HISTÓRIA DO DIREITO - 2ª FREQUÊNCIA

RESUMOS DAS MATÉRIAS

INTRODUÇÃO

A divisão histórica do direito português em períodos tem sido encarada a partir de critérios diversos. De acordo com o pensamento do Prof. Almeida Costa (tese adoptada no curso), distinguem-se, desde os alvares da nacionalidade até à época presente, **três ciclos básicos**: a) o período da individualização do direito português; b) o período do direito português de inspiração romano-canónica; c) o período da formação do direito português moderno. **O período da individualização do direito português**, decorre da fundação da nacionalidade (concretamente do ano em que D. Afonso Henriques se intitulou rei), aos começos do reinado de Afonso III, isto é, desde 1140 até 1248; à independência política de Portugal não correspondeu, de imediato, uma autonomia do direito; assiste-se, por isso, neste período, à introdução lenta das fontes tipicamente portuguesas. **O período do direito português de inspiração romano-canónica**, inicia-se em meados do século XIII prolongando-se até à segunda metade do século XVIII; corresponde-lhe a força da penetração do chamado direito comum (“ius commune”); subdivide-se em dois períodos: **a época da recepção do direito romano renascido e do direito canónico renovado (direito comum)** e **a época das Ordenações**. **O período da formação do direito português moderno**, tem o seu começo com o consulado do Marquês de Pombal (associando-se esta viragem jurídica a dois importantes factos: a Lei da Boa Razão, em 1769 e o da Estatutos da Universidade, em 1772), até à actualidade; subdivide-se em três períodos: a) **a época do jusnaturalismo racionalista**; b) **a época do individualismo** (também designada por época liberal); c) **a época do direito social**.

I - PERÍODO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DO DIREITO PORTUGUÊS

Inicia-se com a fundação da nacionalidade, em 1140, prolongando-se até ao reinado de D. Afonso III. É uma fase caracterizada pela continuação básica do quadro jurídico estabelecido, ou seja, pela ascendência das **fontes do direito leonês** (recorde-se que Portugal resulta do desmembramento do Reino de Leão), que se mantiveram em vigor nos primórdios da nacionalidade; alguns exemplos dessas fontes: **1 - Código Visigótico**: as alusões a este normativo encontram-se em algumas citações anteriores e posteriores à nacionalidade, e, tanto podem dizer respeito a meras reminiscências ou fórmulas eruditas dos tabeliães não tradutoras de uma verdadeira aplicação daquela fonte, como, pelo contrário, serem testemunhos de vigência efectiva dos seus preceitos; o ambiente jurídico da época era propício a tais discrepâncias; as referências a esta fonte começam a escassear a partir do início do século XIII, devendo-se tal ocorrência, à oposição de preceitos consuetudinários locais e, sobretudo, à medida que a legislação geral e a eficácia do direito romano-canónico se foram incrementando. **2 - Leis dimanadas das Cúrias e dos Concílios**: outras fontes de direito anteriores à nacionalidade que se mantiveram no território português (destacam-se a Cúria de Leão em 1017 e os Concílios de Coiança em 1055 e Oviedo em 1115); **Cúria**, filiação da Aula Régia visigótica, era um **órgão auxiliar do rei que tinha**, por isso, um carácter eminentemente político; os **Concílios** caracterizavam-se pela sua natureza eclesiástica; contudo, os altos dignitários da Igreja, não raras vezes, tinham assento nas Cúrias, o que se percebe facilmente face às circunstâncias da época. **3 - Forais de terras portuguesas anteriores à independência**: também continuaram a ter eficácia, depois da fundação da nacionalidade, os forais outorgados pelos monarcas leoneses (exemplos: S. João da Pesqueira, Penela, Paredes, Anciães, Santarém, Linhares) a algumas localidades que se vieram a transformar em território português; recorda-se a definição de **foral ou carta de foral**, como o diploma concedido pelo rei, ou por um senhorio laico ou eclesiástico, a determinada terra, contendo normas que disciplinam as relações dos povoadores ou habitantes, entre si, e destes com a entidade outorgante; o foral representa a espécie mais significativa das chamadas **cartas de privilégio**, distinguindo-se das cartas de povoação, justamente, por se dirigirem a um

destinatário concreto; primeiramente, observa-se documentos muito rudimentares, que se baseiam fundamentalmente em contratos agrários colectivos, onde avulta o intuito de povoar o que está ermo, ou, tão-só, atrair mão-de-obra para locais já habitados - são as cartas de povoação (são uma espécie de “contratos de adesão”); Alexandre Herculano adopta, a respeito desta matéria, uma posição restritiva do conceito de foral; na sua perspectiva, apenas se qualifica de forais, os diplomas que conferem existência jurídica a um município, iniciada que seja, por uma qualquer magistratura própria e privativa; Paulo Merêa, contesta este ponto de vista, desvalorizando a questão das magistraturas municipais; daqui se conclui, que o conteúdo dos forais são variáveis podendo disciplinar diferentes matérias: liberdades e garantias das pessoas e dos bens dos povoadores; impostos e tributos; composições e multas devidas pelos diversos delitos; imunidades colectivas; serviço militar; encargos e privilégios dos cavaleiros vilãos; ónus e provas judiciais; aproveitamento de terrenos comuns; citações, arrestos e fianças; em suma, incluem-se principalmente normas de direito público. **O costume**: conservou entre nós a sua vigência anterior; o direito privado, designadamente, tinha como fonte principal ou quase exclusiva o costume, que prosseguia a linha das normas consuetudinárias leonesas; o conceito de costume, nesta época, era utilizado em sentido muito amplo ou residual; isto é, abrange todas as fontes de direito tradicionais que não tenham carácter legislativo; incluem-se as sentenças da Cúria Régia (posteriormente designadas costumes da Corte), de juizes municipais, de juizes arbitrais (nomeados por acordo das partes) cujas decisões revestiam precedentes vinculativos e pareceres de juristas consagrados.

NOTA:

- Divisão dos forais de acordo com Alexandre Herculano: concelhos **rudimentares** - apenas existem magistrados ou fiscais; **concelhos imperfeitos** - já existe um magistrado judicial (são imperfeitos atendendo à forma de apresentação e estruturação de órgãos do município); **concelhos perfeitos ou completos** - magistratura colegial de dois ou mais juizes (estes declaram a existência do direito e possuíam capacidade coerciva).

Ao lado destas antigas fontes de direito, herdadas como se referiu do Estado leonês, começaram a surgir outras tipicamente portuguesas, se não quanto ao seu conteúdo, pelo menos, do ponto de vista formal (e a penas formal, na medida de em que ainda não se pode falar de uma identidade cultural e, muito menos ainda, de uma consciência jurídica - a autonomia material surgiria, apenas, com as Ordenações). **A elas se deve a progressiva individualização ou autonomização do sistema jurídico do nosso país**. A saber: **1 - Leis gerais dos primeiros monarcas**: os primórdios da nacionalidade não permitiram aos monarcas (certamente mais preocupados com problemas decorrentes da consolidação da independência, da definição dos limites territoriais e acções de fomento), dispensar muito tempo a matérias legislativas conducentes, de imediato, à constituição de uma personalidade relevante ao direito português; contudo, sabe-se por via indirecta (referência em bulas papais) da existência de uma lei de D. Afonso Henriques; de igual modo relativamente a Sancho I; com Afonso II surge a legislação laboral e começa a desenhar-se a tendência de o monarca sobrepôr as leis aos preceitos consuetudinários que se considerem inconvenientes; tais disposições apresentam uma certa ligação e sistematização, não formando, contudo, um corpo legislativo unitário - são, todavia, um conjunto de preceitos organizados com algum método; aqui se inclui uma norma, na qual se consagra uma solução para dirimir conflitos surgidos entre o direito canónico e as leis do Reino em que se dá primazia ao primeiro. **2 - Forais**: compensando a escassez de leis gerais, abundam nesta época, as fontes de direito local, onde assumem particular relevância os forais e as cartas de povoação; tal facto tem uma explicação lógica: as preocupações de conquista e de povoamento das terras constituíam, em última análise, uma defesa contra as investidas sarracenas e as ameaças leonesas - os forais e as cartas de povoação são, sem dúvida, até Afonso III, uma das mais importantes fontes de direito português. **Concórdias e concordatas**: são acordos efectuados entre o rei e as autoridades eclesiásticas, comprometendo-se, reciprocamente, a reconhecer direitos e obrigações relativos ao Estado e à Igreja; distinguem-se aqueles dois conceitos da seguinte forma: as concórdias derivam de negociações entre o rei e as autoridades eclesiásticas nacionais; as concordatas (ainda hoje assim se denominam) implicam negociações com o Papa.

Resulta do exposto, que o direito português, até meados do século XIII, **teve uma base consuetudinária e foraleira**; por outro lado, o esforço de fomento social e económico conduzia à **difusão de fontes de direito local**, assumindo relevo, as **cartas de povoação e os forais**. Trata-se assim, de um sistema jurídico rudimentar, altamente influenciado por uma **amalgama de culturas**, donde se destacam os preceitos do chamado **direito romano vulgar** (em virtude da permanência romana na Hispânia), de **influências canónicas** (indirectamente, por via da legislação romana posterior a Constantino, directamente, na época medieval), **costumes germânicos** (influência de Suevos e de Visigodos), **influência árabe** e outras, como a **franca**, motivada principalmente pelas colónias estabelecidas no solo peninsular. Acresce uma referência ao **empirismo** que presidia à criação jurídica, orientada, no âmbito do direito privado, fundamentalmente, pelos tabeliães, através dos contratos e outros actos que elaboravam, não existindo, via de regra, preceitos gerais individualizadores dos vários institutos - são as **chamadas escrituras tabeliônicas**, redigidas de acordo com a vontade concreta dos outorgantes que modelam os negócios jurídicos.

Impõe-se uma alusão **aos contratos de exploração agrícola e indústrias conexas**, visto que constituíam uma das traves mestras da vida económica e social medieval; destacam-se duas importantes modalidades: a **enfiteuse** (mais tarde também designada por aforamento ou emprazamento), que consistia num **contrato pelo qual se operava a repartição, entre os contraentes, daquilo a que a ciência do direito chamaria mais tarde “domínio directo” e “domínio útil” de um prédio**; o primeiro pertencia ao senhorio e traduzia-se essencialmente na faculdade de receber do forerio ou enfiteuta, a quem cabia o domínio útil, **uma pensão anual** (foro ou cânon), em regra consistindo numa parte proporcional dos frutos que o prédio produzia; este instituto teve uma vasta importância para o cultivo das terras ainda não arroteadas ou insuficientemente produtivas, visto que caracterizava o negócio o encargo assumido pelo agricultor de aplicar diligente esforço no seu aproveitamento; entre as faculdades compreendidas no domínio útil do enfiteuta contava-se a de alienar a respectiva posição a terceiro, com ou sem direito de preferência do senhorio; a **complantação**, derivava igualmente das mesmas necessidades económico-sociais e jurídicas; contudo, o trabalho e a propriedade da terra equilibram-se de modo diverso; **o proprietário de um terreno cedia-o a um agricultor para que o fertilizasse**, em regra, com a plantação de vinhas ou de outras espécies duradouras; uma vez decorrido o prazo estabelecido, que variava de quatro a oito anos, **procedia-se à divisão do prédio entre ambos**, geralmente em partes iguais.

Além destes institutos, que se dirigiam à exploração agrícola ou a indústrias conexas, desenvolveram-se, um pouco mais tarde, outros dois negócios que, embora tendo igualmente a terra por objecto, desempenharam uma relevante **função de crédito ou financeira**. A saber: o contrato de **compra e venda de rendas (mais tarde denominado por censo consignativo)**, ao abrigo do qual, o proprietário de um prédio, carecido de capitais, **cedia a uma pessoa que deles dispusesse**, em compensação de determinada soma para sempre recebida, **o direito a uma prestação monetária anual imposta como encargo sobre esse prédio**; o negócio representava uma forma de investimento que teve função análoga ao empréstimo a juros, sem que fosse proibido pela usura; o **penhor imobiliário**, que previa a transmissão do prédio pelo proprietário-devedor ao seu credor com vários objectivos: desde o de pura função de garantia e de compensação da cedência do capital, até ao de lhe proporcionar o reembolso progressivo da dívida, que se ia amortizando com o desfrute do prédio.

NOTA:

- ao desenvolvimento destes dois institutos (compra e venda de rendas e penhor imobiliário) não foi estranha a proibição canónica e civil da usura ou mútuo oneroso.

II - PERÍODO DO DIREITO PORTUGUÊS DE INSPIRAÇÃO ROMANO-CANÓNICA

1. ÉPOCA DA RECEPÇÃO DO DIREITO ROMANO RENASCIDO E DO DIREITO CANÓNICO RENOVADO (DIORITE COMUM)

1.1. O direito romano justinianeu desde o século VI até ao século XI

Entra-se neste período num ciclo da história jurídica portuguesa profundamente influenciada pela revitalização do direito romano justiniano, que se inicia em Itália ainda durante o século XI; marco relevante desta época, é sem dúvida alguma, o novo interesse teórico e prático pelas colectâneas do Corpus Iuris Civilis; a este fenómeno se atribui o nome de **renascimento do direito romano**. Esta designação não é inteiramente pacífica, porquanto a terminologia “renascimento” faz pressupor que o direito romano justiniano tenha deixado, em absoluto, de ser conhecido, estudado e aplicado (o direito justiniano vigorou sempre no Império do Oriente e terá sobrevivido em alguns locais do Ocidente). As colectâneas justinianas chegaram ao mundo ocidental por volta do século VI, sendo conservadas e até analisadas nos centros de cultura eclesiástica; contudo, isto não significa que durante os primeiros séculos medievos, tenham conseguido uma divulgação notória ou alcance efectivo. É, justamente para assinalar o contraste entre essa modesta difusão ou indiferença, e o interesse decisivo que o seu estudo, já com antecedentes no século XI, assume do século XII em diante, que se explica e mesmo justifica a qualificação de renascimento do direito romano; é o ponto de partida de uma longa e diversificada evolução que conduziria à ciência jurídica moderna.

1.2. Pré-renascimento do direito romano

As causas conducentes ao renascimento do direito romano inserem-se num quadro complexo de antecedentes; evoquemos algumas dessas causas:

a) **a restauração do Império do Ocidente, o chamado Sacro Império Romano-Germânico**, cujo sistema jurídico encontrava as suas raízes no direito romano justiniano; sob a égide da Igreja, operou-se, não só essa renovação política, mas também a aplicação do direito das colectâneas justinianas às matérias temporais; o direito romano justiniano vai, a partir da morte de Carlos Magno, assumir um relevante papel no robustecimento da posição imperial perante o Papado; é o período das querelas à volta da questão do Estado, da sua função social e das formas de governo e da orgânica interna da própria Igreja;

b) **o universalismo da fé e do espírito de cruzada**, que unifica os homens acima das fronteiras, da raça e da história; é a exaltação da romanidade, entre os séculos XI e XII, em consequência da interpretação cristã do mundo, associada a um progresso geral da cultura;

c) **a influência dos factores económicos**, traduzida no aumento geral da população, o êxodo do campo, as potencialidades de uma economia citadina com o seu carácter monetário, a sua indústria, o seu comércio, as novas classes sociais; em suma, colocavam-se ao direito questões de redobrada complexidade.

Em conclusão, podemos afirmar, que motivos de natureza política, religiosa, cultural e económica, apontavam para o incremento do estudo do direito romano justiniano; neste contexto, forma-se uma dinâmica que se aceleraria no século XII com os juristas bolonheses. Na Península Ibérica, a recepção do direito romano renascido atrasou-se relativamente à generalidade da Europa; os esforços e os sintomas pré-renascentistas do direito romano, reconduzem-se essencialmente à Itália, o que se compreende, dado que noutras regiões ocidentais, o direito justiniano nunca tivera promulgação oficial, o que o tornava desconhecido.

1.3. Renascimento propriamente dito do direito romano com a Escola de Bolonha ou dos Glosadores

O verdadeiro renascimento do direito romano, isto é, o seu estudo sistemático e a divulgação, em largas dimensões, da obra jurídica justiniana, inicia-se apenas no século XII, com a Escola de Bolonha. Deve-se a **Irnério**, o grande mérito de autonomizar o ensino do direito (até então “misturado” no conjunto da disciplinas que compunham o saber medieval, nomeadamente a lógica e a ética), nas também estudar os textos justinianos numa versão completa e originária, superando os extractos e os resumos da época precedente. A Escola de Bolonha não nasceu logo como uma Universidade; limitou-se a constituir um pequeno centro de ensino baseado nas prelecções de Irnério (“a candeia do direito”, conforme seu cognome); deste modo, ia formando discípulos e o seu prestígio transpôs as fronteiras de Itália, o que fez atrair inúmeros estudantes dos mais variados locais; assim nasce a Universidade, que se veio a tornar no pólo europeu de irradiação da ciência jurídica. A Escola de Bolonha recebe, também, as designações de Escola Imeriana e **de Escola dos Glosadores**; a primeira homenageia o fundador, enquanto a segunda deriva do método científico ou género literário fundamental utilizado por Irnério e seus sequazes, que era a glosa.

