**História do Direito Português**

**I – Introdução**

**Periodificação Adoptada**

**Período Pluralista**

- Vai até 1446 (Ordenações Afonsinas)

- Existem várias fontes sem haver hierarquia fixa entre ela

**Período Monista**

- Vai de 1446 até hoje

- Lei assume-se como fonte hierarquicamente superior

**II – Período Pluralista**

**A Justiça e o Direito Natural**

**A Justiça no Pensamento Jurídico Medieval**

- O Direito era visto como uma função da justiça e não era teorizado como algo autónomo, e existia na medida em que a concretizava.

- A Justiça era o fundamento da vida social medieval, pois, sem ela, a convivência tornar-se-ia impossível.

- A perfeição identificava-se com a Justiça, que era vista como a combinação de todas as virtudes, estando assim relacionada com a integridade moral – a Justiça era a *“rainha das virtudes”.*

- A Justiça Universal era o complexo de todas as virtudes

- Tinha de ser constante. Quem só a respeitasse periodicamente não era justo – *habitus operativus bonus* (hábito bom orientado para a acção) – que representava a virtude.

- Esta concepção de Justiça tem que ver com a observação voluntária do Direito, estabelecendo pontos comuns entre o Direito e a moral, fundamentando as penas na consideração do delinquente.

- Vício era a antítese da virtude e da Justiça.

**A Justiça Particular**

- Coexistindo com a ideia de Justiça anteriormente exposta, havia ainda a justiça particular, desta vista como uma virtude específica e intersubjectiva.

- A justiça particular trata sobretudo das relações intersubjectivas, entre as pessoas, ao passo que a justiça universal tem mais que ver com a consciência, tendo assim uma índole intrasubjectiva.

- Definição de Ulpiano: *“a justiça é a constante e perpétua vontade de dar a cada um o seu direito”*.

 - Sendo “constante e perpétua” exige habitualidade e constância

 - “Vontade” implica que seja um acto deliberativo e consciencioso

 - “Dar a cada um o que é o seu” implica uma repartição de forma não arbitrária, determinada através do Direito Natural. Os doutores determinavam-no através da prudência – a virtude de distinguir o bem e o mal, o devido do indevido. O “seu” deve ter em conta a existência de muitas pessoas com múltiplos interesses (ex: expropriação é justa se beneficiar o bem comum).

**Modalidades de Justiça**

- Determinado a natureza e o propósito da justiça, passemos às suas modalidades.

Álvaro Pais

- *Latria –* Justiça para com Deus

- *Dulia –* Justiça para com as criaturas dignas de consideração

-Obediência – Justiça para com os superiores

- Disciplina – Justiça para com os inferiores

- Equidade – Justiça para com os iguais

Nas *Partidas*

- Justiça Espiritual – Dar a Deus o que lhe é devido

- Justiça Política – Dar aos elementos da comunidade

aquilo que ela lhes deve e vice-versa

- Justiça Contenciosa – Aplicada nos pleitos.

Escolástica

- Justiça Comutativa – justiça das relações entre particulares; existe absoluta igualdade na relação e restituição se não ocorrer nada.

- Justiça Distributiva – justiça das relações entre as pessoas e o conjunto político; impõe que os representantes da comunidade repartam encargos segundo a capacidade, mérito, dignidade, etc. de cada um; é proporcional e não igual: “tratar de igual o que é igual, e diferente o que é diferente”.

**A Justiça Objectiva**

- A justiça objectiva postula uma rectidão plena e normativa no que toca à conduta, de cariz humano e divino.

- É o reflexo de uma justiça divina perfeita

- Entende-se como algo inalterável e constante.

- Jurisprudência medieval vê o conteúdo da justiça objectiva no homem médio – o *bonus pater familias*.

**Justiça e Direito**

- Para o pensamento medieval, direito e justiça tinham a mesma natureza – a justiça era a causa e a razão de ser do direito, que está para a justiça como um filho está para a mãe.

- Direito é o instrumento revelador, concretizador e aplicador da justiça

- A Lei é, assim, uma demonstração simultânea de direito e de justiça. A lei injusta, não revelando a justiça, não é direito e não deve ser obedecida

**O Direito Suprapositivo, o Direito Natural e o Direito Humano**

- Para o homem medieval, o Direito decorre de uma realidade que ultrapassa o homem – Deus, que representa o Direito Divino.

**Lei Eterna e Lei Natural**

- Diferentes Concepções:

St. Agostinho

- Lei Eterna é a razão e vontade de Deus, que manda conservar a ordem natural e proíbe que ela seja perturbada.

- Lei Natural – Inscrita por Deus no coração do Homem

S. Tomás de Aquino

- Lei Eterna é a própria razão de Deus, governadora e ordenadora de todas as coisas.

- Lei Natural – Participação da lei eterna na criatura racional que lhe permite distinguir o bem e o mal, sendo um reflexo da lei eterna no homem.

- Lei Divina – Também é uma reflexão da lei eterna, mas nas Sagradas Escrituras

- Havia uma divergência entre Gaio e Ulpiano quanto à natureza do Direito Natural – Gaio afirmava que provinha da racionalidade humana, de origem divina, e Ulpiano concebia-o como algo instintivo.

- A fundamentação do Direito Natural varia:

 - Para Santo Agostinho, o fundamento era sacral/teológico, sendo o Direito Natural a síntese entre a consciência a graça divina.

 - Para Alain de Lille, o Direito Natural resulta da natureza e da realidade e acaba por estar relacionado com Deus depois de adquirir conotação moral.

**Importância da Lei Divina e da Lei Natural no Quadro Normativo Medieval**

- Lei divina e lei natural condicionavam todo o sector político e jurídico

- Subordinavam os governantes

- Eram transcendentes em relação aos títulos de pode e representavam a verdadeira ordem normativa porque eram anteriores a todos os Reinos, Impérios e Igrejas.

**Valor Jurídico dos Actos Contra a Lei Divina e Natural**

- O ordenamento positivo (leis humanas e costume) só podia estar em vigor e ganhar o nome de Direito desde que tivesse de acordo com as regras de direito divino e natural.

- Assim, perante uma norma positiva que ia contra o direito divino e o direito natural, uma pessoa tinha o direito e o dever de não obedecer, de não respeitar – direito de resistência.

**A Problemática da Imutabilidade e Inderrogabilidade do Direito Divino e Direito Natural**

- Apesar de ser muitas vezes afirmada, essa imutabilidade completa conduziria à estagnação e à inércia.

- Teólogos cedo flexibilizaram a regra, permitindo a sua interpretação, restrição e adição, através da classificação dos preceitos:

Opinião de Vicente Hispano:

- Direito Divino: preceitos móveis (mutáveis) e preceitos imóveis (normas imperativas e impeditivas)

- Direito Natural: normas que preceituam ditam ou ordenam; normas que proíbem, interditam ou impedem; normas que aconselham ou permitem (essas são mutáveis)

Opinião de S. Tomás de Aquino em Relação ao Direito Natural

- Preceitos Primários ou Gerais - imutáveis

 - Auto-Evidentes imediatamente

 - Auto-Evidentes mas nem sempre de forma imediata para toda a gente.

- Preceitos Secundários - mutáveis

- Admite-se, então, que parte do direito natural e divino possa ser alterada, fazendo com que certas práticas possam, em certa altera, ser consideradas conformes e, noutra altura, contrárias ao direito natural e divino, mesmo com a convicção da inderrogabilidade do direito divino e natural.

- Aceitou-se a dispensa do Papa da obediência obrigatória ao direito divino e natural, consoante a causa, pois ele era o representante máximo de Deus.

**Direito Suprapositivo e Supralegal – *Ius Gentium***

- Preceitos de origem humana, que se situam para lá do direito positivo

- Direito das Gentes é a extensão do direito natural ou direito humano universal.

- Normas comuns a todos os povos, também divisíveis em preceitos primários e secundários.

- Para o pensamento medieval, o *ius gentium* era consuetudinário – costume da humanidade, ignorando fronteiras – posterior ao direito natural/divino e ao pecado original, mas anterior ao direito positivo.

**Direito Positivo *Supra Regna***

**Introdução**

- Direito que se encontra num plano superior ao dos reinos ou áreas políticas diferenciadas. Usa-se o termo *supra regna* porque o termo supra-estatal desadequa-se, já que não havia Estado na acepção moderna na Idade Média.

- Temos o Direito Canónico e o Direito Romano. Enquanto que o primeiro é vivificado e actualizável, o segundo é estagnado e desactualizado.

**Direito Canónico**

- Conjunto de normas jurídicas relativas à Igreja; complexo de cânones ou leis estabelecidas, propugnadas ou aprovadas pela autoridade eclesiástica.

- Cânone – norma ou regra em sentido moral e físico que provém das estatuições dos concílios.

**Fontes de Direito Canónico**

- Modo de formação, origem, autoria e revelação das normas, mas também as colecções onde elas estão.

Modo de Formação - por origem ou

Modo de Revelação – Conhecimento e Monumentos:

- Fontes *Cognoscendi*

- Fontes *Notitiae*

- Fontes *Formales*

autoria:

- Fontes *Essendi*

- Fontes *Existendi*

­- Fontes *Materiales*

Concepção de Almeida Costa: fontes de direito divino e de direito humano

**Sagrada Escritura**- Fonte em razão de autor e fonte de direito divino- Antigo Testamento - Preceitos Cerimoniais, aqueles que respeitam ao culto- Preceitos Judiciais, aqueles respeitantes ao povo de Israel - Preceitos Morais
- Novo Testamento
- Preceitos de Direito Divino – estatuições obrigatórias dos Evangelhos
 - Preceitos de Direito Divino-Apostólico – interpretações e desenvolvimentos do direito divino feitas pelos apóstolos
- Preceito de Direito Apostólico – ditados pelos apóstolos na sua actividade evangelizadora
- O *ius novi testamenti* é revelado pelas sagradas escrituras e pela tradição:

**Tradição**- Conhecimento translatício, escrito ou oral, de um acto de autoridade, passando de geração em geração.- É mais dinâmica que o costume e interpreta as Sagradas Escrituras- Classifica-se em

 - Tradição Inhesiva – reporta-se a matérias explícitas nas Sagradas Escrituras (baptismo
 - Tradição Declarativa/Interpretativa – reporta-se a matérias implícitas (missa)
 - Tradição Constitutiva – não está nem implícita nem explícita nas Sagradas Escrituras (celibato)

 **O Costume**

- Norma resultante dos usos da comunidade, acompanhada de convicção de obrigatoriedade

- Tem um lugar importante no suprimento de lacunas

- Graciano e grande parte dos seus contemporâneos diziam que o costume tinha de observar a razão, fé e a verdade e rejeitavam o costume *contra legem.*

- Contudo, alguns decretistas admitiam costume *contra legem* desde que consentido pelo Papa

- Alguns Papas acolhem também o costume *contra legem*, sob a condição de ser prescrito e racional

- Outro requisito importante do costume é a consensualidade – *consensu populis* e *consensu legislatoris*

**Cânones, Decretos e Decretais**

- Fontes de direito humano

- Cânone *stricto sensu* – determinação dos Concílios

- Concílio – Assembleia eminentemente religiosa, podia ser:

 - Ecuménicos/Universais, Nacionais e Regionais

- Conciliaristas defendiam que a autoridade dos Concílios era superior à do Papa, com os Curialistas a defender o inverso

Decretos e Decretais

- Legislação do Pontífice, partem da sua vontade

- Poderia o Conselho dos Cardeais intervir?

- Decreto

 *-“o que o Papa estatui sozinho por conselho dos seus cardeais sem consulta de ninguém” –* Graciano

 - O Papa age de modo próprio e de livre vontade

- Decretal

 - *“o que o Papa estatui sozinho ou com os cardeais a consulta de algúem”*- Graciano

 - Basicamente, uma resposta do Papa a uma consulta sobre um tema urgente

Compilações de Direito Canónico

 - Iniciaram-se no século XII, com o renascimento do Direito Romano. A primeira grande compilação foi o *Decretum* de Graciano, no qual o autor procura harmonizar e concordar textos ou regras discordantes; depois vêm os Decretais de Gregório IX, compostos por cinco “Compilações Antigas” (1210-1215) e por um 6º Livro adicionado por Bonifácio VIII em 1298; em terceiro lugar as Clementinas de 1313; e finalmente algumas recolhas extra.

