

FACULDADE DE DIREITO DE LISBOA

Ano lectivo de 2013/2014

História do Direito Português

História do Direito Português

No caso do Direito Português, até à fundação da nacionalidade utilizam-se critérios étnicos - políticos, porém, após a fundação da nacionalidade, data discutível, dado que para alguns esta ocorreu em 1143 com a assinatura do tratado de Zamora, e, para outros a mesma só ocorreu em 1179 com a publicação do “Manifestus Pro obatum” (reconhecimento de Portugal pela Santa Sé), utilizam-se critérios jurídicos e mistos, divididos em dois períodos ou épocas:

-O período pluralista (Pluralismo jurídico), que ocorre entre 1143 (data do reconhecimento da independência do Condado Portucalense) e 1446 (Ordenações Afonsinas)

Caracteriza-se por assentar numa pluralidade de fontes, tais como o costume, a lei, o Direito outorgado e pactuado, normas de direito local (foros e forais), direito canónico, direito romano, direito prudencial, direito divino, direito germânico, direito muçulmano, etc. Esta época caracteriza-se assim pela inexistência de um domínio do Direito emanado do poder central e por uma variedade de instituições, não se podendo assim falar de Estado, mas sim de um regime feudal ou senhorial. Os juristas, na época pluralista, eram possuidores de margem de manobra e eram criadores de Direito.

-O período de transição do pluralismo jurídico para o monismo jurídico, que decorre de 1446 até 1820 (Revolução Liberal)

Caracteriza-se pelo predomínio da lei, o que está relacionado com a vontade inicial dos monarcas em centralizar o poder. A época monista, por decorrer num período de tempo tão longo, subdivide-se em dois períodos:

- **Período monista material ou substancial, que decorre desde 1822 até aos nossos dias** e se caracteriza pela nova força que as ideias de Estado e indivíduo adquirem. A ordem jurídica passa a ser concebida como sistema, no âmbito do qual a ordem que prevalece é a lei, situação que resulta da constatação de que as ordenações apresentam um conjunto de lacunas e que, por isso, necessitam de ser substituídas, o que dá lugar ao aparecimento dos códigos e do carácter sistemático destes.

O Direito Português quando surgiu tinha como fonte principal o costume, resultante do cruzamento de influências dos vários povos que passaram pela Península Ibérica.

Período Pluralista (1140 a 1415)

1- A Justiça e o Direito suprapositivo

Com a entrada dos Árabes na Península Ibérica, as ideias greco – romanas foram-se perdendo no esquecimento, incluindo o autor Aristóteles. O seu contributo, quanto à visão aristotélica de justiça, foi introduzido pelos árabes a Europa no séc. XI, marcando assim o início do estudo do Direito com uma ligação entre a paz e a justiça, na qual o monarca deve manter a primeira e impor a segunda.

O séc. XIII, São Tomás de Aquino foi o principal autor da recuperação do pensamento aristotélico fundindo-a com a religião Cristã.

O séc. XIII, deu-se o apogeu da filosofia medieval, que marca o início do estudo do Direito com uma ligação entre a paz e a justiça, no qual o monarca deve manter a paz e impor a justiça. Um dos casos contrários a esta ideia dói D. Sancho I, que por não aplicar a justiça acabou por ser deposto pelo Papa.

S. Tomás de Aquino foi o principal autor responsável pela recuperação do pensamento aristotélico, fundindo-o com a religião cristã, dando origem à obra pagã do cristianismo.

Justiça: a ideia aristotélica diz que a justiça é uma virtude que é praticada habitualmente. “no meio é que está a virtude”, significa um meio termo entre dois pólos opostos, o defeito e o excesso.

S. Tomás de Aquino diz que a virtude é um “hábito bom, orientado para a acção”.

Segundo Aristóteles, existem duas modalidades de justiça:

1- **A justiça Universal:** é a virtude do complexo das virtudes, logo o homem justo é um homem bom, pois aplica essa virtude na sua actuação, o que leva a que seja considerado um homem perfeito.

Esta modalidade de justiça remete para o mundo intrasubjectivo do homem, levando-o a actuar de forma justa, cumprindo as normas existentes.

2 - **A justiça particular:** é uma virtude específica que é aplicada no mundo das relações intersubjectivas (entre sujeitos). Corresponde a “atribuir a cada um o que é seu”, segundo refere Ulpiano no Digesto.

Santo Agostinho definia a justiça particular como sendo a virtude de dar a cada um o que é seu.

O direito natural é que definia o que é que cada um de nós necessitava.

Com efeito, na Idade Média, em pleno período pluralista, havia várias modalidades de justiça particular, de acordo com as ideias de vários pensadores, nomeadamente:

A- Justiça comutativa ou sinalagmática, que tem a ver com as relações entre iguais e requer um tratamento igual entre os sujeitos duma comunidade.

Pressupõe uma troca, o que leva a que haja uma igualdade aritmética entre o que é dado e o que é recebido, para que o reequilíbrio fique restabelecido. (remete para a ideia de Dto Privado)

B- Justiça Distributiva, que tem a ver com a relação da comunidade para com os seus elementos, baseada no princípio da proporcionalidade, devendo a comunidade distribuir os encargos e as recompensas, de acordo com a capacidade e a competência de cada um que a compõe.

Ou seja, pressupõe uma relação tripartida entre uma pessoa superior (o que representa a comunidade) e duas outras pessoas em situação de subordinação (comunos).

Dá assim origem à ideia de que não se trata de formal igual o que é desigual.

São Tomás de Aquino refere que o que está em causa não é uma igualdade absoluta, mas uma igualdade geométrica “o 6 está para o 4, como o 3 está para o 2”

Está na origem do Dto público.

A teoria medieval em contradição às ideias intersubjectivas, estabelece uma ideia de:

- **Justiça Objectiva**: corresponde a um modelo de conduta/actuação, a uma forma de rectidão plena e inalterável.

Ideia de Justiça divina, a vontade de Deus impõem-se na conduta humana, através de uma medida objectiva.

O modelo de actuação é feito através de um homem médio, modelo de conduta justa e deve-se impor na vida em sociedade, reflectindo a justiça divina, o que leva a que seja inalterável, opondo-se às concepções de conduta subjectiva.

↓ **Justiça Subjectiva**, que é fruto directo da natureza humana e, por isso, é alterável. Tem a ver com o comportamento padrão do próprio sujeito, correspondendo esse comportamento padrão ao de um homem médio, designado como “bónus pater familia”, acessível ao comum dos mortais.

Estabelece-se assim a ideia de que a justiça é a fonte e o Direito é o curso de água, logo os preceitos da justiça são criados em conformidade com os preceitos do Direito:

- Dar a cada um o que é seu
- Viver honestamente
- Não prejudicar o próximo.

A justiça é a causa do Direito, logo este traduz a justiça.

(Se uma lei for injusta, essa lei não é Direito)

A justiça serviu para enquadrar o Direito enquanto concepção medieval.

Em suma:

A ideia de Justiça relacionada com a ideia de direito, é a causa do direito, estão intimamente ligadas porque têm a mesma natureza. Os preceitos estão presentes no direito romano, viveram honestamente, não prejudicar o próximo, dar a cada um o que é seu.

O direito vai ser a fonte de revelação da justiça, sendo a lei injusta esta não é Lei.

Justiça

- Universal;
- Particular:
 - Distributiva; - Mérito proporção geométrica
 - Comutativa; - Igualdade proporção aritmética

2- Direito suprapositivo

O direito positivo era o direito produzido pelo homem.

O direito suprapositivo resulta de alguém que o produz e que está acima do homem.

No período pluralista os ordenamentos que tinham supremacia sobre o direito positivo e, portanto estavam acima deste, eram o **Direito Divino e o Direito Natural** (concepção teológica).

Com efeito, no período pluralista (sec. XIII e XIV) não havia uma grande diferença entre o direito natural e o direito divino, porque as fontes dessa altura eram utilizadas arbitrariamente.

Todavia, alguns autores, dos quais se destacam São Tomas de Aquino e Santo Agostinho, distinguiram o direito natural do direito divino, embora sem grande rigor.

S. Tomás de Aquino, fazia uma fusão entre o pensamento filosófico da antiguidade e o Cristianismo e faz a distinção entre a Lei Eterna (a razão e a vontade de Deus) e o Direito Natural.

Santo Agostinho (séc. V)

Defende uma teoria muito parecida e segue a mesma divisão de leis, embora não fale expressamente na lei humana. **Santo Agostinho** sustenta que a lei natural é a lei inscrita no coração dos homens.

Lei eterna – Manda conservar uma ordem natural, razão e vontade de Deus.

Lei Natural – Lei inscrita por Deus no coração dos homens

São Tomás de Aquino (séc. XIII) era um representante da escolástica medieval e desenvolveu a designada teoria tomista da lei eterna, escudada num método de ensino livresco que não permitia a discórdia, em respeito ao princípio da “magister dixit” (o professor disse e por isso não se pode discordar do que vem no livro).

Com efeito, os sec. XII e XIII, este autor recupera as ideias de Santo Agostinho (só definia lei eterna e lei natural) e encontra 4 espécies de leis, designadamente, a lei eterna, da qual derivavam a lei natural e a lei divina, as quais, por sua vez, serviam de base à lei humana:

- ✚ **Lei eterna** correspondia à razão e à vontade de Deus e era a lei governadora do mundo. Não era escrita e tinha a ver com algo transcendente. Lei de Deus, ele ordena todas as coisas
- **Lei natural** resulta da participação da lei eterna no homem, que lhe permite distinguir o bem do mal, o que é e não é devido. O homem necessitava de um ser superior para o orientar.
- **Lei divina** deriva da participação da lei eterna e corresponde à revelação da palavra de Deus ao homem, através da Sagrada Escritura para que o homem encontre o caminho da luz eterna, revelando o que se deve e não deve fazer.
- ✚ **Lei Humana** resulta da confluência das anteriores leis e para ser boa essa confluência tem de ser harmoniosa. Lei criada pelo homem, subordinada à lei divina e à lei natural.

Filosofia Medieval – A lei eterna passa a designar-se de lei natural, os autores não discutem a existência de direito natural divino, é consensual a existência de uma lei supra positiva que se sobrepõe à lei humana.

Gaio – “O direito Natural é direito racional porque se transmite ao homem”

Ulpiano – O direito não se direciona só ao homem como também aos animais, a racionalidade está ligada à inteligência

humana. É o Direito da Natureza.

Lei divina natural – Está ligada à vontade de Deus

Lei divina positiva – Está inscrita nos evangelho

Com efeito, o direito natural já na época medieval tinha várias concepções, dado que não era e continua a não ser um conceito unívoco, tendo, no entanto, uma ideia convergente, a de que é algo inerente ao homem.

O homem é um ser social e, como tal, necessita de obedecer a princípios que lhe são anteriores e regem a vivência em sociedade. Esses princípios correspondem ao direito natural.

Direito natural como derivação da lei eterna

Direito natural é a conceção profana, ligada à natureza, dividida entre profana e sacral, se o direito natural tem origem em Deus o Papa pode dispensar o direito natural, se for de origem profana nega-se a possibilidade do Papa dispensar o direito natural.

- **Racionalismo** – Saber se é a razão de Deus
- **Voluntarismo** – Saber se representa a vontade de Deus, esta é a teoria defendida por Santo Agostinho e Guilherme de Ocañe.

O homem é um ser social e, como tal, necessita de obedecer a princípios que lhe são anteriores e regem a vivência em sociedade. Esses princípios correspondem ao **direito natural**.

A grande discussão nas concepções do direito natural do **período pluralista**, começou com a interpretação das versões de Gaio e Ulpiano, defendendo o primeiro que o direito natural era racional, e o segundo que era irracional.

Apesar de se tender para a versão de Gaio, isto é, que o direito natural era racional, a par dessa discussão surgiu uma nova corrente, com uma dupla concepção:

- A **profana** (que defendia que o direito natural era a razão que se encontrava no próprio homem, que é fruto da natureza de Deus)
- A **sacral** (que defendia que era no direito natural que se encontrava a resposta para alguém que se revia em Deus).

No estudo do **direito natural** e do **direito divino** há que ter em conta dois princípios, nomeadamente, o **princípio da imutabilidade** e da **inderrogabilidade**, que têm a ver com o grau de valoração dos conteúdos, sustentando-se que historicamente tais conteúdos não sofreram, e não devem admitir alterações. Porém, na realidade, a evolução histórica levou a que tanto o direito natural como o direito divino se actualizassem, embora os princípios básicos não tenham sofrido alterações (direito à vida, direito à propriedade).

Sobre esta matéria, isto é, a evolução do **direito natural** e do **direito divino**, **S. Tomás de Aquino** defende que:

O direito natural assenta em:

- **preceitos primários** (auto evidentes, de fácil percepção que não comportam, em momento algum, qualquer possibilidade de alteração – por ex: direito à vida),
- **preceitos secundários** (exigem um esforço de raciocínio, por parte do homem comum, para os perceber,

e, como tal, admitem a possibilidade de alteração – por ex: usucapião)

- ✚ **preceitos terciários** (exigem um esforço adicional de raciocínio para os perceber, o que só está ao alcance dos sábios. Admitem também a possibilidade de alteração)

No **direito divino**, tem em conta:

- ✚ **preceitos móveis** (que correspondiam aos secundários e terciários do direito natural) admitiam a mudança.
- ✚ **preceitos imóveis** (correspondentes aos primários do direito natural) não admitiam alterações, pois tratavam-se de princípios de Deus que impunham proibições ou comportamentos.

Apesar de se tender para a versão de Gaio, isto é, que o direito natural era racional, a par dessa discussão surgiu uma nova corrente, com uma dupla concepção, a profana (que defendia que o direito natural era a razão que se encontrava no próprio homem, que é fruto da natureza de Deus) e a sacral (que defendia que era no direito natural que se encontrava a resposta para alguém que se revia em Deus).

No estudo do direito natural e do direito divino há que ter em conta dois princípios, nomeadamente, o princípio da imutabilidade e da inderrogabilidade, que têm a ver com o grau de valoração dos conteúdos, sustentando-se que historicamente tais conteúdos não sofreram, e não devem admitir alterações

Porém, na realidade, a evolução histórica levou a que tanto os direitos naturais como o direito divino se actualizassem, embora os princípios básicos não tenham sofrido alterações (direito à vida, direito à propriedade).

Um último aspecto que importa referir sobre a temática do direito natural e do direito divino, tem a ver com a dispensa desses direitos, o que era da competência exclusiva do Papa, como representante da vontade de Deus.

Com efeito, só o Papa, perante um determinado caso concreto que lhe fosse apresentado, poderia dispensar alguém da observância de uma norma de direito natural ou direito divino, e fazer aplicar outra.

A lei que vai contra a lei divina ou a lei natural, será inválida, porque não respeita a lei de Deus, logo não é lei. É o exemplo do mestre D’Avis contra o rei de Castela alega que “O que é natural é inviolável e o que é divino também”. Há preceitos nestas leis que podem ser alterados e há preceitos que não podem ser alterados, há flexibilização aos direitos supra positivos.

Há, no entanto, autores que defendem que o monarca, no uso de poderes concedidos pelo Papa, também poderia dispensar os seus súbditos da observância da lei.

A existência de ordens jurídicas que condicionam a atuação do governante, devido aos preceitos de natureza humana, será aplicada a uma globalidade. Não concebe a ideia de estado mas sim de reino. A idade média tem um conceito de supra regra.

3- O direito positivo supra regna

O direito positivo «supra regna» é um direito que se pode designar de direito supra-estatal, ou seja, um direito que está acima do Estado.

Os ordenamentos supra-estatais são ordenamentos que se impuseram aos Estados.

Existem duas razões para se dizer que um direito é supra-estatal: a primeira tem a ver com a ideia de ser superior ao Estado, ou seja, ao Rei, e a segunda tem a ver com a ideia de não se aplicar a uma só nação.

Importa, antes de mais, fazer uma breve abordagem ao Direito das Gentes defendido por alguns autores como sendo também um direito supra-estatal, isto é, que estava acima da lei do reino.

O Direito das Gentes (Ius Gentium) regulava as relações entre os Estados, o que na idade média correspondia às várias comunidades, sendo um direito de base costumeira.

Há quem defenda que este direito foi o embrião do direito internacional público e só começou a ter eficácia no renascimento.

Porém, o estudo do direito positivo «supra regna» do período pluralista, na generalidade dos autores, incide sobre o **Direito Romano e o Direito Canónico**.

Com efeito, normalmente o monarca enaltecia o Direito Romano, por ser anterior a ele, porém, controlava o Direito Canónico, pelo facto deste ser elaborado pelo Papa, que era alguém vivo e actual.

De entre os ordenamentos jurídicos «supra regna» que se conhecem (Direito Romano e Direito Canónico), **o Direito canónico é o que merece maior destaque**.

O Direito Canónico, na Idade Média, regulava as relações da comunidade dos crentes com Deus e também a orgânica de funcionamento da igreja. As leis de direito canónico designavam-se por Canones, os quais podiam ser decretos dos pontífices ou estatutos dos concílios (assembleias eclesíásticas).

Fontes do Direito Canónico

As fontes de direito canónico, têm origem divina (são reveladas por Deus) e podem dividir-se segundo os modos de formação (origem e autoria das normas - fontes essendi) e segundo os modos de revelação (os conhecimentos dos momentos jurídicos de que consta o direito - fontes cognoscendi).

- As fontes em razão do autor (fontes essendi) são a Sagrada Escritura, a Tradição, o Costume, os Cânones, os Decretos, os Decretais, as Concórdias, as Concordatas e a Doutrina.

- As fontes que permitem o conhecimento (fontes cognoscendi) são um conjunto de obras, que adiante se descreverão, que formam o Corpus Iuris Canonici.

- Fontes Essendi

- ✓ **Sagradas Escrituras:** abrangem o antigo e o novo testamento, ou seja, correspondem à bíblia e às revelações dos apóstolos sobre a palavra de Deus.