Os Glosadores estabeleceram uma divisão das várias partes do Corpus Iuris Civilis (a quem prestam um respeito sagrado) diferente da originária (ver nota abaixo); esta divisão deveu-se, por um lado, ao facto, das colectâneas justinianeias não terem sido conhecidas ao mesmo tempo, e, por outro lado, à variedade e à amplitude muito diversas dessas colectâneas, pelo que a divisão também se justificava a fim de facilitar o seu ensino em cadeiras autónomas.

A glosa, como já se referiu, constituiu o principal instrumento de trabalho dos juristas da Escola dos Glosadores; a glosa consistia num processo de exegese textual já antes utilizado em domínios culturais estranhos ao direito, que de início se cifrava num pequeno esclarecimento imediato, via de regra, numa simples palavra ou expressão, com o objectivo de tornar inteligível algum passo considerado obscuro ou de interpretação duvidosa; eram nótulas ou apostilas tão breves que se inseriam entre as linhas dos manuscritos que continham os preceitos analisados - chamavam-se por isso, **glosas interlineares**. Com o decurso do tempo, estas interpretações tornaram-se mais completas e extensas: passaram a referir-se também, não apenas a um trecho ou a um preceito, mas a todo um título; escreviam-se por isso, nas margens dos textos - daí adveio a designação de **glosas marginais**.

As glosas constituíram apenas um ponto de partida. Ao lado destas, os Glosadores consoante a sua preferência e o seu fôlego, dedicavam-se a outros meios técnicos a que se dá breve conta: as **regulae iuris ou generalia e brocarda** (princípios ou dogmas jurídicos fundamentais), os **casus** (meras exemplificações de início, exposições interpretativas mais tarde), as **dissensiones dominorum** (entendimentos de autores diversos sobre questões jurídicas), as **quaestiones** (as diversas opiniões, favoráveis e desfavoráveis, de certos problemas jurídicos controversos), as **distinctiones** (análise dos vários aspectos em que o tema jurídico em apreço podia ser decomposto) e as **summae** (abordagem completa e sistemática dos temas, apenas ao alcance do Glosadores mais famosos, superando a "littera" que tinha representado o seu primitivo objecto de estudo).

Um aspecto determinante, a propósito do método de trabalho dos Glosadores, é o respeito sagrado que tinham pelo Corpus Iuris Civilis; estudaram-no com uma finalidade prática: a de esclarecer as respectivas normas de forma a poderem aplicá-las às situações concretas; deslumbrava-os a perfeição técnica dos preceitos da colectânea justinianeia, que consideravam a última palavra em matéria legislativa; o papel do jurista, nesta perspectiva, deveria reduzir-se ao esclarecimento de tais preceitos com vista à solução das hipóteses que superasse e muito menos contrariasse as estatuições aí contidas; neste esforço interpretativo, (os Glosadores) nunca se conseguiram desprender suficientemente da letra dos preceitos romanos, chegando a construções inovadoras. É neste último contexto que se lhes dirigem algumas **críticas**: atribui-se-lhes uma profunda ignorância nos domínios filológico e histórico; desconhecaram as circunstâncias em que as normas do direito romano haviam surgido, e isso, levou-os, por vezes, a interpretações inexactas ou à manutenção de realidades desfasadas com os novos tempos; compreende-se que assim tenha sucedido, se recordarmos a sua grande preocupação de estudar os textos justinianeus genuínos e as dificuldades de penetração do sentido desses textos.

A Escola dos Glosadores teve o período áureo no século XII. A partir do século XII, começaram a ser visíveis os **sinais de decadência**; as finalidades a que se haviam proposto estavam esgotadas; já não se estudava directamente o texto da lei justinianeia, mas glosa respectiva; faziam-se glosas de glosas. o legado científico acumulado por gerações sucessivas de juristas vem a ser compilada na **Glosa Ordinária, Magna Glosa ou apenas Glosa; Acúrsio**, um dos expoentes máximos deste movimento, é o seu autor; procedeu a uma selecção das glosas anteriores relativas a todas as partes do Corpus Iuris Civilis, conciliando ou apresentando criticamente as opiniões discordantes mais credenciadas; daí em diante, as cópias do Corpus Iuris Civilis apresentam-se acompanhadas da glosa acursiana; a importância desta obra reflecte-se no facto de ser aplicada nos tribunais dos países do Ocidente europeu ao lado das disposições do Corpus Iuris Civilis; entre nós, constituiu fonte subsidiária de direito conforme disposição expressa nas Ordenações. Com a Magna Glosa encerra-se um importante ciclo da ciência do direito; vai seguir-se-lhe um período de transição para uma nova metodologia que se inicia verdadeiramente no século XIV; os juristas deste período intermédio recebem a designação de pós-acursianos ou pós-glosadores.

NOTA:

- Divisão do Corpus Iuris Civilis adoptada pelos Glosadores:

- 1 - Digesto Velho - Livros I a XXIII, mais os dois primeiros títulos do Livro XXIV
- 2 - Digesto Esforçado - Livros XXIV (desde o título III9 até ao Livro XXXVIII
- 3 - Digesto Novo - Livro XXXIX a Livro L (fim do Digesto)
- 4 - Código (codex) - nove livros
- 5 - Volume Pequeno - três livros.

1.4. Difusão do direito romano justinianeu e da obra dos Glosadores

Dois importantes motivos estão na origem da difusão do direito romano justinianeu e da obra dos Glosadores: a permanência de estudantes estrangeiros em Bolonha e a fundação de Universidades nos vários Estados europeus. A fama de Irnério e seus continuadores expandiu-se rapidamente; Bolonha tornou-se, em pouca décadas, o centro para onde convergia um número avultado de estudantes oriundos de diversos países europeus, muito dos quais eram já possuidores de uma razoável formação jurídica; de volta às suas terras, e graças à especialização obtida em Bolonha, não raras vezes, atingiam posições cimeiras no campo do ensino ou da vida jurídica; em conclusão, pode-se afirmar com segurança, que a introdução do direito romano renascido nos vários países europeus, mais do que a imposições dos poderes públicos, foi sobretudo através da **acção de juristas de formação universitária adquirida em Bolonha**, que encontrou o seu veículo difusor. Todavia, um outro facto concorreu decisivamente para a difusão romanística; se inicialmente, era necessário ir a Itália fazer a aprendizagem jurídica, pouco a pouco, ela tornou-se possível nos diversos países europeus; com efeito, assiste-se durante os séculos XII e XIII, à **criação progressiva de Universidades**, onde se cultivam os ramos do saber que então constituíam o ensino superior; entre estes, figurava o direito canónico e o direito romano das colectâneas justinianeas; saliente-se a propósito, que nesta altura a designação Universidade não tinha ainda o significado actual de escola superior, mas sim o de corporação de mestres e escolares; a origem das Universidades é díspar: as primeiras surgiram espontaneamente, como que consuetudinariamente (“ex consuetudine”); outras resultaram de um desmembramento ou separação de uma outra (“ex secessione”); finalmente, outra ainda, encontra a sua génese, na iniciativa de um soberano (“ex privilegio”). A Península Ibérica não constituiu excepção a este princípio; eram indicadores de introdução do direito romano renascido, já nos finais do século XII, as regiões hispânicas que tinham maior contacto com o resto da Europa - seria o caso da Catalunha; contudo, e em bom rigor, apenas ao longo do século XIII, é que o movimento romanístico atingiu verdadeiramente os países aquém-Pirenéus; em Portugal, não obstante o conhecimento dos textos dos Glosadores por parte de alguns colaboradores dos nossos primeiros reis (Mestre Alberto, chanceler de Afonso Henriques, o Mestre Julião e o Mestre Vicente, são disso exemplo), por força de algum relacionamento com a Itália e a França, não se pode ainda falar de um novo surto jurídico ou de uma recepção efectiva da romanística e da canónica medievais; esta recepção do direito romano renascido foi, portanto, um movimento progressivo e moroso; mais rápido e eficaz nos meios próximo da corte e dos centros de cultura eclesiástica do que nos pequenos núcleos populacionais; para que se possa falar de efectiva recepção do direito romano renascido, torna-se necessária a prova de que este tenha entrado definitivamente na prática dos tribunais e do tabelionato, que exercia influência concreta na vida jurídica do país.

1.5. Factores de penetração do direito romano renascido na esfera jurídica hispânica e portuguesa

Importa agora referir alguns elementos determinantes na penetração do direito romano renascido nos estados Peninsulares; de um modo geral, a recepção desse direito fez-se a partir das mesmas causas verificadas noutros países europeus, assumindo desde logo particular relevância, as já aludidas presenças de estudantes peninsulares em Bolonha e a criação de universidades; citemos então, sucintamente, essas causas:

a) **Estudantes peninsulares em escolas jurídicas italianas e francesas e jurisconsultos estrangeiros na Península** - existem testemunhos de uma presença significativa (desde os começos do século XIII) de estudantes peninsulares, com predomínio de eclesiásticos, em centros italianos e franceses do ensino de direito (as preferências, contudo, recaíam na Universidade de Bolonha); dentro destes legistas e canonistas, vulgarmente apelidados de letrados, atinge particular notoriedade um jurista português: João de Deus; estes letrados, à semelhança do que acontecia com alguns famosos jurisconsultos estrangeiros que ascendiam, muitas vezes, a

chanceleres e conselheiros dos monarcas, acabavam por ocupar lugares destacados do ensino, na carreira eclesiástica e na política;

b) **difusão do Corpus Iuris Civilis e da Glosa** - naturalmente, que os estudantes quando regressavam do estrangeiro, traziam consigo, via de regra, os textos relativos à disciplina que cultivavam; compreende-se deste modo, a enorme difusão e multiplicação do Corpus Iuris Civilis e da respectiva Glosa; tal ocorrência, veio a revelar-se como um instrumento determinante e histórico no incremento do direito comum;

c) **ensino do direito romano nas Universidades** - o surto universitário não tardou a espalhar-se à Península; entre nós, sabe-se que foi no tempo de D. Dinis que surgiu o Estudo Geral (discute-se a data exacta da sua criação, que deve ter ocorrido entre 1288 e 1290); a sede da Universidade foi transferida diversas vezes entre Lisboa e Coimbra, mas o que importa salientar é que os cursos jurídicos ocuparam desde o começo uma posição destacada no âmbito do nosso Estudo Geral (recorde-se a bula do Papa Nicolau IV, de 9 de Agosto de 1290, que confere à nossa Universidade, a possibilidade de licenciar em direito canónico e direito civil, podendo os diplomados ensinar em toda a Cristandade);

d) **legislação e prática jurídica de inspiração romanística** - releva-se a importância da influência do direito comum nas leis e noutras fontes jurídicas nacionais, bem como, ao nível da prática jurídica, com particular incidência no domínio tabeliônico.

e) **obras doutrinárias e legislativas de conteúdo romano** - enquadram-se no movimento global de difusão romanística peninsular, algumas obras jurídicas, de índole doutrinal e legislativa, inicialmente escritas em castelhano e posteriormente traduzidas para português, o que revela a sua importância, inclusive como fontes subsidiárias; salienta-se o Fuero Real, que basicamente consistiu numa compilação das normas jurídicas municipais baseada em preceitos do Código Visigótico, e, as Siete Partidas, que constituíram uma exposição jurídica de carácter enciclopédico, essencialmente inspirada no sistema de direito comum romano-canónico.

1.6. Escola dos Comentadores

Durante o século XIV desenvolveu-se uma nova metodologia jurídica - a Escola dos Comentadores, assim chamada porque os seus representantes utilizavam o **comentário** como instrumento de trabalho característico; à semelhança do que ocorreu com os Glosadores a respeito da glosa. Dois aspectos explicam o aparecimento desta nova orientação do pensamento jurídico: a decadência da Escola dos Glosadores e o prestígio e a generalização do método dialéctico ou escolástico; esta nova filosofia, caracteriza-se, antes do mais, por uma aberta utilização da dialéctica aristotélica no estudo do direito: os novos esquemas de exegese dos textos legais são agora acompanhados de um esforço de sistematização das normas e dos institutos jurídicos muito mais perfeito do que o dos Glosadores; encara-se a matéria jurídica, predominantemente, de uma perspectiva lógico-sistemática e não, sobretudo, exegética; para tanto, articulam-se parâmetros analíticos, filológicos e sintéticos; a atitude dos Comentadores foi de grande pragmatismo - voltaram-se para a dogmática dirigida à solução dos problemas concretos; em vez de estudarem os próprios textos romanos, aplicaram-se, de preferência, às glosas e, depois, aos comentários sucessivos que sobre elas iam sendo elaborados; ao lado de tais elementos, socorreram-se de outras fontes, designadamente de costumes locais, dos direitos estatutários e do direito canónico, chegando assim, à criação de novos institutos e de novos ramos de direito; o período mais criativo dos Comentadores decorre dos começos do século XIV aos meados do século XV, e, tem em **Bártolo** o seu máximo intérprete; assim como Inério simboliza o século XII e Acúrsio o século XIII, Bártolo é o juriconsulto mais famoso do século XV, quer pela sua extensa produtividade, quer pela influência que exerceu; os seus comentários adquiriram prestígio generalizado, tornando-se, não raras vezes, fonte subsidiária de direito no ordenamento jurídico de vários países europeus (em Portugal, as Ordenações determinaram a sua aplicação supletiva ao lado da Glosa de Acúrsio).

Os aspectos básicos da metodologia dos Comentadores foram a utilização dos esquemas mentais dialécticos ou escolásticos, o afastamento crescente da estrita letra dos textos justinianeus, interpretados ou superados de maneira desenvolta, a utilização de um sistema heterogéneo de fontes de direito e o acentuado pragmatismo das soluções. Tudo isto contribuiu decisivamente para um avanço significativo da ciência jurídica e a sua maior conformidade às necessidades da época; daqui resultaram os alicerces de instituições e novas disciplinas que não tinham assento no

direito romano: direito comercial e marítimo, direito internacional privado, direito civil, direito penal e direito processual.

Ao longo da segunda metade do século XV, inicia-se o declínio dos Comentadores; o seu método escolástico tinha permitido descobrir o verdadeiro espírito (“ratio”) dos preceitos legais; no entanto, logo que se passou a um emprego rotineiro, conduziu à estagnação e à mera repetição de argumentos e de autores; segue-se um período de uso e abuso do princípio da autoridade e o excesso de casuismo; os juristas perderam a preocupação da originalidade, limitando-se agora, a enumerar e citar, a propósito de cada problema, não só todos os argumentos favoráveis e desfavoráveis a determinada solução, mas também a lista de autores num e noutro sentido - a “opinião comum” ou mesmo a “opinião mais comum”, assim obtida, era considerada a exacta.

1.7. O direito canónico e a sua importância

Abordou-se até agora o problema do renascimento do direito romano e da correspondente recepção em Portugal. Cabe de seguida, aludir à renovação simultânea verificada no âmbito do direito canónico e à influência que exerceu entre nós.

1.8. Conceito de direito canónico

Entende-se por direito canónico, o conjunto de normas jurídicas que disciplinam as matérias da competência da Igreja Católica; entre outras designações que tem recebido, destaca-se a de direito eclesiástico; as fontes de direito canónico, quanto ao seu modo de formação, podem ser de duas espécies; a saber:

a) **Fontes de direito divino** - constituídas pela Sagrada Escritura (Antigo e Novo Testamento) e pela Tradição (ensinamentos e preceitos de Jesus Cristo não consignados por escrito, mas só transmitidos oralmente);

b) **Fontes de direito humano** - às fontes atrás citadas, acrescentou-se o costume (influência romana), já pertencente aos modos de formação do direito humano; são inúmeras, a partir do século IV, as normas jurídico-canónicas derivadas das fontes de direito humano: os *decretos ou decretais* dos pontífices romanos (quanto à forma podem ser bulas, breves, etc.); as *leis ou cânones* dos concílios ecuménicos; os *diplomas* emanados de autoridades eclesiásticas infra-ordenadas (bispos, superiores de ordens religiosas); *concórdias ou concordatas* (acordos entre o monarca e a Santa Sé; a *doutrina e a jurisprudência*, integradas, respectivamente, pela obra científica dos canonistas e pelas decisões da jurisdição eclesiástica.

