direito canónico e ao direito romano a opinião divergente de alguns doutores.

Não falta sequer em Portugal a terminologia própria do processo – direito comum (*ius commune*).

Séc XVII

Com o aparecimento de Marquês de Pombal, que alterou as fontes do direito patrium, com o pretexto de acompanhar as tendências dos países europeus, o direito romano justinianeu tinha de ser conforme o direito patrium. Consequências:

- Os Dto Prudencial (*Acúrsio*; a *Glosa*) deixam de ser fonte de direito em Portugal, por imposição da Lei da Boa Razão criada pelo Marquês que o proibia.

Esta imposição limitou a as actividades do sistema judicial português, fazendo com que não houvesse lugar à aplicação do decreto pombalino, devido ao entendimento dos magistrados de que o Dto Jurisprudencial era o único instrumento pelo qual se poderiam reger.

Notas:

O direito romano justinianeu = Dto Bizantino

O direito Justinianeu foi fonte de direito em Portugal entre finais do séc XII, inícios do séc XIII até ao Código de Seabra de 1867.