No Antigo Testamento existiam 3 tipos de normas: **as cerimoniais** (dizem respeito ao culto), **as judiciais** (dizem respeito à aplicação da justiça) e **as morais** (referem-se aos aspectos éticos).

No Novo Testamento existiam 3 preceitos: o **direito divino** (ex pressões directas da Vontade de Deus), direito divino apostólico (são normas de direito divino que advém da acção dos apóstolos) e direito apostólico (são normas ditadas pelos próprios apóstolos).

- ✓ **Tradição:** Corresponde ao conhecimento translático, oral ou escrito, que se transmite através das gerações.

A tradição pode ser classificada de três formas: **inhesiva** (é a que está escrita explicitamente nas sagradas escrituras), declarativa/ **interpretativa** (é a que está escrita implicitamente nas sagradas escrituras) e **a constitutiva** (é a que não está referida nas sagradas escrituras porque apareceu depois).

- ✓ **Costume:** Corresponde aos usos próprios da comunidade eclesiástica, acompanhados da convicção de obrigatoriedade.

O costume canónico, para ser considerado como tal, tinha de ser antigo (ter pelo menos 10 ou 20 anos), racional e consensual.

O costume foi uma fonte de direito canónico muito importante porque preencheu algumas lacunas legais desse direito.

- ✓ **Canones:** Pode-se considerar os Cânones, num sentido amplo, como qualquer regra ou norma jurídica, e, num sentido restrito, como qualquer norma jurídica ou canónica, e, num sentido ainda mais restrito, como normas que resultam dos concílios (assembleias eclesiásticas, reuniões do clero).

O concílio é uma assembleia do clero, que das suas determinações pretendem vincular, incluir toda a igreja, supremacia dos concílios (conciliarista)

- Latrão I, II, III, IV
- Lubedunences, leão 1245
- Viennense, 1311 e 1312, retirou o Papa da ordem dos templários
- Constança XV
- Basileia
- Concílios de Toledo – tem legislação canónica e de direito publico, contem regras aplicadas ao rei.

Há quem considere que os Cânones não constituem fonte de direito canónico.

- ✓ **Decretos e Decretais:**

Segundo Graciano, como nem sempre os concílios estavam de acordo com o Papa, os Decretos (decreta) eram actos do Papa para formalizar a oposição aos estatutos conciliares, quando estes não eram coincidentes com as suas ideias.

Graciano na obra “ Glosa ao Decretum Gratiani ” distingue decretos de decretais:

- **Decretos:** são normas que o Papa determina por conselho dos cardeais sem que qualquer questão lhe tenha sido colocada, para se opor aos estatutos conciliares discordantes.
- **Decretais:** são normas que o Papa determina sozinho ou com os cardeais para uma que estão que lhe tenha sido colocada, destinada à generalidade dos fiéis (Decretal Geral), ou a um círculo limitado de fiéis (Decretal Especial).

✓ **Concórdias e Concordatas**

As concórdias são acordos celebrados entre o Rei e o Clero nacionais.

As concordatas são acordos entre o Rei e a Santa Sé, representada pelo Papa, ou seja, acordos de carácter internacional, que tinham como objectivo principal, o de estabelecer os direitos e as obrigações de cada uma das partes envolvidas.

✓ **Doutrina:**

Corresponde à opinião e actividade dos juristas, foi através desta que se fez a ponte entre o direito laico e o direito canónico. O “ *Utrumque ius* ” é um ordenamento criado pelos juristas e é o resultado da resolução das contradições e da própria rivalidade entre a lei civil e a canónica por via da formação dos próprios juristas que eram simultaneamente doutores nos dois direitos (*in utroque*).

Fontes Cognoscendi

O direito canónico tem várias colecções divididas em direito velho e em direito novo.

O **direito velho** (séc. VI) é composto pelas seguintes obras:

- Colectânea de Dionísio e exíguo (colectânea de Cânones e Decretais do sec VI)
- Colecção Hispana (conjunto de leis elaboradas entre o sec VI e VII)

O **direito novo** é composto pelas seguintes obras:

a) Decretum de Graciano ou Concordia Discordantium Canonum

Decreto do papa Graciano, datado de 1140, que procurou harmonizar os textos e normas discordantes até aí existentes e constituiu o início duma nova fase do direito canónico (*ius novum*).

b) Decretais de Gregório IX

Obra datada de 1234, dividida em 5 livros compostos pelos decretos pontifícios do séc. XII e XIII que foram reunidos pelo pontifício de Gregório IX.

c) O Sexto

Livro assim designado por ter sido o sexto livro de decretais, posteriores ao ano de 1234 e reunidos no pontificado do papa Bonifácio VIII.

d) Clementinas

Obra datada do ano de 1313, que contem os decretais reunidos no pontificado do Papa Clemente V, também designada pelo Sétimo Livro dos Decretais.

e) Extravagantes e Extravagantes Comuns

As primeiras integram as duas colecções de decretos realizadas pelo papa João XXII, e as segundas reúnem decretam posteriores a 1313.

No sec. XVI, todas estas obras foram integradas, por Dionísio Godofredo, numa única obra que designou por **o CORPUS IURIS CANONICI**.

Aplicação do Direito Canónico na Península Ibérica

A penetração do direito canónico na Península Ibérica foi tão acentuada que na Cúria de Coimbra de 1211 as leis canónicas passaram a prevalecer ás do Rei.

Com efeito, o direito canónico foi, até ao se c. XIII, muito importante no ordenamento do direito português. Só no sec. XIV é que passou a ser um direito subsidiário, concorrendo, nesta nova posição, com o direito romano.

Assim, na Idade Média, os tribunais eclesiásticos julgavam segundo dois critérios: em função da matéria (caso esta fosse de carácter espiritual, como exemplo o casamento e as sucessões), e/ou em função da pessoa (já que se entendia que certas pessoas, pelo seu especial estatuto, de veriam ser julgados nesses tribunais, casos do clero, estudantes, docentes universitários, órfãos e viúvas).

Importa, nesta sede, introduzir o conceito de privilégio do foro, que se traduzia no privilégio que os membros do clero tinham de ser julgados unicamente nos tribunais eclesiásticos.

Porém, este privilégio não pode riar ser usada em caso de ofensa ao Rei, de usucapião e usura.

A partir d o séc. XIV, como já referido, aplicava-se o direito da pátria e, como o direito subsidiário (caso de lacunas no direito nacional), o direito romano ou o direito canónico, consoante a natureza da matéria. Se fosse matéria de natureza material ou temporal aplicava-se o direito romano. Se fosse matéria de natureza espiritual ou temporal de pecado aplicava-se o direito canónico.

Passada a época da reconquista, os Reis organizaram o poder político, chamando a si, progressivamente, o exercício do poder legislativo com o propósito de diminuir a influência do direito canónico.

Estrutura da Igreja

Várias dioceses estão sobre a alçada do Arcebispo ou bispo metropolitano, assume uma posição importante nas alturas de guerra, representa a proteção da comunidade, é o protetor desta. A sede é a Sé, formam-se as escolas capitulares de formação de eclesiásticos.

1. Clero Eclesiástico
2. Clero Diocesano
3. Bispo diocesano – inicialmente era leito pela população

Na paróquia existe o padre, que poderá ter origem em ordens religiosas, estas podem ser:

- Ordens religiosas Monásticas – Encontram-se nos mosteiros, dedicam-se ao estudo de textos religiosos.
- Ordens religiosas Mendicantes – São os frades, não vivem áreas urbanas têm votos de castidade.
- Ordens religiosas Militares
- Ordens religiosas Franciscanas – Ordem criada por São Francisco de Assis
- Ordens religiosas Dominicanas – Fundado por Domingos de Gusmão, dividiu-se para que os seus membros pudessem ser enviados para diferentes lugares.

È característico o voluntarismo, foram para França para aprender e lecionar.

Influencia inequívoca do direito Canónico em Portugal

Irnério – Compilação Justineaneia, escolas monásticas e episcopais. A escola dos Glosadores no sec. XII, estuda os códigos existentes utilizando o método da glosa, que consiste em substituir algo com significado mais complexo por algo mais simples, método que tem por objetivo clarificar o texto obscuro.

O direito canónico vai influenciar o direito civil do rei, as diversas matérias, desde o direito da família, ao direito das obrigações, penal e processual.

Essa influência, tendo começado em 1179, ainda se pode verificar nos dias actuais.

Restrições ao direito canónico

- Beneplácito Régio

Criado por D. Pedro I, instituindo que as regras apostólicas só se riam publicadas se fossem aprovadas pelo Rei. Face à contestação do clero, D. Pedro iludiu-os, argumentando que beneplácito régio se destinava a garantir a autenticidade dos textos canónicos e a evitar a entrada de letras apostólicas falsas.

- Anti-clericalismo da população

Os clérigos abusavam de certas situações, através de coacção exercida sobre doentes terminais, para obter os bens destes.

Doutrinas Heréticas

- **Doutrina Franciscana**, que professava a pobreza e lutando contra o enriquecimento da igreja à custa da população.
- **Averroísmo**, que professava uma heresia radical, que defendia que toda a humanidade tinha sido enganada pelos Deuses.

- Abolição do juramento dos contratos;

- Criação de leis que obrigavam os clérigos a responderem nos tribunais civis em matéria criminal.

4- Direito Legislado “Ius Regni”

O direito legislado é aquele que é produto da vontade humana e está positivado, isto é, escrito.

O direito legislado é o direito elaborado pelo poder político, e situa-se nos séculos XI, XII e XIII.

Importa então fazer uma abordagem ao que era a lei no período pluralista.

Com efeito, no período pluralista, o **conhecimento da lei** (publicitação) era efectuado oralmente pelos procuradores do rei. Os procuradores liam as leis habitualmente aos domingos, sendo que a frequência das leituras tinha a ver com a importância da lei. Mais tarde, no sec XIII, o monarca passou a ordenar ao chanceler-mor do reino que catalogasse e arquivasse as leis nos livros da chancelaria régia.

Quanto à interpretação da lei, imperava a interpretação autêntica, ou seja, efectuada pelo próprio rei.

Em regra, a lei não era retroactiva, porém existem muitos exemplos de aplicação retroactiva das leis no período pluralista.

Quanto à aplicação da lei no espaço, há a considerar que no período pluralista, a lei era essencialmente local.

Inicialmente, a lei boa tinha de estar em conformidade com o direito natural e o direito divino. O monarca começou por não afrontar o direito canónico e a colocar, no corpo da lei, regras consuetudinárias.

Antes da fundação da nacionalidade, vigoravam as leis contidas no Código Visigótico e as Leis de Leão, Coiança e Oviedo, surgidas das assembleias de Leão (1017), de Coiança (1050) e de Oviedo (1115), as quais se classificavam em cúrias e concílios.

Nas cúrias os elementos presentes eram laicos e tratavam de matérias de natureza civil, determinando as sanções que delas provinham.

Nos concílios os elementos presentes eram eclesiásticos e as matérias tratadas eram de natureza eclesiástica, sendo as sanções espirituais.

Daí que se diga Cúria de Leão e Concílios de Coiança e de Oviedo. Esta última não se discute a sua aplicação em Portugal porque foram juradas por D^a Teresa e D. Afonso Henriques.

A maior parte da doutrina defende que o Código Visigótico se aplicou em Portugal até ao sec. XIII inclusive, tendo deixado de ser aplicado no reinado de D. Diniz, quando foi sendo gradualmente substituído por um ordenamento considerado mais completo e perfeito, nomeadamente o direito romano justiniano.

As obras de direito castelhano que interessam e tiveram aplicação no direito português são:

- Flores del Derecho:

Tratado de direito processual do sec XIII (1235), que estava integrado numa colectânea vulgarmente designada por Caderno dos Foros da Guarda e por isso se diz que era aplicado na região da Guarda.

- Tempo dos Preitos ou Nove Tempos do Juízo:

Obra de direito processual, também designada por 9 Tempos do Juízo, que divide o processo judicial em 9 fases, estando integrada nos Foros da Guarda.

- Fuero Real:

Criado entre 1252 e 1255, tem um carácter eminentemente localista e foi aplicado a todas as cidades que não tinham um f oral, o u p ara integrar lacunas do direito local, tendo portanto um carácter subsidiário.

- Partidas:

Criadas aproximadamente em 1256, 1263 ou 1265, por um grupo de juristas da corte de Afonso X de Castela, e crê-se que foram aplicadas oficialmente em Portugal, pois existem partes copiadas desta obra nas Ordenações Afonsinas.

Até ao reinado de D. Afonso II, só se conheciam duas leis portuguesas, nomeadamente uma lei do reinado de D. Afonso Henriques sobre as barregãs (grávidas), e, uma lei do reinado de D. Sancho I sobre a isenção do serviço militar.

Com efeito, as leis feitas pelos reis portugueses só surgiram, em número considerado significativo, a partir do reinado de D. Afonso II (na Cúria de Coimbra de 1211).

Neste período as leis portuguesas foram proliferando e acabaram por ser compiladas em duas grandes obras, nomeadamente o **Livro das Leis e Posturas** e as **Ordenações de D. Duarte**.

• Livro das Leis e Posturas

Esta obra agrupa, sem qualquer critério de sistematização, as leis elaboradas entre os reinados de D. Afonso II e D. Afonso IV.

• Ordenações de D. Duarte

Esta obra é mais completa e perfeita que a anterior, já que organiza leis por reinados e, dentro destes, sistematiza-as por matérias.

D. Duarte mandou acrescentar-lhe um índice, de forma a facilitar a consulta.

No período pluralista, com a formação e consolidação dos Estados, a lei foi-se gradualmente afirmando como uma fonte de direito cada vez mais importante.

Para se imporem e se fazerem respeitar pelos cidadãos da comunidade, as leis eram normalmente elaboradas em cumprimento de determinados requisitos, argumentando-se até que resultavam da verificação de todos ou de parte deles, nomeadamente:

-**Vontade Régia:** Invocava-se que a lei era resultado duma vontade régia.

- **Conselho:** Invocava-se que os conselheiros do rei, sábios nas matérias a legislar, tinham sido ouvidos.

- **Cortes:** Invocava-se que resultavam de deliberações das cortes, o que as tornava também de cumprimento obrigatório.

-**Razoabilidade:** Invocava-se que as leis eram elaboradas de acordo com a razão

-**Antiguidade:** Invocava-se que a lei correspondia a uma prática reiterada, antiga e que tinha apresentado boas soluções.

Assim, a lei tinha força vinculativa, ou seja, nenhum cidadão podia alegar a ignorância da lei pois estas eram registadas no Livro de Chancelaria e lidas na missa a amiúde ou muito amiúde, conforme a sua complexidade e grau de importância.

A aplicação da lei no espaço era feita de acordo com o seu âmbito de aplicação, existindo leis de aplicação territorial e outras de aplicação local que se designavam por posturas.

A aplicação da lei no tempo era feita da seguinte maneira:

- A lei só entrava em vigor depois de ser conhecida e não era retroactiva apesar de terem existido alguns casos em que a retroactividade ocorreu.

Porém, foi a partir do sec. XIV que algumas leis começaram mesmo a declarar que só seriam aplicadas em casos futuros, havendo, por isso, quem entenda que foi a partir desta altura que se começou a consagrar verdadeira mente o principio da não retroactividade da lei.

Quanto à interpretação da lei, há a salientar que neste período pluralista algumas leis não eram muito claras e, por isso, levantavam dúvidas quanto à sua aplicação. Porém, quando tal ocorria, o monarca elaborava uma segunda lei, denominada de lei declaratória, que esclarecia o sentido da primeira lei.

5- Direito Outorgado e Pactuado “Intrunco lus” (Dto local)

O Intrunco lus é o direito resultante da aliança entre o direito visigótico e o direito romano.

O direito outorgado e pactuado são fontes de direito.

Ao contrário das restantes fontes de direito, têm um âmbito de aplicação restrito/territorial e têm um carácter incompleto, pois não garante todas as soluções jurídicas, sendo completado pelas outras fontes de direito. Surgiram pós a Reconquista, com a intenção do repovoar o território nacional.

O direito pactuado pressupõe um acordo entre as partes, um encontro de vontades, estabelecendo-se um pacto jurídico entre quem elabora as normas ou regras e quem as recebe para fazer aplicar.

Portanto o direito outorgado é aquele que resulta da outorga da concessão ou outorga de algo **através dum acto oficial, enquanto o direito pactuado corresponde à celebração dum pacto jurídico entre duas partes, do qual resulta direitos e deveres para ambas.**

Ambos os direitos estão relacionado com a cartas de privilégio, que eram documentos que concediam regimes específicos de direitos e deveres.

As Cartas de Privilégio: Asseguravam um regime jurídico de excepção, mais favorável que o geral. Eram documentos que atribuíam a liberdade a alguém especial (singular), ou que atribuíam privilégio s ou regalias a uma comunidade ou população inteira (plural).

Consoante os autores, as cartas de privilégio englobavam, entre outras, as Cartas de Povoação, os Forais e os Foros:

- 🚩 **Cartas de Povoação:** Surgiram da necessidade de povoar os territórios conquistados na reconquista cristã (séc. IX), eram elaboradas pelos monarcas e os senhores das terras, os quais, através delas, estabeleciam os termos e as condições da ocupação e exploração das terras.

Estas cartas de povoação eram documentos simples, pois tinham uma natureza económica e o objectivo de atrair as populações para as zonas desabitadas.

No séc. IX, tinham a natureza de contratos agrícolas bilaterais (pacto entre senhorio e comunidade). Assentavam num pacto de adesão, que corresponde a uma figura jurídica em que há liberdade de celebração, mas não há liberdade de estipulação. A primeira foi a de Ponte de Lima

- 🚩 **Forais ou Cartas de Foral:** seguem-se às Cartas de Povoação e englobava matéria mais complexa que a antecedente, englobando mais matérias (fiscal, processual, pena, administrativo e predominantemente normas de Direito público).