1.9. O direito canónico anteriormente ao século XII

Em geral é qualificado como período do direito canónico antigo; a uma primeira fase caracterizada pela quase exclusividade das chamadas fontes de direito divino, seguiu-se o progresso do costume e das outras fontes de direito humano; não admira, que a breve trecho, se sentisse a necessidade de colectâneas que reunissem e sistematizassem essas normas; exemplos mais importantes: os *Capitula Martini* (563) e a *Collectio Hispana*, também conhecida por *Collectio Isidoriana* (633); esta última, mandada elaborar pelo Concílio de Toledo, recebeu mais tarde aprovação oficial do Papa Alexandre III para a Igreja hispânica; continha normas dos concílios peninsulares, entre os quais se contam os de Braga que assim passaram ao Decreto Graciano; o desenvolvimento do direito canónico postulava uma crescente necessidade do seu estudo.

1.10. Movimento renovador do direito canónico

Verifica-se a partir do século XII em diante uma grande renovação na esfera do direito canónico; representa um facto histórico paralelo ao incremento dado ao estudo do direito romano, que encontra idênticas ou aproximadas causas justificativas; não se afigura, contudo, considerar correcto que existiu um renascimento canonístico (qualificativo já objecto de reticências relativamente ao direito romano), dado que, em boa verdade, nunca houve qualquer quebra de continuidade na evolução jurídico-canónica, ou seja, o direito da Igreja sempre conheceu uma linha de progresso; nesta época, ocorre tão-só um impulso de transformação normativa e dogmática que, ao lado do sucedido com o direito romano justinianeus, teve os seus pressupostos no século XI; dois vectores caracterizam, de facto, a renovação canonística:

a) Colectâneas de direito canónico - tendência para a uniformização e centralização deste sistema jurídico - o *Decreto de Graciano*, elaborado por volta de 1140, significa um marco importante na evolução do direito canónico: João Graciano, monge e professor em Bolonha,

procurou fazer uma síntese e compilação dos princípios e normas vigentes, numa perspectiva de coordenar, harmonizar e esclarecer preceitos de diversas proveniências, agrupando-os de forma sistemática e não cronológica ou geográfica (preocupação de autonomização do direito canónico perante a teologia); seguiram-se as Decretais de Gregório IX, que são uma colectânea de normas pontifícias posteriores à obra de Graciano, promulgadas pelo Papa em 1234, divididas em cinco livros, que revogam as disposições canónicas subseqüentes ao Decreto nela não incluídas; o Decreto e as Decretais completavam-se, numa relação idêntica ao que acontecia entre Digesto e Código, em sede de direito romano; continuaram a publicar-se numerosas epístolas pontifícias, das quais se destacam o Livro Sexto ou Sexto de Bonifácio VIII (a designação deriva da sua complementaridade relativamente às Decretais, que eram compostas por cinco livros) e as Clementinas, editadas pelo Papa Clemente V, decorrido o Concílio de Viena (França), em 1311/1312, que se emanou a compilação dos cânones dele resultantes, acrescentados de decretais próprias; encerram esta série mais duas compilações de índole privada: por volta de 1500, deram-se à estampa, pela primeira vez, as quatro colectâneas atrás referidas, acrescidas com os decretais posteriores a 1317, agrupando-as em secções distintas: numa, as de João XXII - Extravagantes de João XXII, e noutras, as dos Papas subseqüentes - Extravagantes Comuns. As referidas colectâneas de direito canónico, no seu conjunto, vieram a integrar o Corpus Iuris Canonici, que corresponde ao complexo das obras jurídicas romano-justinianeias inseridas no Corpus Iuris Civilis, tornou-se corrente a partir de 1580, quando Gregório XIII aprovou a versão revista de tais compilações anteriores.

b) **renovação da ciência do direito canónico** - as colectâneas de direito canónico organizadas do século XII ao século XIV demonstram uma extraordinária actividade legislativa da Igreja. Confrontam-se assim, dois ordenamentos de direito comum, isto é, básicos e de vocação universal: o direito canónico e o direito romano; as relações entre o Império e a Igreja, assinalam nesta época, o problema político nuclear, com evidentes reflexos sobre a relevância a atribuir aos dois sistemas normativos; esta querela desenvolvida entre canonistas e civilistas não se limitou ao campo da especulação; envolveu, igualmente, aspectos práticos; todavia, a actualização normativa do direito da Igreja, pautou-se, essencialmente, pelos mesmos caminhos científicos percorridos pelos seguidores do estudo do direito romano; isto é, a construção do direito canónico teve lugar mediante o emprego sucessivo da metodologia dos Glosadores e do Comentadores; dito de outro modo, os processos de exegese, em especial as glosas e os comentários, que os legistas utilizavam em face dos textos romanos foram transpostos para a interpretação das colectâneas de direito canónico, nomeadamente do Decreto e das Decretais; consoante os canonistas se dedicavam à primeira ou à segunda dessas fontes, era-lhes dada, respectivamente, a designação de decretistas ou decretalistas.

1.11. Penetração do direito canónico na Península Ibérica

A renovação legislativa e doutrinal do direito canónico não tardaria a difundir-se pela Europa; desde cedo teve reflexos aquém - Pirinéus; recorde-se que os peninsulares que se haviam deslocado aos centros italianos e franceses de ensino do direito eram na sua maioria eclesiásticos, a quem as respectivas instituições proporcionavam grandes facilidades para início ou prosseguimento de tais estudos no estrangeiro; embora se dedicassem ao estudo do direito romano, cuja dogmática se lhes tornava necessária, orientavam-se, sobretudo, para o estudo do direito canónico; é longa a lista dos decretistas e dos decretalistas com o cognome de hispanos: é o caso paradigmático (já anteriormente citado) de João de Deus; opera-se, igualmente, a uma divulgação considerável dos textos de direito canónico, bem como, se inclui o ensino do mesmo nas Universidades peninsulares;

este sistema jurídico aplicava-se, quer nos tribunais eclesiásticos, quer nos tribunais civis ou seculares - existia, de facto, uma organização judiciária da Igreja, ao lado da organização judiciária do Estado; Importa, todavia, estabelecer algumas distinções no âmbito de aplicação do direito canónico naquelas duas vertentes:

a) **nos tribunais eclesiásticos** - o direito canónico, apresentava-se antes de tudo, como o ordenamento jurídico próprio dos tribunais eclesiásticos; a competência destes fixava-se em função de dois fundamentos: em razão de matéria, onde se integram as questões inerentes ao matrimónio, aos bens da Igreja, aos testamentos com legados e demais benefícios eclesiásticos, e, em razão da pessoa, que determinava que certas pessoas apenas podiam ser julgadas por estes tribunais (os clérigos, ainda que a contraparte não possuísse a mesma qualidade);

b) **Nos tribunais civis** - discute-se quanto a saber se alguma vez vigorou, entre nós, como fonte imediata e mesmo prevalecente sobre o direito nacional; a opinião generalizada manifesta-se em sentido afirmativo, com base numa decisão tomada por D. Afonso II, em 1211, no decurso da Cúria de Coimbra; em todo o caso, ainda que tenha sido, num primeiro momento, direito preferencial, o sistema jurídico-canónico passaria, a breve prazo, ao plano de fonte subsidiária, portanto, que só intervinha na ausência do direito pátrio.

1.12. O direito comum

Designa-se **direito comum** (“*ius commune*”), o sistema normativo de fundo romano que consolidou com os Comentadores e constitui, embora não uniformemente, a base da experiência jurídica europeia até finais do século XVIII; alude-se, ainda, a direito comum romano-canónico, ou, em paralelo, a direitos comuns (“*iura communia*”), o que salienta a relevância deste segundo elemento (“*ius canonicum*”); deste modo, a expressão, tanto se encontra usada, restritivamente, para abranger apenas o sistema romanístico, como, num sentido amplo, que compreende também outros segmentos integradores, muito em especial o canónico, mas não esquecendo o germânico e o feudal; ao direito comum contrapunham-se os **direitos próprios** (“*iura propria*”), quer dizer, os ordenamentos jurídicos particulares (direitos locais ou dos vários Estados, normalmente justificados por razões de natureza política e económica); de um modo geral, durante os séculos XII e XIII, o direito comum, pelo menos num plano teórico, sobrepôs às fontes que com ele concorreram; nas centúrias seguintes assiste-se a um período de aparente equilíbrio, pois os direitos próprios foram-se afirmando como fontes primaciais dos respectivos ordenamentos e o direito comum tendeu a passar aos simples posto de fonte jurídica subsidiária; o termo desse ciclo, dá-se nos inícios do século XVI com a independência plena do “*ius proprium*”, que se torna a exclusiva fonte normativa imediata, assumindo o “*ius commune*” o papel de fonte subsidiária apenas mercê da autoridade ou legitimidade conferida pelo soberano, que personificava o Estado.

1.13. Fontes do direito português desde os meados do século XIII até às Ordenações Afonsinas

a) **Legislação geral transformada na vontade do monarca** - importa agora, referir as fontes do direito português deste período, ou seja, anterior às Ordenações Afonsinas, que marcam a autonomização progressiva em face das ordens jurídicas dos outros Estados peninsulares. A partir de Afonso III, parece existir uma supremacia das leis gerais no quadro das fontes de direito; todavia, era ainda o costume que configurava o grande lastro jurídico da época, não obstante a lei passar a ter o predomínio entre os modos de criação dos preceitos novos - aí está uma evidente influência romano-canónica: os dois aspectos denunciam um nexo de reciprocidade; a recepção, *maxime*, do direito romano justiniano veio favorecer a actividade legislativa do monarca, e, vice-versa, o desenvolvimento da legislação geral fomentou a divulgação dos preceitos do direito romano e do direito canónico; o surto legislativo resulta grandemente da autoridade régia; a difusão dos princípios romanos do primado dos poderes públicos ilimitados do monarca nas esferas executiva, legislativa e judiciária, para isso muito concorreram; é o caminho da centralização política, em que o rei polariza a criação do direito: a lei passa a ser não só um produto da vontade do soberano, mas ainda a sua actividade normal - vive-se, nesta época, o apogeu das constituições imperiais (vidé estudo do Direito Romano - 1º semestre) - a lei é a vontade do monarca e ele está acima dela; a lei deixa de ser uma fonte esporádica e transforma-se no modo corrente de criação de direito; o monarca passa a recorrer ao apoio técnico de juristas de formação romanística ou canonística; tornou-se frequente a utilização de tabeliões para dar publicidade aos preceitos legais; consoante a importância da lei, variava o seu prazo e a sua periodicidade; também o início da vigência da lei não obedecia a um regime uniforme; prática corrente era a da aplicação imediata; contudo, conhecem-se diplomas em que se fixava uma “*vacatio legis*” mais ou menos extensa;

b) **Resoluções régias** - tratavam-se de providências legislativas tomadas pelo monarca (independentemente das que ele proclamava nas Cortes), perante solicitações ou queixas que lhe eram presentes; sempre que continham normas a observar para futuro, estava-se perante autênticas leis do ponto de vista substancial; apenas diferiam dos diplomas que o rei elaborava de *motu proprio* pelo processo de formação;

c) **Decadência do costume como fonte de direito** - face a estas circunstâncias, fácil é de perceber a crescente perda de importância do costume como fonte de criação de direito novo,

plano em que cedeu a primazia à lei; os juristas passam a considerar os preceitos consuetudinários, não já, apenas, na perspectiva de uma manifestação tácita do consenso do povo, mas, também, como expressão da vontade do monarca; ou seja: se o rei não publica leis contrárias ao costume, revogando-o, é porque tacitamente o aceita.

d) **Forais e foros ou costumes** - a importância dos forais manteve-se com D. Afonso III e D. Dinis; contudo, a partir de D. Afonso IV, praticamente deixaram de se outorgar forais, em benefício de uma outra e relevante fonte de direito local: os foros ou costumes; dá-se o nome de foros ou costumes a certas compilações medievais concedidas aos municípios ou simplesmente organizadas por iniciativa destes; tratam-se de codificações que estiveram na base da vida jurídica do concelho, abrangendo normas de direito político e administrativo, normas de direito privado, como as relativas a contratos, direitos reais, direito da família e sucessões, normas de direito penal e de processo; são na verdade fontes de alcance muito vasto, que dão início a uma nova era na codificação do direito peninsular, porquanto, não obstante as deficiências da técnica próprias da época, já se procuram expor neles duma maneira completa e ordenada as normas de direito consuetudinário, fixando-as com precisão e dispondo-as num sistema; os elementos utilizados na elaboração destas colectâneas tinham proveniência diversa: ao lado de efectivos preceitos consuetudinários, encontram-se sentenças de juizes arbitrais ou de juizes concelhios, opiniões de juristas, normas criadas pelos próprios municípios a respeito de polícia, higiene e economia, e até mesmo normas jurídicas inovadoras de natureza legislativa; convirá observar que os foros ou costumes se agrupam em famílias e que o estudo dessas áreas jurídicas de fixação do direito consuetudinário medieval apresenta, sob vários aspectos, grande interesse histórico;

e) **Concórdias e concordatas** - resta salientar que sempre persistiram múltiplos diferendos, entre o clero e a realeza, após a subida ao trono de D. Afonso III; daí que aumentassem os acordos que lhes punham termo, quer celebrados com as autoridades eclesiásticas do Reino, quer directamente com o Papado;

f) **Direito subsidiário** - apenas a partir das Ordenações Afonsinas, o legislador estabeleceu uma regulamentação completa sobre o preenchimento de lacunas; até então, o problema era deixado ao critério dos juristas e dos tribunais; quando as fontes jurídicas portuguesas não forneciam solução para hipóteses concretas, recorria-se em larga escala ao direito romano e ao direito canónico, assim como ao direito castelhano; na generalidade, os juizes apresentavam-se não preparados para um acesso directo às fontes romano-canónicas; daí, que numa primeira fase, se hajam utilizados textos de segunda mão, quer dizer, influenciados por essas fontes; assim se explica, que circulassem no nosso país, com o carácter de fontes subsidiárias, certas obras de proveniência castelhana; a aplicação supletiva destas obras apenas derivava da autoridade intrínseca do conteúdo romano-canónico que lhes servia de alicerce; tanto assim, que a sua utilização abusiva (especialmente das *Partidas*), em detrimento dos preceitos genuínos de direito romano e de direito canónico, foi objecto, de protestos levados até ao rei. Entendia-se, em síntese, que as fontes subsidiárias se circunscreveriam ao direito romano e ao direito canónico, onde quer que se contivessem; começaram, então lentamente, a proceder-se à tradução de alguns importantes textos legislativos (as Decretais de Gregório IX em 1359 e o Código de Justiniano, acompanhado da Glosa de Acúrsio e dos Comentários de Bártolo, em 1426); o monarca determinou, inclusive, que se fizessem resumos interpretativos dos vários preceitos, sempre que se tornassem necessários, com o objectivo de evitar discrepâncias jurisprudenciais. Não houve o intuito de promover o direito romano a fonte imediata de direito, mas tão-só de assegurar a sua correcta aplicação a mero título subsidiário; todavia, muitas terão sido as preterições indevidas das normas jurídicas nacionais, bem como, também são frequentes, no âmbito subsidiário, as sobreposições de fontes indirectas às que proporcionavam o conhecimento genuíno dos preceitos romanísticos e canonísticos.

NOTA:

- o direito castelhano não era reconhecido como direito subsidiário embora na prática se verificasse o recurso a esse direito castelhano.

1.14. Colectâneas privadas de leis gerais anteriores à Ordenações Afonsinas

O progressivo acréscimo de diplomas avulsos tornava necessária a sua compilação: todas as publicações anteriores às Ordenações Afonsinas apresentam o traço comum de não terem sido objecto de promulgação; apenas duas chegaram até nós; o saber:

a) **Livro das Leis e Posturas** - é a mais antiga; a sua elaboração situa-se nos fins do século XIV ou princípios do século XV; não se encontra nesta obra o propósito de coordenar a legislação, mas apenas o de coligi-la; daqui se infere da ausência de um plano sistemático e da repetição de alguns textos, em diversos lugares, com variantes significativas.

b) **Ordenações de D. Duarte** - trata-se de uma colectânea privada que deriva o nome por que é conhecida do simples facto de ter pertencido à biblioteca de D. Duarte, o qual lhe acrescentou um índice da sua autoria e um discurso sobre as virtudes do bom julgador.

1.15. Evolução das instituições

Produziu-se nesta época, uma crescente penetração das normas e da ciência dos direitos romano e canónico, com progressiva substituição do empirismo que predominava na vida jurídica da fase precedente; mostram-se significativas as alterações realizadas nos domínios do direito público e na esfera do direito privado; a defesa da ordem jurídica torna-se encargo exclusivo do Estado; verifica-se a cisão entre o direito civil e o processo criminal, sobrepondo-se, no segundo, o sistema inquisitório, ou seja, de actuação oficiosa, ao antigo sistema acusatório; no âmbito do direito criminal, de acordo com uma progressiva publicização, observa-se certa tendência para o domínio das penas corporais, em detrimento das penas pecuniárias, acentuando-se assim, o seu fim repressivo; em sede de direito privado, verificam-se profundas modificações nas instituições familiares e sucessórias; despontam igualmente novas doutrinas, quer sobre contratos e obrigações, quer sobre os modos de aquisição da propriedade, a posse, a enfiteuse, as servidões, a hipoteca, o penhor e outros institutos; as influências do direito canónico manifestam-se também na família, mas são mais expressivas nos domínios da posse, do usucapião e do direito e processo criminais.