- Esse conjunto de compilações iria ser por sua vez compilado no *Corpus Iuris Canonici*, assim composto:

- *Decretum* de Graciano – 1140

- Decretais de Gregório IX – 1234

 - Conjunto de decretos (ou decretais?) pontifícias dos séculos XII e XIII

- Livro Sexto dos Decretais – 1298

 - Contém decretais posteriores a 1234, sendo promulgado por Bonifácio VIII

- Clementinas – 1313

 - Recolha de decretais subsequentes publicado por Clemente V

- Extravagantes – século XIV

 - Recolha de decretais diversos (Extravagantes de João XXII e Extravagantes Comuns)

**Doutrina**

- Opinião e obra científica dos juristas

- Assumiu relevância após a “aliança” entre a lei canónica e a lei secular – *utrumque ius* – aliança essa produto do renascimento do direito romano no século XII.

- Os decretistas escreviam sobre o *Decretum* de Graciano

- Os decretalistasescreviam sobre as Decretais

- Após o *utrumque ius*, aliança que se traduziu num direito comum, os grandes canonistas são também, por norma, grandes civilistas.

Contributo do Direito Canónico

- Direito da Família – especialmente casamento e regimes de bens

- Direito das Obrigações – através de conceitos como a *aequitas canónica, bona fides* e *conscientia honestas*

- Direito Processual – Respeito à racionalização da prova

- Noção de misericórdia no Direito Penal

- Noção de guerra justa e tréguas no Direito Internacional

Jurisprudência Medieval

- Princípio da mútua subsidiariedade

 - Tribunais eclesiásticos aplicam subsidiariamente o direito romano e vice-versa.

**Concórdias e Concordatas**

- Acordos entre o Rei e o Clero – Concórdias

- Acordos entre o Rei e a Cúria Romana – Concordatas

**Direito Canónico na Península Ibérica e em Portugal**

- Várias colecções de direito canónico pré e pós-Graciano, como a *Collectio Hispana*

- Decretais de Gregório IX circulavam em Portugal e já em Português no século XIII e XIV

- Grande penetração do direito canónico em Portugal levou-o a uma posição hierarquicamente superior ao Direito do Rei

- Nas Cortes/Cúria Alargada de 1211, a supremacia eclesiástica foi reconhecida, pois era visto como um entrave a um poder real que seja injusto.

**Restrições à Recepção do Direito Canónico**

Beneplácito Régio

- Rei aprovava leis e actos autoritários da Igreja que seriam aplicáveis e obrigatórios no território nacional

- Também havia um grande anticlericalismo por parte da população, bem como inúmeras heresias, ambos factores aplicáveis em território nacional

- Ideia Geral: resistência à penetração do direito canónico é um aspecto da resistência ao próprio clero e às suas pretensões de imunidade e hegemonia.

**Aplicação do Direito Canónico nos Tribunais**

- Tribunais Eclesiásticos

 - Conheciam as causas em função da matéria ou em função da pessoa

 - Algumas matérias (religiosas) só podiam ser julgadas pela jurisdição eclesiástica, bem como algumas pessoas (clero)

- Tribunais Civis

 - Primeiramente como direito preferencial, determinado pelo próprio monarca: Afonso II – as leis pátrias não valeriam contra os privilégios especiais da Igreja

- Mais tarde, o direito canónico passou de preferencial a subsidiário, i.e., só se aplicaria quando faltasse o direito nacional, entrando em concorrência com o Direito Romano. Essa concorrência resolver-se-ia através do critério do pecado – direito canónico só prevalece se a matéria em causa fosse pecado, e espiritual.

**Direito “Estatal” – *Ius Regni***

**Direito Legislado**

- Não se conhece o Direito dos povos primitivos pré-Romanos

**Direito Visigótico**

- Visigodos – Povo que dominou a Península entre o século V e VIII e que nos deixou importantes monumentos jurídicos:

Código de Eurico (476)

- Transparece muito a influência jurídica de Roma, já não sendo direito germânico, mas sim direito romano vulgar.

- Existe uma discussão doutrinária em torna da sua aplicabilidade: territorialista ou personalista?

 - Uma tese antiga sustentava a territorialidade, em sintonia com as restantes leis visigóticas.

 - Teses mais recentes assentam na dualidade legislativa: Código de Eurico aplica-se aos visigodos e Breviário de Alarico aos romanos (defendido por Ureña e Paulo Merêa):

 - Não é necessário estar escrito expressamente para que o direito seja aplicado de forma diferenciada.

 - Não dá para concluir que todo o Código seja de aplicação territorial.

- Ainda mais recentemente, Garcia-Gallo e Ribeiro dos Santos vêm defender a territorialidade e a revogação do Código de Eurico pelo Breviário de Alarico:

 - Argumento do silêncio – não há nenhuma afirmação sobre a vigência em simultâneo de dois códigos, e nada dispõe sobre aplicações diferentes.

 - Há algumas normas de aplicação territorial (revogando o Código de Eurico) pelo que todo o Código, por omissão, era de aplicação territorial

Breviário de Alarico/*Lex Romana Visigothorum* (506)

- Teve como fontes as Constituições Imperiais dos Códigos Teodosianos, Hermogeniano e Gregoriano, bem como escritos de alguns juristas romanos.

- Revogava o Código de Alarico?

- Aplicação territorial ou pessoal?

Código de Leovigildo (572-586)

- Pensa-se que fosse uma revisão do Código de Eurico.

- Discute-se se seria um novo código ou se representava em larga medida o Código de Eurico.

**Código Visigótico**

- *“Derradeira conquista legal dos Visigodos”* – Albuquerques

- Publicado em 654 pelo Rei Recesviniano, corrigido por S. Bráulio e aprovado pelo VIII Concílio de Toledo.

- Mencionam-se leis *antique,* que faziam parte do Código de Leovigilido ou do Breviário.

- Em 682, Ervígio submeteu o *Codex Visigothicus* a uma ampla revisão, entregue ao XII Concílio de Toledo. Essa revisão chamava-se Forma Ervigiana.

- Ainda de adicionou um “*verdadeiro tratado de Direito Público*”, à *forma vulgata* (a revisão não-oficial), o *Titulus Primus,* que viria a tornar-se a base fundamental do direito espanhol e a fonte do *Fuero Juzgo*, também base dos foros e costumes locais.

- Código Visigótico, apesar de representar uma síntese entre o rigor do direito romano e os costumes e tradições dos visigodos, representando o triunfo legal do primeiro.

- Há evidência da vigência do Código Visigótico no início da nacionalidade, vigência essa que se foi esbatendo.

- As escassas citações do Código começam a desaparecer no século XII, sendo que o “renascimento” do direito visigótico não tem influência em Portugal, ao contrário de Castela, devido à tradução do *Fuero Juzgo*.

- Código vigora no território português durante o domínio islâmico, sendo esse aplicado aos cristãos sob domínio muçulmano.

- Até ao século XII as citações continuam, mas com o crescimento da legislação nacional e o renascimento do direito romano, a sua importância desvanece-se.

**Leis de Leão, Coiança e Oviedo em Portugal**

- Seriam estas leis castelhanas/leonesas vigentes em Portugal?

- Leis de Leão – 1017 – Reinado de Afonso V

- Leis de Coiança – 1050 – Reinado de Fernando I

 - Fala-se na sua aplicação em Portugal pois se encontraram disposições em cartulários portugueses. Idem para o de cima.

- Leis de Oviedo – 1115 – D. Urraca

 - Juradas por D. Teresa e D. Afonso Henriques

- Fala-se em Cúria (assembleia política não-religiosa) de Leão e Concílios (eminentemente religiosos) de Coiança e Oviedo.

- As cúrias também tinham elementos eclesiásticos e os concílios elementos laicos

- García-Gallo afirma que a qualificação deverá depender do elemento originariamente promulgador das normas e da natureza das sanções (espirituais ou civis).

**Leis Gerais Portuguesas**

- Começam por ocupar um papel modesto, não se conhecendo muitos diplomas de cariz geral, abstracto e colectivo.

- Têm várias denominações: decreto, ordenação, carta, postura, encouto e constituição.

- Marcha-se lentamente na direcção da monopolização do direito positivo pelo Monarca, exercido também pela cúria ou pelas cortes, juntamente com o Rei.

- Poder legislativo do Rei é limitado por vezes pelas cortes e pelos municípios e está sempre subordinado a outras ordens jurídicas.

- Contudo, na luta pela supremacia jurídica e política, a Coroa vai reclamando para si o monopólio legislativo e o papel de árbitro.

- Isso corresponde ao fortalecimento progressivo do poder real e ao culto do direito justinianeu através da criação do Estudo Geral – o que aprouve ao príncipe tem força de lei – *quod princip placuit legis habet vigorem.*

- A intensificação da função legislativa era tanta que já existiam compilações de leis, como o Livro das Leis e Posturas de Afonso II a Afonso IV.

Fundamentos da Força Vinculante da Lei

- Há quem defenda que era produto da autoridade da vontade régia ou consequência da autoridade de um conselho régio que estatui de acordo com o Rei.

- Outros defendem que a força vinculante da lei vinha da sua razoabilidade (de acordo com o homem médio e os seus critérios moderados), antiguidade (o Rei positiva uma conduta da comunidade) e perceptibilidade (tinha de ser clara para todos)

Ignorância e Conhecimento da Lei

- Não existia um princípio fixo no que tocava à publicação – era da iniciativa dos procuradores dos conselhos e dos oficiais da coroa, que pediam as cópias das normas que lhes interessavam – a publicação não era regular se estivesse somente nas mãos da coroa.

- Também se publicava na Chancelaria da Corte, mas só se tornou obrigatório com as Ordenações Manuelinas.

- Publicação das leis estava geralmente a cargo dos tabeliães, que as registavam e as liam publicamente uma vez por semana, a não ser que a lei estipulasse uma periodicidade para ser lida.

Aplicação e Interpretação da Lei

Quanto ao espaço:

- Nem todas são de âmbito geral

- Há normas aplicáveis à escala do país e outras de aplicação geográfica restrita.

- Havia ainda preceitos estipulados e admitidos a nível local, como as posturas.

Quanto ao tempo:

- Apesar da retroactividade não ser permitida, era praticada à mesma.

A Interpretação:

- Interpretação autêntica afirmada como obrigação, não uma faculdade, do legislador – condena-se quem se afasta do sentido da lei.

**Monumentos Jurídicos Castelhanos em Portugal**

- Vários monumentos jurídicos castelhanos foram traduzidos para português, chegando mesmo alguns deles conhecido aplicação efectiva em Portugal, sendo de especial importância.

- *Flores de las Leyes/Flores del Derecho/Suma* – 1235 – Tratado de direito processual que se crê divulgado em Portugal devido à escassez de legislação no campo processual. Caiu em desuso quando esse tipo de legislação começou a ser produzida.

- *Nueve Tiempos del Juicio* – Tempos dos Preitos

- *Fuero Real* – 1252-1255 – Integrava o regime jurídico local da Guarda (apesar de poder ter sido outorgado a mais concelhos), preenchendo as lacunas deixadas por falta de foro nas comunidades que julgavam por façanhas, árbitros, costumes, etc.

*- Partidas* – 1256-1263 – Elaboradas por um grupo de juristas da corte de Afonso X, constituem um padrão de sistemização do direito medieval, contendo preceitos de direito canónico e romano. Aplicaram-se em Portugal com prejuízo da legislação nacional e do direito canónica

- Os três primeiros monumentos vigoraram em Portugal no distrito da Guarda, devido à sua compilação no Caderno dos Foros da Guarda.

**Direito Outorgado e Pactuado**

- Direito Outorgado – Atribuído a alguém; Direito Pactuado – Convenção ou Acordo Entre Duas Partes

**Cartas Privilégios**

- Sentido Lato – Documentos que atribuem prerrogativas, liberdades, franquias e isenções de qualquer ordem.

- Sentido Estrito – Designam-se os documentos que em comum têm a característica de traçarem um regime jurídico específico para certo território ou comunidade.

- Por terem um regime particular distinguirem-se da lei, que em princípio estabelece um regime geral e abstracto.

- Alguns tipos:

 - Carta de Liberdade de uma população, carta de doação (concessão de uma terra), carta de franquia, carta de povoação, foral e foro.

**Cartas de Povoação**

- Visavam atrair habitantes para certas zonas escassamente povoadas ou despovoadas.

- O monarca, senhor ou entidade fixava o conjunto de normas que definiam o estatuto dos colonos e as condições de exploração da terra.

- Tinham uma fisionomia essencialmente económica, estipulando as prestações patrimoniais e os modos de ligação/exploração da terra.