O primeiro foral foi o do Porto.

Os Forais eram cartas de privilégio outorgadas pelo monarca, pelo senhor eclesiástico ou pelo senhor feudal, sendo que no caso do monarca também a mulher e os filhos os tinham de confirmar.

Os forais eram cartas de privilégio mais extensas e completas que as cartas de povoação, pois englobavam mais matérias, tais como normas de direito administrativo, penal, fiscal e militar.

Os forais surgiram assim da necessidade de criação de normas de direito público, com o fim de regular as relações entre o Estado e os particulares.

No que respeita à relação entre as normas do monarca e as normas específicas dos forais, há que referir que a norma do foral prevalecia à do monarca, tendo esta, no foral, um carácter subsidiário, já que só se aplicavam caso de lacuna no ordenamento do foral.

Os forais podem-se classificar de acordo **com 4 critérios:**

1) Quanto à **entidade outorgante**, podendo esta ser:

- a) **Régios** (do rei, com a confirmação da rainha e dos filhos).
- b) **Particulares** (do senhor eclesiástico ou do senhor feudal)

2) Em função do **molde ou matriz (modelo normativo)**

Havendo a salientar as famílias de forais, designando-se dessa forma porque tinham um texto base comum, destacando-se as famílias de forais de Lisboa/Santarém, de Évora/Ávila e a de Salamanca.

3) Quanto ao **grau de complexidade** das instituições municipais.

- a) Rudimentares
- b) Imperfeitos
- c) Perfeitos

4) Quanto ao grau **de originalidade**

- a) Originários: Eram os criados especificamente para uma determinada comunidade.
- b) Ampliativos: Eram os criados com base na estrutura de outros forais (originários ou não), aos quais se acrescentavam normas específicas.
- c) Confirmativos: Eram os confirmados pelo monarca ou os que correspondiam a cópias integrais de outros anteriores.

Foros ou Estatutos Municipais

Estas cartas de privilégio, também designadas de estatutos ou costumes municipais, eram mais desenvolvidas que os forais porque além de normas de direito público, continham também normas de direito privado.

Os foros eram geralmente da iniciativa dos habitantes do município, que formavam escritos, designados por **cadernos de foros**, onde criavam ou alteravam as normas existentes no município, de acordo com o conhecimento que tinham das leis e dos costumes locais. Os foros eram, portanto, cartas de privilégio mais relacionadas com o Direito Pactuado. Esta ideia confrontava o poder legislativo crescente do monarca, sendo esta uma resposta defensiva por parte da comunidade.

Os foros surgiram nos finais sec. XII e correspondiam a documentos extensos e complexos que continham diversas matérias sobre a revelação da vida jurídica local, incluindo as de direito privado.

Os foros correspondiam assim à revelação dos costumes dos forais através de normas.

Nos foros podem-se encontrar várias fontes jurídicas, nomeadamente:

- Normas de base costumeira, de base visigótica, de base muçulmana, de base canónica e de base romana.

-----/-----

Esta realidade do direito local, do localismo jurídico, vai ser absorvida pela própria legislação régia.

A partir do séc. XIII, só os Forais permanecem, e o monarca vai defini-los e uniformizá-los.

No final do séc XV, o povo reclamava da desactualização das Cartas de Privilégio (Forais) e em 1495, nas cortes de Montemor-o-novo, essa reivindicação chegou ao rei D. Manuel I.

Este, incubiu o **Dr. Rui Boto e o Dr. Rui de Abrante** de levarem a cabo uma reforma dos Forais (reforma manuelina dos forais) que decorreu entre 1500 e 1520, tendo nesta data sido publicados **589 Forais Novos**, ortogrados pelo monarca, que corresponde a um fenómeno de descentralização jurídica.

A aplicação dos Forais manteve-se **até 1832, quando o Dr. Mouzinho Silveira**, mediante decreto totalitário, mandou extinguir todas as Cartas de Privilégio.

6- Direito Judicial e Costume

O conceito de costume na idade média e no período pluralista era diferente do conceito actual de costume, dado que era entendido como sendo direito não escrito e um direito por oposição ao direito escrito (direito foraleiro, direito romano, direito visigótico, direito canónico e direito castelhano), que advinha de uma prática socialmente aceite e passada de geração em geração, de forma oral. Nascendo para resolver conflitos, essa solução acaba por ganhar uma convicção de obrigatoriedade.

Era caracterizado po Santo Isidoro como o **ius moribus institutio** e afirmou que vale como lei, na falta dela.

O costume, no período pluralista, foi indiscutivelmente a fonte principal de direito.

Na idade média, isto é, no período pluralista o bom costume era o costume antigamente usado.

A **Vindicta privada** (vingança, justiça privada, justiça feita pelas próprias mãos) era uma prática comum e considerada normal no período pluralista, porém não era aceite pelo monarca, o qual, no sec. XIII, para a abolir e assim ganhar o controlo judicial, passou a definir o **bom costume** como sendo aquele que a ela se contrapunha, substituindo-a por práticas ou normas de bom costume, por ele próprio definido.

O costume, para ser considerado bom, tinha de obedecer a alguns requisitos, desenvolvidos pela escola jurisprudencial:

- **Antiguidade:** O costume tinha de ser plural e **antigo**, o que lhe dava o carácter de prática reiterada, repetida e com convicção de obrigatoriedade. A antiguidade deveria ser relacionada com o conceito de prescrição, o que implicava o decurso de um determinado período (10 anos se invocado contra pessoas presentes e 20 anos se invocado contra pessoas ausentes)
- **Racionalidade:** O costume tinha de ser **racional**, isto é, estar conforme com a “direita razão”, com o direito natural
- **Consensualidade:** O costume tinha de ter o consenso da comunidade e do legislador, que, à época, era uma e a mesma pessoa, na medida em que era a comunidade quem introduzia o costume.
- **Conformidade com o direito divino:** O costume tinha de estar em conformidade com a lei divina, a qual ajustava a ideia de direito natural à utilidade pública, que, na época medieval, correspondia à salvação da alma.

Quanto ao **valor jurídico do costume**, importa referir que, na época medieval, na falta de lei, o costume aplicava-se como lei, além disso funcionava também como intérprete da lei.

O costume podia também ser integrado nas lacunas dos foros, corrigi-los ou mesmo revogá-los.

Quanto à **aplicação do costume nos tribunais**, isto é, ao denominado **direito judicial**, há a salientar que a jurisprudência da época correspondia ao **costume judiciário**, isto é, às decisões que mais eram utilizadas na aplicação dos casos.

Conhecem-se três formas de direito judicial, os **estilos**, as **façanhas** e os **alvidros**:

✓ **Estilo**

Representa o costume do tribunal quanto às regras que definem o funcionamento jurídico do tribunal (do processual),

O **estilo** difere do costume consagrado pela generalidade das pessoas porque resulta do de determinado pretório (juiz).

O **estilo** também é designado pelo **costume em casa del rei na cúria régia**.

A doutrina dominante entende que só o **estilo** dum tribunal superior é que era vinculativo, sendo o de um tribunal inferior meramente indicativo.

✓ **Façanhas**

Eram decisões de tal forma complexas que entendia-se que deveriam passar a funcionar como um padrão de referência para o futuro (regra do precedente britânico).

José Anastácio de Figueiredo defende que as **façanhas** são sempre de natureza régia, na medida em que a sua exemplaridade advém duma personalidade superior que, na época, só poderia ser o monarca.

Defende também este autor que as **façanhas** só se aplicavam a casos duvidosos ou omissos na legislação pátria, querendo isto dizer que apenas poderiam resultar da resposta a casos que não tinham sequer tutela na legislação geral.

À semelhança do estilo, a doutrina dominante entende que só a **façanha** dum tribunal superior é que era vinculativa, sendo a de um tribunal inferior meramente indicativo.

✓ **Alvidros**

Os **alvidros**, também designados por **juizes alvedrios**, eram decisões dos tribunais arbitrais, sendo os juizes alvedrios escolhidos livremente pelas partes, para resolver questões céleres, normalmente relativas à actividade mercantil ou marítima.

As decisões dos juizes alvedrios sustentavam-se no costume e poderiam ser aplicadas futuramente por outros juizes, já que os juizes alvedrios eram pessoas com grandes conhecimentos nas áreas para as quais eram chamados a proferir decisões. Das decisões dos **alvidros** cabia recurso para os tribunais superiores.

7- Direito Prudencial

Introdução e Enquadramento Geral

O direito prudencial é fundamentalmente um direito criado nas universidades, portanto um direito universitário que, embora não tenha surgido com o poder político, o ajudou a consolidar.

O direito prudencial foi aceite porque ajudou a consolidar o poder político e porque foi produzido sob duas qualidades que era reconhecidas aos prudentes: a **Inventio** (capacidade de criar, de descobrir novas soluções para os casos em análise) e a **Auctoritas** (autoridade, o saber socialmente reconhecido).

O direito prudencial baseia-se no direito romano, exclusivamente no direito romano contido no **código de justiniano**.

Com efeito, foram os próprios clérigos que ao estudar o direito romano nas universidades, constataram que o mesmo dava resposta uma série de problemas para os quais o direito canónico não tinha solução.

O direito prudencial é assim um direito de docentes académicos.

Todavia, na base do surgimento do **direito prudencial** estão causas de natureza política, religiosa, económica e cultural.

Com efeito, nos fins do sec. XI, a recriação do Império do Ocidente, iniciada com Carlos Magno no ano de 800, bem como o desenvolvimento da economia medieval, que estava sujeita a trocas comerciais cuja evolução levou à criação de mais cidades Estado e ao surgimento de títulos de crédito, transportes marítimos e seguros, bem como ainda o aumento da curiosidade científica do estudo do direito e a criação das universidades para o efeito, levaram à necessidade de criação de um direito moderno, que favorecesse não só os objectivos políticos, isto é, um direito imperial, como também que produzisse as soluções capazes de corresponder às realidades económicas e culturais da época, a que o direito canónico não dava resposta.

Assim sendo, interessava também aos clérigos receber o que de bom o Direito Romano tivesse.

O processo de renascimento do direito romano iniciou-se no sec. XI, em Bolonha, com **Irnério**, monge fundador da escola dos glosadores, o qual descobriu a obra de justiniano.

Com efeito, o código de justiniano que actualmente se encontra dividido em Institutas e Digesto (Vol I), Codex (Vol II) e Novelas (Vol. III), quando descoberto pelos prudentes foi dividido da seguinte forma:

Os livros do Digesto, consoante foram sendo cronologicamente descobertos e conhecidos, foram divididos em:

- **Digesto Velho**, que abrange os livros 1 a 24
- **Digesto Novo**, que abrange os livros 39 a 50
- **Digesto Esforçado**, que abrange os livros 25 a 39, sendo que foram os últimos livros do Digesto a serem descobertos por **Inério**, o qual assim os designou por entender que o Direito contido nos livros anteriores ficava com estes reforçado.

Os livros do **Codex** também foram divididos pelos prudentes em duas parte, sendo que os primeiros nove livros formaram um só volume, designado por **Volume Grande** (dada a sua grande dimensão) e os últimos três

livros integraram-se num único volume, designado por **Volume Autêntico** ou **Volume Pequeno**, que continha as Instituições (Institutas), as Novelas e os Livros dos Feudos (Libri Feudorum – colectânea de Direito feudal que na época se agregou ao Código de Justiniano).

Escolas Jurisprudenciais na Idade Média

- Escola dos Glosadores

A primeira escola que começou a estudar novamente o direito romano nas universidades foi a **escola dos glosadores**, fundada em Bolonha, por **Irnério**, nos fins do sec. XI ou inícios do sec. XII, entendendo-se que a mesma finalizou com a morte de **Acúrsio**, considerado o maior glosador desta escola.

Os **glosadores** liam os textos do direito romano e como estes tinham uma linguagem muito técnica, na tentativa de os perceber, apunham-lhe **glosas**, que eram pequenas anotações normalmente colocadas nas margens (**glosas marginais**) ou entre as linhas dos textos (**glosas interlineares**).

A obra mais importante desta escola foi a **Magna Glosa**, elaborada entre 1220 e 1234 por **Acúrsio**, sendo composta por mais de 96 000 glosas.

Os principais nomes desta escola foram, além de **Irnério** e **Acúrsio**, Hugo, Martim de Gosia, Búlgaro e Azão.

- Escola dos Pós-acursianos ou Pós-glosadores

A segunda escola é a dos **pós-acursianos**, surgida no fim do sec. XII, e teve como principais estudiosos Odofredo, Alberto Gandino (fundador da ciência penal), Guilherme Durante (maior processualista da idade média) e Alberico de Rosate.

Só alguns autores é que dão importância a esta escola, defendendo que a mesma surgiu na sequência duma obra superior, nomeadamente a Magna Glosa, escrita por **Acúrsio**, um grande glosador que marcou uma tendência evolutiva no que concerne ao tratamento dos textos.

Esta escola limitou-se a fazer um trabalho de compilação e sistematização das glosas.

- Escola dos Comentadores

A terceira escola de direito prudencial é a dos **comentadores**, a qual foi fundada por Cino de Pistóia na segunda metade do sec. XIII e se desenvolveu ao longo do sec. XIV.

Os **comentadores** faziam comentários nos textos de direito romano.

Os principais nomes desta escola foram **Bártolo** e o seu discípulo Baldo, sendo o primeiro conhecido por a **luz do direito**, já que a sua influência se fez sentir até finais do sec. XVIII.

Esta escola beneficiou do trabalho dos glosadores e criou o **Direito Nacional**, isto é, o trabalho dos comentadores foi o de porem em prática os textos justinianeus, partindo já do trabalho de esclarecimento dos glosadores, adaptando as normas justinianeas à realidade dos secs. XIII e XIV.

Os comentadores partiam assim dum texto de direito romano, muitas vezes já trabalhado pelos glosadores, e desenvolviam um tema de forma discursiva, destacando-se, por vezes, do texto de origem, ultrapassando assim a mera interpretação do texto.

Diferenciação e Relação entre as Escolas Medievais

No que tange há diferença entre as escolas dos glosadores e comentadores, importa realçar a comparação dos entendimentos das doutrinas tradicionais com o da doutrina actual:

- Os defensores das **doutrinas tradicionais** distinguem as escolas medievais pelo método, defendendo que

os **glosadores** olharam para os textos de Direito Romano numa perspectiva de adoração ao texto, fazendo um trabalho excessivo de apego à letra da lei, isto é, uma interpretação literal de natureza gramatical e especulativa, inserida numa abordagem teórica e muito académica, enquanto que os **comentadores** desenvolveram um trabalho mais vocacionado para o espírito da lei, adaptando o Direito Romano à realidade da época, fazendo, portanto, uma abordagem prática.

• A doutrina actual começa por discordar com as doutrinas tradicionais, chamando a atenção para o facto de ser muito difícil, ou até mesmo impossível, haver, na Idade Média, uma clara preocupação em distinguir a letra do espírito da lei, alegando que da letra da lei já resultava o sentido literal e, por isso, não era de supor que os prudentes pudessem estudar e explicar um texto sem apreenderem, pelo menos, o seu sentido mais imediato.

Com efeito, os autores actuais defendem que o que realmente separa a escola dos glosadores da dos comentadores são razões políticas, pelo que, na prática, não se deve fazer uma separação rígida entre as escolas, alegando que, em termos metodológicos, não houve uma mudança mas sim uma evolução natural, na medida em que a existência de textos já explicados literalmente pelos glosadores, permitiu aos comentadores ter mais hipóteses de explorar outros sentidos dos textos, de aproveitar os seus conteúdos e de os adaptar aos direitos locais.

Assim, a distinção entre escolas assenta hoje na diferente perspectiva de estudo dos juristas e nos seus objectivos.

Os glosadores, por serem os pioneiros, fizeram um estudo teórico do direito, pois tiveram de ter a tarefa de entender e explicar os textos que ninguém conhecia.

Os pós-acursianos fizeram a transição deste estudo teórico para uma visão mais prática do direito.

Os comentadores puderam beneficiar do trabalho feito pelos anteriores e adoptar um objectivo mais pragmático de utilização do direito romano naquilo que ele tinha de útil e sua adaptação aos casos em que as regras justificassem uma alteração. Foram os comentadores que adaptaram o direito romano aos direitos locais (iura própria).

Metodologia das Escolas Jurisprudenciais na Idade Média

No trabalho de criação do direito, os prudentes utilizaram uma metodologia analítico-problemática, designada por Ars inveniendi, isto é, arte de inventar.

Analítica porque, na época, o jurista procurava, para cada caso, um preceito legal que lhe permitisse encontrar a solução ideal, não se preocupando tanto com a consideração sistemática, isto é, com o enquadramento no sistema jurídico, procurando primeiramente na norma a solução que mais lhe convinha, e só depois a considerava no ordenamento jurídico.

Problemática porque o jurista obtinha uma solução para o caso concreto, depois de discutir a questão, recolher os argumentos pró e contra, ponderar as várias soluções possíveis, optando normalmente pela solução que, para ele, lhe parecesse mais razoável.

Com efeito, como o código de Justiniano não continha uma lógica sistemática, isto é, com uma harmonização de leis, pelo que os prudentes medievais, conscientes desse facto, analisavam as leis nele contidas isoladamente e ao pormenor (analítica) e abordavam-nas com um ponto de vista crítico, criando Direito a partir desse ponto de vista.

Assim, com base nesta metodologia, a primeira preocupação do prudente medieval era analisar o caso concreto e a segunda a de encontrar uma solução para o mesmo, ponderando todas as soluções possíveis, sendo certo que a aplicação da lei tinha de ser controlada em função das respectivas consequências, face a critérios de justiça de direito natural e de conveniência ou utilidade.

A arte de inventar, isto é a ars inveniendi dos juristas continha três elementos, nomeadamente Leges, Rationes e Auctoritates:

✓ Leges

Corresponde à ciência jurídica medieval que se diz ser uma ciência de textos. Os preceitos jurídicos eram analisados enquanto elementos de um texto, obedecendo a uma gramática especulativa. A Leges era vista como uma técnica de interpretação.