NOTAS:

- por influência do direito romano, surge a ideia dos **recursos**; os novos meios de tutela (preferencialmente documentais) vão estimular o aparecimento dos recursos para instância jurídica superior.

2. ÉPOCA DAS ORDENAÇÕES

2.1. Ordenações Afonsinas

Surgem na sequência de insistentes pedidos formulados em Cortes, no sentido de ser elaborada uma colectânea do direito vigente que evitasse as incertezas derivadas da grande dispersão e confusão das normas, com graves prejuízos para a vida jurídica e a administração da justiça. D. João I viria a atender a esses pedidos, mas apenas em 1446/1447 (não é possível afirmar uma data exacta), se procede à publicação das Ordenações, em nome de D. Afonso V (recorde-se que os trabalhos duraram os reinados de D. João I e de D. Duarte, cabendo ao Infante D. Pedro, regente na menoridade de D. Afonso V, o papel de grande impulsor da conclusão da obra); difícil se torna precisar o início da sua vigência, dada a inexistência na época, de uma regra definida sobre a forma de dar publicidade aos diplomas legais e o início da correspondente vigência. Com as Ordenações Afonsinas procurou-se, essencialmente, sistematizar e actualizar o direito vigente; na sua elaboração, utilizam-se ***diversas espécies de fontes anteriores***: leis gerais, resoluções régias, concórdias, concordatas e bulas, inquirições, costumes gerais e locais, estilos da Corte e dos tribunais superiores, e, ainda normas extraídas das *Siete Partidas* e preceitos de direito romano (“leis imperais” ou “direito imperial”), de direito canónico (“santos cânones” ou “decretal”) e alusões ao direito comum. Quanto à ***técnica legislativa***, empregou-se, via de regra, o estilo compilatório; isto é, transcrevem-se na íntegra, as fontes anteriores, declarando-se depois os termos em que esses preceitos eram confirmados, alterados ou afastados; noutras passagens da obra (o Livro I, por exemplo), recorreu-se ao estilo decretório ou legislativo, que consiste na formulação directa das normas sem referência às suas eventuais fontes anteriores. Talvez por influência dos Decretais de Gregório IX, as Ordenações Afonsinas encontram-se divididas em cinco livros, correspondendo a cada um, certo número de títulos, com rubricas indicativas do seu objecto, e estes, frequentemente, acham-se divididos em parágrafos.

NOTA:

- sistematização das Ordenações Afonsinas:

Livro I - 72 títulos - regimento dos cargos públicos.

Livro II - 123 títulos - bens e privilégios da Igreja e direitos reais.

Livro III - 128 títulos - processo civil, executivo e recursos.

Livro IV - 112 títulos - direito civil (obrigações, coisas, família, sucessões).

Livro V - 121 títulos - direito e processo criminal.

As Ordenações Afonsinas assumem uma ***importância destacada*** na história do direito português. Constituem a síntese do trajecto que, desde a fundação da nacionalidade, ou, mais aceleradamente, a partir de D. Afonso III, afirmou e consolidou a autonomia do sistema jurídico nacional no conjunto peninsular; além disso, representam o suporte da evolução subsequente do direito português; conforme se verificará, as Ordenações que se lhes seguiram, a bem dizer, pouco mais fizeram do que, em momentos sucessivos, actualizar a colectânea afonsina; não apresentando, contudo, uma estrutura orgânica comparável à dos modernos códigos e se encontre longe de revelar uma disciplina jurídica completa, trata-se de uma obra que nada fica a dever quando comparada com outras compilações da época elaboradas noutros países europeus. A sua publicação liga-se ao fenómeno geral da luta pela centralização política; por outro lado, é perceptível uma acentuada independência do direito próprio Reino em face do direito comum, subalternizado no posto de fonte subsidiária por mera legitimação da vontade do monarca. As Ordenações Afonsinas oferecem à investigação histórica, um precioso auxiliar, no sentido de melhor conhecer certas instituições, pelo menos de um modo tão completo e em aspectos que escapam nos documentos em avulso da prática.

2.2. Ordenações Manuelinas

Duraram pouco tempo as Ordenações Afonsinas. Já em 1505 se advogava a sua reforma. Com efeito, nesse ano, D. Manuel encarregou três destacados juristas da época (Rui Boto, Rui da Grã e João Cotrim), de procederem à actualização das Ordenações do Reino, alterando, suprimindo e acrescentando o que entendessem necessário. Dois motivos, se apresentam geralmente, como justificativos desta decisão de D. Manuel: a introdução da imprensa, em finais do século XV, em diversas vilas e cidades do país, facilita a difusão da obra, o que a concretizar-se, afigurava-se lógico que apenas ocorresse após uma cuidada revisão da colectânea; por outro lado, admite-se que um reinado pautado por momentos altos na gesta dos descobrimentos, estimulasse D. Manuel a ligar o seu nome a uma reforma legislativa de vulto. Depois de algumas atribuições próprias de um empreendimento desta natureza, a edição definitiva das Ordenações Manuelinas acaba por ter lugar em 1521 (ano em que morre D. Manuel), impondo-se, através de Carta Régia de 15 de Março de 1521, e a fim de evitar possíveis confusões, a total destruição, num prazo de três meses, das anteriores colectâneas (esta destruição refere-se às várias fases por que passou a elaboração desta obra, e, não às Ordenações Afonsinas), sob pena de multa e degredo. Estas Ordenações Manuelinas conservam a estrutura básica dos cinco livros, integrados por títulos e parágrafos; a distribuição das matérias é semelhante à da colectânea afonsina, assinalando-se, todavia, algumas diferenças de conteúdo (exemplos: a supressão dos preceitos aplicáveis aos Mouros e aos Judeus, que entretanto tinham sido expulsos do país, assim como das normas autonomizadas nas Ordenações da Fazenda, a inclusão da disciplina da interpretação vinculativa da lei, através dos assentos da Casa da Suplicação e algumas importantes alterações produzidas em matéria de direito subsidiário); não se pode falar de uma profunda e radical alteração do direito português, mas tão-só, meros ajustamentos de actualização; em termos formais, a obra marca um importante progresso de técnica legislativa, que se traduz, sobretudo, no facto de os preceitos se apresentarem sistematicamente redigidos em ***estilo decretório***, ou seja, como de normas novas se tratasse; a esta vantagem corresponde um menor interesse para a reconstituição do direito precedente.

2.3. Colecção das Leis Extravagantes de Duarte Nunes do Lião

A dinâmica legislativa acelerada, típica da época, teve como efeito que, a breve prazo, as Ordenações Manuelinas se vissem rodeadas por inúmeros diplomas avulsos; estes não só revogavam, alteravam ou esclareciam muitos dos seus preceitos, mas também dispunham sobre matérias inovadoras; a isto acresciam as interpretações vinculativas dos assentos produzidos na Casa da Suplicação: eis as fundadas razões que estimulavam a imperiosa elaboração, pelo

menos, de uma colectânea que constituísse um complemento sistematizado das Ordenações, permitindo a certeza e a segurança do direito. Coube ao Cardeal D. Henrique, regente na menoridade de D. Sebastião, a escolha de Duarte Nunes do Lião, à data procurador da Casa da Suplicação e possuidor de larga experiência, com vista à organização de um repositório do direito extravagante que vigorava fora das Ordenações Manuelinas. A colectânea (que ficou conhecida por Colecção das Leis Extravagantes de Duarte Nunes do Lião), compõe-se de seis partes e disciplina matérias várias tais como, os ofícios e os oficiais régios, as jurisdições e os privilégios, os delitos, a fazenda real e uma lei importante de D. João III sobre os trâmites dos processos nos tribunais; a versão final da obra, em lugar de procurar transcrever textualmente as leis e os assentos, optou por efectuar resumos ou excertos da essência dos diversos preceitos, permitindo assim, uma consulta mais cómoda; claro que os preceitos resumidos valiam, doravante, com o sentido que se continha na sua versão sintética. O legislador bem podia alterar o conteúdo dos textos condensados, mas autolimitou-se; a preocupação de fidedignidade dos extractos, insistentemente repetida no alvará de aprovação, indicava o caminho para solucionar as dúvidas interpretativas que surgissem: seria o da consulta dos originais.

2.4. Ordenações Filipinas

A Colecção das Leis Extravagantes não passou de uma obra intercalar. Impunha-se, igualmente, uma reformulação das Ordenações Manuelinas. Foi assim, de um modo natural, que Filipe I, aliás na sequência de outras providências tomadas na esfera do direito (destaque para a substituição da Casa do Cível, que funcionava em Lisboa, pela Relação do Porto, a que o monarca concedeu regimento e para uma lei de reforma da justiça), incumbiu alguns juristas renomados, entre 1583 e 1585, de iniciarem os trabalhos preparatórios conducentes à actualização da colectânea Manuelina; acrescia uma razão de natureza eminentemente política: relevar o respeito de Filipe I pelas instituições portuguesas, empenhando-se na sua actualização dentro da tradição jurídica do País. Neste contexto, apenas no reinado de Filipe II, através da Lei de 11 de Janeiro de 1603, iniciam a sua vigência (as Ordenações Filipinas), constituindo o mais duradouro monumento legislativo operativo em Portugal (entre nós, apenas foram integralmente revogadas pelo Código Civil de 1867, e, no Brasil, isso apenas sucederia em 1 de Janeiro de 1916). As Ordenações Filipinas conservam a estrutura tradicional dos cinco livros, subdivididos em títulos e parágrafos; mantêm, igualmente, o conteúdo dos livros. Procedeu-se, via de regra, à reunião, num único corpo legislativo, dos dispositivos manuelinos e dos muitos preceitos subsequentes que se mantinham em vigor; a introdução de algumas normas de inspiração castelhana, (poucas, diga-se em abono da verdade), não permitem que se retire o carácter predominantemente português das Ordenações Manuelinas; merece destaque, contudo, a mudança das matérias relativas ao direito subsidiário do Livro II para o Livro III, o que deixa entender uma nova filosofia de enquadramento das questões inerentes ao problema da integração das lacunas, sem que tal ocorrência, tenha revestido qualquer modificação intrínseca nos respectivos critérios de preenchimento. Acresce referir, uma modificação de conteúdo relevante: nas Ordenações Filipinas, pela primeira vez, se inclui um conjunto de preceitos sobre o direito de nacionalidade (os naturais do Reino, de acordo com esses novos preceitos, não se determinam, exclusivamente, por recurso aos conhecidos critérios do princípio do território - “ius soli” e do princípio do sangue - “ius sanguinis”, mas também pela conjugação de ambos, porventura, com predomínio do primeiro). As Ordenações Filipinas foram confirmadas e revalidadas por D. João IV, em Lei de 29 de Janeiro de 1643, na sequência de um genérico sancionamento de toda a legislação promulgada durante o governo castelhano. Os compiladores filipinos tiveram, sobretudo, a preocupação de rever e coordenar o direito vigente, reduzindo-se ao mínimo as inovações; pretendeu-se assim, uma simples actualização das Ordenações Manuelinas; só que o trabalho não foi realizado mediante uma reformulação adequada dos vários preceitos, mas apenas aditando o novo ao antigo; daí subsistirem normas revogadas ou caídas em desuso, verificarem-se frequentes faltas de clareza e, até, contradições resultantes da inclusão de disposições opostas a outras que não se eliminaram. A ausência de originalidade e os restantes defeitos mencionados receberam, pelos fins do século XVIII, a designação de “filipismos”; essas imperfeições encontram difícil explicação fora da ideia de um respeito propositado pelo texto manuelino (propósito já atrás manifestado em relação ao respeito de Filipe I pela tradição jurídica portuguesa); bastará recordar os juristas que, seguramente, participaram nos trabalhos preparatórios para reconhecermos a sua capacidade de realização de obra isenta, ao menos, de alguns dos graves inconvenientes assinalados.

2.5. Legislação extravagante. Publicação e início da vigência da lei.

A colectânea filipina ver-se-ia, sem demora, alterada ou complementada por um núcleo importante e extenso de diplomas legais avulsos: é a chamada legislação extravagante; saliente-se, antes do mais, que o conceito de lei é utilizado nesta época, num sentido muito mais amplo do que aquele que se lhe atribui no direito moderno (basta pensar, que ainda se ignorava o princípio da separação dos poderes); ao tempo, qualificava-se a como lei, de um modo geral, toda e qualquer manifestação da vontade soberana destinada a produzir alterações na ordem jurídica estabelecida; espécies de diplomas que vigoravam na época:

a) **Cartas de lei e alvarás**: eram os mais importantes, na medida em que passavam pela chancelaria régia; quanto ao formulário, as cartas de lei começavam pelo próprio nome do monarca (exemplo: *Dom Manoel per graça...*), ao passo que os alvarás continham a simples expressão *Eu ElRei...*; além disso, criou-se a prática de, na assinatura, aparecer, respectivamente, “ElRei” ou apenas “Rei”; no que respeita à duração, deviam promulgar-se em carta de lei as disposições destinadas a vigorar mais do que um ano e através de alvará as que tivessem vigência inferior; desde sempre, contudo, foram-se sucedendo as excepções a estes princípios, pelo que não tardou o aparecimento dos chamados alvarás de lei, alvarás com força de lei ou em forma de lei.

b) **Decretos**: são menos relevantes do que as figuras anteriores; não se iniciam pelo nome do monarca; dirigiam-se, as mais das vezes, a um ministro ou ao tribunal, pelo que, via de regra, terminavam com uma expressão endereçada ao destinatário; não obstante, visarem em primeira análise, determinações respeitantes a casos particulares, como o decurso do tempo, acabariam por conter alguns preceitos inovadores.

c) **Cartas régias**: constituíam verdadeiras cartas, isto é, epístolas dirigidas a pessoas determinadas, que começavam pela indicação do destinatário, mas cujo formulário variava consoante a sua categoria social; terminavam como os alvarás (o monarca assinava-as somente com “Rei”).

d) **Resoluções**: os diplomas em que o monarca respondia às consultas que os tribunais lhe apresentavam, normalmente acompanhadas dos pareceres dos juizes respectivos; embora visassem casos específicos, tendencialmente viram a ter aplicação analógica.

e) **Provisões**: os diplomas que os tribunais expediam em nome e por determinação do monarca; levavam assinatura dos secretários de Estado de que dimanavam; as que eram subscritas pelo próprio monarca, por vezes, confundiam-se com os alvarás quanto ao seu valor legislativo; neste sentido, tomavam o nome de provisões reais ou provisões em forma de lei.

f) **Portarias e avisos**: tratavam-se de ordens expedidas pelos secretários de Estado em nome do monarca; distinguíam-se, entre si, pelo facto de as portarias serem diplomas de aplicação geral; ao passo que os avisos de destinavam a um tribunal, a um magistrado, a uma corporação ou até a um simples particular.

No que respeita à publicação e início da vigência da lei, as Ordenações Afonsinas não expressam qualquer norma nesse sentido, não obstante essa ser uma das atribuições do chanceler-mor; as Ordenações Manuelinas abordaram directamente a questão, atribuindo ao chanceler-mor, a competências para a publicação das leis, bem como, para o envio dos traslados respectivos aos corregedores das comarcas; esta incumbência, foi confirmada por D. João III através de um novo regimento da chancelaria-mor; as Ordenações Filipinas limitaram-se a repetir o preceito. Durante largo tempo, manteve-se a prática das câmaras promoverem a transcrição, em livros expressamente destinados para o efeito, os diplomas gerais e os de interesse local; do mesmo modo, os tribunais dispunham de livros próprios para o registo das leis.

Somente pelo finais de 1518 (Alvará de 10/12/1518), se providenciou acerca do início da vigência das leis: estas teriam eficácia, em todo o País, decorridos três meses sobre a sua publicação na chancelaria e independentemente de serem publicadas nas comarcas; o preceito transitou para as Ordenações Manuelinas, mas reduzindo-se o prazo de “vacatio legis” a oito dias quanto à Corte; entendia-se, que nos restantes diplomas (ou seja, os não submetidos à chancelaria), a sua vigência começava na data da sua publicação; as Ordenações Filipinas conservaram estes prazos; recorde-se que, pela chancelaria, apenas passavam as cartas de lei e os alvarás; acrescia uma dificuldade visível: o conhecimento efectivo das leis no Ultramar; daí que se estabelecesse, a

partir de 1749, que as leis apenas se tornassem obrigatórias para os territórios ultramarinos depois de publicadas nas cabeças das comarcas.