Polémica Sobre a Natureza Jurídica das Cartas de Povoação

- Martinéz Marina defende que eram *“contratos agrários colectivos”*

- Tomás y Valiente – cartas de povoação eram um acto unilateral do senhor e tinham uma dimensão normativa; além do mais representava a submissão e a dependência ao senhor, transcendente à esfera do direito privado.

- A carta de povoação era geralmente um acto unilateral do senhor, sendo outorgado unilateralmente, vinculando o colono numa dependência pessoal e jurídica, submissão e serviço face ao senhor.

- Hoje, a essência do contrato não reside tanto na liberdade de estipulação, mas na autonomia. Contudo, o negócio jurídico e a norma situam-se em planos diferentes.

- Conclusão dos Albuquerques: *“Cartas de população assumem simultaneamente o carácter dos contratos de adesão e dos chamados contratos normativos”.*

**Forais**

- Linha que separa forais de cartas de povoação é ténue

- Em regra, os forais são mais extensos que as cartas de povoação e abarcam um maior número de matérias.

- Cartas de povoação limitavam-se a estipular as condições de assentamento na terra (regime agrícola e relações com o senhor); os forais contêm ainda preceitos de direito processual, militar, fiscal, penal e administrativo e, menos importante, algumas regras de direito privado.

- Foral funciona como direito subsidiário, sendo o direito geral chamado a integrar disposições foraleiras, sempre insuficientes e lacunosas.

- Quando um foral é emanado de uma entidade particular e contém preceitos de âmbito mais geral, é irregular ou ilegítimo, mas explicável (destinado a outros territórios do senhor)

- Os forais eram outorgados pelo monarca, senhor eclesiástico ou um senhor secular, ou ainda por uma instituição religiosa.

- Além do senhor podiam intervir outras pessoas para validar o acto e dar-lhe força.

Classificação de Forais

Segundo a complexidade da estrutura concelhia:

- Concelhos rudimentares, imperfeitos e perfeitos

- Concelhos rurais, urbanos e distritais

Segundo a originalidade:

- Originários – criados de raiz

- Ampliativos – destinados a alargarem as competências de um foral já existente ou alargá-lo a outra comunidade

- Confirmativos – destinados a confirmarem um foral já existente

Segundo a origem:

- Forais Régios, em que se reserva uma prestação periódica ao senhor da terra por parte dos súbditos (censo reservativo)

- Forais Particulares, em que se dá o desmembramento útil e directo da terra (enfiteuse)

**Foros, Costumes ou Estatutos Municipais**

- Têm um acervo de normas muito superior em quantidade aos forais, tendo centenas de rubricas sistematizadas.

- Inserem-se muitas mais disposições de direito privado.

- Martínez Marina – Cadernos de leis civis, criminais, políticas, administrativas e processuais outorgadas aos municípios para sua constituição e governo.

- Não eram necessariamente outorgados, pois podiam resultar de uma reunião de fontes de direito local a par de normas consuetudinárias, bem como doutras origens – assembleias populares, posturas dos magistrados, façanhas dos juízes, etc.

- Não só se separam dos forais em dimensão, mas em época, sendo posteriores (fim do século XIII e princípio do século XIV)

- Ainda têm reminiscência de anteriores ordenamentos (romano, germânico e muçulmano), como o co-juramento, a penhora extra-judicial, a vingança privada e a perda de paz.

- As quatro grandes famílias de foros ibéricos afiliavam-se a uma zona, sendo elas: Aragonesa-Navarra, Estremadura-Castelhana, Catalã e Estremadura-Leonesa, sendo a última usada em Portugal.

- Foros para Alexandre Herculano: “*Monumentos que nos fazem conhecer as relações jurídicas, vida civil, hábitos e a civilização do primeiro período da Idade Média”.*

**Costume e Direito Judicial**

**Costume**

- Repetição habitual de uma conduta havida por juridicamente vinculante

- Outras designações: *mos, usus, usus terrae, consuetudo.*

- Direito não reduzido a escrito.

- Prof. Braga da Cruz designa:

 - Tudo quanto representa uma formação espontânea do direito

 - Toda a norma jurídica formada por qualquer modo que não pelo processo legislativo

- Direito de criação não intencional ou direito não escrito

Fonte Jurídica Por Excelência. Porquê?

- Correspondendo aos estádios da civilização material mais lineares, o costume resulta de uma prática confirmada e criada espontaneamente pelos membros da comunidade, obrigados a auto-ordenarem-se, através do:

 - Elemento objectivo – observância uniforme da conduta

 - Elemento subjectivo – ideia generalizada de carácter obrigatório da regra que tal adopção pressupõe – ânimus.

- É uma fonte oral e espontânea, sendo por isso fluida e flutuante.

- Ao ser acolhido por outras fontes, o costume vai perdendo espontaneidade e o seu carácter específico para assumir o carácter obrigatório das leis, adquirindo uma generalização crescente.

- Contudo, temos costumes circunscritos geograficamente.

Requisitos do Costume

- Tinha de ser uma prática repetida com frequência, duh.

- Antiguidade (opinião Glosadores)

 - Legitimamente “prescrito”

 - Semelhante ao regime no direito canónico

 - Para Azão a prescrição era aos 10 anos, enquanto que para Acúrsio era aos 20. As *Partidas* falam num período entre 10 a 20 anos.

- Racionalidade

 - Conformidade do costume com a razão

 - Princípio consagrado nas Decretais de Gregório IX e *Partidas*

*- Consensus Populis* – Consenso da Comunidade

 - Povo é que introduz o costume, pelo que se requer a aprovação da maioria

 - Obriga ao conhecimento do costume, que por vezes é publicado

 - Essência da repetição que legitima o costume

*- Consensus Legislatoris*

 - Ideia dos Decretalistas

 - Pressupõe conhecimento consciente do costume e aprovação voluntária

 - Podem coincidir, dependendo de onde está o *potestas legis condendae.*

- O costume tinha ainda de estar em conformidade com a lei de Deus e a utilidade pública, senão, não era bom costume.

Valor Jurídico do Costume

- Relação costume-lei

- *Decretum* de Graciano e Decretais – o costume vale como lei na falta desta e é o seu melhor intérprete e confirmador.

- Nas fontes portuguesas o costume é expressamente reconhecido como direito, se bem que alguns o fazem depender do *consensus legislatoris* (*Partidas*), subalternizando o costume à lei.

- Versão portuguesa da primeira *Partida* – o costume vale apenas quando observe os requisitos exigidos e pode integrar as lacunas dos foros, alterá-los e mesmo revogá-los.

**Direito Costumeiro e Direito Judicial**

- Direito Judicial – sector jurídico-normativo emergente da actividade judicial e dos tribunais perante os casos concretos.

- Não era visto como um modo de criação de direito novo, mas como definições autorizadas de costumes – fonte não autónoma de direito.

- Sentenças proferidas por um tribunal sobre determinado caso servem como exemplo para julgar casos idênticos posteriores, mas não é obrigatório.

- Bártolo e Panormitano afirmavam que a norma jurídica só existe se efectivada pelo aparelho de coacção – autoridade judicial

- Tribunais não criam preceitos, limitam-se a declará-los, aceitá-los e registá-los como fundamentos das decisões. A regra do precedente só existe em alguns casos e não em Portugal.

**Estilo**

- Uma espécie de direito não escrito, introduzido pelo uso de determinado pretório, diferindo o costume consagrado pela maioria – enquanto que o fundamento do costume se identificava com a conduta da comunidade o do estilo identificava-se com a prática de um tribunal – Cino de Pistóia, subscrito por Bártolo, que afirma que o estilo é uma norma unânime e consuetudinária de direito processual.

Requisitos

- Número de actos necessários para ser consagrado.
- Qualidade e poderes do agente (juízes, não tendo *potestas legis condedae*, não podiam consagrar o estilo)
- Eficácia obrigatória (os estilos podiam ir contra a lei)
- O estilo, inicialmente, tinha um carácter mais ou menos genérico, subsidiário do costume – fonte principal de direito – mas a sua posição relativa na hierarquia das fontes tornam-se tão importante que os reis têm de definir que não pode valer contra as leis régias e não pode atentar contra o direito natural.

**Façanhas e Alvidros**

Façanhas

- Vulgarmente designa uma acção heróica, singular, fora do comum ou normal, num contexto jurídico.
- Juízo sobre acção notável que fica como padrão normativo para o futuro, devido à autoridade de quem o pratica.
- Opinião altercada ou controvertida.
- A própria acção de quem decorre o juízo.
- Façanhas não só valiam para o processo *sub judice* mas para todos os outros semelhantes, pois eram decisões régias (só podiam ser) e porque se tratavam de casos duvidosos ou omissões da legislação – J.A. Figueiredo, citando as *Partidas*.
- Duarte Nunes substitui a sua natureza régia pela autoridade do agente e do julgador.

Alvidro

- Faculdade da justiça (o juiz) integrar uma lacuna ou criar uma norma para suprir o defeito de um estatuto.
- Não se actuava ilimitadamente, mas de acordo com valores como o costume ou a equidade.
- Em Portugal, os alvidros eram juízes livremente escolhidos pelas partes, os quais deviam julgar nos termos dos poderes por eles conferidos.
- Este sistema revelou-se ineficaz pois as partes não escolhiam árbitros isentos.
- As sentenças dos juízes alvedrios podiam ser utilizadas e alegadas noutros casos, permitindo à justiça integrar uma lacuna ou suprir o defeito de um estatuto.

**Direito Prudencial Geral**

**Noção**

- Ordem normativa criada pelos prudentes (fora da estrutura do poder e da sua acção criativa), e cuja *auctorias* lhes permite declarar a verdade jurídica nos casos concretos.

- Direito prudencial resiste ao monarca, sobrepondo-se à letra e ao espírito da lei, criando, interpretando e integrando normas jurídicas: através da *inventio* do prudente, ele pode afastar a lei e pode criar direito a partir do direito romano, adaptando-o à realidade.

- Jurisprudência baseia-se na *auctoritas*, não tendo e sendo independente do *imperium.* – direito sem qualquer dependência do poder.

- Jurisprudência medieval afasta-se da moderna, pois o juiz romano era um particular e não o magistrado – o praetor era o magistrado e o *iudex* era um particular: o *iudex* podia, ao contrário de hoje, recorrer ao parecer de um prudente.

**Prevalência do Direito Prudencial na Idade Média**

Causas

- Deficiência do direito existente, especialmente no campo legislativo.

- Carácter localista e fragmentário do costume.

- Prudentes eram necessários para superar as lacunas de um ordenamento jurídico escasso e rudimentar, para construir um sistema mais trabalhado e elaborado que satisfizesse as necessidades de uma sociedade em desenvolvimento. Eles fizeram-no inspirado no direito romano e contra o estatismo totalitarista da ordem jurídica legal.

**Do Direito Romano do Lácio à Vulgarização**

- Ao expandir o seu domínio político, Roma estendeu o seu direito.

- Essa propagação, inicialmente, não foi fácil devido ao cariz personalista (*ius civile* vs. *Ius gentium).*

- No entanto, com o alargamento da cidade-estado para um Império, o direito começa a generalizar-se e a uniformizar-se através do *ius gentium* e da concessão da cidadania a não-romanos.

- Apagam-se os direitos particulares e indígenas em detrimento do romano, mas devido a resistências e particularidades locais, chegou-se ao direito romano vulgar, o produto de algumas instituições pré-romanas latentes e de muita influência germânica.

- A divisão entre Império do Ocidente do Oriente vai dar origem a duas ordens jurídicas distintas.

- No Império do Oriente, o desenvolvimento do direito romano dá-se de acordo com altos padrões de técnica jurídica, culminando com o *Corpus Iuris Civilis*.

- No Império do Ocidente, a vulgarização progride até ser definitiva na queda de Roma, em 476.

- As leis de Justiniano tiveram aplicação em Itália por meio de uma *pragmatica sanctio* de 554. Contudo, ela foi esquecida no Ocidente durante séculos e o direito romano foi dominado pelas leis bárbaras, pelo direito canónico e pelo costume.

**Renascimento do Direito Romano**

- É em Itália que se redescobre o direito justinianeu, o qual os juristas medievais fizeram um esforço de adaptação e criação com o objectivo de fornecerem à sociedade da época os instrumentos jurídicos adequados.

Razões:

- Restauração/Renovação do Império (com Carlos Magno) e a sua transferência para os Francos e depois para os Alemães, aproveitando o antigo direito imperial.