✓ Rationes

São definidas por Lombardi como sendo os argumentos de equidade, e também, numa segunda perspectiva complementar, como argumentos de direito natural, de oportunidade e de lógica.

As rationes correspondiam à arte de criar argumentos para dar resposta a um caso concreto.

As rationes funcionavam assim como instrumentos interpretativos da lei, sendo que quando esta se mostra insuficiente, há que lhe juntar argumentos extraleais, baseados em critérios de direito natural, oportunidade e lógica.

O conhecimento alcançado pela utilização das rationes não é entendido como o único e necessário, mas sempre visto como um conhecimento provável.

Os argumentos criados pelos prudentes medievais, apesar de partirem dos textos legais (código justiniano), iam para além deles, buscando apoio na equidade, no direito natural, na oportunidade e na lógica, e não num qualquer texto de lei humana ou divina.

Pode assim dizer-se que na Idade Média, para além do necessariamente verdadeiro e do necessariamente falso, se aceitou a categoria intermédia da verdade provável (susceptível de prova), daí a necessidade dos argumentos.

De apoio à construção argumentativa, isto é, à interpretação dos textos e mesmo, para além desta, à criação de direito, os prudentes recorreram a (4) quatro instrumentos ou ciências, nomeadamente:

• Dialéctica

Consiste na arte da discussão. Tem uma função de contraposição de argumentos, na base dum debate controversístico e discursivo.

• Retórica

Corresponde à arte de persuadir e de convencer, entendendo-se que o jurista para além de conhecer, tem de saber convencer.

• Lógica

Enquanto disciplina de pensar sem contradições.

• Tópica Jurídica

Consiste em observar um problema de todos os seus ângulos e recolher o maior número possível de argumentos em busca de uma solução.

Do uso da tópica jurídica resultam os chamados depósitos de argumentos que são conjuntos conseguidos pela observação de um caso nas suas diversas perspectivas, podendo esses argumentos depositados ser a resposta a um determinado problema.

São argumentos possíveis os de semelhança, de diferença, de causalidade, de efeito, de antecedência, etc

✓ Auctoritates

É definido como o saber socialmente reconhecido. A aceitação de uma solução concreta passava muitas

vezes pela autoridade de quem a defendia.

Sabendo-se que a verdade jurídica era sempre meramente provável, tornava-se particularmente importante o modo como ela se fundamentava e a sabedoria de quem a defendia.

Alguns problemas suscitaram uma pluralidade de opiniões e, nesses casos, era necessário distinguir qual delas merecia maior credibilidade. A este propósito surgiu o conceito de opinião comum dos doutores, entendida como aquela que era defendida por um conjunto de juristas com auctoritas.

Ao longo do tempo, três critérios de fixação da opinião foram estabelecidos: o quantitativo (que estabelecia que a melhor opinião era a defendida pelo maior número de juristas), o qualitativo (que estabelecia que a melhor opinião era a defendida pelos juristas de maior prestígio) e o misto (que conjugava os dois critérios anteriores e portanto era o mais exigente). Supõe-se que o critério quantitativo puro nunca terá sido usado, porque ele implicaria uma mera contagem de opiniões.

O critério misto foi geralmente o preferido, já que fixava como opinião comum a mais defendida entre os melhores. A solução que tivesse a seu favor a opinião comum dos doutores saía naturalmente reforçada e impunha-se relativamente às outras.

O uso desta metodologia, baseada no estudo dos textos romanos e adaptada às necessidades da Europa medieval, acabaria por dar origem a um ordenamento de criação prudencial a que se chamou "ius commune", ou seja, o direito comum que é, portanto, direito romano estudado, modificado e adaptado pela interpretação dos juristas às necessidades dos direitos nacionais da época.

A base desse direito é o direito romano justinianeu.

Em suma, o jurista medieval, dotado de autoridade, olhava para os textos de direito romano e construía argumentos.

Géneros Jurídico-literários

No desenvolvimento do seu trabalho, seguindo a metodologia analítico-problemática supra descrita (**Ars Inveniendi**), os prudentes medievais adoptaram diversos géneros jurídicos e literários, dos quais importa apenas destacar os seguintes:

✓ **Glosas**

Correspondem a pequenos comentários clarificadores duma pequena passagem do conteúdo do texto, isto é, correspondem a uma explicação sumária de uma palavra ou expressão de um texto jurídico de Direito Romano, sendo certo que podem ser interlineares ou marginais, consoante fossem escritas entre as linhas ou à margem do texto jurídico. Podem ser também de natureza histórica (quando esclarecem assuntos ligados às circunstâncias históricas referidas no texto), filológica (quando explicassem aspectos ligados à origem das palavras), técnico-jurídica (quando explicam conceitos de direito) ou retórico-dialécticas (quando explicam argumentos contidos no texto).

✓ **Distinctiones**

É um género promovido ou consagrado nas glosas e corresponde à técnica de distinção, ou seja, pegando numa norma geral vai-se estabelecendo divisões e subdivisões.

✓ **Commentarius**

Caracterizam-se pela sua forma discursiva, ultrapassando a mera interpretação do texto, já que consistiam em longas dissertações sobre um tema, assumindo uma especial importância por terem sido utilizados pelos juristas na adaptação dos textos romanos aos direitos da época, os chamados direitos locais.

Contrariamente às glosas, os comentários continham posturas críticas aos textos romanos, sendo por isso que se diz que são géneros literários superiores, nos quais os prudentes se afirmavam na sua plenitude.

Bartolo, um dos principais juristas da escola dos comentadores, defendia que o jurista, ao analisar um texto, deveria primeiramente saber qual era a solução correcta e só depois é que deveria procurar um texto legal para fundamentar e basear essa solução.

✓ **Consilia**

Os Consilia são géneros literários que correspondem ao que hoje designamos por pareceres jurídicos, consistindo na opinião de um jurista sobre uma consulta que lhe é feita, distinguindo-se, no entanto, dos pareceres actuais nas formalidades e no grau de compromisso assumido pelo autor.

Os consilia eram elaborados com o fim de serem utilizados na resolução de uma situação concreta, tinham, portanto, uma dimensão prática.

Muitas vezes e para terem mais força, os consilia eram elaborados e jurados **em nome de Deus e da Virgem** perante o evangelho e eram selados, na presença de testemunhas, pelos notários das universidades a que os autores pertenciam.

✓ **Lectura**

A lectura corresponde ao que hoje é uma lição universitária, mas numa lógica em que o professor se limita a ler os textos e não pode ser questionado, uma vez que é alguém que é considerado como sendo superior.

A lectura consistia pois numa lição universitária, em que se apresentava aos alunos um texto cuja análise decorria em sete fases:

- 1) Leitura e ilustração sumária do texto e do conteúdo da matéria a discutir;
- 2) Resumo da matéria e do conteúdo do texto;
- 3) Leitura comentada com as explicações correspondentes;
- 4) Resolução de eventuais contradições que o texto apresentasse;
- 5) Formulação de conceitos jurídicos contidos no texto;
- 6) Realização das distinções (distinctiones) necessárias ao esclarecimento desses conceitos;
- 7) Discussão e resolução dos problemas suscitados pelo texto, em que o docente fazia um breve comentário sobre as várias opiniões possíveis e dava a sua opinião, a qual podia ser inovadora ou seguidora de outras.

A lectura apresentava-se como uma espécie de aula prática que depois era escrita e que muitas vezes tinha enxertados, no próprio processo da leitura, outros géneros literários mais simples.

✓ **Quaestio**

A Quaestio é um género complexo, sob a forma dialogada, que corresponde à aplicação do princípio do contradictio como forma de apurar a verdade, podendo reportar-se a uma questão de facto (quaestio facti) ou a uma questão de direito (quaestio iuris).

A Quaestio era muito utilizada nas aulas, onde o docente levava os alunos a aceitarem os seus argumentos.

A Quaestio, no fundo, tratava-se da resolução de uma questão contrapondo argumentos, a favor e contra, para cada solução possível.

A doutrina distingue as quaestio em dois tipos de diálogo: o **catequístico** ou **disputata** (entre alunos) e **controversístico** (entre pares).

Quando a quaestio decorria na aula e era registada por um aluno, que transcrevia os argumentos resultantes da discussão, denominava-se de **reportata**, quando era o mestre a redigir uma espécie de acta, na qual também acrescentava os argumentos não discutidos no debate, denomina-se de **redacta**.

Quanto ao esquema formal da quaestio, esta compreendida quatro fases, primeiramente fazia-se a enunciação dos factos (quaestio), depois enunciava-se o problema a resolver, depois discutiam-se os argumentos negativos e positivos (debate) e finalmente passava-se à resolução (solutio ou determinatia).

Direito Prudencial – Especificação do caso português

A recepção do Direito Prudencial em Portugal teve três momentos de intensidade:

- Num primeiro momento significa o conhecimento e situa-se no séc. XII.
- Num segundo momento significa a influência sobre a legislação portuguesa e pode situar-se no reinado de D. Afonso II.
- Num terceiro momento significa a sua recepção na ordem interna do direito português, podendo situar-se esta no reinado de D. Diniz.

A primeira prova do conhecimento das obras de Justiniano em Portugal data de 1185, altura em que o bispo do Porto, aquando da sua morte, doou em testamento à Igreja do Porto, entre várias obras, o Digesto, as Instituições e as Novelas. É seguro dizer que nos finais do séc. XII o direito justiniano era conhecido pelo menos ao nível de uma camada mais erudita da população.

O fenómeno da recepção do direito romano foi um processo essencialmente académico. Antes do poder político ter assumido esse direito e o ter utilizado, foram os juristas, que em muitos casos eram mestres na universidade, que estudaram e divulgaram o direito justiniano. Muitos deles tinham estudado em universidades estrangeiras, sobretudo em Bolonha, e já se tinham apercebido da sua importância.

A criação do estudo geral em Portugal (universidades) é datada de 1288/1290, e constituiu uma aceleração decisiva no processo de recepção do direito romano.

Até aí o ensino estava circunscrito às escolas das catedrais e dos mosteiros que ministravam as disciplinas componentes do **trivium** (retórica, dialéctica, gramática) e o **quadrivium** (aritmética, álgebra, astronomia e música).

A universidade começou sob o signo do próprio direito romano. Ele passou a ser ensinado na Faculdade de Leis e durante cinco séculos foi o direito que os juristas portugueses aprenderam. Só no séc. XVIII se introduziu uma cadeira de direito pátrio. Até aí, a formação dos juristas portugueses era romanista, e isso influenciou todo o trabalho autónomo ou integrado na esfera do poder. A par deste direito, ensinava-se direito canónico na Faculdade dos Cânones.

Organização Política da “Respublica Christiana”

Portugal e o Papado

No período pluralista, o elemento fundamental que congregava os vários Estados era a fé cristã, pelo que, na Idade Média, a instituição papal esteve sempre virada para o problema da origem do poder. Entendia-se, já desde S. Paulo, que não havia poder que não viesse de Deus, pelo que a Igreja tinha muita relevância no reconhecimento da autoridade régia.

Aceite a ideia de que todo o poder tinha uma origem divina, a grande questão que se colocava era saber de que forma essa origem do poder se transferia para o rei, isto é, se era directa ou indirectamente, por meio de intermediários.

Sobre esta questão, surgiram três correntes de pensamento, que se distinguem no seguinte:

Teses Hierocráticas

Surgiram nos fins do séc. XII e inícios do sec. XIII, pelos senhores da Igreja, apoiantes do Papa, os quais constataram da necessidade que havia da Igreja vincar o seu poder face à criação de vários Estados na Europa e, por isso, defenderam que o Papa deveria ser considerado um mediador entre Deus e os homens, recebendo o poder de Deus e delegando depois parte dele aos governantes (monarcas).

Esta tese colocava a Igreja numa posição de supremacia em relação à comunidade internacional, defendendo que o Pontífice era considerado o sucessor de Pedro e o vigário geral do cristianismo na terra, e que por isso recebia directamente de Deus uma missa que incluía os poderes espiritual e temporal, delegando o segundo ao monarca. Porém, caso a actuação do monarca fosse desconforme ao juramento régio prestado ao Pontífice, este poderia retirar-lhe o poder temporal.

Para sustentar as teses hierocráticas, os defensores da mesma invocaram dois argumentos: a doação de Constantino e a Doutrina do verus imperator.

• A doação de Constantino consiste no facto deste imperador, que foi o primeiro imperador cristão, para curar uma doença, ter feito uma doação ao Papa, no âmbito da qual lhe concedeu grande parte da soberania que detinha sobre a Itália e o Ocidente em geral, ficando assim o Papa com poderes temporais sobre essa região do mundo. Com base nesse facto, os teóricos das **teses hierocráticas** argumentaram que não se trata de uma doação mas sim de uma restituição, já que o imperador procurou o Papa precisamente porque reconhecia que aquele tinha poder sobre ele e era originalmente o detentor do poder.

Os defensores das teses anti-hierocráticas argumentam o contrário, isto é, que o imperador era alguém superior que doou o seu poder a alguém que lhe era inferior, e como tal se tinha poder para dar, também teria o poder para lho retirar.

• A teoria do verus imperator baseava-se na ideia de que tendo o Papa recebido de Deus a totalidade do poder para depois o delegar como entendesse, o papa seria o verdadeiro imperador, argumentando ainda que as bulas papais eram um exemplo disso mesmo, isto é, de que o Papa era o imperador do mundo e que eram os continuadores dos imperadores romanos, na medida em que detinham também o poder temporal e eram adorados como Deuses.

Teses Anti-hierocráticas

Surgiram nos fins do sec. XIII e desenvolveram-se no sec. XIV, em oposição às teses hierocráticas, colocando o Imperador (em vez do Papa) como autoridade máxima na comunidade internacional.

Defendiam que Deus distribuía o poder espiritual aos Pontífices e o poder temporal aos governantes (Imperador ou Rei), não havendo intermediários nessas concessões. Portanto, para as correntes anti-hierocráticas, o poder temporal ia directamente de Deus para o monarca.

Naturalismo Político

É uma corrente das teses anti-herocráticas e também se opõe à supremacia do Papado, todavia, distingue-se das duas teses anteriores, por defender uma estrutura de poder ascendente, isto é, Deus depositava o poder temporal na comunidade e era esta que o delegava aos governantes (monarcas).

Assim, segundo os defensores desta teoria, o monarca era escolhido com uma inspiração divina, já que recebia o poder temporal da comunidade, que, por sua vez, o recebia directamente de Deus. O poder espiritual era concedido por Deus directamente ao Pontífice.

Média via tomista

É uma corrente criada na linha de pensamento de São Tomás de Aquino, a qual corresponde a uma posição intermédia entre as teses hierocráticas e as anti-herocráticas, defendendo que os poderes espiritual e temporal têm uma base, uma origem e funcionam de formas diferentes, porém, não obstante esse facto, a sociedade civil tinha uma dependência da sociedade eclesiástica, na medida em que o monarca para governar bem não podia tomar medidas contrárias ao que o homem medieval considerava como sendo o bem comum, entenda-se a salvação da alma.

Assim sendo, teria de se aceitar uma dependência do poder temporal em relação ao poder espiritual, permitindo-se ao Pontífice a possibilidade de destituir o monarca em situação de **legítima defesa**, ou seja, quando o monarca governasse de forma contrária ao bem comum e às finalidades da Igreja.

De salientar que esta corrente aceitava também que certas matérias do poder temporal, tais como pecado, usura e usucapião, ficassem sob a tutela do Papa.

Quanto à influência das teses em Portugal, salienta-se que inicialmente, logo após a fundação da nacionalidade, aceitaram-se as teses hierocráticas, para que a nação não ficasse sujeita ao sacro império romano-germânico, que intitulava herdeiro do império romano.

São exemplos da dependência de Portugal da Santa Sé:

⇒ A vassalagem ou enfeudamento de D. Afonso Henriques à Santa Sé.

⇒ A bula “manifestus Probatum”, em que o Papa reconheceu Afonso Henriques como primeiro rei de Portugal.

⇒ O reconhecimento de Portugal dos poderes da Santa Sé em matéria de organização eclesiástica, como nomeação de bispos e cardeais e constituição de tribunais eclesiásticos.

⇒ O afastamento do Pontífice do rei S. Sancho II, por considerar que este não estava a governar de uma forma justa, substituindo-o pelo filho, Afonso III.

Portugal e o Império “Iurisdictio Imperii”

Quando falamos de monarcas estamos a falar em titulares do poder político que o exercem numa determinada circunscrição territorial.

Os imperadores tinham uma pretensão de hegemonia territorial, sendo certo que em Portugal nunca houve uma lógica de império neste sentido.

A **Jurisdição imperial** corresponde à ideia de exercício do poder sobre um determinado espaço físico, com a criação de instâncias próprias.

No monarca da jurisdição está concentrada, enquanto que no imperador a jurisdição está dispersa.

Na Europa medieval aceitava-se a ideia de que o imperador teria jurisdição sobre os vários reinos que compunham a República Cristã (Sacro Império Romano Germânico), ideia, aliás, defendido por Bártolo e Baldo.

Porém, no período pluralista, isto é até 1415, Portugal teve uma monarquia que se afirmava com um rigor soberano, em que o rei reivindicava o poder de governar autonomamente o seu território, não permitindo a ingerência de outra autoridade, alegando o rei que havia conquistado o seu território sem a ajuda do imperador e que por isso se aplicava a “Exemptio Imperii” – exceção ao Império.

A partir de 1415, consolidado o território, o rei começou a preocupar-se com os outros territórios, surgindo assim o conceito de soberania externa.

O rei passou a ser o imperador no seu reino, isto é, passou a ter no seu território os mesmos poderes que o imperador tinha no conjunto dos seus territórios.