2.6. Interpretação da lei através dos assentos

O problema da interpretação da lei com sentido universalmente vinculativo para o futuro foi disciplinado por um diploma da segunda década do século XVI; os seus dispositivos incluíram-se nas Ordenações Manuelinas e passaram às Ordenações Filipinas; **a interpretação autêntica da lei constituía uma faculdade do monarca**; conhecem-se numerosos diplomas interpretativos de preceitos anteriores; também era frequente o rei presidir às reuniões dos tribunais e logo aí decidir as dúvidas interpretativas que se levantavam; na origem do referido diploma (Alvará de 10/12/1518) de D. Manuel I, que confere tais funções à Casa da Suplicação, encontra-se o facto de se ter perdido o uso do soberano presidir a essas sessões dos tribunais superiores, em virtude da complexidade crescente da administração, onde se analisam as várias modalidades de assentos; determinou-se, igualmente que, surgindo dúvidas aos desembargadores da Casa da Suplicação sobre o entendimento de algum preceito, tais dúvidas deveriam ser levadas ao regedor do mesmo tribunal; este convocaria os desembargadores que entendesse e, com eles, fixava a interpretação que se considerasse mais adequada; o regedor das Casa da Suplicação poderia, aliás, submeter a dúvida a resolução do monarca, se subsistissem dificuldades interpretativas; **as soluções definidas eram registadas no Livro do Assentos e tinham força imperativa para futuros casos idênticos**; surgem deste modo, os assentos da Casa da Suplicação como jurisprudência obrigatória; trata-se do antecedente histórico dos assentos dos tribunais que estão na cúpula da organização judiciária, *maxime* do Supremo Tribunal de Justiça. A **Casa da Suplicação** era o tribunal do Reino que acompanhava a Corte, mas acabaria por se fixar em Lisboa; na mesma cidade funcionava a Casa do Cível, que constituía uma segunda instância, competente para conhecer **dos recursos** das causas cíveis de todo o País, ressalvadas as sentenças proferidas no local onde se encontrasse a Corte e cinco léguas em redor, cuja apelação iria ao tribunal da Corte, assim como para conhecer dos recursos das causas criminais provenientes de Lisboa e seu termo; com vista a descentralizar os tribunais de recurso, Filipe I, em 1582, indo ao encontro de solicitações anteriores, deslocou a Casa do Cível para o Porto, transformando-a na **Relação do Porto**; a nova Casa de Relação do Porto funcionava como tribunal de segunda instância, quanto às comarcas do Norte, e, matéria crime; e o mesmo se verificava em matéria cível, excepto se o valor da causa ultrapassasse determinado montante (alçada), hipótese em que existiria possibilidade de recurso para a Casa da Suplicação; mantinha-se assim, alguma subalternidade da Relação do Porto perante a Casa da Suplicação; em todo o caso, esse tribunal ficou com grande autonomia face às comarcas do Norte, pelo que os desembargadores da Relação do Porto se arrogaram o direito de proferir também assentos normativos, embora nenhum texto legal lhes atribuisse tal competência; daqui resultaram naturais confusões e contradições interpretativas; esta prática viria estender-se às Relações criadas no Ultramar; isto é, todas elas passaram a tirar assentos interpretativos. Apenas no século XVIII se pôs cobro a este abuso; a chamada **Lei da Boa Razão, de 18 de Agosto de 1769**, estabeleceu que só os assentos da Casa da Suplicação teriam eficácia interpretativa.

2.7. Estilos da Corte. O costume

As Ordenações indicam, como fontes de direito nacional, ao lado da lei, os estilos da Corte e o costume; nunca se apurou uma doutrina rigorosa quanto à distinção destas duas fontes de direito, tanto que mais que apresentavam o traço comum de ambas se alicerçarem no uso, ou seja, serem fontes de natureza não legislativa; para certos autores, o costume resultava da colectividade, ao passo que o estilo seria introduzido pela prática de entidades públicas, nomeadamente pelos órgãos judiciais; segundo outra corrente, que se baseava na matéria disciplinada, os estilos circunscreviam-se aos aspectos de processo (praxe de julgar), deles se autonomizando os costumes, em sentido próprio, de direito substantivo, que pudessem surgir no âmbito do tribunal (conteúdo da decisão). Entre nós, o conceito de **estilo** adquiriu o sentido generalizado de jurisprudência uniforme e constante dos tribunais superiores; devia obedecer aos seguintes requisitos: **1) não se apresentar contrário à lei**; **2) tivesse prescrito, quer dizer, possuisse uma antiguidade de dez anos ou mais**; **3) fosse introduzido, pelo menos, através de dois actos conformes de tribunal superior** (alguns autores sustentam a ideia de serem necessários três actos judiciais).

O **costume** constituiu a fonte predominante do sistema jurídico dos começos da nacionalidade, vindo a ceder essa posição à lei a partir do século XIII; contudo, as Ordenações a ele se referem expressamente; é determinada a sua observância a par da lei e dos estilos das cortes; isto é, o costume mantinha a eficácia de fonte de direito, tanto se fosse conforme à lei (“*secundum legem*”), ou para além desta (“*praeter legem*”) ou se a contrariasse (“*contra legem*”). Todavia, importa observar algumas alterações produzidas ao longo de sucessivos textos; as Ordenações Afonsinas limitam-se a consagrar a vigência do costume do Reino antigamente usado; as Ordenações Manuelinas, estabelecem uma nuance: por um lado, releva-se a validade dos costumes locais no mesmo plano dos costumes gerais; por outro lado, restringem a observância do costume, local ou geral, como fonte imediata de direito, aos casos em que a doutrina romanística e canonística admitisse a sua vigência (o legislador aproximou-se dos fundamentos e dos requisitos de validade que a ciência jurídica da época estabelecia em relação ao costume); nada pacíficos se apresentavam os requisitos de validade da força vinculativa do costume; a doutrina canonística, aceitava a existência de um costume contrário à lei, desde que se respeitasse os preceitos da ordem pública; duas questões que estacavam no âmbito desses requisitos de validade: a da **antiguidade**, exigia-se, em regra, um período de duração igual ou superior a dez anos, excepto se o costume fosse *contra legem*, para que o canonistas apresentavam o prazo mínimo de quarenta anos, e a do **número dos actos necessários à demonstração da sua existência**, sobre a qual variavam as opiniões entre um e dez actos, mostrando-se mais seguida a que se contentava com dois actos, *maxime* de natureza judicial.

2.8. Direito subsidiário

Entende-se por **direito subsidiário**, um sistema de normas jurídicas chamadas a colmatar as lacunas de outro sistema; será direito subsidiário geral ou especial, consoante se preencham lacunas de uma ordem jurídica na sua totalidade, ou tão-só de um ramo do direito ou simples instituição; o problema do direito subsidiário encontra-se ligado ao das lacunas e mesmo ao das fontes do direito; o seu relevo encontra-se dependente de dois pressupostos: por um lado, a **ausência**, tanto de um sentido de verdadeira autonomia dos diversos ordenamentos jurídicos, como da pretensão de uma auto-suficiente totalidade unitária de regulamentação jurídica do domínio ou campo do direito a que o ordenamento se destina; por outro lado, a **possibilidade**, em coerência com o pressuposto anterior, de remeter o julgador para quaisquer ordenamentos jurídicos disponíveis. Destes pressupostos, resultou durante largo período de tempo (praticamente até ao século XIX), que os juízes, perante a imperfeição ou a insuficiência dos sistemas jurídicos nacionais, sempre pudessem recorrer a um direito subsidiário, ou um qualquer direito pressuposto, ou mesmo, a uma outra fonte formal de direito, no sentido de ultrapassar as lacunas, em claro prejuízo do seu contributo pessoal para a constituição de direito por via integrativa.

Os postulados político-jurídicos e científico-matemáticos que animaram o pensamento do século XIX, não se compatibilizam com aquela atitude “passiva” dos juízes; exige-se agora, à **dogmática jurídica**, o enfrentamento directo e explícito do problema das lacunas; isto é, não apenas o problemas dos meios, dos critérios e dos métodos do seu preenchimento, mas o problema das lacunas em si mesmo; concorda-se, universalmente hoje num ponto: **o problema só pode ser resolvido através da intervenção constitutivamente integrante do julgador**; ou seja, sempre o julgador terá uma relativa liberdade integradora, já que haverá que dar resposta jurídica aos casos de verdadeira lacuna mediante uma decisão normativamente a constituir para além dos dados formais do direito. Neste quadro, é lícito dizer-se que o problema das lacunas, em bom rigor, só surge actualmente; quer dizer, esgotadas que sejam as possibilidades directas ou indirectas (remissivas) de aplicação imediata de um prévio direito constituído, de uma fonte formal de direito. O problema, enquanto problema específico, apresenta-se hoje em função dos limites e da autonomia completa dos ordenamentos jurídicos; aquém desses limites, o que pode surgir é a remissão normativa intra-sistemática de um sector ou parte diferenciada do sistema jurídico global para outro sector ou parte do mesmo sistema, que com o primeiro tem particulares relações no seio do sistema global em que ambos participam, com vista a suprir assim as formais carências prescritivas, seja voluntárias ou involuntárias, do parcial e dependente ordenamento remetente - **nisto se cifra o actual relevo do direito subsidiário**. Daqui se infere, que a importância do direito subsidiário aumenta à medida que se recua no tempo; ou seja, o seu relevo é particularmente sentido nos ordenamentos que vigoravam em épocas em que a escassez e a imperfeição, eram as notas dominantes desses ordenamentos jurídicos; assim se justificavam as

frequentes investidas a ordenamentos estrangeiros; este facto, desempenhou, todavia, um importante factor de aproximação jurídica e cultural dos povos, que bem se revelam na história do direito português.

Analisemos, agora algumas **fontes de direito subsidiárias segundo as Ordenações Afonsinas**: é nas colectâneas afonsina que se estabeleceu, entre nós, um quadro sistemático das fontes de direito; no mesmo plano das leis do reino, aparecem os *estilos da Corte* e os *costumes antigamente usados*: eram estas as fontes imediatas. Apenas quando a elas não se pudesse recorrer, se tornava lícito o uso do direito subsidiário, cujas principais fontes eram:

- 1) **Direito romano e direito canónico** – este direito representava o primeiro recurso possível, na impossibilidade de utilização das já referidas fontes imediatas: aplicavam-se normas do direito romano, sempre que as questões revestiam um carácter temporal, excepto se da sua aplicação resultasse pecado; no âmbito do direito canónico, integravam-se as questões de natureza espiritual, e, ainda, as questões de raiz temporal conducentes ao pecado.
- 2) **Glosa de Acúrsio e opinião de Bártolo** - na impossibilidade de solucionar a questão através dos direitos romano e canónico, devia atender-se à Glosa de Acúrsio e, em seguida, à opinião de Bártolo ainda que outros doutores se pronunciassem de modo diverso.
- 3) **Resolução do monarca** - sempre que, através dos sucessivos elementos indicados, não se conseguisse disciplina para o caso omissis, impunha-se a consulta ao rei, cuja estatuição valeria, de futuro, para todos os feitos semelhantes; este mesmo procedimento era solicitado, quando a hipótese considerada, não envolvendo matéria de pecado, nem sendo disciplinada pelos textos de direito romano, tivesse soluções diversas no direito canónico e nas glosas e doutores das leis.

Vejamos agora, algumas **alterações introduzidas pelas Ordenações Manuelinas e pelas Ordenações Filipinas**: os preceitos afonsinos sobre o direito subsidiário passaram fundamentalmente às Ordenações Manuelinas e destas para as Ordenações Filipinas; contudo, sofreram ampla remodelação: desde logo, e como já se referiu anteriormente, assume particular importância, a inclusão da matéria no livro dedicado ao direito processual; esta transposição significa que o problema do direito subsidiário deixou de ser disciplinado a propósito das relações entre a Igreja e o Estado, deslocando-se para o âmbito do processo; conforme cita Braga da Cruz, detecta-se aí, a ruptura da *“última amarra”* que ligava a questão do direito subsidiário à ideia anterior de um conflito de jurisdições entre o poder temporal e o poder eclesiástico, simbolizados, respectivamente, pelo direito romano e pelo direito canónico.

Todavia, as mudanças substanciais aparecem logo nas Ordenações Manuelinas; a vigência subsidiária do direito romano é justificada pela sua autoridade intrínseca e não por qualquer espécie de submissão do Reino português ao Império; basicamente, são duas as diferenças essenciais de conteúdo que separam, no âmbito do direito subsidiário, as Ordenações Manuelinas e as Ordenações Filipinas do precedente texto afonsino: **1)** quanto à aplicação dos textos de **direito romano e de direito canónico**, deixa-se de referir a distinção entre problemas jurídicos temporais e espirituais; apenas se consagra o critério do pecado, que fornecia o único limite à prevalência subsidiária do direito romano sobre o direito canónico, qualquer que fosse a natureza do caso omissis; **2)** a respeito da **Glosa de Acúrsio e da opinião de Bártolo**, cuja ordem de precedência se conserva, estabelece-se o requisito de a “comum opinião dos doutores” não contrariar essas fontes; relativamente a Bártolo, a restrição seria definida tão-só pelos autores que tivessem escrito depois dele.

NOTA.

- Alguns autores, perante a filtragem exercida pela “comum opinião dos doutores” em relação à Glosa de Acúrsio e à opinião de Bártolo, entenderam que aquela, **constituía, em si mesma, uma fonte subsidiária**; isto é, na ausência de direito nacional, de direito romano e de direito canónico, caberia recorrer à opinião comum, antes da Glosa de Acúrsio e da opinião de Bártolo.

Não obstante a clareza patenteada pelo legislador, no sentido de hierarquizar as fontes de direito, a verdade é que ao longo de praticamente três séculos (até à reforma pombalina), a **vida jurídica**

portuguesa pautou-se por alguma confusão, gerada na maior parte das vezes, pelo uso e abuso das fontes subsidiárias: não raro o direito pátrio era substituído pelo direito romano, designadamente pelo prevalecimento da regra hermenêutica (“*odiosa limitanda, favorabilia amplianda*”) de que as regras jurídicas do País deveriam receber interpretação extensiva ou restritiva, consoante se apresentassem conformes ou não a esse direito; abusava-se da opinião e comum e chegou-se, inclusive, a recorrer ao direito castelhano, que se encontrava fora das fontes de direito subsidiárias.

2.9. Reforma dos forais

A análise que tem vindo a ser feita, relativamente às fontes de direito, não ficaria completa sem uma alusão aos forais (importantes e antigas fontes de direito local); fácil será de perceber, que a dinâmica da vida jurídica, ao longo do período das Ordenações, os tornaram profundamente desactualizados e mesmo obsoletos; o progressivo robustecimento do poder do rei e a uniformização jurídica, alcançada através da legislação geral, iam determinando o declínio das instituições concelhias, bem nítido ao longo do século XV; os forais perdiam o alcance anterior, transformando-se em meros registos dos tributos dos municípios; uma parte do seu conteúdo estava revogada pela legislação geral; as referências a pesos, medidas, e moedas tinham caído em desuso; a actualização das prestações, mercê da desvalorização monetária, originava incertezas e contrariedades. Perante este quadro, e após sucessivas solicitações a diferentes monarcas, concluiu-se em 1521, uma profunda reforma dos forais, imposta por D. Manuel I; deste modo surgem os forais novos ou manuelinos, por contraposição aos forais velhos, que eram os anteriores; os forais, aliás em número reduzido, concedido depois da reforma de D. Manuel I são chamados de novíssimos.

2.10. Humanismo jurídico

É sabido que o Humanismo e a Renascença constituem dois fenómenos marcantes da evolução do espírito europeu: à restauração dos textos da antiguidade clássica, seguiram-se transformações gerais nos campos das artes, das ciências, da cultura e da filosofia; estiveram subjacentes motivos políticos, religiosos, sociais e económicos. No âmbito do humanismo renascentista inclui-se, também, uma natural revisão crítica da ciência do direito: essa nova mentalidade enforma a orientação da chamada Escola dos Juristas Cultos, Escola dos Jurisconsultos Humanistas, Escola Histórico-Crítica e, ainda, Escola Cujaciana. A eclosão desta nova directiva do pensamento jurídico prende-se a dois factos essenciais: o progresso do humanismo renascentista já referido e a decadência da obra dos Comentadores (verificada durante a segunda metade do século XV).