- O desenvolvimento da estrutura da Igreja e do direito canónico, que tem apoio técnico e conceptual no direito justinianeu.

- A expansão das cidades-estado em Itália, que impunha a necessidade de uma armadura jurídica e constitucional.

- Movimento geral da cultura.

Divisão Medieval do *Corpus Iuris Civilis*

- Os jurisprudentes medievais dividem o *Corpus Iuris Civilis* em:

 - *Digestum vetus* – Digesto Velho – abrangia os livros I a XXIII e os primeiros títulos do livro XXIV.

- *Digestum infortiatum* – Digesto Esforçado – livros XXIV até ao XXXVIII.

- *Digestum novum* – Digesto Novo – livros XXXIX a L, ou seja, até ao fim.

- *Codex* – Código – composto pelos primeiros nove livros do Código

- *Volumen parvum* – Volume Pequeno – composto pelos restantes três livros do Código, pelas Instituições e uma colecção de Novelas conhecidas por *Authenticum.* Também lhes foram acrescentadas certas fontes de Direito Feudal – *Libiri Feudorum* – e constituições de Imperadores do Sacro Império Romano-Germânico.

**Escolas Jurisprudenciais da Idade Média**

- Jurisprudência medieval é normalmente agrupada em duas escolas: glosadores e comentadores.

- Distinção foi feita de forma continuada e prolongada, sendo a Magna Glosa o elemento separador, dividindo-se as escolas em glosadores, pós-acursianos e comentadores.

Glosadores

- Escola iniciada por Irnério, que separou o direito da retórica e da dialéctica, centrando a sua atenção no direito romano, sendo o primeiro a considerar a compilação justinianeia objecto de estudo.

- Irnério procede à análise directa dos textos, e a sua obra engloba uma recolha de *Quaestiones*, e glosas – explicações de temas, conceitos e passos de um texto (Código e Digesto).

- Destaca-se Acúrsio, cuja principal obra é a Magna Glosa – uma compilação das glosas dos seus antecessores, pondo nela textos da sua autoria e conciliações de textos contraditórios.

Pós-Acursianos

- Destaque para Odofredo (autor de um comentário ao Digesto Velho, entre outros), Alberto Gandino, Guilherme Durante e Martim de Fano.

- Escola de transição, o que torna difícil delimitá-la com rigor em relação às escolas dos glosadores e dos comentadores.

Comentadores

- A escola dos comentadores foi iniciada por Jacques de Revigny e Belleperche, apropriadores do método da dialéctica da escolástica.

- Cino de Pistóia, discípulo de Belleperche, divulga as novas ideias em Itália, com uma importante obra de comentário do Código.

**Ligação da Jurisprudência à Universidade**

- O renascimento do direito romano tomou lugar no meio universitário – juristas são geralmente professores e vice-versa.

- Estudantes e professores circulavam entre universidades devido a conflitos académicos, conveniências e política.

- Rivalidade entre cidades foi factor aglutinador para a prosperidade das universidades

- Existiam alunos e professores de várias nacionalidades

Diferenças entre Jurisprudentes

- A divisão glosadores vs. Comentadores também existia no direito canónico.

- Civilistas vs. Canonistas – diferença está nas fontes tiradas, enquanto que a diferença dos outros tem que ver com o método científico.

- Os civilistas/legistas debruçavam-se sobre textos fixos, com séculos de existência, enquanto que os canonistas se debruavam sobre normas recentes, passíveis de esclarecimento e alteração pela Igreja, e não se podiam alhear dos ensinamentos teológicos e aspectos metafísicos da natureza humana.

**Géneros Literários nas Escolas Jurisprudenciais**

Glosa

- Explicação singular de termos, conceitos ou passos de um escrito.

- Pode reduzir-se a uma substituição de um vocábulo por outro ou pode ser um pouco mais completa.

- Não se limitam à elucidação dos termos ou conceitos, à indicação do conteúdo de um título ou lei, mas englobam também:

 - Relações entre os vários títulos ou leis, com intentos de sistematização.

 - Recurso a lugares paralelos

 - O uso de *casus, distinctiones* e *quaestiones.*

Alguns autores referem que da glosa derivam quase todos os géneros literários da Idade Média

 - Formulação de *regulae*

 - Ponderação da *intentio*

 - Enunciação da *conclusio*

 - Glosadores dominavam os métodos lógico-dialécticos e retóricos da escolástica.

- A exegese dos glosadores não se circunscrevia à letra dos textos, preocupando-se com o espírito e o enquadramento sistemático dos textos.

*Quaestio*

- Género literário de forma dialogada e do princípio da *contradictio* como instrumento de apuramento da verdade. Podiam reportar-se a um facto – *quaestio facti* – em causa a existência de um evento, ou à interpretação do direito – *quaestio iuris –* disputa intelectual com recurso a *ars inveniendi.*

- O facto – *quaestio facti* – pode originar um problema de direito, quando não regulado por norma ou quando não corresponde a uma previsão, sendo assim, um elemento de actualização do direito.

- *Quaestio* podiam ser um conflito real ou um exercício académico (*quaestio disputata*).

- Duas modalidades de debate:

 - Catequística – Mestre vs. Aluno

 - Controversística – entre pares.

*-* O valor científico e pedagógico da *quaestio disputata* levou ao registo dos argumentos e da sentença do mestre, feita por um *raportator*, que o podia completar com adição de críticas ou argumentos seus e juntando um exórdio outítulo – *quaestion raportata*, que diverge da *quaestio redacta*, da autoria do mestre.

- Esquema da *Quaestio*

 - Enunciação dos Factos

 - Problema a desenvolver

 - Argumentos das partes

 - *Determinatio* – sentença do mestre.

*Consilia*

- Corresponde aos pareceres actuais

- Neles, o jurisconsulto pronuncia-se sobre uma consulta que lhe é feita (funcionando como uma *quaestio* e tendo a sua estrutura desta, mas sem o debate verídico das *quaestio disputatae* nem o tom academicamente imparcial da *quaestio redacta*)

- Era necessário garantir idoneidade formal e material, através do juramento em nome de Deus e da Virgem, do selo do autor (com intervenção de notários) e testemunhas.

- Eficácia do parecer dependia da *auctoritas* dos seus subscritores.

*Commentarius*

- Trabalhos feitos com a intenção de estabelecer uma visão sintética de um instituto, de base lógica e não com base na exegese.

- Dissertações organizadas segundo as regras da escolástica em torno de um tema.

- Enquanto a glosa está ligada à letra das normas, comentários ligam-se ao sentido.

- Aglomerado de fragmentos parciais correspondentes às lições universitárias ou a textos semelhantes.

- Tinha um carácter discursivo e era independente dos textos romanos – conjugação dos textos justinianeus com preceitos de outras ordens jurídicas.

*Lecturas*

- Correspondem às lições universitárias a partir de uma exposição oral, registada por um reportador.

- Esquema:

 - Ilustração do título

 - Resumo do conteúdo de cada lei ou passo do título

 - Confronto com passos paralelos e contraídos, buscando-se ultrapassar contradições, por meio da *solutio* ou *distinctio.*

 - Formulação de preceitos jurídicos contidos nos textos

 - Elaboração de *distinctiones*

 - Discussão das *quaestiones* relativas aos textos já lidos e comentados.

**Caracterização e Relacionamento entre as Escolas de Jurisprudência**

- Comentadores – ultrapassagem da letra da lei e a consideração do *sensus* respectivo – é lhes reconhecida alguma liberdade perante o texto legislativo, adaptando-o à época.

- Não se deve ter a ideia que os glosadores e limitavam à letra da lei – não era uma escola científicamente homogénea. Além do mais, a literalidade da exegese da Glosa estaria em contradição com os parâmetros da hermenêutica medieval. (a letra constitui um dos sentidos do texto, não se contrapõe a ele)

- Na hermenêutica medieval o texto pode ter quatro sentidos:

 - Literal e Histórico-Político

 - Moral o Tropológico – dimensão ética e implicações pragmáticas

 - Alegórico – Respeita ao sentido oculto (objectos são símbolos de uma realidade transcendente)

 - Anagógico – Projecção e implicações no futuro

- Para descobrir o sentido usava-se o *Trivium* (gramática, retórica e dialéctica)

- A diferença entre as escolas prudenciais é de grau (da metodologia hermenêutica) e não de essência. Enquanto que os glosadores versam principalmente sobre o *ius commune* e os comentadores integravam o *ius commune* e *iura propria.*

***Ars Inveniendi***

- A metodologia dos glosadores e pós-glosadores é analítico-problemática:

Analítica

- O jurista medieval aproximou-se da lei com o intuito essencial de determinar os preceitos não pela consideração da globalidade do ordenamento jurídico, mas vendo neles algo de imediato e individual – o dado *a priori* para o jurista não é o sistema, é a norma concreta. Os elementos sistemáticos eram considerados, mas eram renegados para operações de segundo grau, sendo o fenómeno imediato a aproximação ao preceito individualizado.

Problemática

- O trabalho dos juristas traduzia-se na invenção.

- A solução não se obtinha a partir da subsunção do facto à norma legal, mas pela ponderação das soluções possíveis, sendo depois “achada” a norma aplicável, determinando o seu âmbito e estabelecida a interpretação competente.

- A aplicação das leis tinha de ser controlada em função das respectivas consequências face a critérios de Justiça e Direito Natural – a legitimidade da solução deveria ceder perante justificação superior (como a utilidade).

- Este procedimento é intuitivo, mas não irracional – parte de casos concretos, fundindo-a com procesos literários e códigos e com autonomia formal.

- Seguem-se os elementos da *ars inveniendi*

*Leges*

- A ciência jurídica medieval é uma ciência de textos, com o preceito a encontrar a sua expressão num texto, obedecendo às regras da gramática (na Idade Média representava a arte de falar correctamente e de interpretar)

- A separação entre *leges, rationes* e *auctoritates* é essencialmente formal. A inteligibilidade das leges pressupõe operações mentais nas quais aqueles outros dois termos se encontra co-envolvidos ou que lhes são afins. A *lex* constitui, assim, apenas um elemento alcançável mediatamente.

- Esse carácter mediato da *lex* vincou a circunstância da própria invocação da *lex*: os preceitos legais podem ser citados pura e simplesmente quando decidem de modo expresso o caso, ou em via de argumentação quando a decisão aí fosse implícita

*Rationes*

- Argumentos da equidade, de direito natural e de lógica sem qualquer apoio textual legal. São frequentemente inerentes à argumentação espontânea dos juristas.

- Estão mais ligadas ao ordenamento jurídico prudencial – quanto maior for o recurso às rationes, mais será o ordenamento jurídico prudencial e menos legal será.

- As rationes fundamentam uma solução não-legal, baseando-se nos ideais de justiça, utilidade ou racionalidade. Noutros casos, é com elas que se censura o preceito legal – um ditame contra *legem*. Noutros casos ainda pode servir como algo interpretivo da lei, indo para além dela.

- Os elementos do discurso jurídico não se reduzem à tópica, implicando igualmente a consideração dos argumentos estabelecidos mediante processos de dialéctica e lógica.

- A dialéctica consiste na arte da discussão, assumindo uma feição dialógica, traduzindo-se no debate controversístico. Reveste um enunciado de proposições breves destinadas a conseguir a adesão do interlocutor para uma conclusão prática relativamente a matérias da conduta humana e de cariz controverso.

- A retória é a arte da presuasão. Apresenta-se sob forma de discurso, susceptível de encadeados de conclusões, incorporante de elementos de natureza psicológica e moldado por regras estéticas.

- As duas artes têm em comum o prosseguirem o estabelecimento de regras relativas à extracção de consequências a partir de premissas meramente prováveis.

- O uso imoderado das *rationes* pelos juristas levou ao debate sobre os seus limites e legitimidade – protesto contra a excessiva formalização do pensamento jurídico em detrimento dos valores.

- Mediante a retórica e a dialéctica, a *lectio* dos textos convertia-se em *quaestio*, abrindo o caminho para a *solutio* definitiva – razão da prudencialização do direito e sobreposição do jurista ao legislador.

- A tópica liga-se ao domínio do deliberativo e, portanto, a problemas que consentem mais de uma resposta. A consideração tópica do problema implica o levantamento das razões que ele é susceptível de motivar. Cada um vê tópicos diferentes de solução.

- A tópica traduz-se no processo de encontrar as premissas da argumentação

- A tópica formal é o procedimento de descoberta de premissas dialéctico-retóricas, ou seja, uma fórmula de investigação intemporal.