Conteúdo do Direito

Institutos jurídico-familiares

Direito da Família

Segundo os profs. Albuquerque são **institutos familiares**, aquelas diversas formas de organização social, que se projectam, por vezes, em normas ou complexos normativos, e das quais resultam laços civis de parentesco, normalmente produtores de importantes consequências na esfera social e patrimonial dos sujeitos.

Existem três grupos de famílias que marcaram a **evolução histórica do conceito de família**: a Família Inicial, a Família Patriarcal Romana e a Família Conjugal.

- ✓ A lógica originária da família (**família inicial**) é denominada de **clã**, o qual correspondia ao agrupamento dum comunidade de pessoas, provenientes de um mesmo antepassado, resultando a sua identidade própria de vínculos religiosos, propriedade comum e de trabalho colectivo. Os clãs eram simbolizados pelo **Totem** (símbolo normalmente um animal ou planta), sendo que os seus membros podiam ou não ter proximidade afectiva.
 - ✓ A **família patriarcal romana** assentava na autoridade do chefe, do **pater familias**, o qual agregava à sua volta um grupo de pessoas e de meios patrimoniais, sobre os quais exercia a sua autoridade.

Na **família patriarcal romana** não eram exigidos vínculos sanguíneos, existindo dois tipos de vínculos: o **agnatício** (que não passava pela obrigatoriedade de laços familiares sanguíneos, mas sim de autoridade) e o **cognatício** (caracterizado pela existência de laços familiares sanguíneos).

Em ambos os vínculos, o pai dispunha da existência dos filhos, podendo ordenar ou permitir a sua morte e isentar-se da obrigatoriedade de lhe prestar alimentos.

Esta estrutura familiar foi sendo combatida pelos imperadores cristãos, como Constantino, o qual determinou mesmo que, nas relações familiares, se desse mais importância à “**afectio**”.

- ✓ A **família conjugal** também se apresenta através de formas variadas, sendo o seu grau de coesão e de disciplina muito diverso e flutuante.

Em períodos de grande instabilidade política a família agrupa-se, enquanto que em períodos individualistas a família afasta-se.

As **instituições jurídico-familiares** que se irão estudar são: os **esponsais**, o **casamento**, o **poder paternal** e a **adopção**.

Esponsais

Os **esponsais** consistem numa promessa recíproca de casamento a celebrar entre os futuros cônjuges ou entre os seus representantes e que podem desencadear efeitos pessoais e patrimoniais.

Os **esponsais** podem ter alguma correspondência com o actual noivado.

No **direito Romano** da época clássica, os esponsais não eram vinculativos na medida em que não se podiam associar sanções ao incumprimento deste compromisso. Todavia, na época pós-clássica passou-se a admitir a possibilidade de sanção por incumprimento do compromisso.

No **direito Germânico de matriz Visigótica** os esponsais constituíam a primeira fase do casamento, o qual só se consumava com a **tradictio** (acto de transmissão da mulher da sua família de origem para o domínio familiar do marido).

No seguimento do costume visigodo, os esponsais foram utilizados em Portugal e para serem válidos deveriam ser reduzidos a escrito perante testemunhas. Os noivos tinham de ter pelo menos 15 anos, podendo, caso não tivessem atingido essa idade, ser representadas pelos pais ou irmãos, tendo o casamento de se realizar obrigatoriamente no prazo de 2 anos.

Durante a cerimónia o noivo entregava à noiva o **anel esponsalício**, celebrando-se depois uma escritura em que ficava consignado que o noivo entregava um dote ao pai da noiva, designado por **arras**, que correspondia a um quantitativo pecuniário destinado a assegurar o sustento futuro da noiva para o caso do noivo vir a falecer ou a repudiar a noiva injustificadamente antes do casamento. No final dava-se a cerimónia do beijo dos noivos (**lei do ósculo**), fazendo a mulher uma jura de fidelidade ao noivo, sendo certo que se não a cumprisse era considerada adúltera e punida como tal, que podia ser a morte.

O dote (**arras**) deveria corresponder a 1/5 ou a 1/10 (dependendo dos autores) da fortuna do noivo, todavia em muitos casos dependia dos costumes da região. Caso o noivo viesse a falecer antes do casamento, a noiva recebia parte do dote (normalmente metade). Caso o noivo repudiasse a noiva sem motivo antes do casamento, perdia o dote na totalidade, sendo este uma forma de a compensar.

No caso do **direito medieval português**, os esponsais tiveram um regime semelhante ao do direito visigótico. Além deste casamento tradicional dividido em duas partes: a **desponsatio** (esponsais) e a **tradictio**, em que o consentimento da mulher estava excluído, surgiu também por influência visigoda o **casamento por rapto** que consistia no casamento sem o **pretium puelae** (preço pago pelo noivo ao pai da noiva), sendo certo que este casamento só tinha efeitos jurídicos caso houvesse o consentimento da raptada.

Com efeito, este casamento de rapto só tem o nome, pois a raptada consentia o rapto, sendo certo que ocorria quando o noivo não tinha condições económicas para pagar o dote, ou não agradava à estrutura familiar da noiva.

No **direito canónico** os esponsais eram considerados a primeira fase do casamento porque se falava objectivamente num **concenso nupcial**, sendo certo que se houvesse cópula entre os noivos depois da cerimónia dos esponsais, presumia-se o casamento.

Casamento

Em primeiro lugar há que distinguir o casamento enquanto estado civil (comunhão de vida entre pessoas resultante de acto de casamento) e o casamento enquanto acto jurídico (momento da cerimónia com expressão de consentimento e que dá origem ao estado de casado).

Na Idade Média, entre os secs. V e XV, existiram 4 **formas de casamento**: o **casamento por benção**, o

casamento de juras, o casamento de pública fama/forma e o casamento por raptio (forma de casamento visigodo).

✚ **Quanto ao casamento sacramental:**

- ✓ **casamento por benção** era realizado, à luz do direito canónico, num templo (local sagrado) e presidido por um sacerdote ou ministro do culto, o qual ministrava o sagrado sacramento do matrimónio, sendo certo que esta forma de casamento tinha necessariamente de ter o consentimento dos noivos e não podia ter impedimentos legais, com por exemplo relações de parentesco entre os noivos. Este casamento é similar ao actual casamento religioso.

✚ **Quanto ao casamento clandestino:**

- ✓ **casamento de juras** não recebia qualquer sacramento e era celebrado em qualquer local, não podendo ser realizado num templo e ser presidido por um sacerdote ou ministro do culto, que, no entanto, podia testemunhar o acto como outro cidadão qualquer. Esta forma de casamento celebrava-se através de uma jura recíproca dos noivos. Este casamento é similar ao actual casamento civil.
- ✓ **Casamento de pública fama ou pública forma ou cunhuçudos** foi reconhecido em 1311 pelo rei D. Dinis, porém já existia antes na clandestinidade, pelo que também é designado por casamento clandestino, casamento cognosudos ou casamento por conhecimento.

Foi clandestino durante muito tempo porque a união de facto não era aceite pelo facto de não ter sido abençoada, estando assim à margem da lei civil e canónica.

Esta forma de casamento consiste na existência do estado de casado e na inexistência do acto de casar.

Em 1311 D. Diniz enquadra juridicamente esta forma de casamento, estabelecendo que para se reconhecer um casamento de pública fama (presunção iniludível) seria necessário que um homem e uma mulher vivessem na mesma casa há 7 anos consecutivos como marido e mulher, fizessem compras e vendas juntos e fossem conhecidos na vizinhança como casados.

A lei de D. Dinis estabelece assim uma presunção iniludível, ou seja, quem preenchesse estes requisitos não podia ser afastado desta presunção.

A Lei de 07 de Dezembro de 1352 de Afonso IV estabeleceu a obrigatoriedade dos clérigos casados **registarem os seus casamentos** num tabelião existente em cada freguesia. Duvida-se porém que esta lei tenha sido apenas referida para os clérigos (grupo social ao qual também pertencem os estudantes e professores universitários, órfãos e viúvas), sendo talvez por isso que não teve muita eficácia.

Os registos mais antigos que se conhecem datam de 1531.

- ✓ **casamento por raptio** era um casamento de origem visigoda e consistia no casamento sem o pretium puelae (preço pago pelo noivo ao pai da noiva), sendo certo que este casamento só tinha efeitos jurídicos caso houvesse o consentimento da raptada.

Este casamento de raptio só tem o nome, pois a raptada consentia o raptio, sendo certo que ocorria quando o noivo não tinha condições económicas para pagar o dote, ou não agradava à estrutura familiar da noiva.

Relações pessoais e patrimoniais

Quanto ao **regime de bens**, a regra da época era a de que a propriedade dos bens dos noivos se mantinha individualizada após o casamento, isto é, os bens da mulher continuavam a ser da mulher e os do marido continuavam a ser dele, sendo comuns os bens adquiridos após o casamento. Porém, a não ser que a mulher fosse comerciante, a administração de todos os bens passava a ser exclusivamente do marido, podendo mesmo este alienar os bens da mulher em seu favor e sem o consentimento dela.

Após o casamento, a mulher não podia contratar, afiançar e estar em juízo, activa ou passivamente, sem o consentimento do marido.

Com efeito, no **ordenamento foraleiro português** era comum encontrar-se o regime de bens supra descrito (comunhão de adquiridos), no âmbito do qual os bens que cada um possuía antes do casamento, permaneciam dos próprios após o casamento, embora a administração dos bens coubesse ao marido, salvo se a mulher fosse comerciante.

Este regime de bens é conhecido por **gaancase** corresponde ao actual regime de comunhão de adquiridos, tendo sido mais utilizado no norte de Portugal.

Neste regime existiam algumas categorias de bens que não eram comunicáveis pelo casamento, tais como: os bens recebidos por sucessão, recebidos por doação e os bens sub-rogados.

Após o séc. XII, surge um outro regime designado por **carta de metade**, o qual corresponde ao regime actual de comunhão geral de bens.

Todo o património anterior e posterior ao casamento era comum aos cônjuges, sendo certo que este regime verificou-se mais no sul do País.

Poder paternal

O Direito romano, apesar de com os **pater-familia** ter influenciado o nosso Direito da Família, desenvolveu a figura do **pater postestas** (poder paternal), que não é, todavia, igual ao que é o actual poder paternal.

Com efeito, no **direito romano** vivia-se sob o princípio da autoridade suprema do “**pater-familia**”, o qual detinha a titularidade dos bens de todos os membros do grupo familiar e dispunha do poder de vida ou de morte dos filhos (**agnação**) e das pessoas que compunham a sua família, o que extravasava o nosso entendimento de poder paternal.

No **direito visigótico** a autoridade do pai não se fundamentava em aspectos políticos e servia para disciplinar a vida familiar. O exercício do poder paternal cabia ao pai, e se ele morresse durante a menoridade dos filhos, a mãe não passava a exercer o poder paternal mas sim uma tutela sobre os filhos.

O **direito foraleiro português** revela já uma evolução nesta matéria, o poder paternal extingue-se pela morte, mas o cônjuge sobrevivente, ainda que seja a mulher, mantém o exercício do poder paternal (patria potestas).

Adopção

No **direito romano** a **adopção** revestia a forma de *adrogatio* e *adoptio*.

A *adrogatio* era a sujeição formal de um *pater-familia* a outro de *pater-familia* perante os comícios curiais.

A adoptio era a adopção de um simples filius familia.

Na época pós-clássico acentuou-se a tendência para eliminar a adrogatio e fazer a adopção no sentido da adoptio, segundo o princípio “adoptio naturam imitatur”.

Mantém-se e evolui um conceito de adopção em que se pretende colocar o adoptado na situação que teria se tivesse nascido no seio da família, deixando de existir a forma política de adopção.

Para os romanos deveria existir uma diferença pelo menos de 18 anos de idade entre o adoptante e o adoptado.

Direito Sucessório

O Direito sucessório é um direito profundamente técnico.

Por **sucessão**, em termos gerais, entende-se a modificação subjectiva da relação jurídica de pessoas, isto é, a alteração de um complexo de direitos e deveres de que um determinado sujeito era titular.

No direito sucessório só nos interessa a sucessão mortis causa, isto é, o conjunto das regras que regula a sucessão por morte.

Importa porém, antes de mais, introduzir alguns conceitos relacionados com o Direito Sucessório.

O “de cuius” é a pessoa falecida que deixa bens para distribuir, enquanto que o “mortuus” é a que não deixa bens para distribuir. Esta distinção já era efectuada no Direito Romano.

O filho que morre antes do pai “de cuius” é o pré-defunto.

Herança é o conjunto de bens que importa afectar aos herdeiros, porém até à data da morte do “de cuius” os herdeiros apenas têm expectativas, pois só com a morte daquele é que são chamados a receber a herança.

A primeira distinção dá-se entre sucessão universal e sucessão singular.

A **sucessão universal** dá-se quando o novo sujeito substitui o anterior na totalidade das relações jurídicas pertencentes ao “de cuius”.

A **sucessão singular** dá-se apenas quando se sucede na titularidade de um bem certo e determinado.

O beneficiário de uma sucessão universal é o **herdeiro** e o beneficiário de uma sucessão singular é **legatário**.

O chamamento à herança pode ocorrer por força de um ou dois fundamentos jurídicos, a **vontade** e a **lei**.

Se o de cuius deixou designado o seu sucessor, a lei pode não ter necessidade de se impor. Se não o fez, a lei substitui-se ao de cuius e indica o seu sucessor.

Quando a lei permite que o de cuius expresse a sua vontade em relação a uma parte dos seus bens (**quota disponível**), mas por outro lado restringe a sua liberdade de dispor do restante património (**quota indisponível**), então os dois factores de chamamento à herança (**vontade** e **lei**) funcionam em simultâneo.

É neste contexto que surge então uma outra distinção entre **sucessão voluntária** (relacionada com a quota disponível) e **sucessão legal ou imperativa** (relacionada com a quota indisponível).

A **sucessão voluntária** é aquela que o autor da sucessão pode testar ou contratar, dividindo-se em **testamentária**

(acto unilateral em que o de cujus faz um testamento e só após a morte dele é que se conhecem os beneficiários) e **contratual** (acto bilateral praticado entre o de cujus e terceiros que só produz efeitos após a sua morte).

A **sucessão legal ou imperativa** é aquela que o autor da sucessão nunca pode ou já não pode modificar por ter morrido, e divide-se em **legitimária** (quando a lei se impõe imperativamente à vontade do de cujus e define os herdeiros para a quota indisponível) e **legítima ou supletiva** (quando podendo dispor da quota disponível o de cujus não o fez).

O **Instituto da redução por inoficiosidade** ocorre para corrigir a vontade do de cujus, reduzindo o valor da herança dos legatários (sucessão voluntária) até à quota disponível, quando esta foi ultrapassada pelo de cujus.

No **direito visigótico** existiam quatro graus de sucessíveis, que eram, pela sua ordem de importância: os **descendentes**, os **ascendentes**, os **colaterais** e o **cônjuge sobrevivente**.

Os princípios que regulavam a sucessão eram o **princípio da igualdade dos sexos** e o **princípio da proximidade de grau**.

- ✓ **princípio da igualdade dos sexos** consistia na igualdade entre homens e mulheres no que tange à capacidade para deixar herança.
- ✓ **princípio da proximidade de grau** distribuía toda a herança aos parentes do grau mais próximo, afastando os outros da sucessão (actualmente o grau mais próximo é composto pelo cônjuge sobrevivente e pelos filhos). O **princípio da proximidade do grau** tinha, porém, duas excepções, que consistiam nos chamados **direito de representação** e o **direito de troncalidade**
 - O **direito de representação** permitia aos descendentes netos concorrer em proporção de igualdade com os tios no recebimento da herança do “de cujus” avô, caso o seu pai ou a sua mãe (filhos do “de cujus”) tivessem morrido primeiro que o de cujus, fossem, portanto, pré-mortos em relação ao autor da sucessão.
 - **direito de troncalidade** operava relativamente à sucessão dos ascendentes

quando o “de cujus” morria sem descendentes, permitindo, ocorridas estas condições, que os bens próprios do de cujus fossem exclusivamente atribuídos aos parentes do mesmo lado de onde esses bens provinham, isto é, os bens provenientes do lado paterno só podiam ser deixados a parentes desse lado, assim como, os bens provenientes do lado materno só poderiam ser deixados a parentes do lado materno. Todavia, o direito visigótico admitiu esta regra em termos muito limitados ao **direito de troncalidade**, estabelecendo que a mesma só teria lugar se à sucessão do de cujus concorressem dois ou mais avós de linhas diferentes, pelo que esta regra não se aplica aos pais.

No **direito visigótico** os bens eram repartidos em estirpes e depois divididos por cabeça.

Quanto à disponibilidade do autor da herança e do sistema de quotas disponíveis e indisponíveis, importa salientar que **no caso do direito português**, inicialmente a limitação à disponibilidade dos bens era total, por oposição à orientação do **Direito Romano** que estabelecia a liberdade total de disposição na capacidade de testar.

O **direito visigótico** quase não previa a capacidade de testar, já que existia um forte sentimento de comunidade, não sendo bem vista a alienação do património para fora do seio familiar. Porém, mais tarde e numa evolução natural, o **direito visigótico** veio estabelecer uma quota disponível de 1/5 do património, a par dos 4/5 que teriam de ser obrigatoriamente deixados à família. A quota disponível era normalmente entregue a instituições religiosas, ideia que transitou para o período da reconquista cristã, já que era entendido como sendo uma forma de comprar um lugar no céu..

Com efeito, no **período da reconquista** impôs-se a ideia de solidariedade familiar, o que aproximou o regime do sistema visigótico, passando então a vigorar o instituto da “*laudatio parentium*”, em respeito ao qual qualquer acto de disposição de bens necessitava da aprovação dos familiares. Passou então a vigorar o **sistema da reserva hereditária**, no âmbito do qual todos os sucessíveis beneficiavam dos bens próprios, ou seja, dos bens de património familiar. Mais tarde verificou-se o **sistema de sucessão legitimária**, no âmbito do qual só os descendentes e os ascendentes passaram a beneficiar dos bens próprios e adquiridos.