A não preparação e o menosprezo dos Comentadores quanto aos aspectos históricos provocaram viva censura dos espíritos cultos da época; a deselegância do seu estilo não se tornava menos chocante. Eis o quadro em que surgiu o humanismo jurídico quinhentista; esta nova corrente viria a desenvolver-se sob diversas tendências: desde as filiológico-críticas, até à que reivindicava a liberdade e autonomia do jurista na exegese da lei, portanto perante a opinião comum ou a interpretação mais aceite; em qualquer caso, o postulado básico reportava-se ao livre exame das fontes romanas. Esta atitude representou uma viragem profunda em face do pensamento dos Comentadores. Começou a encarar-se o direito romano como uma das várias manifestações da cultura clássica. Três nomes estão intimamente ligados à corrente humanista: o italiano Alciato, o francês Budé e o alemão Zasio. Entre nós, António de Gouveia, natural de Beja e que cedo fez os estudos em Paris. Tendo Itália como ponto de partida, é em França que a Escola Humanista conhece a sua máxima expressão; é na Universidade de Bourges que Alciato inaugura o ensino do direito romano segundo a nova metodologia (1527/1532), que o humanismo jurídico conseguiu incremento decisivo. A época de Cujácio (1522/1590) corresponde ao apogeu da Escola Humanista; nascido em Toulouse, depressa se torna a referência jurídica do século; marca a sua extensa obra, uma rigorosa exegese histórica e filológica do direito romano, de que resultou a consequente relativização deste. Contudo, nem mesmo em França o humanismo jurídico conseguiu um triunfo absoluto sobre o bartolismo; um pouco por toda a Europa se levantaram vozes críticas à Escola Humanista; iria assistir-se, do século XVI ao século XVII, a um debate entre o método jurídico francês (“*mos gallicus*”) e o método jurídico italiano (“*mos italicus*”); tem-se destacado que os humanistas se envolveram demasiado na especulação pura e que, por isso, construíram, sobretudo, um “direito teórico”, de tendência erudita, enquanto os processos dos

Comentadores levaram a um “direito prático”, quer dizer, à utilização do sistema romano com o espírito jurídico de encontrar soluções para os casos concretos; esta síntese do contraste das duas escolas é, pelo menos, tendencialmente exacta. Cumpre, desta forma, o humanismo jurídico um ciclo efémero; não venceu os critérios enraizados; contudo, lançaram-se inegáveis sementes que o iluminismo viria a frutificar.

2.11. Literatura jurídica

Este capítulo não precisa de ser estudado profundamente. O Dr. Vieira Cura sugeriu uma leitura superficial das páginas 320 a 327.

Houve juristas portugueses que aceitaram com maior ou menor evidência os rumos do humanismo jurídico; tiveram, contudo, uma acção irrelevante no quadro nacional, tanto na óptica da construção científica, como da realidade prática. No que diz respeito à orientação humanista que reivindicava fundamentalmente a liberdade e a autonomia interpretativa dos textos, reconhece-se que não conseguiu uma sorte muito diversa: os seus reflexos em Portugal foram esporádicos.

Os principais jurisconsultos portugueses do período que vai desde o século XVI aos meados do século XVIII costumam sistematizar-se em três categorias: civilistas, canonistas e os cultores do direito pátrio (podiam ser comentadores, casuístas e praxistas).

2.12. O ensino do direito

a) Antes de D. João III – o ensino jurídico em Portugal recua à fundação do Estudo Geral dionisiano; a confirmação da bula pontifícia de 9 de Agosto de 1290, já alude à obtenção dos graus académicos em direito canónico e direito romano. Tanto D. João III como D. Manuel I procuraram melhorar o nível dos nossos estudos superiores, chamando às cátedras da Universidade alguns professores estrangeiros de nomeada e proporcionando subsídios pecuniários aos estudantes que pretendessem deslocar-se aos centros culturais de além - fronteiras: em 1431 aparecem já expressos os graus universitários de bacharel, licenciado e doutor: os primeiros, depois de concluída a instrução preparatória da Gramática e da Lógica, cursavam durante três anos, defendendo, seguidamente, em acto público as “conclusões”; se pretendessem a licenciatura (o grau académico mais difícil de obter) estavam obrigados a uma frequência complementar de quatro anos, antes de se submeterem aos respectivos exames; a colação do grau de doutor, era uma acto essencialmente solene onde as provas tinham reduzida importância.

b) Instalação da Universidade de Coimbra – a Universidade foi definitivamente fixada em Coimbra por D. João III no ano de 1537; a razão decisiva teve a ver com a profunda reforma do ensino universitário iniciada pelos dois monarcas que o precederam; impunha-se organizar, um ensino digno da época renascentista; exoneraram-se os professores que não apresentavam méritos para leccionar na Universidade, passando para Coimbra aqueles que apresentavam reconhecidos créditos para tal; por outro lado, atraíram-se inúmeros mestres estrangeiros consagrados nos seus países (relevo para o prestigiado canonista Martín de Azpilcueta, arrancado à Universidade de Salamanca); confiaram-se, ainda, algumas cátedras a portugueses que se tinham notabilizado no estrangeiro (Manuel da Costa, Aires Pinhel e Heitor Rodrigues, todos diplomados em Salamanca).

c) Organização dos estudos jurídicos segundo os “Estatutos Velhos” - na sequência de várias modificações, os Estatutos Manuelinos, relativos à legislação universitária, mantiveram-se até ao ano de 1598, altura em começaram a vigorar os Estatutos Filipinos, também denominados Sétimos Estudos, que viriam a ser, sucessivamente, confirmados por Filipe II (1612) e D. João IV (1653); este esquema vai manter-se até 1772 (ano da Reforma Pombalina e dos consequentes Estatutos Novos), o que, por contraposição, os fez conhecer por “Estatutos Velhos”. A Faculdade de Cânones compreendia sete cadeiras maiores e duas menores (catedrilhas). Na Faculdade de Leis, por sua vez, as oito cadeiras nela integradas correspondiam às diferentes partes em que os Glosadores dividiram as compilações justinianeias; a cátedra prima era destinada ao Digesto Esforçado. O esquema de ensino, de raiz escolástica, era fundamentalmente o mesmo nas duas Faculdades: o professor lia os passos do Corpus Iuris Canonici ou do Corpus Iuris Civilis, e, em seguida, comentava-os, expondo as opiniões e os argumentos considerados falsos e os considerados verdadeiros, refutando, depois, aquelas razões contrárias, sempre estabelecendo confronto com outros textos e concluindo, finalmente, pela interpretação tida como mais razoável; viva-se o império absoluto dos autores consagrados, que definiam a opinião comum.

2.13. A segunda escolástica. Seus contributos jurídicos e políticos

A especulação filosófica sobre o direito e o Estado apenas se tornou disciplina autónoma, entre nós, pelos fins do século XVIII; tradicionalmente, tinha lugar em conjunto com a filosofia geral, a teologia e, inclusive, o direito canónico; tanto no nosso país, como em Espanha, eram os teólogos e os canonistas que, via de regra, se dedicavam a tais problemas. O ciclo que decorre do Renascimento ao Iluminismo apresenta-se como uma típica fase de transição em matéria de filosofia do direito e do Estado; nele se verifica o progresso das ideias humanistas, das quais as últimas ilações viriam a ser tiradas pelo pensamento setecentista; assim sucedeu com jusracionalismo da chamada Escola do Direito Natural, que predominou, essencialmente, na Holanda, Inglaterra e Alemanha.

O pensamento jurídico aquém-Pirenéus é assim influenciado pela neo-Escolástica ou Segunda Escolástica; correspondeu à necessidade de repensar a compreensão cristã do homem e da convivência humana, portanto, envolvendo o direito e o Estado, em face da conjuntura do tempo, que patenteava candentes aspectos políticos, sociais e económicos, ao lado das ideias humanistas e da reforma religiosa; durante este período, os estudos de filosofia jurídica e política atingiram um incremento notável na Península; os teólogos espanhóis construíram uma obra de grande significado - daí a corrente que se denomina Escola Espanhola de Direito Natural; nesse movimento, participaram igualmente vários pensadores portugueses de vulto, não sendo de todo excessivo, falar-se numa Escola Peninsular de Direito Natural, que teria repercussões na Europa transpirenaica. Esta corrente caracterizou-se, antes de tudo, pela sua posição jusnaturalista; reafirmaram-se o direito e o Estado metafísica e ontologicamente alicerçados numa concepção teocêntrica; e, a partir da existência de tal ordem jurídica superior, os teólogos-juristas aferem o direito positivo. Trouxeram importantes contributos para a edificação ou o desenvolvimento de diversos sectores, desde a teoria do Estado e a ciência jus-internacionalista até à atenção dispensada ao direito penal e à celebração de categorias dogmáticas modernas do direito privado; no plano da ética económica, discutiram problemas como os da usura, da troca e do preço justo. Merece destaque o impulso dado para a criação do direito internacional público - recorde-se a polémica que opunha os defensores da doutrina da liberdade de navegação ("*mare liberum*") aos seguidores da teoria do monopólio dos países que abriram essas novas rotas ("*mare clausum*") - questão particularmente cara a Portugal; os descobrimientos suscitaram uma multiplicidade de questões actuais, mormente a da liberdade dos mares (já referida), a da legitimidade da ocupação dos territórios descobertos ou conquistados e a da condição jurídica dos respectivos habitantes - assim se criaram as bases teóricas do direito das gentes.

III - PERÍODO DA FORMAÇÃO DO DIREITO PORTUGUÊS MODERNO

1. ÉPOCA DO JUSNATURALISMO RACIONALISTA

1.1 Correntes do pensamento jurídico europeu

Antes de se apreciar as influências do ciclo pombalino no direito português, importa reter o quadro das orientações filosóficas e jurídicas que marcavam os horizontes europeus:

a) **Escola Racionalista do Direito Natural** - referiu-se já, que a Europa, durante os séculos XVI e XVII, conheceu duas linhas de pensamento, não só influentes nas áreas da filosofia jurídica e política, mas também, no direito internacional público: a Escola Espanhola do Direito Natural, também conhecida por Segunda Escolástica, que, predominantemente se desenvolveu na Península Ibérica e a Escola do Direito Natural ou Escola Racionalista do Direito Natural, que teve o seu assento privilegiado na Holanda, Inglaterra e Alemanha. **Hugo Grócio** (1583/1645) é geralmente considerado o **fundador do jusnaturalismo moderno**; profundamente influenciado pela Segunda Escolástica, representou a ponte de passagem das correspondentes concepções teológicas e filosóficas para o subsequente jusnaturalismo racionalista; tinha por si o futuro iluminista que se aproximava. O novo sistema de direito natural, agora desvinculado dos

pressupostos metafísico-religiosos, vem a ser construído através de contributos de vários autores: **Hobbes** e **Locke**, em Inglaterra, **Pudendorf, Thomasius e Wolff**, na Alemanha. **Pudendorf**, revela-se mesmo, não só como o primeiro grande sistematizador do direito natural (é a positivação do direito natural), mas ainda como o representante mais característico da época de transição do jusnaturalismo grociano para o iluminismo setecentista. Com estes autores, chega-se ao **direito natural racionalista**, isto é, produto ou exigência., em última análise, da **razão humana**; considera-se que, tal como as leis universais do mundo físico, também as **normas que disciplinam as relações entre os homens e comuns a todos eles são imanentes à sua própria natureza e livremente encontradas pela razão, sem necessidade de recurso a postulados teológicos**. O direito natural racionalista teve uma larga influência na ciência jurídica positiva.

b) **Uso Moderno** - relacionada com o jusracionalismo, surgiu na Alemanha donde irradiou para outros países europeus, uma nova metodologia do estudo e aplicação do direito romano conhecida por "**usus modernus pandectarum**" - significa, dentro da linha evolutiva do direito alemão, a passagem da Escola dos Comentadores para a Escola Histórica. Pode afirmar-se que o **usus modernus traduz o reflexo da penetração das ideias jusracionalistas no campo do direito**; influência que se faz sentir em **dois planos**, correspondentes a **outras tantas fases** que convém distinguir nesta época: **na primeira delas**, as ideias jusracionalistas só indirectamente se repercutiram na vida jurídica; isto é, levaram de imediato, à **ampliação do campo da actividade legislativa, conforme ao intervencionismo que marcou o Despotismo Esclarecido**; o fenómeno traduziu-se num esforço de **adaptação do direito romano**, não ocorrendo, todavia, qualquer alteração de estilo de exposição e no **método exegético-analítico herdado dos Comentadores**; apenas desde os finais do século XVII se verifica a **influência do jusracionalismo ao nível da doutrina e da prática do direito**; como traço comum às duas fases, defendia-se o princípio de que no Corpus Iuris Civilis, se devia distinguir o que se conservava direito vivo daquilo que se mostrava obsoleto; dito de outro modo: **importava separar as normas susceptíveis de "uso moderno", ou seja, adaptadas às exigências do tempo, das que correspondiam meramente a circunstâncias romanas peculiares; na segunda fase**, tal aferição da actualidade dos preceitos romanísticos beneficiou do refinamento teórico da referência do direito natural racionalista; isto é, tinha-se agora em conta o **direito pátrio**, que integrava o ordenamento vigente ao lado dessas normas susceptíveis de prática actualizada.

Do exposto, decorre a íntima ligação do "usus modernus" à Escola Racionalista do Direito Natural, **que não podem, evidentemente, confundir-se**. A última constituiu uma **escola filosófica e de jurisprudência teórica**, ao passo que o primeiro consubstanciou uma **orientação teórico-prática ligada à vida concreta**. Esta afirmação é particularmente exacta a respeito da segunda fase do "usus modernus". Resta acrescentar, que entre nós, não se pode falar de duas fases do uso moderno; com efeito, os seus reflexos, em Portugal, apenas se fizeram sentir de forma significativa durante a segunda delas, pelo que, tendencialmente, se **identifique o "usus modernus" com a penetração do jusracionalismo no universo jurídico português**.

c) **Jurisprudência Elegante** - surge na Holanda durante o século XVII, apesar da grande difusão do "usus modernus"; o nome de jurisprudência Elegante advém **da preocupação de rigor das formulações jurídicas e dos cuidados da expressão escrita dos seus adeptos**; juristas notáveis, como Voet, Noodt e Westenberg, continuaram a estudar o direito romano dentro do método histórico-crítico; de algum modo, pode-se afirmar que esta corrente, **combinava as finalidades do "usus modernus" com as tendências puras do humanismo jurídico**.

d) **Iluminismo** - corrente que abrange a generalidade da Europa durante o século XVIII e que vai influenciar o ciclo pombalino; desenvolve-se, **em termos políticos, sob a égide das monarquias absolutas que configuravam o Despotismo Esclarecido ou Ilustrado**; entre nós, corresponde basicamente aos reinados de D. José e D. Maria I. o Iluminismo foi um **período voltado para uma compreensão do mundo, tendo o homem como o seu elemento central**, "ainda de todo não despido da ideia de transcendência, e contudo julgando-se já plenamente senhor dos seus destinos"; assistiu-se a uma **hipertrofia da razão e do racionalismo**; assim aconteceu, quer nas áreas das ciências naturais, quer nos domínios da filosofia especulativa e da cultura, quer nos universos ético, social, económico, político e jurídico. Verifica-se o **desenvolvimento de um sistema naturalístico das ciências do espírito**; tudo se alicerça na **natureza e tem a sua validade aferida pela razão do indivíduo humano, ou seja, por uma razão subjectiva e crítica**. A sua influência no domínio da filosofia jurídica vai definir novas posições teóricas: **uma vincada concepção individualista-liberal fundamenta a sua compreensão do direito e do Estado**; na base

colocam-se os direitos “*originários*” e “*naturais*” do indivíduo; são, afinal, as últimas consequências do Renascimento que as mais recentes concepções jusnaturalistas tinham acentuado. A esta explicação ideológica acrescentam-se condições políticas que concorreram no mesmo sentido: as lutas religiosas dos séculos XVI e XVII, que despertaram um sentimento de liberdade de consciência, a Revolução Inglesa de 1688, que conduziu a um governo liberal e parlamentar, assim como os aspectos económicos que prenunciaram a revolução industrial e o capitalismo moderno.

e) **Humanitarismo** – derivam do Iluminismo algumas correntes humanitaristas que se vão reflectir, predominantemente, no âmbito do direito penal (Montesquieu e Voltaire, em França, Beccaria e Filangeri, na Itália, são exemplos vivos desta corrente); dois aspectos básicos a realçar: **por um lado**, quanto ao conteúdo do próprio direito penal, que deveria desvincular-se de todos os pressupostos religiosos, aliás de harmonia com a nova compreensão do direito e do Estado a partir de um contrato social, reduzindo-se à função exterior de tutela dos valores ou interesses gerais necessários à vida colectiva; afirmava-se a ideia de necessidade ou utilidade comum como critério delimitador do direito penal, por oposição a uma axiologia ético-religiosa. De acordo com este primeiro aspecto, as sanções criminais passam a ter como fundamento predominante, já não um imperativo ético, mas uma pura ideia de prevenção e defesa da sociedade; isto é, as penas justificavam-se não como castigo pelo facto passado, mas antes como um meio de prevenção geral (que visa intimidar a generalidade das pessoas) e de prevenção especial (que visa agir sobre o próprio delinquentes, intimidando-o ou reeducando-o). Acrescenta-se ainda, que a acção preventiva do direito penal teria de fazer-se dentro dos limites da justiça e do respeito pela dignidade da pessoa humana; directamente associado a estes princípios, surge a exigência de proporcionalidade, por um lado, entre a pena e a gravidade do delito, e, por outro lado, a postergação das antigas penas corporais ou infamantes e a sua substituição pela pena de prisão; partia-se do postulado da liberdade humana como primeiro de todos os bens sociais, devendo, pois, a sanção criminal traduzir-se numa limitação desse mesmo valor; **por outro lado**, e relativamente ao processo penal, há a assinalar novas posições: do século XII ao século XVIII, ocorre uma prevalência sempre mais acentuada do processo oficioso em confronto com o processo baseado na iniciativa das partes; a partir das transformações iluministas, em sede de justiça criminal, começa uma época que, embora, cronologicamente reduzida, se reveste de enorme significado para o processo penal, não só no aspecto do pensamento jurídico-filosófico e político, mas ainda do ponto de vista da formação dos sistemas legislativos e jurisprudenciais modernos; observa-se, em resumo, o trânsito de um processo de estrutura inquisitória para um processo de inspiração acusatória.