- A tópica material é a reunião de máximas de carácter perceptivo, rectoras da conduta.

Auctoritates

- As asserções também eram avaliadas pela credibilidade dos seus autores – a *auctoritas.*

- A *auctoritates* designava a intervenção daquele que afiançava ou garantia algo, sendo digno de crédito – saber socialmente reconhecido.

- O pensamento por opiniões traduz, assim e em última análise, um pensamento de peritos/doutores

- Traduz-se a *communis opinio* na ideia de que se deve seguir o parecer que tiver por si o maior número de doutores – consenso mais amplo.

- As opiniões foram analisadas não só em função dos respectivos utores como em si mesmas, discutindo-se a admissibilidade e o valor das asserções eito em conideração de prerrogativas honoríficas.

- Este método de recolha de opiniões iria ser praticado ao longo de grande parte da Idade Média, mas o seu momento ascencional só se dará a partir de Bártolo, que teorizou o processo e o praticou.

- Usou-se a *divisio* – as proposições entre si antagónicas eram parceladas de tal forma que delas resultava uma série de enunciados, cada um criando uma competência própria passível de hierarquização particular. Se não desse, havia que recorrer à *communis opinio*.

- Relativamente aos juristas também se distinguiam entre canonistas e legistas, doutores antigos e novos. Essas prerrogativas honoríficas reflectiram-se fortemente no campo da auctoritas.

- A opinião comum dos doutores, enquanto simples tópico, não tinha em si a virtude de tornar certa ou evidente a solução defendida. O seu papel era bem mais modesto. Mesmo a Magna Glosa carecia da autoridade necessária. Estruturava-se através do carácter probabilístico em patente humildade intelectual que raiava pelo cepticismo metodológico.

- O exame não era, contudo, mais extremado porque o valor provável da opinião continha uma presunção de verdade.

- A *auctoritas* dos juristas funcionou como determinante do processo de busca de argumentos antes referido. Perante a multiplicidade de normas aplicáveis a cada caso, a escolha da norma aplicada foi fruto de justificações dos doutores. A norma, ao não resolver o caso simplesmente, implica na sua aplicação uma opinião.

- Revela-se aqui a importância do direito prudencial, sabido como é que o carácter geral da norma implica uma passagem ao caso concreto que não encontra nela mesma factores possibilitantes.

- A *auctoritas* dos juristas funciona como elemento legitimante do tópico formal escolhido para base da argumentação probabilística posterior.

**Conclusão**

- Prudentes, e não qualquer poder político (*imperium*), levaram à imposição do direito romano como a lei comum – que mete a opinião dos doutores.

- Direito comum é o direito romano ampliado, modificado e transformado pela interpretação dos doutores.

**Institutos Jurídicos**

**Direito da Família**

- Família é um termo difícil de definir juridicamente, variando muito a sua forma e definição consoante o tempo e as circunstâncias sociais e históricas.

- O clan é a primeira forma de agregação social e agrupa a comunidade de pessoas provenientes de um mesmo antepassado, tendo uma identidade própria de vínculos religiosos, propriedade comum e trabalho colectivo.

- O totem representa o denominador comum sendo o sinal particular determinante do parentesco. O clan é uma sociedade doméstica, visto ser formado por pessoas que se considera procedentes da mesma origem, mas distingue-se de outras formas pelo facto de o parentesco se fundar na comunidade do totem e não em relações de consanguinidade predefinidas. São parentes, não por serem irmãos, mas porque usam o mesmo nome.

A Família Patricarcal

- Manifestação histórica em Roma

- É fundada não nesta comunidade alargada de crenças antropológicas, mas na autoridade do chefe – *pater familias* – que agrega à sua volta e sob a sua autoridade um grupo de pessoas e património.

- É a submissão ao *pater* que define a situação familiar.

- Parentesco pode ser *agnaticio* – determinava-se pela existência ou não de laços de submissão ao *pater*, e *cognaticio* – caracterizado pela existência de vínculos de sangue

- O *pater* detinha o *manus*, o poder familiar, perpetuado pela linha paterna só, traduzindo-se em relações de domínio e dependência.

- A *cognatio* só era relevante para impedimentos matrimoniais

- Justiniano irá suprimir a *agnatio*, aproximando-nos já da família conjugal.

A Família Conjugal

- Vai-se apresentar de formas muito variadas

- Em períodos de grande instabilidade política onde o poder público não garante a protecção dos indivíduos, dar-se-á mais importância à família e formas comunitárias mais simples de organização – mais coesão da família; em períodos mais individualistas e estáveis, que permitem a realização individual, a família perde coesão e relevância.

**Os Esponsais**

- Consistem numa recíproca promessa de casamento a celebrar entre os futuros cônjuges ou entre quem os represente.

- Há quem autonomize os esponsais do próprio matrimónio, mas em muitos casos há quem considere o esponsal uma primeira fase do casamento.

- No período pós-clássico começa-se a legislar no sentido de equiparar os efeitos dos esponsais aos do matrimónio.

- No direito germânico os esponsais constituem uma primeira fase do casamento – *Verbolung* – o qual só se perfará através da *traditio*/*trauung* – uma sucessão de actos e rituais que tinha como base a transmissão da mulher da sua família de origem para a família do marido

- No direito visigótico esse acto devia ser contraído por escrito ou perante testemunhas – acordo obrigava à celebração do casamento dentro dos dois anos seguintes, período improrrogável, mas por mútua aceitação das partes. O anel de noivado e a escritura dotal serviam como penhor.

- Se o noivo falecesse depois da cerimónia do beijo tinha direito a receber metade das erras??? – LEI DO ÓCSULO?

- A *donatio ante nubtias* é a doacção que o noivo por altura dos esponsais fazia à noiva numa dupla perspectiva de segurança.

- O Direito Canónico vai também legislar sobre os esponsais, considerando-os uma primeira fase do casamento, chegando a consagrar o conceito de casamento presumido, i.e., se a cópula carnal acontecesse entretanto, o matrimónio era tido como existente: distingue-se entre o *coniungium initiatum* – mera promessa, e o *matrimonium ratum* – indissolúvel que passaria a existir depois da *commixtio sexuum*.

**O Casamento**

- Tem normalmente ao ordem jurídica dificuldade em apresentar uma noção de casamento, tanto pode ser um estado existente entre duas pessoas ou o complexo de direitos e obrigações que daí vêm.

- No direito visigótico, ao lado do casamento tradicional dividido nas duas fases de *Verbolung* ou *desponsatio* e *trauung* ou *traditio*, em que o consentimento da mulher estava praticamente excluído e a ideia de patrimonialidade e compra predominava, ainda havia ainda o casamento por rapto – o *Entführung* – onde o homem livre recebe uma mulher livre por esposa sem ter pedido a mão ao pai – esse casamento só é válido com o consentimento da raptada – **importância do aspecto consensual*.***

- O Direito Canónico vem trazer uma grande importância ao papel do consenso e da livre expressão da vontade no matrimónio, estabelecendo a cópula carnal como momento decisivo da consumação, pelo elemento do consenso livremente exprimido – nada de formalidades essenciais, civis ou religiosas – o casamento é um puro acto privado.

- Põe-se ainda o problema da liberdade matrimonial, devido às limitações sociais da época. O poder paternal exercia-se nomeadamente até que os filhos contraíssem matrimónio. Apesar de nominalmente ser livre, a lei não passava de letra morta.

**Formas de Casamento**

- Alexandre Herculano vem defender a existência de um tipo de casamento medieval realizado à margem e sem as formalidades da Igreja, como diversos efeitos jurídicos – um proto-casamento civil, com valor social inferior. Herculano fala da existência simultânea de casamentos de bênção e dos de pública fama, e ainda de um casamento intermédio, o casamento de juras, em que o consentimento dos contraentes era firmado com juramente perante qualquer ministro do culto, mas não havia sacramento. Era considerado inferior ao de bênção.

- A Igreja vai contribuir para uma unificação sob a sua égide do conceito de matrimónio, desinteressando-se o Estado e os poderes laicos desta questão – via-se o casamento como mero contrato consensual. Moncada diz que, apesar do que Herculano fala, a unidade do conceito jurídico-social de casamento na Idade Média era uma realidade, apesar das suas diversas formas, afirmando que as garantias de que gozam a família, os direitos e deveres de cônjuge, os efeitos patrimoniais, etc., eram os mesmos.

**Os Casamentos Clandestinos**

- A Igreja procura combatê-los, não os considerando contudo nulos, só pondo sanções espirituais aos infractores.

- A autoridade laica vai legislar no sentido de criar certas presunções a situações de facto, quando a existência do casamento – a presunção de pública fama (requisitos: ter ambos casa própria por 7 anos, tratarem-se por maido e mulher, fazerem compras, vendas, assinar conjuntamente cartas, etc.) – D. Dinis estabelece portante uma presunção iniludível: quando estejam satisfeitos os requisitos, homem e mulher são considerados cônjuges, desinteressando-se a ordem jurídica da situação previamente existente.

**O Registo do Casamento**

- Começou por existir uma ordem para que todos os casamentos de clérigos se registassem, apesar de dúvidas da sua extensão e efectividade.

- Os mais antigos registos paroquiais conhecidos são de 1531.

**Relações Patrimoniais dos Cônjuges**

- Complexos de direitos e obrigações de natureza pessoal e patrimonial, como o regime de bens, incapacidades resultantes e responsabilidade pelas dívidas.

- Pode-se concluir do direito foraleiro que os cônjuges mantinham a propriedade exclusiva dos bens que levavam para o casamento, homem e mulher. Contudo, a administração dos bens cabia ao marido, que a exercia com plenos poderes, incluindo o poder de alienar esses bens sem o consentimento da mulher, que via a sua capacidade de exercício bastante limitada, a não ser que fosse comerciante.

- Reina a ideia de conservação do património familiar, o que leva ao concurso conjugal para disposição de bens de raiz ou litígio sobre esses bens

- Neste regime geral, os bens adquiridos pelos cônjuges durante o matrimónio – ganâncias, gaanças, conquistas, etc, passariam a ser comuns.

- Só se excluíam da comunhão o património adquirido por sucessão ou doação, ou o que fosse obtido através da subrogação de bens próprios.

- Acresceria a existência das arras, i.e., o dote constituído pelo marido, a favor da mulher. Dotar a esposa através de arras era um costume muito importante ??? – o regime jurídico das arras deveria ser idêntico ao dos restantes bens próprios da mulher, estando sujeitas à administração do marido, embora sem poderes de disposição. Em caso de morte da mulher sem descendência, as arras iam para o marido, no caso da predefunção do marido, a mulher tornava-se quase-proprietária, limitada pelas expectativas sucessórias dos descendentes.

- A estes regimes começa a fazer concorrência o regime da comunhão geral de bens ou por carta de metade.

**O Poder Paternal**

- No Direito Romano são bastante intensas e duradouras as manifestações de um ordenamento jurídico familiar, princípio manifestado através da suprema autoridade do *pater*, que assume a titularidade de todos os bens e relações patrimoniais.

- Muito diferente é o direito germânico e consequentemente visigótico, em que a *patria potestas* encontra o fundamento, não na política, mas na necessidade de uma ordem familiar e doméstica. Havia o direito de correição, que era contrapartido pela obrigação paternal de educação, protecção e direcção dos filhos.

- O poder paternal cabia ao pai, ainda que o direito visigótico reconhecesse à mãe certos direitos, especialmente no domínio da autorização matrimonial.

- Os bens adquiridos pelos filhos eram propriedade paterna, e a independência patrimonial dos filhos limita-se aos bens herdados da mãe.

- O direito foraleiro manifesta a evolução do sistema visigótico

 - Os poderes da mãe configuram-se já de uma maneira quase igual à *patria potestas*, ombreando com os do homem, que só eram superiores devido à sua qualidade como chefe de família.

 - Poder paternal cessa com a morte de algum dos pais, ficando o outro com ele.

 - A situação patrimonial do filho mantém-se idêntica – ele adquire para os pais, estando os bens por ele adquiridos sujeitos à partilha, até ao momento em que ele case e constitua família em casa própria, tornando-se um *homo suae potestatis*, deixando o pai de responder pelos seus actos.

**A Adopção**

- Grande tradição na histórica jurídica romana, em que era uma das formas de sujeição formal a um *pater familias*.

- Com o advento do Cristianismo aproxima-se da noção moderna de *adoptio naturam imitatur*, regra que se vai consolidando na primeira metade do século XIII.