A quota livre no direito português era de 1/5 no Norte (por influência visigótica) e de 1/3 no Sul (por influência muçulmana).

Em Portugal começou a ganhar importância no séc. XIII, tendo sido regulamentado no séc. XIV, por uma lei de 1349, que previa três formas válidas de celebrar um testamento:

- a) Por escrito particular celebrado perante Oficial Régio com capacidade de validar documentos.
- b) Por escrito particular celebrado perante testemunhas e sem a presença do Oficial Régio.
- c) Por forma verbal e perante testemunhas, sendo estas quem validavam o testamento.

Sistema Penal

No período pluralista, a falta de um sistema de punição estatal, originou uma pluralidade de soluções e fez desenvolver vários sistemas privados de punição, os quais se designam por **regimes de auto-tutela**, no âmbito dos quais as populações, com base no costume, estabeleciam as suas próprias formas de punir a prática dos crimes, que, resultavam em vinganças privadas (**Vindicta Privata**).

Importa pois salientar os quatro grandes momentos do sistema penal da época pluralista.

Com efeito, num primeiro momento foram estabelecidas algumas condições de aplicação da vindicta privada, e, num segundo momento as regras da punição, contemplando-se que a reacção deveria ser proporcional à agressão, todavia, essa proporcionalidade era vista na lógica da lei de taleão (olho por olho, dente por dente).

Com o decorrer do tempo, e, num terceiro momento alguns procedimentos da vindicta privada foram sendo alterados, tendo-se, inclusive, aceitado que a vingança pudesse ser substituída pelo pagamento de uma determinada quantia.

E num quarto e último momento, começou-se a estabelecer um regime de arbitragem, em que as partes poderiam designar árbitros para resolver os conflitos. Primeiramente os árbitros eram facultativos e privados, porém, gradualmente passaram a ser obrigatórios e a ser nomeados pelo Rei, exercendo, portanto, funções públicas.

Com efeito, no período pluralista, mais concretamente nos secs. XII e XIII, ainda antes da instituição e consolidação dum justiça penal pública, recorriam-se a duas formas de auto-tutela (vindicta privada), designadamente a perda de paz relativa (reação do ofendido ou família) e a perda de paz absoluta. (reação de toda a comunidade), ambas baseadas na lei de taleão.

- ✓ A **perda da paz relativa** aplicava-se a delitos graves, como por exemplo a violação ou o homicídio e desenvolvia-se em várias fases, a saber:

1) Começava com o desafio do ofendido ou familiares ao agressor, desafio esse efectuado perante a Assembleia do Município.

2) Seguia-se um período de tréguas de 9 dias, após os quais o ofendido ou familiares faziam a declaração solene de inimizade.

3) Depois o agressor tinha 8 dias para abandonar o local do crime (desterro) ou para adiar a vingança, pagando, neste caso, uma quantia designada por fredume, todavia este pagamento não afastava a possibilidade de, findos os 8 dias, o ofendido e família perseguirem o agressor.

De salientar que, nesta fase, era também possível evitar a vingança final, designada por Faída, através de um acordo ou composição da amizade, devendo, para isso, o agressor solicitar ao ofendido a substituição da vingança por uma das composições seguintes:

3.1 - Composição por compensação pecunária, correspondente a uma quantia proporcional à perda do ofendido e excluía totalmente o direito de vingança.

3.2 - Composição corporal, ocorria quando o agressor não possuía bens e consistia em dar ao acusado uma quantidade de açoites em público (entrar às varas);

3.3 - Composição por missas, em que o agressor se comprometia a mandar rezar um determinado número de missas em honra do ofendido;

3.4 - Composição por cárcere, que consistia na privação da liberdade do agressor, podendo ser em cárcere privada. Normalmente o agressor ficava preso em casa.

Depois de realizada a composição, extinguiu-se o direito de vingança.

Caso não fosse possível estabelecer um acordo por composição ou dirimir o conflito, o ofendido e família efectivavam a vingança (Faída), a qual, muitas vezes, resultava na morte do agressor.

A perda de paz absoluta aplicava-se a crimes ainda mais graves, tais como os que violavam um especial dever de fidelidade, nomeadamente os denominados crimes de lesa majestade (ex. aleivosia, calúnias, ofensas ou traição ao rei) e ainda violação de tréguas e Violação de paz especial (decretada nas assembleias da igreja).

O criminoso ficava na posição de fora do direito, era considerado inimigo público de toda a comunidade, podendo e devendo ser perseguido por todos.

- ✓ A **perda de paz absoluta** não admitia qualquer composição pelo que, uma vez iniciado o seu processo, o mesmo tinha de culminar com a morte do criminoso,

Estes dois sistemas de auto-tutela, embora com limitações que vêm do início do séc. XIII, vigoraram pelo menos até às reformas processuais de Afonso IV (ocorridas em meados do séc. XIV).

Com efeito, gradualmente o monarca começou a querer o monopólio do sistema penal punitivo e por isso, nos fins do sec. XIII e durante o sec. XIV, implantou algumas normas baseadas no costume, as quais, inicialmente, tiveram alguma resistência por parte da nobreza.

Porém, já em 1211, D. Afonso II havia proibido a vingança em casa do agressor e a destruição dos seus bens.

Depois estabeleceu-se que a vingança devia terminar quando já tivessem ocorrido duas mortes, uma de cada lado.

Em 1325 o rei D. Afonso IV decretou a ilicitude da vingança ressalvando, porém, os direitos dos fidalgos, conhecidos por direitos de acoimar.

Em 9 de Julho de 1330, através duma lei régia, proibiu-se por completo a vingança, mas o rei acabou por ceder às pressões dos nobres e permitir o exercício da vingança quando, passados 60 dias sobre a data da ofensa, o acusado não se tivesse apresentado perante a justiça e, portanto, tivesse fugido.

E em 1355, D. Afonso IV elaborou uma lei que definia e estabelecia a punição de um conjunto de crimes que pelas suas características se entendia que deviam ser de **investigação oficiosa (crimes públicos)**. Como tal eram considerados os seguintes crimes:

- Crimes Políticos ou de Lesa Majestade;
- Homicídio doloso qualificado e os ferimentos graves;
- Crimes contra a justiça pública, como a resistência ao oficial do rei;
- Crimes religiosos, como a heresia, sacrilégio ou a blasfémia;
- Crimes sexuais, como a violação, adultério, o incesto e a bigamia;
- Crimes quanto à propriedade, como o furto e o dano.
- Crimes de Feiticaria

Nesta época, a pena mais comum para delitos mais graves era a pena de morte, geralmente executada por enforcamento. Outras formas de execução eram: enterrar o criminoso vivo, a lapidação, a crucificação, reservando-se para os nobres a decapitação.

Existiam ainda, além da pena de morte, outros tipos de penas, tais como as penas pecuniárias, as penas corporais, as penas privativas da liberdade e as penas cruéis e infamantes.

As penas pecuniárias eram aplicadas para compensar o ofendido na mesma proporção da perda que teve pela acção do infractor, sendo exemplo o **anuveado**, que era a pena aplicada ao crime de furto e que consistia no pagamento ao ofendido de 9 vezes o valor do objecto furtado.

As penas corporais mais comuns eram o **corte da mão**, o **desorelhamento**, o **esvaziamento dos olhos** e os **çoites em público**.

As penas privativas de liberdade consistiam na **prisão** ou **servidão**.

As penas cruéis e infamantes eram aquelas que se consideravam particularmente humilhantes e vexatórias, como por exemplo, o **corte da barba**, a **procissão do réu com uma corda ao pescoço** e a **exposição em gaiolas no pelourinho das vilas**.

Assim sendo, verifica-se que o sistema penal da Idade Média não consagrava o princípio da legalidade e tipicidade, segundo o qual não há crime sem lei, nem respeitava o princípio da não-retroactividade das leis. Permitia a punição de comportamentos violadores da religião e violadores de interesses menores, e fazia depender a punição das condições sociais do agressor e ofendido.

Permitia também a desproporção entre a crueldade das penas e a gravidade dos crimes e a existência de penas infamantes e vexatórias, bem como a transmissibilidade das penas de pais para filhos.

Porém, a partir do séc. XIV com a lei de D. Afonso IV, o sistema foi-se gradualmente modificando.

Processo Inquisitório

Neste caso o Juiz assume a liderança do processo de forma activa. Surgem juízes especializados que julgam os casos em concreto, exemplo:

- Juiz corregedor que serve de intermediário entre o poder central e o poder local.
- Juiz eclesiástico que intervém nos casos de processo sucessório, devido ao aumento da taxa de mortalidade
- Os Juizes de fora são designados pelo rei para resolver casos existentes em determinada localidade, substituem os juízes locais

Distingue-se o processo dependendo do tipo de processo

- Direito civil
- Direito penal

Tribunais:

Superiores – Casa do cível

- Casa da suplicação

Tribunal da corte

Período de transição Monista

1415 ou 1446 a 1820

Fontes de Direito

O Período de transição monista caracteriza-se pela afirmação da lei e corresponde a cerca de 400 anos de história.

1415 – Conquista pelo rei D. João I do primeiro território ultramarino – Ceuta

1446 – Data das ordenações Afonsinas, ordenações do reino, publicadas no reinado de D. Afonso V.

Este período prolonga-se até 1820- data da revolução liberal

Com efeito, nos secs. XV e XVI as fronteiras e os Estados começaram a consolidar-se e, com o rescaldo da expansão ultramarina, começaram a estabelecer-se novos contactos, pelo que começaram também a definir-se as grandes teses sobre os conceitos de Estado e Soberania.

Esta época representa a época de Ouro, deixando de ser condado para passar a ser reino, devido à expansão ultramarina, Portugal passa a dominar um território 200 vezes maior que o seu, esta conquista vai acontecendo ao longo dos anos.

O poder político de Portugal deixa então de se basear na realidade da Republica Cristiana e começou a vingar a ideia de Estado Burocrático, mas numa perspectiva de desconcentração de poderes para atingir uma maior eficácia, começando-se a reconhecer que o poder vem da comunidade.

Começaram também a surgir movimentos eclesiásticos de combate à estrutura da própria Igreja, designadamente os movimentos da reforma e contra-reforma., que contribuíram decisivamente para a evolução do direito canónico.

O período de transição monista caracteriza-se pela concentração do poder legislativo nas mãos do poder político (Rei ou cortes).

O Estado assume a soberania em termos de fontes de direito, chamado a si o poder de legislar.

1524 – O rei até esta data, refere nos seus documentos, “nós”, correspondendo ao condado, a partir desta passa a usar “eu”, é uma referência à sua autoridade.

1578 – A coroa á fechada, que significa império, agora o rei é um imperador, rei de vários reinos.

Durante a batalha de Alcacer Quibir o rei desaparece e o seu corpo nunca foi recuperado, apesar da sua morte a coroa mantém-se fechada.

O poder político vai evoluir no sentido da prevalência da lei em relação às outras fontes de direito.

A **lei** do período transição monista, secs. XV e XVI, correspondia a um preceito autoritário e era vista como uma norma obrigatória imposta pela vontade do monarca.

O monarca pretendia centralizar todas as funções do Estado e, para que tal sucedesse, tentou diminuir o papel de outras fontes de direito, designadamente o costume.

O monarca começa a conceber a ideia de que o **bom costume** é o aprovado por si, proibindo, a pouco e pouco, a interpretação da lei e a actividade dos juristas, argumentando que o trabalho destes pode desvirtuar a lei.

A lei começa a ser, cada vez mais, o produto da vontade do Rei.

Todavia, não era vista como arbitrária, pois continuou a ter algumas limitações, nomeadamente a competência das Cortes nalgumas matérias e o conceito de lei fundamental, que surgiu no sec. XIX, como um antecedente da norma constitucional.

É também no período monista que se dá a divisão entre Direito Público e Direito Privado, regulando o primeiro as relações entre o Estado e o particular e o segundo as relações entre os particulares, isto é, entre os sujeitos colocados ao mesmo nível.

No período monista surgiram várias **espécies de leis**:

- lei ou carta de lei, era uma norma de duração ilimitada, formalmente iniciada pelo nome próprio do Rei;
- Alvará, era norma, em regra, com uma duração limitada ao período de 1 ano, formalmente iniciada pela expressão "Eu, el rei";
- Provisões, são normas expedidas pelos tribunais que serviam para alargar, a todo o território, medidas tomadas pontualmente através de decretos ou resoluções;
- Decretos, serviam em regra para dispor singularmente acerca de um bem ou de uma pessoa. Era a forma geralmente usada para emitir comandos personalizados;
- Cartas régias, principiavam pelo nome do seu destinatário e seguiam um formulário distintivo, de acordo com a importância ou estatuto da pessoa a quem se dirigiam;
- Resoluções régias, eram as respostas dadas pelo Rei a uma consulta formulada pelo tribunal. Em face de um caso não previsto nas várias fontes de direito hierarquizadas nas Ordenações, perguntava-se ao rei como decidir;
- Avisos e portarias, ambas são ordens dos secretários de Estado, expedidos em nome do rei. As portarias dirigiam-se a uma instituição enquanto que os avisos a tribunais, magistrados ou corporações.

Tanto as leis como os alvarás tinham como requisito de validade, a passagem pela chancelaria e a aprovação, embora nem sempre tal se tenha cumprido.

Processo de elaboração da lei

A iniciativa legislativa cabia normalmente ao rei, e, por vezes, na sequência de uma deliberação das cortes.

A lei para ser válida devia obedecer a um determinado número de requisitos. Alguns autores enumeraram esses requisitos, defendendo que a lei tinha de ser honesto, justa, possível, conforme à natureza, conforme aos costumes da Pátria, conveniente ao tempo e ao lugar, necessária, útil e manifesta. De um modo geral, embora com variantes de autor para autor, os requisitos da lei concentram-se no problema da justiça.

A lei para ser considerada justa, teria de ser vista quanto a quatro aspectos: quanto à matéria (não podendo, em caso algum, levar ao pecado), quanto à forma (devia impôr um sacrifício na proporção do que é suportável pelo súbdito), quanto à autoridade ou agente (tinha de provir de legislador competente) e quanto ao fim (devia ser feita em harmonia com o bem comum).

Se a lei preceituasse pecado, isto é, se fosse injusta quanto à matéria, não deveria ser cumprida.

Se fosse injusta quanto ao fim, ao agente ou à forma, considerava-se que devia ser cumprida caso a sua não observância resultasse num prejuízo maior para a comunidade do que a sua obediência. Porém, no caso da lei injusta quanto à autoridade ou agente havia ainda a considerar e distinguir

duas situações:

- A lei feita por um monarca tirano “quoad titulum” (quanto ao título), aquele que usurpou o poder ilegítimamente e, por isso e não tem sequer legitimidade para governar;
- A lei feita por um monarca tirano “quoad regimen” (quanto ao exercício, à administração, ao regime), aquele que chegou ao poder por forma lícita mas ultrapassou os limites da sua autoridade, deixou de governar para o bem comum e passou a governar para proveito próprio.

As leis feitas pelo tirano quanto ao título não deviam, em princípio, ser obedecidas;

As leis feitas por um tirano quanto ao exercício, deviam ser obedecidas se fossem justas quanto aos outros aspectos (fim, matéria, forma).

Além da questão da justiça da lei, são também requisitos fundamentais, e mesmo fases do processo legislativo, a publicação e a entrada em vigor.

A **publicação da lei** era feita através do registo nos livros de chancelaria e da notificação às autoridades locais, porém exemplos há que nem sempre assim sucedia.

Os tribunais superiores também tinham livros de registo, nomeadamente:

- a Casa da Suplicação tinha o **Livro das Posses**
- a Casa do Cível tinha os denominados **Livros das Esferas**.

No período de transição monista começou-se a estabelecer regras quanto ao início da **vigência das leis**. Num alvará de 1518, estabeleceu-se como prazo de “vacatio legis” o decurso de 3 meses após a publicação na Chancelaria. As ordenações manuelinas estabeleceram dois prazos distintos: 8 dias para o Tribunal da Corte e 3 meses para o resto do país.

Aceitava-se a ideia de que sendo a lei a vontade do príncipe, ele podia também isentar algumas pessoas do seu cumprimento, atribuindo uma **dispensa da lei**.

A doutrina mais radical entendia que não devia haver dispensa da lei em caso algum, porém as teses mais moderadas aceitavam a dispensa com algumas condições, nomeadamente a existência de uma justa causa e a não lesão de interesses de terceiros.

A dispensa da lei podia ser atacada por duas formas: a subreção (a atribuição de uma dispensa podia ser contestada se ela tivesse sido atribuída por falsos motivos) e a obreção (dispensa contestada se tivesse sido atribuída na omissão de factos importantes).

Compilações de Leis

A mais antiga **compilação de leis** gerais portuguesas é o **Livro de Leis e Posturas** que reúne leis dos primeiros reinados e não tem um critério de sistematização.

As leis foram reunidas para mais fácil consulta e para impedir que se perdessem.

A segunda compilação de leis é composta pelas **Ordenações de D. Duarte**, que data do séc. XV e foi organizada por reinados. Tem esta designação por ter sido encontrada na biblioteca privada do rei D. Duarte, o qual lhe juntou um índice e um discurso inicial que define um bom juiz.

As compilações mais completas são:

1. **Ordenações Afonsinas de 1446**
2. **Ordenações Manuelinas de 1521**
3. **Ordenações Filipinas de 1603**

O Regimento Quatrocentista da Casa da Suplicação

O **Regimento Quatrocentista da Casa da Suplicação** é um documento importante, posterior a 1433, que pode ter sido elaborado por D. Duarte e, entre várias hipóteses, os historiadores tendem a considerá-lo um documento oficial.