1.2. Reformas pombalinas respeitantes ao direito e à ciência jurídica

As correntes acabadas de referir tiveram capital influência nas chamadas reformas pombalinas; a polarização dessas doutrinas, adquiriu maior clareza e acentuou-se no meio português, através dos “*estrangeirados*” - qualificação atribuída aos letrados e cientistas nacionais que, pela sua permanência além fronteiras, conheciam a mentalidade e as novas correntes de pensamento que percorriam a Europa - destaque especial para Luís António Verney. Contudo as suas advertências e sugestões não encontraram eco de imediato; apenas mais tarde, se viriam a revelar importantes nas transformações operadas no domínio da ciência jurídica pelo governo do Marquês de Pombal. Estas alterações, alcançaram fundamentalmente três vertentes: modificações legislativas pontuais, a actividade científico-prática dos juristas e o ensino do direito. No que diz respeito ao primeiro daqueles aspectos, operaram-se efectivamente alterações substanciais de múltiplos institutos: processo necessário sempre que houve preceitos expressos a revogar ou se quiseram introduzir modificações rápidas e completas; algumas dessas providências trouxeram um progresso significativo e permaneceriam; outras, todavia, viriam a revelar-se efémeras (exemplo: os diplomas que disciplinaram em moldes inteiramente novos a matérias da sucessão testamentária, legítima e legitimaria). Mais relevantes, sem dúvida, se mostraram as providências adoptadas nos outros dois planos: o da ciência do direito, enquanto voltada para a interpretação, integração e aplicação das normas jurídicas; e o da formação dos juristas. Foram atendidos pela Lei da Boa Razão e pela reforma da Universidade, consubstanciada nos Estatutos Novos.

A Lei da Boa Razão (apelo à “recta rácio do jusnaturalismo), de 18 de Agosto de 1769, apenas receberia esta designação no século XIX, representava o dogma supremo da actividade interpretativa e integrativa, estivesse cristalizada nos textos romanos, no direito das gentes ou nas obras jurídicas e leis positivas das nações estrangeiras. Este diploma visou, não apenas impedir irregularidades em matéria de assentos e quanto à utilização do direito subsidiário, mas também fixar normas precisas sobre a validade do costume e os elementos a que o intérprete podia recorrer para o preenchimento das lacunas; analisemos as várias soluções que ela consagrou:

1) **primazia do direito pátrio** - isto é, os diferendo submetidos a apreciação dos tribunais deviam ser julgados, antes de tudo, pelas leis pátrias e pelos estilos da Corte; estes últimos, que constituíam jurisprudência a observar em casos idênticos, apenas valiam quando aprovados através de assentos da Casa da Suplicação (o que significa uma perda de eficácia autónoma relativamente a épocas anteriores);

2) **assentos da Casa da Suplicação** - passam a ter autoridade exclusiva, na medida em que a Casa da Suplicação era o tribunal supremo do Reino; os assentos das Relações apenas alcançariam valor normativo, mediante confirmação daquele tribunal supremo; assim se pôs termos ao problema dos assentos contraditórios;

3) **costume** - para valer como fonte de direito tem de observar três condições: ser conforme à boa razão, não contrariar a lei e ter mais de cem anos de existência; o direito consuetudinário, deste modo, deixou de ser *contra legem*;

4) **casos omissos** - na ausência de direito pátrio, representado pelas fontes imediatas atrás indicadas, caberia recurso para o direito subsidiário: o direito romano apenas se aplicaria se fosse conforme à boa razão, ou seja, as suas normas seriam aplicadas, caso a caso, se mostrassem concordes com a boa razão, que é o mesmo que dizer, de acordo com a “recta ratio” jusnaturalista; numa palavra, apresentar-se conforme à boa razão, equivalia a corresponder aos princípios do direito natural ou do direito das gentes, que contem verdades essenciais, intrínsecas e inalteráveis; deste modo, era fonte subsidiária, ao lado do direito romano seleccionado pelo jusracionalismo, o sistema de direito internacional resultante daquela orientação; mais tarde, por ocasião da promulgação do Estatutos Novos da Universidade, fixaram-se um conjunto de regras, por via das quais, se aponta ao intérprete o critério prático de averiguar qual o “uso moderno” que dos preceitos romanos em causa faziam os jurisconsultos das nações europeias modernas; desta forma, o direito romano aplicável subsidiariamente, reconduzia-se ao aceito nas obras doutrinárias da escola do “usus modernus pandectarum”, que, assim, adquiriam, entre nós, valor normativo indirecto como fontes supletivas;

5) **lacunas políticas, económicas, mercantis ou marítimas** - determinava-se o recurso às leis das “Nações Cristãs, iluminadas e polidas”; nestes casos, o direito romano era liminarmente recusado, pois entendia-se, que pela sua antiguidade, se revelava inadequado à disciplina de tais recentes matérias;

6) **direito canónico** - é relegado para os tribunais eclesiásticos; deixou de se contar entre as fontes subsidiárias;

7) **Glosa de Acúrsio e opinião de Bártolo** – também se proibiu o uso em juízo da Glosa de Acúrsio, da opinião de Bártolo e da “communis opinio”; o legislador justifica tal medida, pelas imperfeições jurídicas atribuídas, tanto à falta de conhecimentos históricos e linguísticos dos referidos autores, como à ignorância das normas fundamentais de direito natural e divino.

Os novos Estatutos da Universidade – mais do que a Lei da Boa Razão, são a reforma pombalina dos estudos universitários que, de um modo especial, reflecte a influência das correntes doutrinárias europeias dos séculos XVII e XVIII. Em 1770, foi nomeada uma comissão, denominada Junta de Providência Literária, incumbida de dar parecer sobre as causas da decadência do ensino universitário; esta comissão, apresentou, no ano seguinte, um relatório circunstanciado, com título de Compêndio Histórico da Universidade de Coimbra, onde se faz uma implacável crítica da organização existente, recuperando-se, em larga medida, as advertências de Verney anteriormente manifestadas. Na parte que diz respeito à Faculdade de Leis e de Cânones (a que interessa aqui analisar), cuja autoria parece ser atribuída a João Pereira de Azeredo Coutinho, essas críticas, dirigem-se fundamentalmente, para a **preferência absoluta dada ao ensino do direito romano e do direito canónico, em evidente prejuízo do direito pátrio, para o abuso que se fazia do método bartolista e da “opinio communis”, o completo desprezo pelo direito natural e pela história do direito.**

Os novos estatutos da Universidade, também conhecidos por Estatutos Pombalinos, aprovados em 1772, apresentaram **relevantes inovações**. A saber: inclusão de *matérias novas* (direito natural, onde se fundiam o direito natural em sentido estrito, o “direito público e universal” e o “direito das gentes”), a história do direito e o ensino das instituições de direito pátrio; o núcleo central dos cursos de Leis e de Cânones, continuou a ser constituído, respectivamente, pelo Corpus Iuris Civilis e pelo Corpus Iuris Canonici; inspirado pelas Universidades alemãs, adopta-se um novo método de ensino - **“sintético-demonstrativo-compêndiário”**, precursor de uma nova orientação, com base na qual, se fornecia aos estudantes um conspecto geral de cada disciplina, através de definições e da sistematização das matérias numa linha de progressiva complexidade (passavam-se de uma conclusão para outras após o total esclarecimento científico das suas precedentes e como sua dedução); aos estudantes passaram a ser distribuídos manuals adequados sujeitos a aprovação oficial; traçaram-se, minuciosamente os novos programas das diferentes cadeiras, impondo-se aos professores a escola de jurisprudência preferível (no que diz respeito aos direitos romano e canónico, o tradicional método escolástico ou bartolista foi substituído pelas directrizes histórico-críticas ou cujacianas); as tradicionais *postilas* (apontamentos manuscritos) foram substituídas por compêndios breves, claros e ordenados. Em suma a reforma pombalina, revolucionou o ensino jurídico português, colocando-o a par do que melhor se fazia na Europa culta. Não obstante, os progressos registados, estiveram, ainda assim, longe de corresponder aos desejos dos reformadores; assim se compreendem algumas críticas que foram surgindo, que não abalaram o prestígio das modificações introduzidas, mantendo os Estatutos Pombalinos até 1836.

1.3. Literatura jurídica

A síntese do que o jusracionalismo trouxe em matéria de ciência e estudo do direito, complementa-se com uma abordagem à subsequente literatura jurídica. Um nome assume particular importância neste domínio: Pascoal José de Mello Freire dos Reis - apenas os seus manuais (na sequência do já aludido empenho dos poderes públicos na elaboração de compêndios universitários) foram oficialmente aprovados; as suas obras, formam um tríptico respeitante à história do direito pátrio, às instituições do direito pátrio (quatro livros que tratam diferentes matérias: o direito público sob múltiplos aspectos, do direito das pessoas, em que se inclui o direito da família, do direito das coisas, abrangendo o direito sucessório, e das obrigações e acções) e às instituições de direito criminal. Mello Freire identificou-se com a corrente do “usus modernus”; é um profundo conhecedor da bibliografia estrangeira mais expressiva; todavia, a variedade das matérias versadas prejudica, por vezes, a profundidade com que aprecia os temas; não se discute, contudo, que foi um jurista de excepcional envergadura, que por si só, marcou uma época. Atribui-se-lhe a posição de precursor do nosso direito penal moderno influenciado pelo pensamento iluminista e humanitário. Outros jurisconsultos se revelaram na docência universitária: Ricardo Raimundo Nogueira e Francisco Coelho de Sousa Sampaio, ambos lentes de Leis, são, porventura os mais destacados. A literatura jurídica da época não se esgota nos claustros da Universidade. Alguns cientistas práticos revelam-se na vida forense: Manuel de Almeida e Sousa, geralmente conhecido por **Lobão**, em virtude de nessa pequena localidade das Beiras ter aberto banca de advogado, a que acorriam consulentes de pontos distantes, teve o mérito de decorrente de uma intensa intervenção na vida prática; Joaquim José Caetano Pereira de Sousa, destacou-se na processualística e no direito penal, além de exercer advocacia na Casa da Suplicação; o jurisconsulto mais importante fora do ensino universitário foi Vicente José Ferreira Cardoso da Costa, cujo perfeito conhecimento das codificações estrangeiras, se revela na obra que publicou, tendo em vista a elaboração, entre nós, de um Código Civil.

1.4. O chamado “Novo Código”. Tentativa de reforma das Ordenações

Ficou conhecido por **“Novo Código”**, o projecto decretado por D. Maria I, no sentido de se proceder à reforma geral do direito vigente, consequência da necessidade de actualização das Ordenações Filipinas. O principal propósito da “Junta de Ministros” criada para o efeito, consistia em averiguar, não só as normas contidas naquelas Ordenações e leis extravagantes que conviria

suprimir por antiguidade, mas também as que vinham levantando dúvidas de interpretação na prática forense e as que a experiência aconselhava a modificar; sugeria-se ainda, que se seguisse a sistematização básica das Ordenações, na medida em que a adopção de uma nova metodologia poderia criar dificuldades aos julgadores, largamente familiarizados com a tradição arreigada. Observam-se, contudo, consideráveis divergências no seio da Junta, quanto à orientação dos trabalhos preparatórios: uma preocupação relevante se nota nesta altura - **a criação de partes gerais** antecedentes ao primeiro título de cada matéria, onde se deveriam indicar as regras básicas a ela pertinentes, acompanhadas das divisões que parecessem oportunas. Mas o respeito à colectânea filipina e às Ordenações em geral, em termos metodológicos, inibiam a elaboração de um código semelhante aos que no estrangeiro iam sendo publicados, na sequência natural do pensamento Jusracionalista e Iluminista. Mello Freire, entretanto encarregado de proceder à revisão do Livros II e V das Ordenações, elabora os projectos do Código de Direito Público e do Código Criminal, que viriam a ser objecto de forte contestação por parte de um outro jurista prestigiado - Ribeiro dos Santos - integrado na “Junta de Censura e Revisão”, com o propósito de apreciar os projectos de Mello Freire. As divergências decorrem, fundamentalmente, de conotações políticas (Mello Freire era próximo dos ideais absolutistas, enquanto Ribeiro dos Santos se aproximava dos princípios liberais); esta polémica, denominada por **“formidável sabatina”**, constituiu um expressivo contributo para o estudo do pensamento político português dos fins do século XVIII. Os projectos de Melo Freire, todavia, acabariam por não vingar, fracassando, deste modo, igualmente, a tentativa de reformulação das Ordenações Filipinas; para isso, também concorreu o período de indefinição política vivida no país - estava-se no ocaso do Despotismo Esclarecido e os ideais da Revolução Francesa ainda mal se avistavam entre nós.

2. ÉPOCA DO INDIVIDUALISMO

2.1. Aspectos gerais do individualismo político e do liberalismo económico

A base de toda a construção ideológica e filosófica do século XIX, é sabido, assenta no princípio de que o homem nasce **dotado de certos direitos naturais e inalienáveis**, e que a exclusiva missão do Estado, de raiz pacífica e sem fins próprios, é a promoção e salvaguarda desses direitos individuais e originários; visto que tais direitos se reconduzem às diferentes formas que pode revestir o **direito de liberdade** (religiosa, política, jurídica), logo resulta, em ligação íntima à ideia de liberdade de todos e como meio indispensável para assegurá-la, a ideia de igualdade; em termos de poder, consagra-se ainda o outro princípio básico, corolário lógico daquele ponto de partida: o **princípio da soberania popular e nacional**; com facilidade, se deriva pois, para conceitos de governo representativo, de monarquia constitucional e parlamentar, de separação de poderes e de constituições escritas. Não sendo, alguns destes princípios, de todo originais (talvez com as excepções da separação dos poderes e do parlamentarismo), foi, todavia, no século XIX que alcançaram o “carácter universalista e humano”.

As novas coordenadas económicas, por contraposição às teses mercantilistas e proteccionistas do Estado Polícia, que viam no aumento do stock de metais preciosos, o meio de enriquecimento das nações e dos indivíduos, promovem, sem rodeios, o livre câmbio internacional; destacam-se três figuras: Adam Smith, Davi Hume e Stuart Mill.

2.2. Correntes do pensamento jurídico europeu

Analiseemos as diversas correntes do pensamento jurídico europeu que se apresentam num processo evolutivo marcado pelo mesmo ponto de partida: a reacção ao jusnaturalismo em sentido teológico:

1) Positivismo jurídico. Escola de Exegese - contrapõe-se ao jusnaturalismo clássico e não ao juracionalismo moderno, que o antecedeu e, até, influenciou; o positivismo jurídico caracteriza-se principalmente pela identificação do direito com a lei; esta materializa ou positiva o direito ideal de inspiração racionalista; a ordem jurídica constitui um todo acabado; a sua plenitude atinge o momento definitivo num conjunto de Códigos modernos, sistemáticos e completos; a identificação da juricidade com a legalidade conduz à negação do costume com fonte de direito, bem como, implica a subalternização da doutrina e da jurisprudência; numa palavra - **a criação do direito é um acto do Estado, em prejuízo das vias popular e científica**. Expressão acabada, no plano metodológico, do positivismo jurídico é a Escola de Exegese, de raiz francesa, que surge ligada ao

movimento codificador, *maxime* do Código Civil napoleónico. Os percursores desta Escola entendem a lei, antes de tudo, como manifestação da vontade soberana; dada a sua rigorosa imperatividade, devia-se interpretá-la segundo um método lógico-gramatical; assim se explicam, no plano das fontes, a concepção estadista do direito e, no plano da normatividade jurídica, uma concepção da lei com critério jurídico exclusivo. Esta corrente sofre contestação dos seguidores da “livre investigação científica” do direito e percursores da Escola Científica (Gény é o mais representativo); aduziam estes autores que, a redução das fontes de direito à lei, estabelecendo o respeito absoluto pela “mens legislatoris”, além de impedir as inovações decorrentes de novas fontes de direito, conduzia à estagnação jurídica. Importa, todavia, reconhecer, que a intervenção da Escola de Exegese, se opera num período em que a defesa do legalismo pós-revolucionário, consubstanciado na codificação, se afigura como a prioridade a ter em conta.