**Direito das Sucessões**

- Em sentido jurídico, quando se fala em sucessão, fala-se na modificação subjectiva da relação jurídica, i.e., alteração do seu sujeito.

- A sucessão poder ser *inter vivos* ou *mortis causa.* Na última o facto determinante é a morte. A primeira versará sobre os negócios jurídicos do dia a dia.

- A sucessão *mortis causa* – substituição do sujeito da relação jurídica, determinada pela morte entendida facticamente.

 - Sucessão universal – o novo sujeito substitui o anterior na totalidade das relações jurídicas pertencidas ao *de cujus*, tomando esse novo sujeito o nome de herdeiro.

 - Sucessão singular – apenas se sucede na titularidade de certos e determinados direitos.

- No primeiro caso há uma herança, no segundo, um legado.

- O fenómeno sucessório opera a partir do desaparecimento do outro sujeito e do respectivo do chamamento do herdeiro.

- Pode-se reconduzir a vocação/chamamento a duas origens – a vontade do *de cujus* e o direito vigente. A vontade pode definir o sucessor, mas o direito pode coibir-se de impor. Se a vontade não o fez, o Direito terá que o fazer supletivamente. Na realidade as duas fontes não se excluem, daí o poder dividir a sucessão voluntária em testamentária ou contratual, e a legal em legítima ou legitimaria.

 - Na sucessão voluntária, a distinção reconduz-se ao acto que consubstancia a vontade do *de cujus*. Se estamos perante um acto unilateral, diz-se testamento, se bilateral, contrato.

 - Na legal, a razão de ser reconduz-se à discriminação propositada do ordenamento entre os sucessores, através da definição de categorias. Se o faz imperativamente é uma sucessão legitimaria, que impõe certas categorias não preteríveis de herdeiros, se o faz supletivamente é legítima, e apenas se aplica se a vontade do *de cujus* não for outra.

- Direito das sucessões numa sociedade onde se considerava tanto a possibilidade de dispor os bens por porte de acordo só com a vontade, ou da completa impossibilidade de dispor, estando o património todo sujeito à sucessão necessária da família – pragmaticamente, consideraram-se uma série de hipóteses intermédias.

- Um dos princípios básicos do direito sucessório português era a igualdade dos sexos na sucessão, que vem da tradição visigótica.

**A Sucessão Legítima**

Direito Visigótico

- A sucessão legítima é *ex lege*, quando o *de cujus*, tendo podido dispor dos seus bens, não o faz, intervindo dessa forma a lei, para determinar, subsidiariamente qual o sucessor.

- Quais os critérios?

 - Quatro classes sucessórias: descendentes, ascendentes, colaterais e cônjuge sobrevivo.

 - Vigorando a igualdade dos sexos, a sucessão deferia-se dentro das três primeiras classes, seguindo o princípio da proximidade de grau, excluindo a existência de parentes mais próximos, a sucessão dos mais afastados, salvo em casos em que houvesse direito de representação – admitia-se que os netos do *de cujus* ocupassem o lugar do pai predefunto, concorrendo à herança com os tios. Repartiam-se então, os bens por estirpes, formando-se tantos quinhões fossem os filhos do herdado, e dentro de cada estirpe, exerceria-se o direito de representação.

 - Na sucessão de ascendentes, abre-se ao direito de troncalidade, que consiste numa *“regra de evolução sucessória, aplicável apenas na sucessão legítima daquele que morre sem descendentes, e segundo a qual os bens possuídos pelo* de cujus *na qualidade de próprios devem ser atribuídos exclusivamente aos parentes do mesmo lado de que esses bens provêem”* – Braga da Cruz

 - O direito visigótico admitiu a troncalidade em termos bastante limitados.

Direito Português

- No direito português vai-se manter no geral o sistema das linhas (?) acolhido pelo direito visigótico.

- O direito de troncalidade é admitido em termos muito mais latos do que no ordenamento visigótico, tornando-se num elemento caracterizador do direito sucessório português. No entanto, era um direito de troncalidade limitado em função da origem dos bens, não se aplicando a regra quando proveniência de um bem estivesse no colateral ascendente ou até mesmo num ascendente para além dos avós.

**A Sucessão Necessária**

- Sendo a sucessão necessária aquela que o ordenamento impõe imperativamente, a sua verificação implica a impossibilidade do *de cujus* dispor, após a morte, de todo ou em parte do seu património. Corresponde à intenção e manter dentro da família o acerco de bens que, na titularidade do *de cujus*, constitui a base patrimonial desta.

- As limitações decorrentes desse tipo de sucessão apenas se aplicam por vezes aos bens próprios com exclusão dos adquiridos, i.e., aos bens que o titular recebeu por sucessão ou liberalidade familiar.

- Contrariamente a Roma, onde o *pater* gozava da totalidade dos direitos relativos à família com a plenitude dos poderes dispositivos, os visigodos conheceram desde cedo uma forte solidariedade, preferido a sucessão necessária.

- Contudo, mais tarde, vai se encontrar a aceitação de uma *Freiteil* – quota de livre disposição, juntamente com uma *Wartrecht* – que concerne a quatro quintos dos bens, a beneficiar apenas descendentes.

- As circunstâncias políticas e sociais da Reconquista imprimem à família um cunho de grande solidariedade que reflectiu naturalmente no regime do património, através da *iauditio parentum* – um sistema de acordo com o qual todos os actos de disposição patrimonial de imóveis, tanto *inter vivos* como *mortis causa*, estariam sujeitos à aprovação dos parentes.

- A evolução posterior vai ser no sentido de fixar objectivamente o montante da quota disponível – o sistema de reserva hereditária que sucede ao *auditio parentum*. Da reseva usufruem todos os parentes sucessíveis, sem distinção de grau ou classe. Desde que ao *de cujus* sobrevivessem parentes, haveria sempre lugar à limitação sucessória imposta pela reserva.

- Essa ideia foi sendo progressivamente afastada pela ideia de que a sucessão necessária só deveria beneficiar os descendentes e ascendentes e aplicar-se-ia a todo o património do defunto, consagrando-se a fracção de um terço.

- Este sistema de sucessão legitimaria consagra a terça, por influência do ordenamento muçulmano, e no Norte, onde o domínio islâmico foi mais reduzido, variava entre a terça e a quinta, como quotas de livre disposição.

**A Sucessão Voluntária**

- A possibilidade para dispor para além da morte é uma matéria que revela uma profunda diversidade.

- Em Roma – triunfo do princípio da total liberdade de testar.

- Pode-se falar apenas em disposições *causas mortis*, cuja finalidade são doações pias a instituições religiosas para salvaguardar a alma.

- Uma lei de 21 de Maio de 1349 revela-nos formas então em uso legal

 - Por escrito particular com testemunhas mas sem tabelião

 - Verbais, que só constavam da declaração de testemunhas

 - Feitos perante tabelião.

 - Os juízes eclesiásticos poderiam considerar válidos os testamentos feitos através de escrito particular e sem testemunhas se realmente exprimissem a última vontade de quem os escreveu.

**Direito Penal**

- O Direito Penal no período até 1446 era marcadamente pluralista – direito não-estatal conformado com a auto-tutela – resultava numa tensão com a política criminal do poder central.

- Poder real procura gradualmente o monopólio da punição ou, pelo menos, o seu controlo.

**Regime da Auto-Tutela**

- O sistema penal de auto-tutela processava-se no âmbito do direito consuetudinário.

- Reconquista – falta de efectivo poder comunitário, fragmentação do poder e a instabilidade social facilitam a vindicta privada: a punição dos crimes é deixada ao ofendido ou à sua família

 - Comunidades locais, também, fechadas em si mesmas fizeram renascer formas privadas de protecção social.

**Da Vingança Privada ao Monopólio Estadual**

Fases da crescente publicização do poder:

- 1º - Quando a comunidade começa a estabelecer as condições em que a vingança pode ser exercida

- 2º - Exigência de proporcionalidade da vingança ao crime; aparecimento da composição

- 3º - Resolução da ofensa através de uma composição pecuniária, proposta e exigida pela autoridade da comunidade

- 4º - Estabelecimento de um regime de arbitragem, sendo primeiramente facultativo (árbitro privado); depois, privada mas obrigatória, finalmente torna-se crescentemente pública.

- Acabará tudo no monopólio estadual da punição

Vejamos agora os principais modelos de vindicta:

**Perda de Paz Relativa**

- Auto-reacção permitida para delitos mais graves (homicídio e violação) – “instituição jurídica regulada nas suas condições e efeitos” – Eduardo Correira

- Ofendido teria que fazer um desafio formal perante a assembleia do Concelho

- Criminoso/inimigo gozava de uma trégua de 9 dias, onde podia fugir, pagando uma indemnização

- A inimizade tinha estes efeitos:

 - *Fredum* – sanção pecuniária que podia adiar a vingança

 - Desterro – réu não voltava ao lugar, durante determinado período

 - Faida – autor do delito ficava sujeito à perseguição do desafiador ou parentes, que o podiam matar

**A Composição**

- Perda de paz relativa podia cessar pela composição

- *Wehrgeld* ou Composição *Per Aver*

 - Forma substitutiva que excluía o exercício da posterior vingança

- Composição corporal

 - Casos em que o criminoso não tinha bens

 - “Entrar às varas” – agressão em público

- Composição por missas/espirituais

- Composição por prisão

- Depois de satisfeita a composição, dava-se a reconciliação pública dos inimigos

- Resumo – imposição de sacrifícios para evitar efectiva vingança

**Perda de Paz Absoluta**

- Tinha como efeitos a transformação do criminoso em inimigo público, perdendo todos os direitos – implicava um dever de perseguir e matar o criminoso

- Recaía sobre certos delitos muito graves como a traição homicídios em violação de tréguas, fianças de salvo e paz especial, morte do inimigo depois da reconciliação e premeditação ou ofensa de dever de fidelidade; também a ira régia é causa para a pena capital ou morte por qualquer membro da comunidade

**Publicização do Direito de Punir**

- Os primeiros reis encetaram uma política criminal, como reacção à auto-tutela – *ius punendi*

- Já o Código Visigótico o tentou fazer, mas a Reconquista inverteu o processo

- No quadro não estatal existia uma série de penas públicas oficialmente impostas pela comunidade:

 - Pena de Morte para delitos gravas (ladrão reincidente, assassino, forçar mulher casada ou honesta, meter merda na boca de outrem – e sim, isto tá no livro – incendiário, etc.) – podia ser por enforcamento, enterrar vivo, lapidação, fogueira, crucificação, afogamento

 - Penas pecuniárias como subsidiárias e autónomas à pena de morte, como o anoveado

 - Penas corporais – também subsidiárias e autónomas

 - Corte de mão, tirar olhos, açoites, desolheramento

 - Penas privativas da liberdade

 - Servidão e prisão – mais coercitivas que retributivas

 - Penas infamantes – flagelação pública, exposição no pelourinho

**Reacção da Legislação Régia**

- O Direito estatal vai procurar monopolizar o poder positivo

- Num pacote legislativo de 1211 sai o primeiro preceito nesse sentido – proíbe-se a vindicta em casa do inimigo, exclui-se a destruição dos bens imóveis do mesmo, deitar abaixo a sua casa e vingança sobre os seus homens não-cumplíces.

- No mesmo ano sai uma lei que estipulava que sem uma luta resultante de um estado de inimizade tivesse sido morto um homem de cada uma das partes a luta acabava

- É D. Afonso IV que, em 1325, publica uma lei que proíbe a vindicta privada em geral (salvo os fidalgos); em 1326, em nome da “ley de Deus” proíbe a vindicta também para os fidalgos, que reagem negativamente.

- Perante a reacção negativa dos fidalgos, o Rei cede – lei de 1330 – considera legítima a vindicta quando o ofensor, passados 60 dias sobre a data da ofensa, não se apresente para se submeter a julgamento ou solicitar carta de segurança e ande escondido ou fugido do Reino

**A Defesa da Justiça Pública**

- Luta contra a vindicta também passava pela defesa da justiça pública contra a resistência aos seus ditames – punição de abuso.

- 1211 – Penas para os que tornem a demandar o seu contrário depois de se ter alcançado a sentença final.

- 1307 – Penas para quem queira revogar sentenças dos sobrejuízes.

- Várias leis ao longo de nossa Idade Média procuraram evitar abusos de poder de representantes régios face às populações mais desprotegidas, procurando reagir contra costumes instituídos

**Definição e Punição de Crimes na Legislação Geral**

- Definição de crimes pela via legal é esporádica, pois muitos delitos e penas estavam subordinados ao costume ou então ao direito canónico e romano.