O Regimento Quatrocentista da casa da Suplicação encontra-se em duas partes:

- Competência orgânica e funcionamento interno da Casa da Suplicação;
- Alegações gerais para julgar, em que o rei dá orientações aos juizes, sobre o modo como deviam fundamentar as suas sentenças, mandando atender aos escritos de **Bártolo** (escola dos comentadores).

Ordenações do Reino

As ordenações são compilações ou colectâneas das leis do reino e surgiram no sec. XV. com o objectivo de acentuar a prevalência da lei sobre outras fontes de direito.

As primeiras foram as **Ordenações Afonsinas**, seguiram-se as **Ordenações Manuelinas** (sec. XVI) e, por último as **Ordenações Filipinas** (fins do sec. XVI e sec. XVII).

As ordenações não obedeciam a qualquer lógica sistemática de arrumação, e chegavam mesmo a ter leis contraditórias, pelo que não podem ser consideradas códigos.

As Ordenações estavam divididas em (5) cinco Livros e estes, em Títulos que, por sua vez, se dividem em Parágrafos, apresentando os livros a seguinte estrutura.

Livro 1

Tratava dos regimentos dos cargos públicos, tanto régios como municipais, compreendendo o governo, a justiça, a fazenda e o exército.

Livro 2	Regulava os bens e privilégios da Igreja, os direitos do rei e a sua cobrança, a jurisdição dos donatários e as prerrogativas da nobreza, o estatuto dos Judeus e dos Mouros;
Livro 3	Tratava do Processo Civil, incluindo o executivo.
Livro 4	Tratava do Direito Civil substantivo;
Livro 5	Tratava do Direito Penal, sendo por isso também designado de <u>Livro Vermelho</u> ou <u>Livro de Sangue</u>

O Livro I das Ordenações Afonsinas foi escrito num **estilo decretório (o preceito apresenta-se como se fosse legislado pela primeira vez)**, enquanto que os restantes livros destas Ordenações foram escritos num **estilo compilatórios (há referências à origem do preceito e um comentário relativamente à sua vigência)**. Todos os livros das Ordenações Manuelinas e Filipinas, foram escritos num estilo decretório.

Ordenações Afonsinas (1446)

Foi D. João I quem tomou a iniciativa de elaborar uma compilação oficial de leis, entregando esta tarefa ao corregedor da corte João Mendes, o qual, por ter entretanto falecido, não chegou a concluir o trabalho, o objectivo desta compilação era torna-la mais fácil de aplicar para os dirigentes.

Elaboração

O corregedor falecido foi substituído pelo Dr. Rui Fernandes. que acabou por concluir a compilação em 28 de Julho de 1446. Todavia, como as ordenações só entraram em vigor em Agosto de 1447, portanto já no reinado de D. Afonso V, foram designadas por **Ordenações Afonsinas**.

Conteúdo

Estas Ordenações sistematizavam-se em cinco livros, divididos por títulos e estes divididos em parágrafos.

O **Livro I** ocupava-se dos regimentos dos cargos públicos, tanto régios como municipais, compreendendo o governo, a justiça, a fazenda e o exército;

O **Livro II** disciplinava os bens e privilégios da Igreja, os direitos do rei e a sua cobrança, a jurisdição dos donatários e as prerrogativas da nobreza, o estatuto dos Judeus e dos Mouros;

O **Livro III** tratava do Processo Civil, incluindo o executivo;

O **Livro IV** tratava do Direito Civil substantivo;

O **Livro V** tratava do Processo Criminal.

O primeiro Livro das Ordenações Afonsinas, ainda redigido por João Mendes, foi escrito num estilo directoe decretório, também designado por legislativo, que consiste numa forma de redigir a lei como se estivesse a ser criada naquele momento, sendo um estilo mais perfeito do ponto de vista técnico.

O estilo utilizado nos restantes livros das Ordenações Afonsinas foi o compilatório, que consiste na transcrição da norma jurídica, incluindo todas as versões anteriores da mesma, bem como todos os comentários e anotações que se fizeram sobre ela., sendo um estilo mais perfeito do ponto de vista histórico.

As principais críticas feitas às Ordenações Afonsinas, referem-se ao critério de sistematização e à dúvida de saber se estas tiveram ou não uma vigência efectiva.

Quanto ao primeiro aspecto, a doutrina dominante defende que o estilo compilatório utilizado na escrita dos 4 últimos livros dificulta e confunde a tarefa de aplicação do direito.

Quanto aos restantes aspectos, a doutrina tende hoje a aceitar, em função do número de exemplares encontrados em todo o território, que as ordenações foram suficientemente divulgadas e entraram de facto em vigor no reinado de D. Afonso V, tendo sido aplicadas ao nível dos tribunais superiores do reino, designadamente na Casa da Suplicação.

Apesar de ser já considerável o número de leis contidas nas Ordenações Afonsinas, elas ainda não cobriam a totalidade das questões que eram necessário solucionar.

Por isso, além das fontes principais do direito, estabeleceu-se um sistema de fontes subsidiárias, isto é, uma hierarquia de fontes do direito para recorrer na falta de direito pátrio.

As fontes imediatas principais eram:

- ✓ **a lei do reino**, (próprias ordenações)
- ✓ **o estilo da corte** – Corresponde à jurisprudência do tribunal da corte ou da suplicação
- ✓ **o costume antigo**.

Se estas não tivessem solução para um determinado caso, recorria-se às fontes subsidiárias que eram:

- ✓ **direito romano** (aplicado em questões temporais que não envolvessem pecado) e **direito canónico** (para questões espirituais e temporais de pecado-ex: usucapião de má fé (possuidor de má fé), permitido no Dto. Romano),



Caso o caso ainda não tivesse solução:

- ✓ **a glosa de Acúrsio** (compilação de toda a produção dos Glosadores)



Caso o caso ainda não tivesse solução:

- ✓ **a opinião de Bártolo** (esta solução era preconizada como uma tradição familiar)



Caso o caso ainda não tivesse solução:

- ✓ **a resolução régia**. (o monarca pronuncia-se sobre o caso e esta decisão tem força de lei para os casos semelhantes que surgissem no futuro)

O recurso às leis subsidiárias, são usadas por esta ordem e por exclusão das anteriores.

A importância das Ordenações Afonsinas:

1ª Tentativa de reduzir a lei do reino a um corpo único

2ª É a primeira compilação da Europa

3ª Está de tal forma sistematizado que cita a origem e a data das leis, permitindo andar para trás, saber quem fez

A sua aplicação efectiva :

Apesar da importância da lei a sua implementação encontra alguns obstáculos:

- ✓ As outras fontes jurídicas são muito fortes, o costume tem muita força e as pessoas tendem a ignorar as ordenações.
- ✓ A proximidade da carta de foral

- ✓ Os Povos ignoram a lei e o recurso a esta é feito com desconfiança
- ✓ Embora escrita a lei tem dificuldade de aplicação, a transmissão não consegue ser feita correctamente.
- ✓ As ordenações foram caras e eram feitas à mão, assim como as cópias, não eram muitas
- ✓ A complexidade das fontes poderá ter complicado a sua aplicação, poderá ter sido aplicado nos centros urbanos mas não no interior.

O problema das fontes

A lei apresentava lacunas, casos em que não havia normas e obrigava o uso das fontes subsidiárias, devido à escala de aplicação, esta situação lançou o caos, os Juizes passam a ignorar as fontes prévias e a aplicar legislação extravagante para resolução dos casos.

Ordenações Manuelinas (1521)

Importa, antes de mais, salientar que há autores que defendem que estas ordenações já avançaram mais no sentido da sistematização, na medida em que todos os livros foram escritos num mesmo estilo, o decretório ou legislativo, porém, em termos de estrutura, manteve-se a lógica das Afonsinas (livros, títulos e parágrafos).

Em 1512 e 1513 imprimiram-se os livros 1 e 2 destas ordenações que ficariam conhecidas por **Ordenações Manuelinas**, em 1514 os restantes 3 livros e fez-se uma reimpressão dos primeiros.

Elaboração

Nos anos seguintes, produziu-se alguma legislação avulsa, o que levou D. Manuel a decidir fazer uma nova versão das ordenações, que ficou pronta em 1521, integrando já a legislação avulsa entretanto criada. Para evitar confusões na aplicação da lei, o rei mandou destruir todos os exemplares que restavam das edições anteriores.

Os compiladores das Ordenações Manuelinas foram os juristas Rui Boto, Rui da Grã e Cristóvão Esteves.

A **1ª impressão** fica a cargo de Valentim Fernandes **em 1512/13**, foi pago em pimenta da Índia os 1000 exemplares.

A **2ª Impressão das ordenações 1514**, ficou a cargo de João Pedro de Kremona, não se entende porque são feitas, mas o rei manda recolher as anteriores tanto quanto parece não terá ficado satisfeito com as anteriores.

A **3ª Impressão 1521**, manda destruir todas as anteriores sobre pena de quem não o fizer de pagar uma multa e será conduzido para o degredo.

1521- morte do rei.

Diferenças com as anteriores:

- ✓ São impressas
- ✓ O estilo de escrita é preciso e conciso
- ✓ Suprimida a rubrica respeitante aos judeus e Mouros,

O rei, D. Manuel em 1496, pretende converter os Mouros e os Judeus ao cristianismo, os mouros não encontra obstáculos, mas os judeus há uma parte que se converte, designada de cristãos novos e outra parte não consegue converter e exige que saiam do país.

Conteúdo

As Ordenações Manuelinas sistematizam-se também em cinco livros e estes em parágrafos e títulos, todavia, como já referido anteriormente, todos os livros foram escritos no estilo decretório ou legislativo.

Quanto às matérias, mantém-se, no essencial, a distribuição das Ordenações Afonsinas, sendo a alteração mais significativa a eliminação, do Livro II, das regras respeitantes aos Judeus, os quais tinham entretanto recebido a ordem de expulsão (sec. XV).

As Ordenações Manuelinas, até pelo estilo em que estão redigidas, constituem uma compilação mais apurada. Alguns autores falam já dum código, entendido obviamente de acordo com o conceito da época.

As Ordenações Manuelinas mantiveram o elenco de **fontes principais** e **fontes subsidiárias** das Ordenações Afonsinas, porém, ao nível das segundas, introduziram também, como fonte de direito subsidiária:

- ✓ **direito Canonico** (aplicado em questões que envolvessem pecado) e **direito romano** (aplicado nas restantes questões. Tinha assim um âmbito de aplicação maior face às ordenações Afonsinas)



Caso o caso ainda não tivesse solução:

- ✓ **a glosa de Acúrsio** (compilação de toda a produção dos Glosadores)



Caso o caso ainda não tivesse solução:

- ✓ **a opinião de Bártolo** (esta solução era preconizada como uma tradição familiar)



Caso o caso ainda não tivesse solução:

- ✓ **a resolução régia.** (o monarca pronuncia-se sobre o caso e esta decisão tem força de lei para os casos semelhantes que surgissem no futuro)

Ambas ficaram condicionadas pela auctoritates dos doutos. Se fossem contrários, não eram aplicados

A opinião dos doutores, a nova fonte acrescentada nestas ordenações, tem como critérios:

1. Critério Quantitativo – opinião da maioria dos doutores
2. Critério Qualitativo – Opinião dos mais cultos, que tem prestígio social, auctoritas
3. Critério da maioria qualificada – a maioria dos doutores qualificados

Com efeito, a glosa de Acúrsio só seria utilizada como fonte subsidiária se não fosse contrariada pela opinião comum dos doutores.

No que respeita à opinião de Bártolo, esta só poderia ser utilizada como fonte subsidiária se não pudesse ser

contrariada pela opinião comum dos doutores proferida em momento posterior à opinião de Bártolo, conceito “não pode ser bom jurista quem não é Bartolista”.

Legislação Extravagante – Após a morte do rei começa-se a legislar bastante, por dificuldade em perceber o que está em vigor, à semelhança do que acontecera após as Ordenações Afonsinas.

Em **1569** – O Cardeal D. Henrique (sucedeu a D. Sebastião) pede a Duarte Nunes de Leão que faça uma compilação – “**Leis Extravagantes de Duarte Nunes de Leão**” (matérias avulsas entre 1521 e 1569).

Esta compilação prevalecia face às Ordenações, quando tivessem sentido contraditórios.

Esta consagração da opinião comum dos doutores foi entendida por alguns autores como uma cedência às ideias do humanismo, que criticava as escolas medievais e particularmente as suas maiores figuras.

Outros autores explicam duma outra forma esta opção das Ordenações Manuelinas, defendendo que Bártolo não foi posto em causa porque a opinião comum dos doutores foi produto da sua escola e, além disso era preciso deixar em aberto a possibilidade dos juristas posteriores terem opiniões mais válidas e actualizadas do que ele.

Estes autores fazem aliás notar que a prevalência da opinião comum dos doutores só funciona em relação a juristas futuros, nunca se contestando a autoridade de Bártolo em relação aos juristas anteriores ou do seu tempo.

Após a morte de D. Manuel I, sucede-lhe D. João III que opera uma alteração orgânica das cortes:

- Criou o **Desembargo do Paço** – primeiro tribunal de fiscalização do reino, que passou a ser o tribunal número 1 do reino.

Abaixo deste continuavam :

- A Casa da Suplicação
- Chancelaria

- Houve lugar também a uma reforma processual: com o intuito de evitar as delongas processuais.

Ordenações Filipinas(1603)

A morte do cardeal D. Henrique faz subir ao trono D. Filipe II de Espanha que será D. Filipe I, (o prodente) sucedeu ao trono por linhagem directa, sobrinho materno, desenvolveu-se consideravelmente a actividade legislativa, o que fez como que houvesse a revisão das Ordenações Manuelinas.

Com efeito, para esse trabalho foram encarregados três juristas, nomeadamente Jorge Cabedo, Afonso Vaz Tenreiro e Duarte Nunes de Leão.

As Ordenações Filipinas ficaram prontas em 1595 e entraram em vigor em 1603, incorporando muita legislação avulsa ou organizada em colecções que se tinha produzido desde 1521 (Ordenações Manuelinas). Não houve imposição de Dto Espanhol, apenas uma actualização do Dto português.

No que respeita à estrutura e sistematização desta ordenações, apenas há a salientar que a matéria relativa ao direito processual, onde se incluem das fontes subsidiárias, passou para o **livro terceiro**. A explicação para esta mudança está no facto da aplicação do direito ter deixado de ser uma questão de conflito de poderes entre o Estado e a Igreja, para ser vista como uma mera questão de processo. Encontrar o direito aplicável era já no séc. XVII, um problema de direito processual.

As fontes principais e fontes subsidiárias mantiveram-se, porém foram introduzidos alguns conceitos mas específicos, tais como:

- ✓ estilo da corte passou a ter correspondência com o costume judiciário, ou seja, uma prática repetida nos tribunais superiores que se transformava numa norma a ser seguida pelos tribunais inferiores. Passou mesmo a consignar-se que o estilo da corte tinha de ser plural (usado por mais de um tribunal), antigo (com pelo menos 10 anos) e conforme à razão.
- ✓ Costume, para ser aceite como fonte principal, passou a ter de ser plural, antigo (com pelos menos 100 anos), conforme a razão e conforme a lei.

As fontes subsidiárias mantêm a mesma hierarquia das ordenações anteriores, mas a opinião de Bártolo ficou mais reforçada, o que foi consequência da valorização das opiniões deste jurista na prática judiciária, ocorrida durante o séc. XVII. É nesta época que alguns autores falam de uma **fase bartolista** do direito português.

Corresponde ao triunfo da Opinião de Bartolo na função judicial, devido à complexidade das fontes de direito, sendo esta a aplicada pelos juízes, em contradição com as Ordenações, criando-se assim o lema de que "não é bom jurist, quem não for bom bartolista"

Foram encontrados diversos erros e contradições nas Ordenações Filipinas, as quais passaram a ser conhecidas por filipismos. \Rightarrow É a denominação dada às lacunas das Ordenações Filipinas, devido à desactualização quanto à sua elaboração.

Outras Fontes do Período de transição Monista

✓ Colecção de Leis Extravagantes de Duarte Nunes de Lião

É a mais importante de todas as colecções de leis extravagante e surgiu depois das Ordenações Manuelinas. Com efeito, após a publicação das Ordenações Manuelinas, uma dinâmica legislativa acelerada, característica da época, levou a que as mesmas se vissem rapidamente rodeadas de inúmeros diplomas avulsos. Estes não só revogavam, alteravam ou esclareciam muitos dos seus preceitos, como também dispunham sobre matérias inovadoras.

Por outro lado, a dinâmica da Casa da Suplicação resultava numa multiplicidade de interpretações vinculativas do Assentos.

Tornava-se assim imperiosa a elaboração, pelo menos, de uma colectânea que constituísse um complemento sistematizado das Ordenações Manuelinas, permitindo a certeza e a segurança do direito.

A iniciativa coube ao Cardeal D. Henrique, regente da menoridade de D. Sebastião, que encarregou o Procurador da Casa da Suplicação, Duarte Nunes de Lião, de organizar um repositório do direito extravagante, ou seja, que vigorava fora das Ordenações Manuelinas.

Esta obra era uma colecção de leis e assentos da Casa da Suplicação e a primeira versão, conhecida por primeira compilação, foi manuscrita e datada de **1566**. Uma segunda versão (Segunda compilação) foi impressa em **1569** e teve a particularidade de ter resumos com valor de lei.

Grande parte desta compilação foi incorporada depois nas Ordenações Filipinas.

✓ Assentos

Além do poder para legislar, os Reis detinham também o direito de interpretar as suas leis.

No período pluralista, faziam-no pessoalmente através de leis aclaratórias, porém no **período de transição monista** passaram também a fazê-lo através dos tribunais superiores, nomeadamente da **Casa da Suplicação** e da **Casa do Cível**.

Em 1518, D. Manuel delegou na Casa da Suplicação o poder de resolver os casos duvidosos através de assentos.

De acordo com esta lei, o valor dos assentos restringia-se ao processo em que a dúvida se tivesse suscitado. Porém as Ordenações Manuelinas ampliaram este valor, atribuindo a alguns assentos valor genérico.