2.3. Escola Histórica do Direito - a oposição ao direito natural clássico verificou-se também pelo caminho do historicismo, ainda que se negasse, igualmente, a validade do direito natural racionalista. A origem desta Escola simboliza a célebre polémica entre, por um lado, os defensores da promulgação de um Código Civil para toda a Alemanha (tem em Thibaut, o seu principal representante), e, por outro lado, aqueles que não refutando, liminarmente, essa possibilidade, faziam depender a sua elaboração de condições inatingíveis (é Savigny quem mais se destaca nesta linha de pensamento). A Escola Histórica situa-se no contexto alemão dos começos do século XIX. O sistema jurídico então vigente nesse país era constituído por leis e costumes de origem germânica, aplicando-se, a título de subsidiário, o direito romano. Inicia-se dentro daquela Escola, um dualismo de juristas, conforme o objecto dos seus estudos, com repercussões na ciência do direito privado que chegam à actualidade. De um lado, os “romanistas”, de que são exemplo Hugo e Savigny, que se caracterizam pela preocupação de transformar em sistema acabado o direito romano aplicável na Alemanha, fora da sua génese histórica. Do outro lado, os “germanistas”, como Eichorn e Grimm, que, sob inspiração de forte sentimento nacionalista, intentam edificar, em áreas jurídicas diversas ocupadas pelos romanistas, como a comercialística, um sistema do direito alemão alicerçado na investigação das raízes tradicionais. A bifurcação referida não impede, todavia, que se reconhecem em ambas as tendências os traços fundamentais que conferem unidade a toda a Escola Histórica. A orientação desta Escola contrapõe ao racionalismo o carácter necessariamente histórico do direito; ou seja, rompe com o direito natural racionalista, ao abrigo do qual, o direito vale, do mesmo modo, para todas as épocas e para todos os lugares. Para os defensores desta Escola Histórica, tal como a língua e as restantes expressões culturais, o jurídico resulta da criação espontânea da consciência colectiva, de uma manifestação do espírito do povo; cada ordenamento tem atrás de si uma tradição histórica, reflecte as peculiaridades do povo respectivo, a evolução da específica realidade social. Fácil é de compreender, que um postulado que contrapõe a existência de um direito natural permanente no espaço e no tempo, e, relevando especialmente o “espírito de um povo”, confira supremacia ao costume, o estatuto de fonte de direito; a legislação, nascida através da mediação da autoridade do Estado, deve inspirar-se ou ter como fonte o direito consuetudinário.

2.4. Pandectística. Jurisprudência dos conceitos

Assinala-se com frequência, que a Escola Histórica revela uma notória incoerência entre o seu programa e os resultados a que chegou; ou seja, por um lado, promove-se uma concepção do direito como produto de um povo, e, por outro lado, admite-se a existência de um direito independente dessa consciência colectiva (o direito romano, no caso); a linha mais influente daquela Escola, seguida por Savigny e Hugo, dedicou-se à elaboração de uma doutrina moderna a partir do direito romano; para preservar a coerência, entendiam os juristas seus defensores, que a sua obra cabia no sentido amplo de consciência colectiva. É neste contexto que a Escola Histórica chega à formulação de um direito erudito e acaba na Pandectística: o seu objectivo consiste em reunir todo o universo jurídico de forma sistemática e abstracta. Verifica-se na Pandectística, um certo retorno a um positivismo, aceitando-se um critério próximo do juracionalismo; com simples perspectiva científica, procura-se edificar um sistema dogmático completo e fechado, onde se encontraria resposta para todos os problemas jurídicos, ignorando-se a dinâmica iniludível das realidades político-económicas, sociais e culturais. A Pandectística alemã (a sistematização germânica do direito civil constitui um verdadeiro símbolo deste movimento) adoptou a aplicação de um método sistemático à compreensão do direito, bem distante da

casuística romana, deduzindo as soluções individuais dos princípios a que as mesmas são subsumíveis; **o fulcro reside na teoria das instituições**; isto é, as regras particulares podem reconduzir-se a um número restrito de instituições, susceptíveis de uma índole mais sociológica, como o casamento e a família, ou mais técnica, por exemplo, a obrigação e o direito real. Tal redução das normas a instituições constitui o meio adequado, não só para análise e interpretação do direito, mas também para a sua aplicação; é ainda com base no espírito das instituições que se podem preencher as lacunas da lei.

2.5. Transformações no âmbito do direito político

O primeiro sistema liberal português inaugurou-se, apenas, com a Revolução de Agosto de 1820, a que não foi estranho o levantamento espanhol que, em Janeiro desse mesmo ano, restabeleceu a Constituição de Cádiz; o paralelismo entre os dois movimentos foi ao ponto de em Portugal se ter pretendido aceitar a Constituição espanhola. Ficaram desde logo consagrados, o princípio da soberania nacional e, como direitos individuais do cidadão, a liberdade, a segurança e a propriedade; o princípio da igualdade levou à supressão de certos privilégios judiciais e do privilégio das coutadas. Na esfera económica, o Vintismo esteve longe de produzir uma autêntica transformação, limitando-se a pouco mais do que a esboçar o sentido das reformas futuras. O regime constitucional viria a ser abolido, na sequência da Vilafrancada, substituindo-se a liberal e a revolucionária Constituição de 1822 pela Carta Constitucional de 1826, outorgada por D. Pedro e que reflecte um liberalismo de tendência conservadora. Depois de um período estacionário de dois anos, o equilíbrio rompeu-se, primeiro a favor dos contra-revolucionários que detiveram o poder de 1828 a 1834; após 1834, a Convenção de Évora-Monte restabelece a Carta Constitucional e com ela a Revolução continua a marcha interrompida; pela primeira vez se adoptam medidas radicais destinadas a alterar a estrutura tradicional da sociedade portuguesa: uma nova organização administrativa, uma reforma judiciária e, ao lado destas, uma poderosa viragem fiscal no sentido da liberdade económica. Lançavam-se assim as bases da mudança, não só política, mas também económico-social do País. Será, todavia, na segunda metade do século XIX, que se assiste a uma intensa penetração e desenvolvimento do capitalismo e das técnicas modernas, bem como aos progressos materiais notáveis a que ficou ligada a obra de Fontes Pereira de Melo.

2.6. Transformações no âmbito do direito privado

A vitória das ideias liberais, em Portugal, não ocasionou no domínio privatístico reformas de vulto comparáveis às inovações introduzidas nas esferas constitucional e administrativa ou noutro ramos do direito público, como a organização judiciária e o processo ou os direitos fiscal e financeiro. Não obstante algumas (poucas) alterações no regime de uma ou outra instituição jurídico-privada, estamos longe de se poder falar em transformação legislativa substancial; o próprio Código Comercial de 1833 pouco mais era de uma compilação de preceitos estrangeiros, já entre nós recebidos, a título subsidiário. A par desta passividade do legislador, verifica-se, contudo, uma apreciável evolução das nossas instituições jurídico-privadas, graças à obra da **doutrina e da jurisprudência**; recorde-se, a propósito, que nunca a vida legislativa portuguesa esteve comprimida em legislação minuciosa; desde do século XII, que tivemos um movimento legislativo valioso, nomeadamente a partir do século XV, com as Ordenações Afonsinas; Porém, tanto estas Ordenações, como as que se lhe seguiram (Manuelinas e Filipinas), ficaram muito longe de constituir um sistema completo, designadamente no âmbito do direito privado, onde se omitiam vários institutos; igualmente nos diplomas avulso, não se encontrava satisfação imediata das exigências de tutela que a vida solicitava. Restava, assim, uma larguíssima margem para a intervenção do direito subsidiário estrangeiro. Já no século XIX, o Liberalismo continuou a confiar amplamente à actividade doutrinal dos juristas a orientação do direito privado, sem mesmo estabelecer novas regras de interpretação das normas jurídicas e de integração das suas lacunas; mantiveram-se formalmente em vigor as consagradas na Lei da Boa Razão, isto é, a “recta ração” e o “usus modernus” eram ainda as directivas supremas da ciência jurídica. Simplesmente com um sentido diferente: **a “boa razão” passa a aferir-se pelo critério do individualismo liberal** e a referência inequívoca dos Estatutos da Universidade ao uso moderno, foi agora desviada, constituindo agora o ponto de partida para a utilização, a título subsidiário, dos próprios Códigos estrangeiros da época - entendia-se que se o legislador permitia **“averiguar o uso moderno das nações nos escritos dos seus juristas, por maioria de razão deve ser procurado nas suas leis”**. É deste modo (forte apelo ao direito subsidiário), que lentamente, se vai introduzindo

na ordem jurídica portuguesa, o preceituado nesses Códigos individualistas, designadamente do francês, do prussiano e do austríaco, a partir dos quais, os nossos juristas procuravam conciliar com o direito tradicional, a maior parte das vezes sem grande critério filosófico, mas com enorme mestria técnica, aliás qualidade bem patente nos juristas portugueses da época. Eis a razão, por que se diz, que o ciclo genético do direito privado português se inicia pelos meados do século XVIII; até aí, um sistema jurídico assente nas Ordenações e em numerosas leis complementares; doravante, esse património jurídico de fundo escolástico seria, em dois tempos, poderosamente resolvido e modificado: primeiro pelo jusracionalismo e, em seguida, pela corrente individualista.

Nunca é de mais realçar, a extraordinária acção desenvolvida pela doutrina e jurisprudência, nos quase cem anos que mediaram entre a Lei da Boa Razão e o nosso primeiro Código Civil. Não foi apenas ao nível do pretexto do preenchimento de lacunas que os nossos juristas conseguiram introduzir notáveis alterações no direito pátrio; pelo contrário, a sua tarefa inovadora e de substituição de doutrinas antigas começava logo no próprio domínio da interpretação das normas das Ordenações ou das leis avulsas que se mantinham em vigor; não hesitaram, variadas vezes, em se sobrepôr a esses textos e definir soluções antagónicas às neles expressamente consagradas, ou dando-os como desusados, ou defendendo, quando menos, a necessidade da sua reforma. E assim se foi preparando o caminho, passo a passo, com vista a uma síntese oficial: o Código Civil de 1 de Julho 1867.

NOTA:

- a propósito da interpretação dos juristas desta época, dar atenção especial ao exemplo do Livro do Prof. Almeida Costa, largamente referido na aula pelo Prof. Vieira Cura, relativamente ao princípio da instituição de herdeiro - páginas 400/401.

2.7. Publicação e início da vigência da Lei

Surgiram no século XIX importantes alterações a respeito da publicação dos diplomas legais. A publicação tornou-se mais eficaz quando, em 1824, se outorgou à Régia Oficina Tipográfica de Lisboa o exclusivo da impressão dos textos legais, ao mesmo tempo que se estabelecia nos correios um centro de distribuição e envio das leis; porém, o facto decisivo da reforma do sistema da publicação dos diplomas legais deu-se em 1833; extinta a velha Chancelaria-Mor do Reino, determinou-se a publicação das leis no “Periódico Oficial do Governo”; esta inovação proporcionava uma difusão mais rápida e segura das normas legais em todo o País; mantiveram-se os prazos de “vacatio legis” contidos nas Ordenações até 1841.

2.8. As codificações

Durante todo o século XIX, mas já com precedentes desde os meados do século XVII, a Europa assiste a um movimento codificador generalizado, traduzido na elaboração de amplos corpos legislativos unitários, obedecendo a uma orgânica mais ou menos científica e que condensavam, autonomamente, as normas relativas aos ramos básicos de direito, já então individualizados. O processo mostra-se complexo nas suas várias determinantes (filosóficas, ideológicas, políticas, económicas e sociais); embora o movimento revele denominadores comuns, importa salientar, no campo civilístico, duas orientações, formal e substancialmente diferenciadas, cujos paradigmas residem, justamente, nos Códigos Civis Francês (1804) e Alemão (1900). Os Códigos modernos, são fundamentalmente inovadores, propõem-se realizar uma verdadeira transformação jurídica, com o escopo da modernização, progresso e felicidade dos povos; dito de outro modo, em vez de pura síntese do direito do passado, manifesta-se uma profunda intenção prospectiva (ao contrário da velha tradição do Corpus Iuris Civilis e das Ordenações, que, basicamente representavam períodos de síntese ou de estagnação da criatividade jurídica, na qual a principal intenção consistia na mera organização de repositórios actualizados de direito vigente). Na raiz do movimento codificador, encontram-se vectores jusracionalistas e iluministas; havia que estabelecer a nova ordem decorrente do direito natural racionalista, isto é, daquele conjunto de normas que traduziam valores imutáveis que se tornava possível atingir pela razão. Importa reter uma diferença importante: em determinados países as codificações surgiram com o patrocínio do Despotismo Esclarecido, ao passo que noutras foram consequência da difusão das ideias oriundas da Revolução Francesa, onde o princípio da separação de poderes detinha um enorme relevo; este postulado conduzia a que todo o direito se apresentasse como uma exclusiva criação do

poder legislativo: daqui se traça o caminho do **positivismo legalista** – o direito é uma criação do Estado, enquanto poder legislativo, e esse direito positivo transforma-se num dado indiscutível; o direito identifica-se com a lei e qualquer problema seria resolvido através do formalismo de uma dedução lógica do sistema para o caso concreto; negava-se assim, ao julgador, qualquer possibilidade mínima associada a uma função criadora, transformando-se num autómato do silogismo judicial; igualmente desta maneira, se relevavam os valores da certeza e segurança jurídicas, tidos na altura como valores fundamentais.

Relativamente ao movimento codificador português importa reter dois códigos: o **Código Comercial de 1833**, que se deve a Ferreira Borges; está dividido em duas partes: a primeira trata do comércio terrestre e a segunda trata do comércio marítimo; o **Código Civil de 1867**, que assentou no projecto de António Luís Seabra, desembargador da Relação do Porto.

2.9. O costume

O Código Civil de 1867 **remeteu definitivamente o costume para o quadro das fontes mediatas** ou indirectas, isto é, sem força própria; no fundo, confirma-se a tendência iniciada com a Lei da Boa Razão; contudo, vai mais longe, na medida em que não se consagra o direito consuetudinário como fonte subsidiária, recusando-se assim, a vigência autónoma do costume *“contra legem”* e *“praeter legem”* ou integrativo. Referimo-nos, obviamente, à esfera civilista; no âmbito do direito internacional público e de algumas instituições regionais ou locais, subsistiram hipóteses de relevância imediata do costume.

2.10. Nova perspectiva do direito subsidiário

A integração das lacunas é deslocada para o âmbito exclusivo do direito interno. O primeiro Código Civil português ocupou-se do problema da interpretação e da integração da norma jurídicas (artigo 16º). Em face de uma lacuna, devia recorrer-se, primeiramente, à analogia, quer dizer, à disciplina estabelecida para situação semelhante; existiria analogia, sempre que a razão substancial ou intrínseca de decidir fosse a mesma no caso omissos e num caso previsto em fonte de direito vigente. Se não se encontrasse norma susceptível de aplicação analógica a uma situação digna de tutela jurídica, o legislador remetia para os princípios de direito natural. Discutia-se agora, o alcance desta questão, em que confrontavam doutrinas jusnaturalistas (entendiam o direito natural como algo de *metajurídico*, isto é, situado para além do direito positivo) e positivistas (correspondia esta perspectiva, aos *“princípios gerais do direito”*, isto é, à própria ordem jurídica legislada e positivada). Veio, mais tarde, a prevalecer uma terceira interpretação: a da referência aos princípios de direito natural, conforme as circunstâncias do caso, equivalia a confiar ao juiz a tarefa do preenchimento das lacunas, tendo em conta a solução que presumisse adoptada pelo legislador, se ele houvesse previsto o caso omissos.

Em suma, com o primeiro Código Civil português, elimina-se em definitivo, o recurso a direito subsidiário estrangeiro para a resolução de casos omissos; tudo se vai, agora, passar no interior do sistema jurídico português, onde se detectam direitos subsidiários particulares, no sentido de um ramo do direito ser chamado a preencher lacunas de outro ou de outros, como, por exemplo, o direito civil em relação ao direito comercial.

2.11. Extinção dos forais

Decreta-se em **definitivo a abolição dos direitos forais** - Carta de Lei de 22 de Junho de 1846, na sequência de um longo e aparatoso processo caracterizado por avanços e recuos.

2.12. O ensino do direito

A grande reforma dos estudos jurídicos produzida pelo triunfo do Liberalismo consistiu na criação da moderna Faculdade de Direito, com resultante da fusão das duas Faculdades jurídicas tradicionais: a Faculdade de Leis e a Faculdade de Cânones. Desde a Reforma Pombalina, nomeadamente desde os Estatutos Novos de 1772, que já se prenunciava tal unificação. O movimento liberal acrescentou uma significativa desvalorização do direito canónico e eclesiástico: a unificação concorria assim para a subalternização e redução do ensino daquele ramo jurídico.