 - Não há princípio da legalidade, há retroactividade da lei penal, penas arbitrárias, punição de factos absurdos e religiosos, penas cruéis e desproporcionadas, variáveis consoante a condição da pessoa.

**A Lei de 1355 – Os Crimes Públicos**

- D. Afonso IV

- Crimes Públicos – crimes para os quais se torna obrigatória a investigação oficiosa do juiz:

Crimes Políticos

- Traição/Aleivosa

Crimes de homicídio doloso qualificado ou ferimentos graves

- Pena de Morte

Crimes contra a Justiça Pública

- Resistência e violência

Crimes religiosos

- Heresia, blasfémia e sacrilégio – davam na confiscação ou tirava-se a língua pelo pescoço

Crimes sexuais – dá pena de morte

- Violação, adultério, incesto, sodomia, alcovitaria, bigamia

Feitiçarias

- Pena de morte

- Furto e Dano

- Direito Foraleiro – Anoveado e morte para reincidentes

- Podemos verificar aqui uma pluralidade de punições, consequência entre arbitrariedade e indefinição

- Por conseguinte, havia um grande distanciamento entre o direito nacional e o direito efectivamente aplicado

- Política criminal dos monarcas era definida pela jurisprudência ou por obras doutrinárias oficiosas

**III – O Período Monista**

**As Ordenações**

**As Ordenações Afonsinas**

- Data: 1446

- Não podem ser confundidas com um código visto que não o são no verdadeiro sentido.

**Condições de Elaboração**

- Elementos relativos à história da elaboração das Ordenação estão no seu livro I, que falam dos pedidos insistentes, feitos nas Cortes, para ser elaborada uma colectânea do direito vigente que evitasse as incertezas derivadas da grande dispersão e confusão das normas.

- Por essa altura já se havia acumulado um número vastíssimo de sucessivos preceitos de várias fontes, o que tornava difícil a sua coordenação

- D. João I incumbiu a ordenação das leis a João Mendes, morrendo ambos de seguida.

- D. Duarte encarrega então o Doutor Rui Fernandes da continuação da tarefa, que foi concluída em 1446, já no reinado de D. Afonso V (mas sob a regência do Infante D. Pedro, Duque de Coimbra, que mandará fazer uma revisão concluída em 1447.

- Atendendo à diferença da redacção, o Livro I terá sido feito por João Mendes, estando escrito num estilo decretório e directo (matéria directa e clara)

- Nos restantes livros, as leis anteriores são transcritas integralmente e acompanhadas de uma especificação quanto à vigência, alteração, revogação ou derrogação, estando portanto, num estilo compilatório.

- Foi D. Pedro o grande impulsionador das Ordenações

**Compiladores**

- João Mendes, corregedor da Corte (mandado por D. João I)

- Rui Fernandes, jurista de méritos formados que pertencia ao conselho do rei.

- Submetido a uma comissão composta por mais três juristas: Doutor Lopo Vasques, corregedor da cidade de Lisboa, Luís Martins e Fernão Rodrigues, desembargadores do Rei.

**Entrada em Vigor**

- Não havia na época uma regra prática definida sobre a forma de dar publicidade aos diplomas legais.

- Além disso, levaria um tempo considerável a tirarem-se as cópias manuscritas, laboriosas e dispendiosas, necessárias à difusão do texto em todo o país.

- No entanto, a sua divulgação estava facilitada por um facto: elas não apresentavam grandes inovações, utilizando, em larga escala, fontes anteriores.

**Fontes Utilizadas**

- Nas Ordenações procurou-se, essencialmente, sistematizar e actualizar o direito vigente, usando-se as várias espécies de fontes anteriores: leis gerais, resoluções régias, concórdias, concordatas e bulas, inquirições, costumes, estilos da Corte e dos tribunais, normas extraídas das *Siete Partidas* e alguns preceitos de direito romano e canónico, bem como alusões ao direito comum.

- Quanto à técnica, empregou-se o chamado estilo compilatório, i.e., transcrição na íntegra das fontes anteriores, declarando-se depois o que era afastado, confirmado ou alterado.

**Sistematização**

- As Ordenações Afonsinas encontram-se divididas em 5 livres, ordenados em títulos que se subdividem em parágrafos (sistemática material):

 - I – Cargos Públicos

 - II – Clérigos, Igreja, Direitos do Rei, Fisco, Donatárias, Nobreza, Judeus e Mouros

 - III – Processo Civil

 - IV – Direito Civil Substantivo

 - V – Direito Penal

**Apreciação e Importância**

- Papel importantíssimo no conjunto das fontes do Direito Português pela tentativa de reduzir o direito nacional a um único corpo de leis, sistematizado e ordenado.

- Síntese do trajecto que desde a fundação da nacionalidade (especialmente a partir de D. Afonso III, afirmou e consolidou a autonomia do sistema jurídico nacional e a progressiva monopolização jurídica do Estado – relaciona-se ao fenómeno geral da luta pela centralização – equilíbrio de tendências, admitindo a existência de direito não nacional, mas sempre subordinado à vontade do Rei.

- No entanto, apresentam defeitos de estrutura, pela simplicidade do método compilatório, que consistia na reunião e transcrição fiel de normas anteriores.

- A vigência efectiva e aplicabilidade das Ordenações Afonsinas foi questionada, devido à hostilidade a tudo o que se relacionasse com o Infante D. Pedro e à dificuldade de reprodução e disseminação de uma obra tão ampla numa época em que não havia imprensa.

**Fontes Subsidiárias**

- Aplicam-se na falta das fontes imediatas (Lei Régia, Costume e Estilo da Corte)

Fontes de Direito Subsidiário

- Direito Romano – em matéria temporal, que não fosse abrangida pelo critério do pecado

- Direito Canónico – em matéria espiritual e temporal abrangida pelo critério do pecado ou, nos casos em que o Direito Romano não estatuísse, e desde que não fosse contrariado pelas glosas e pelos doutores.

- Glosa de Acúrsio

- Opinião de Bártolo

- Resoluções do Rei

**Ordenações Manuelinas**

**Condições de Elaboração**

- Em 1505, D. Manuel I mandou fazer novas ordenações devido à invenção da imprensa (permitia melhor divulgação do texto), à sua vontade de, num momento glorioso como os descobrimentos, ligar o seu nome a uma reforma legislativa de vulto e à necessidade de revisão e ampliação das Ordenações Afonsinas, para as modernizar e actualizar.

- Vão saindo de 1512 a 1514

- Revisão ordenada por D. Manuel – que implicou a destruição dos exemplares antigos – por terem aparecido novas e significativas leis e pelos textos anteriores serem imperfeitos e muito apegados às Ordenações Afonsinas, saindo em 1521. Ainda houve uma nova edição em 1539, já depois da morte de D. Manuel I

**Compiladores**

- D. Manuel encarregou três juristas de renome da época de actualizarem as Ordenações do Reino, alterando o que achassem necessário:

 - Rui Boto, Chanceler-mor

 - Rui da Grã, licenciado

 - João Cotrim, corregedor de feitos cíveis da corte.

**Sistematização**

- A sistematização das Ordenações Manuelinas é semelhante à das Ordenações Afonsinas (com a excepção do estatuto dos Judeus e dos Mouros, que entretanto foram expulsos). Outras diferenças:

 - Diferenças formais – o estilo das Ordenações Manuelinas é sempre decretório ou legislativo

 - Diferenças de conteúdo – apesar de se conservar paralelamente a distribuição das matérias, as Ordenações Manuelinas oferecem consideráveis diferenças, nomeadamente a supressão dos preceitos relativos aos Judeus e aos Mouros, entretanto expulsos, assim como normas autonomizadas nas Ordenações da Fazenda, bem como a inclusão da interpretação vinculativa da lei, através dos assentos da Casa da Suplicação.

**Fontes Subsidiárias**

- Quanto à aplicação dos textos do direito romano e direito canónico, deixa-se de referir a distinção entre problemas jurídicos temporais e espirituais, consagrando apenas o critério do pecado – único limite à prevalência subsidiária do direito romano

- Valorizam a Glosa e a opinião de Bártolo face à “opinião dos doutores”.

- A Glosa e a opinião de Bártolo são fontes subsidiárias (integrando as leis do Reino quando existem lacunas) desde que não fossem contrárias às opiniões dos doutores posteriores.

- Verifica-se um compromisso entre o humanismo jurídico e o bartolismo: limita o recurso à *opinio Bartoli* ao mesmo tempo que valoriza a sua figura e a escola dos comentadores pois foi esquecido tudo o que fora escrito antes dele (com excepção da Glosa)

**Ordenações Filipinas**

**Condições de Elaboração**

- No reinado de Filipe I (1580-1598) houve uma grande renovação do Direito, na qual se inclui a reforma das Ordenações – impunha-se uma reforma profunda das Ordenações Manuelinas, porque estas não realizaram a transformação jurídica que o seu tempo reclamava

- Legitimidade: Filipe I usou este ensejo para demonstrar pelo respeito pelas instituições portuguesas, empenhando-se em actualizá-las dentro da tradição jurídica nacional.

- Os trabalhos preparatórios iniciaram-se entre 1583 e 1585.

- As Ordenações Filipinas foram terminadas em 1595, mas na altura não entraram em vigor.

- A sua vigência é iniciada em 1603, no reinado de Filipe II, cessando todas as extravagantes à excepção das Ordenações da Fazenda, dos artigos das Sisas e as que se encontravam no livro da Casa das Suplicações.

- As Ordenações Filipinas são afastadas à medida que aparecem códigos que autonomizam cada matéria nelas existentes. Não existe, no entanto, uma revogação global.

**Compiladores**

- Jorge de Cabedo

- Afonso Vaz Tenreiro

- Duarte Nunes do Lião

**Sistematização**

- Actualização e adaptação das Ordenações Manuelinas – através do acrescento de novas leis posteriores – pelo que são idênticas na forma.

- Acrescento de poucos preceitos castelhanos – Ordenações continuam a ter um carácter tipicamente português

**Apreciação**

- Muitas vezes as Ordenações Filipinas eram confusas e contraditórias – essas falhas foram denominadas de filipismos (ausência de originalidade, subsistência de normas revogadas e faltas de clareza) e os compiladores filipistas.

- As Ordenações não foram imposição espanhola/castelhana, pelo que foram confirmadas por D. João IV em 1643, tornando-se a as Ordenações que vigoraram mais tempo.

**Fontes Subsidiárias**

- Conservam as fontes subsidiárias das Ordenações Manuelinas, mas ganham um novo enquadramento formal: passando para o livro III, relativo ao processo, ganhando um novo enquadramento ?

Direito Processual passa para o livro terceiro, parte reservada às relações Igreja-Estado

- O bartolismo atinge o momento de maior intensidade imperando num ensino e nos tribunais, com prejuízo da opinião comum dos doutores.

**Extravagantes**

- 1569 – aparecem entre as Ordenações Manuelinas e as Filipinas

**Leis Extravagantes**

- A existência de compilações de leis não impediu que se continuasse a legislar – extravagantes são as leis não incluídas nos grandes corpos legais, apesar de terem carácter oficial.

**A Colectânea de Duarte Nunes de Lião**

- Recolha e compilação de extravagantes, das quais só uma teve valor oficial, por ordem do regente D. Henrique, na memória de D. Sebastião.

-Compilação única – resumo ou relatório do essencial de cada lei, tendo força de lei à mesma.

- Seis partes: ofícios e oficiais régios; jurisdições e privilégios; causas; delitos; fazenda real; outros assuntos. Na terceira parte transcreve-se s ordem de juízo sobre matéria processual.

**Comportamento das Fontes no Período Monista**

**A Lei**

**Fundamentação e Teorização**

- A partir de 1446, a Lei adquire importância crescente entre as fontes de Direito. Ela vem a desenvolver-se progressivamente desde D. Afonso II, impondo-se tendencialmente sobre as outras fontes. (relacionado com o progressivo crescimento do poder régio)

- O aparecimento da noção de ‘Estado’ como entidade politica e juridicamente construída independente da figura do Rei mostra a emergência de algo específico, acentua um fenómeno pré-existente.

- Nos séculos XV e XVI, chega-se à noção de soberania, com diferentes autores a verem ou no Rei ou no Povo a vontade e a representação do Estado.

- Do mesmo modo que a fragmentação política da Idade Média deu lugar à tendência convergente do poder, também o pluralismo jurídico dá lugar a uma tendência unitária expressa pela lei – o Estado apropria-se das fontes de Direito.