Em 1582, a Casa do Cível foi extinta e foi criada a Relação do Porto, que também passou a poder emitir assentos. A mesma faculdade veio a caber às Relações Ultramarinas (duas no Brasil e uma no Oriente).

Com a **Lei da Boa Razão de 1769**, atribuiu-se-lhes valor interpretativo e portanto não constituíam forma de integração de casos omissos.

Das diferenças de regime entre os vários assentos resultou a distinção entre assentos de autos (com valor restrito ao processo em causa), assentos económicos (relativos à disciplina interna do tribunal de que emanavam) e assentos legais (com força genérica e equiparados à lei).

✓ Estilo

O **estilo** era uma **fonte principal de direito no período monista**, embora estivesse sujeito a requisitos de validade.

Nesta época, o **estilo da corte não podia contrariar lei, tinha de ser plural e tinha de ser prescrito (com mais de 10 anos)**.

De acordo com a disciplina das ordenações, os estilos valiam como lei e deviam ser aprovados por assento.

Em 1605 determinou-se que só seriam válidos os estilos aprovados por assento da **Mesa Grande da Casa da Suplicação**.

E, depois de 20 de Dezembro de 1757, exigiu-se que fosse conforme à boa razão.

✓ Costume

O **costume** foi fonte principal de direito nas ordenações, apesar de em termos práticos ter sido sujeito a requisitos sucessivamente mais exigentes.

Para além da **pluralidade** e da **racionalidade** sempre exigidas, no séc. XVIII, o costume passou só era válido **se tivesse pelo menos 100 anos, se fosse conforme à boa razão e não se opusesse à lei**.

A Lei da Boa Razão de 1769 veio a proibir o costume “contra legem”.

Com efeito, a doutrina tem alguma dificuldade em explicar o facto de no período monista, em que a vontade suprema era a do rei, se tivesse dado algum valor à chamada “voluntas populi”, na qual se traduzia o **costume**.

Nesta época, a própria estruturação do poder político não dava grande relevo à expressão da vontade popular. Por isso, e em face da resistência do costume, os teóricos da época vieram dizer que o costume era a vontade tácita do Rei, pelo que valeria não por ser originário na vontade popular, mas porque era uma manifestação indirecta da vontade do próprio Rei.

Ainda hoje o costume é fonte de direito, embora, só em casos muito restritos e permitidos pela própria lei, ele constitua fonte criadora de normas.

✓ Forais

Os forais, para as comunidades que os possuíam, correspondiam a símbolos de autonomia.

No período pluralista, os forais foram uma fonte de direito essencial, porém, no período monista, foram perdendo a sua importância e foram-se, a pouco e pouco, desactualizando, ao ponto de justificarem protestos e pedidos de reforma, que se tornaram particularmente insistentes no séc. XV.

Nessa altura, as cartas de foral e os foros continham menções, atributos, moedas, pesos e medidas que já não correspondiam aos de uso corrente, justificava-se, por isso, uma reforma dos forais, a qual começou em 1497 com a recolha dessas cartas de privilégio e findou por volta de 1520, portanto já no período das Ordenações Manuelinas.

Nas reformas dos forais trabalharam muitos juristas, entre eles, Rui Boto e Rui da Grã, também compiladores das

referidas ordenações.

Resultou então uma classificação de forais velhos (os anteriores à reforma), forais novos (os actualizados ou reformados) e forais novíssimos (os atribuídos depois da reforma).

O conteúdo dos forais passou a restringir-se às prestações e serviços das populações e à matéria relativa à lei de vizinhança (definição dos requisitos da condição de vizinho - habitante da mesma vila). As matérias de índole geral foram retiradas dos forais porque estavam já reguladas nas ordenações.

Apesar de limitados a matérias de interesse local, os forais vigoraram ainda até ao séc. XIX e só foram extintos no âmbito de uma reforma administrativa, pelo chamado Decreto 23 de Mouzinho da Silveira.

✓ Direito Canónico

A posição do **direito canónico** perante a ordem jurídica civil portuguesa esteve sempre relacionada com as questões de poder entre a Igreja e o Rei.

No período pluralista a supremacia da Igreja foi aceite e as teses hierocráticas dominaram em Portugal.

Porém, no período monista, apesar do direito canónico ter sofrido uma grande evolução e de, em termos teóricos, a supremacia da Igreja não ter sido posta em causa, o facto é que, na prática, essa supremacia foi contrariada, já que a lei pátria tinha supremacia sobre as outras.

Uma das medidas instituídas durante o pluralismo e que persistiu nos sécs. do período monista foi o beneplácito régio, limitador da aplicação do direito canónico que, no entanto, teve uma revogação temporária entre 1487 e 1495 com D. João II e foi depois reposto em vigor, permanecendo até aos tempos do constitucionalismo.

Porém, o alinhamento político de Portugal com as nações que desencadearam a contra-reforma e a tradicional obediência a Roma dos nossos monarcas, aliado ao tradicional cariz religioso da população em geral, originou uma atitude de acatamento de parte do ordenamento católico, nomeadamente a constituída pelos **Decretos** do Concílio de Trento. (aberto em 1545 e encerrado em 1563).

E, 3 de Julho de 1564, através da Bula Papal “Benedictus Deus”, a Santa Sé apelava aos monarcas a colaboração no cumprimento das normas aprovadas pelo Concílio de Trento, o que foi aceite pelo Rei português, através de um alvará régio datado de 12 de Setembro de 1564, que foi posteriormente regulamentado, condicionando a aplicação das sentenças do Concílio de Trento à certeza de que o Processo Canónico tinha decorrido de forma justa.

O passo seguinte na limitação imposta ao direito canónico veio a ser dado com a Lei da Boa Razão, em 1769, quando se dispôs que o direito canónico só poderia, a partir daí, ser utilizado nos tribunais civis em quatro situações possíveis:

- Nos casos em que a própria lei civil o mandasse aplicar;
- Nos casos em que os seus preceitos fossem utilizados pelas nações civilizadas da Europa, como forma de correcção às normas do direito romano;
- Nos casos em que fosse impossível o recurso a qualquer outra legislação;
- Nos casos em que se devesse tomar conhecimento da norma canónica para impedir os excessos e a opressão praticada pelos Juizes Eclesiásticos, isto é, para evitar os abusos desses Juizes.

Fora destas situações, o direito canónico não devia aplicar-se nos tribunais civis.

✓ **Direito Prudencial**

No período monista o Direito Prudencial foi uma fonte subsidiária do direito português, nomeadamente nas ordenações.

Com efeito, o Direito Prudencial teve uma relevância nas ordenações do reino, quer pelo trabalho dos juristas, que eram chamados a analisar e estudar o direito romano que também era subsidiário das ordenações, quer pelas obras dos juristas Acúrsio e Bártolo, quer ainda pela opinião comum dos doutores.

O objectivo e resultado do trabalho dos juristas era o desenvolvimento da ciência jurídica, e nesta época, ela progrediu essencialmente através dos estudos e pareceres formulados pelos prudentes, muitas vezes concluídos pela formulação de uma opinião comum.

Neste período o critério preferido de fixação da opinião comum foi o **qualitativo** (que constava que o peso da opinião de alguns juristas que devia prevalecer). Antes do séc. XV e nos sécs. XVII e XVIII, usava-se o **critério misto** ou de maioria qualificada. Contrapondo estes dois critérios existe também o **critério quantitativo**, onde pesa o maior número de opiniões iguais.

A cultura jurídica no período que vai das ordenações ao liberalismo desenvolveu-se quer por impulso de factores internos quer externos. Entre os factores externos, considera-se os movimentos ou correntes do pensamento jurídico que divulgados na Europa tiveram, com maior ou menor intensidade, influência em Portugal.

A Universidade, criada em data incerta entre 1288 e 1290 por D. Dinis, com a designação de Estudo Geral, foi a instituição fundamental para o desenvolvimento da ciência do direito ao longo dos séculos.

Depois de mudanças sucessivas entre Lisboa e Coimbra, fixou-se em Coimbra em 1537 com D. João III. A reforma Joanina da Universidade não atingiu significativamente quer o método quer o curriculum das matérias leccionadas. Continuava a seguir-se o método escolástico, em Direito continuava a usar-se o método casuístico e não havia ainda qualquer cadeira dedicada ao ensino do direito pátrio. Depois de D. João III e deste período de maior actividade nos estudos universitários, voltou-se a um período de estagnação.

Em 1591 foram elaborados os Estatutos Filipinos da Universidade, revistos e repostos em vigor em 1598 e mais tarde conhecidos por Estatutos Velhos por oposição aos Pombalinos.

A primeira corrente do pensamento jurídico divulgada na Europa a partir do séc. XV foi o **humanismo jurídico**, também conhecido por **Mos Gallicus**. O **Mos Gallicus** contrapõem-se à expressão de **Mos Italicus**.

A escola de **Mos Gallicus** traduziu-se pela contestação e crítica da metodologia dos prudentes medievais, e particularmente a dos seus maiores juristas.

Seguiram-se-lhes outras correntes de pensamento, designadamente no sec. XVII a **Usus Modernus Pandectorum** e no sec. XVIII o **Racionalismo jurídico**, criticando todas o trabalho dos prudentes.

Movimentos do pensamento jurídico

A partir do sec. XV, quando se intensificou a produção legislativa do Estado (ordenações e extravagantes), surgiram vários movimentos do pensamento, dos quais se destacam três, que vieram a incidir as suas teorias no estudo das ordenações.

Esses movimentos são o Humanismo Jurídico (fins do sec. XV), o Usus Modernus Pandectorum (sec. XVII) e o Racionalismo jurídico (sec. XVIII).

Humanismo Jurídico

Este movimento surgiu nos fins do sec. XV e desenvolveu-se no sec. XVI, por oposição ao Direito Prudencial, numa lógica de que o conhecimento só seria verdadeiro se pudesse ser demonstrado.

Este movimento defendia o MOS GALLICUS, por oposição ao MOS ITALICUS que era o conhecimento do Direito Prudencial.

Para fazer vingar as suas teorias e, em clara oposição aos prudentes, os humanistas jurídicos elencaram uma série de críticas ao trabalho dos mesmos, nomeadamente:

o Acusaram-nos de se terem limitado ao estudo do código justiniano quando este não continha certamente o melhor do direito romano. Por outro lado esse estudo era incompleto porque não sabiam grego e o código justiniano tinha uma estrutura histórica grega.

O Acusaram-nos de não se ter preocupado com a veracidade das fontes jurídicas e não jurídicas dos trabalhos que produziram, e, portanto de terem efectuado um trabalho com base em fontes erradas, já que eles (humanistas jurídicos) tinham constatado que as fontes do código justiniano estavam erradas.

Acusaram-nos de não terem técnicas de raciocínio jurídico, tais como a filologia, e de, para ultrapassar tal defeito, se terem baseado na autoridade dos doutores, quando o que se deve promover é a liberdade de pensamento.

Com efeito, os humanistas jurídicos defendiam que no estudo dos textos romanos, deveria-se confirmar a autenticidade das fontes, fazer um estudo filológico dos textos e substituir a autoridade pela liberdade de pensamento.

Usus Modernus Pandectorum

Este movimento surgiu no sec. XVII e, seguindo a linha do pensamento humanista, também criticou o trabalho dos prudentes, adiantando, porém, uma nova ideia, precisamente a da necessidade de actualização do Direito Romano.

Os defensores desta corrente de pensamento defendiam que o direito romano era subsidiário ao direito régio, mas mesmo assim, só se deveria aplicar se estivesse actualizado.

Esta escola de pensamento baseava-se na ideia de que o direito romano deveria ser aproveitado naquilo que

tivesse de essencial à luz do direito natural e de válido relativamente aos direitos nacionais. O direito das Pandectas deveria ser filtrado pelo critério da razão e dele aproveitado apenas o que tivesse de actual. Deveria distinguir-se o direito romano caduco daquele que fosse ainda susceptível de aplicação moderna.

Racionalismo Jurídico

Este movimento surgiu no sec. XVIII e corresponde à manifestação jurídica do iluminismo, realçando a importância da razão, mas uma razão humana diferente da que era considerada no sec. XII.

A razão que deveria ser considerada era a recta razão, iluminada pelo conhecimento humano e não pelo divino.

As principais manifestações desta razão encontravam-se descritas numa obra de Luís António Verney, onde o mesmo critica a opinião de Bártolo e a metodologia dos prudentes, adiantando ainda que os prudentes não tinham aprofundado a história do Direito Romano, escondendo essa falha grave com a imposição da sua autoridade.

Os racionalistas do Direito Natural defendiam a existência de um direito natural eterno e imutável assente na razão humana, a que chamava “**rectaratio**”.

Outras manifestações racionalistas foram encontradas no sec. XVIII, nomeadamente na elaboração da Lei da Boa Razão, na Reforma dos Estatutos da Universidade de Coimbra e nos movimentos da codificação.

Em suma, o racionalismo jurídico é uma corrente de pensamento profundamente nacionalista, que pretende afastar o Direito Romano e substituí-lo pelo Direito Nacional.

Humanitarismo Jurídico

Este movimento surgiu nos fins do sec XVIII e desenvolveu-se no sec. XIX, na sequência do Iluminismo, caracterizando-se por defender uma atenuação das penas cruéis e das penas infamantes.

Com efeito, em Portugal, no sec. XIX, o Direito Penal era o que estava contido no Livro V das Ordenações do Reino, sendo certo que era um direito de aplicação desproporcional e, na prática, retroactivo.

O Humanitarismo Jurídico defendia um Direito Penal que consagrasse o princípio da legalidade, o princípio da humanidade e o princípio da proporcionalidade na aplicação das penas, condenando as penas cruéis e infamantes dos Ordenamentos anteriores, bem como a pena de morte.

Lei da Boa Razão

Trata-se de uma Lei de **18 de Agosto de 1769**, inicialmente identificada, como os restantes diplomas da época, pela simples data. Só no séc. XIX recebeu o nome de Lei **da Boa Razão** e assim ficou conhecida para o futuro.

Esta Lei visava impedir irregularidades em matéria de utilização assentos e de utilização do direito subsidiário, fixar normas precisas sobre a validade do costume e fixar os elementos a que o intérprete podia recorrer para o preenchimento das lacunas.

Esta Lei veio assim consagrar as bases principais da legislação portuguesa e revela uma profunda influência racionalista ao sujeitar a validade de qualquer fonte de direito, incluindo o costume, ao critério da conformidade à Boa Razão.

As soluções que a lei consagrou foram:

Os casos deviam ser julgados pelas leis pátrias e pelos estilos da corte;

- A autoridade exclusiva aos assentos da Casa da Suplicação;
- Estatui expressamente que o costume teria de estar conforme à boa razão, não contrariar a lei e ter mais de 100 anos;
- Em casos omissos, isto é, na falta de direito pátrio, caberia recurso ao direito subsidiário, ou seja ao direito romano se trabalhado, moderno, conforme a boa razão (direito natural e direito das gentes) e reconhecido pelas nações europeias cristãs;
- No caso de lacunas sobre matérias políticas, económicas, mercantis ou marítimas era permitido o acesso directo às leis das “Nações Cristãs, Iluminadas e Polidas”, sendo o direito romano liminarmente posto de lado;
- A aplicação do direito canónico é relegada para os tribunais eclesiásticos, pelo que aquele direito deixou de ser fonte subsidiária;
- Proibição da alegação e aplicação em Juízo das glosas de Acúrsio, das opiniões de Bártolo e da opinião comum dos doutores.

Reforma dos Estatutos da Universidade de Coimbra

Esta reforma surge na sequência da Lei da Boa Razão e reflecte a influência das correntes doutrinárias europeias dos secs. XVII e XVIII já aludidas anteriormente, vindo mesmo, depois de efectuada, a esclarecer alguns aspectos da aludida Lei da Boa Razão.

Com efeito, o direito romano vinha gradualmente a perder a sua importância no direito português, situação que se agravou na Lei da Boa Razão, onde era aceite como fonte subsidiária, mas, ainda assim, para ser válido, tinha de ser actual e concordante com a recta razão.

Porém, não obstante esse facto, o Direito Romano continuava a ser a principal disciplina nos estudos universitários, designadamente dos dois cursos jurídicos que existiam à época, o Curso de Leis e o Curso de Cânones, sendo certo que o direito pátrio, já com alguns séculos de existência e utilização, não fazia parte dos programas de ensino.

Urgia então uma verdadeira reforma do ensino.

Com efeito, em 1770, foi nomeada uma comissão, com o nome de Junta de Providência Literária, incumbida de emitir parecer sobre as causas da decadência do ensino universitário e de obter propostas adequadas à sua reforma.

Essa comissão apresentou no ano seguinte (1771) um relatório circunstanciado, com o título de Compêndio Histórico da Universidade de Coimbra, onde criticou de forma implacável a organização do ensino existente e propôs a aprovação de novos estatutos, também denominados de **Estatutos Pombalinos**, os quais havia elaborado e que vieram efectivamente a ser aprovados por uma **Carta de Lei de 28 de Agosto de 1772**.

As profundas alterações consistiram na introdução das disciplinas de Historia do Direito e Direito Pátrio no Curso de Leis e na introdução da disciplina de Direito Natural (que integrava o Direito Público Internacional e o Direito das Gentes) nos dois cursos, de Leis e de Cânones.

Introduziu-se também uma mudança do método de ensino, que passou do método da Escolástica (Lecture) para um método sintético, demonstrativo, compendiário.

O método sintético-demonstrativo-compendiário consistia em fornecer primeiramente aos estudantes um conspecto geral de cada disciplina, através de definições e da sistematização das matérias. Depois, seguindo uma linha de progressiva complexidade, passar-se-ia de umas proposições para outras até se chegar ao esclarecimento científico, sendo certo que tudo isto deveria ser acompanhado de manuais adequados, sujeitos até a aprovação oficial.