- A lei passa a ser definida como um preceito autoritário ou norma obrigatória imposta pela vontade do superior – esta premissa está em conformidade com o princípio romano de que a vontade do monarca tem força de lei.

- A identificação entre a lei e a vontade do monarca não significa que a lei seja completamente arbitrária:

 - A lei conforma-se a conjuntos normativos superiores ao direito positivo (direito divino e direito natural)

 - O poder do príncipe deve-se orientar para o bem comum

 - A separação da pessoa do príncipe na pessoa privada e na pessoa pública (que corresponde à divisão direito público/privado)

 - A validade e eficácia da lei depende da observação de certos requisitos

 - Certas matérias (normalmente financeiras e tributárias) são poder legislativo das Cortes

 - As leis que constituem o cerne da sociedade e do aparelho político não podem ser derrogadas ou alteradas por vontade exclusiva do Rei – desse modo, chega-se ao conceito de lei fundamental, que deve ser respeitada pela lei ordinária

- A intensidade da *potestas legis condendea* do monarca varia de acordo com as circunstâncias políticas – a evolução consiste na tendência crescente para o fortalecimento da posição do legislador, que atinge o seu auge no reinado de D. José I

- Até ao século XVIII é possível defender que a obrigatoriedade da lei tem como requisito a recepção voluntária do povo, apesar de já haver na altura quem dissesse que a lei não dependia da aceitação do povo mas sim da vontade do legislador e que ele podia determinar as condições que desejar.

**Espécies de Leis**

- A lei, enquanto vontade imperativa do superior, variava quanto à origem (rei ou cortes), à matéria (nem todas as leis eram gerais e abstractas e frequentemente se verificava dispensa) e ao modo de redacção.

Cartas de Leis

- Lei *stricto sensu* feita pelo Rei e assinada com o seu nome, cujo efeito deveria ser superior a um ano e tinha de passar pela Chancelaria

Alvarás

- As disposições do alvará deveriam efectuar-se dentro do ano em curso (por vezes, os seus efeitos podiam demorar mais de um ano, usando-se uma fórmula contrária às Ordenações, conferindo aos alvarás verdadeira força de lei)

- Eram assinadas pelo Rei usando o seu título e tinham de passar pela Chancelaria.

- Vêm a ter um estatuto igual ao das Cartas de Leis (alvarás de lei ou com força de lei)

Decretos

- Diferiam das leis e alvarás pois não levavam no princípio o nome do Rei, dirigiam-se a um ministro ou tribunal, estabelecendo uma coisa singular.

- Em alguns casos, introduziam direito novo e geral

Cartas Régias

- Começavam pelo nome da pessoa a quem se dirigiam

- Eram remetidas fechadas em aviso do secretário de estado

Provisões

- Diplomas expedidos pelos tribunais em consequência de decretos e resoluções régias.

- Constituíam um meio adoptado para tornar notórias em todo o reino aquelas determinações e eram assinadas pelos ministros de que dimanavam.

- Deste modo, não eram leis, apesar da existência de provisões em forma de lei ou provisões reais

Resoluções

- Determinações do soberano em resposta às consultas que os tribunais lhe faziam, acompanhadas do parecer dos seus membros.

- As resoluções, os decretos e as cartas régias eram muitas vezes consideradas leis gerais, apesar de se referirem a um caso concreto.

Portarias

- Ordens expedidas pelos secretários de estado, em nome do Rei, sem terem um sujeito determinado

Avisos

- Ordens expedidas pelos secretários de estado, em nome do Rei, dirigidas a um tribunal, magistrado ou corporação

**Elaboração da Lei**

- Devia obedecer a certos requisitos, como a observância do bem comum. Muitos afirmam que a lei deve ser honesta, justa e possível, conforme à razão natural, aos costumes da pátria, conveniente ao tempo e ao lugar, necessária, útil, clara e elaborada tendo em visto a utilidade ao povo.

- D. Rodrigo Pinheiro afirma que a lei deve ser feita por quem tem o poder e a autoridade para a fazer, o seu fim deve ser justo, deve ser feita tendo em vista o bem comum e deve ser conforme à razão – para muitos, especialmente eclesiásticos, a lei injusta é um pecado, não devendo sequer ser chamada lei

- Quatro condições indispensáveis para a justiça da lei (Luís de Cerqueira): matéria, forma, agente/autoridade e fim.

 - A lei humana injusta quanto à matéria, porque é contrária ao direito divino ou natural, não tem obrigatoriedade e não deve ser guardada.

 - A lei humana injusta pelo fim, agente ou forma pode vincular e deve guardar-se se a sua eliminação provocar escândalo ou detrimento da República.

- Para muitos autores, a lei não deve ser só justa para ser aceite. Tem de ser publicada, recebida pelo povo e não derrogada.

**Publicação da Lei**

- Uma nova lei só podia ser promulgada quando fosse necessário (para não afectar a estabilidade do sistema jurídico) e a sua publicação fazia-se através do registo nos livros da Chancelaria Régia e notificação a certas autoridades

- Ordenações impõe ao Chanceler-Mor a publicação das leis

- Os principais tribunais possuíam registos próprios devido às tiragens limitadas, e por não existir um jornal oficial obrigatório – legislação andava em colectâneas particulares, incompletas e não sistematizadas.

**Vigência da Lei**

- Por norma, a lei tinha vigência efectiva em todo o país após 3 meses da publicação pela Chancelaria; numa fase posterior, punha-se o prazo de 8 dias para a Corte.

- Permanecia a discussão se a lei obrigava aqueles que dela tivessem conhecimento independentemente do prazo ou se era possível a defesa com base na ignorância.

**Dispensa**

- Como a lei é manifestação da vontade do príncipe, este pode isentar ou dispensar certas pessoas do seu cumprimento, apesar dessa dispensa ter como requisito necessário a justa causa.

**O Direito Canónico**

- A sua importância dependia das relações entre a Coroa e a Igreja

- Havia a ideia de que a Igreja, fundada por Cristo, representava uma sociedade diversa da sociedade civil, pelo que tinha de reger por disciplina jurídica própria.

**A Coroa e o Papado**

- A monarquia lusa tirou a sua legitimidade nos quadros internacionais da época da *auctoritas* papal, bem como o uso das bulas papais nas coisas dos Descobrimentos - reconhecimento implícito da superioridade do Papa

- A Igreja não queria, no entanto, abdicar da sua supremacia – doutrina do poder indirecto, que reconhecia ao Papa ingerência em matérias temporais sempre que assim o exigissem as condições espirituais da Igreja – deposições de monarcas por exemplo.

- As teorias favoráveis à autoridade papal foram acolhidas em Portugal, que era obrigado a aceitá-las, por conveniência. No entanto, os nossos Reis, na prática e quando motivos políticos se opunham à aceitação de uma autoridade internacional, foram prontos em escapar-lhe.

**Beneplácito Régio**

- Instituto jurídico de autorização de publicação das letras apostólicas no reino, posto em vigor por D. Pedro I – levantou, por parte da Igreja, várias diligências tendentes à sua revogação pelos Reis de Portugal, que, de maneira geral, resistiram.

- Há uma revogação em 1487 por D. João II, possivelmente feita por motivos políticos. No entanto, há um reestabelecimento indirecto, ao fazer depender do Desembargo do Paço a execução das letras apostólicas, que necessitasse de ajuda secular e evocando a resolução de possíveis dúvidas.

- D. João V alargou o seu âmbito e, na época pombalina, o beneplácito foi frontalmente reafirmado e mantido no constitucionalismo.

**Recepção dos Decretos do Concílio de Trento**

- Portugal acatou os decretos do Concílio de Trento pelo seu alinhamento com os países da Contra-Reforma

- Este Concílio legislou em matéria dogmática, litúrgica e disciplinar para defesa da ortodoxia face à Reforma – resoluções dadas a conhecer pela bula *Benedictus Deus*, onde se pedia aos monarcas a observância do decidido.

- Em Portugal, através de alvarás e provisões, estabelece-se a regra de que a ajuda secular à Igreja nos casos em que estivesse em causa a liberdade ou património, só podia ser concedia após intervenção da justiça – os tribunais eclesiásticos não poderiam intervir – competência comum da jurisdição eclesiástica e civil (*mixti fori*)

- Em 1569, uma nova provisão permitia às autoridades eclesiásticas a execução diecta das suas sentenças. Ficavam dispensadas de pedir a ajuda do braço secular, independentemente de ser de competência mista – grave alteração no direito português.

- Uma concórdia em 1578, as Ordenações Filipinas e a interpretação minimizaram os efeitos da provisão de 1569.

**Direito Canónico como Direito Subsidiário**

- O Direito Canónico vigorou como direito subsidiário, em termos semelhantes aos que lhe eram reconhecidos pelas Ordenações até a Lei da Boa Razão. Esta lei veio alterar o sistema vigente, sob o pretexto de uma contradição nas Ordenações.

- A partir da Lei da Boa Razão, o Direito Canónico só passou a ser aplicado nos casos em que a lei civil o mandasse expressamente aplicar, em que os seus preceitos fossem aplicados pelas nações civilizadas em correcção ao direito romano, da impossibilidade de recurso a outros ordenamentos ou em que os ministros dele devessem conhecer para obviar à opressão ou força dos juízes eclesiásticos.

- A cultura canonística em Portugal – o ensino universitário é distribuída por cânones e leis.

**Reforma dos Forais**

- Os forais estavam desadequados à realidade do século XV, por isso enviaram-se agravos às Cortes pedindo intervenção régia

- Nas Cortes salientaram-se os danos decorrentes dessa situação – a permanente elaboração de leis avulsas sobre matérias anteriormente contidas nos forais e o desuso em que muitas disposições foraleiras tinham caído.

- Era necessária uma correcção do Rei

- Em 1497, mandou recolher à Corte todos os forais e documento onde estivessem consignados direitos reais, encarregando Rui Boto, o Chanceler Mor, João Façanha, do Desembargo Real, e Fernão de Pina da sua reforma. Mandou-os informar-se das questões controvertidas, para as resolver previamente após audição da Casa da Suplicação.

- O trabalho de reforma foi acompanhado por dois documentos destinados a facilitar o trabalho de unificação: Ordenação e Regimento dos Pesos e o Regimento dos Oficiais, das Cidades, Vilas e Lugares do Reino.

- Em 1520, os forais foram devolvidos aos municípios e tomariam o nome de forais novos.

- Do novo texto foi retirado o que tinha sido objecto de lei, mantendo-se as prestações e serviços a que a comunidade continuava sujeita.

- Neles se encontrava a lei da vizinhança, onde definiam os requisitos da condição de vizinho, as indicações relativas a funcionários e tabeliães de cada vila e às quantias a pagar.

- Pela sua falta de originalidade tornaram-se menos significativos para o conhecimento das instituições locais, apesar de continuarem a ser vistos como símbolos da autonomia local.

**Movimentos do Pensamento Jurídico**

**Direito Romano-Prudencial**

**Enquanto Direito Prudencial**

- Nas Ordenações, o direito romano é legalmente relegado para a posição de direito subsidiário, na qual se manterá até à Lei da Boa Razão.

- Na prática, esqueceu-se muitas vezes o direito nacional, adoptando-se soluções de direito romano ou direito prudencial – contradição com as Ordenações

**A Opinião Comum dos Doutores**

- As Ordenações Manuelinas e Filipinas elevam oficialmente a autoridade dos doutores à categoria de fonte de direito – contudo, questiona-se o que seria.

- Numa primeira fase, seria a opinião que tivesse mais aderentes; numa segunda fase falava-se num critério qualitativo, i.e., a opinião comum determinar-se-ia pelo peso ou dose de verdade dos seus pareceres – entre estes dois critérios, estava o critério misto ou da maioria qualificada.

- Não é aceitável o entendimento de que nas Ordenações há um compromisso entre o bartolismo e o humanismo, pela adopção da opinião comum com prejuízo da autoridade de Bártolo – a adopção da opinião comum obedece ao espírito da escola dos comentadores – sobrevalorização dos prudentes.

- Braga da Cruz – golpe no prestígio de Bártolo, por um lado, e a sua glorificação, pela consagração do pensamento da escola dos deus discípulos, por outro.

**Humanismo Jurídico**

- Também chamado de *mos gallicus*, devido ao florescimento do movimento em França, ou escola culta.

- Baseia-se principalmente numa contestação da metodologia medieval, especialmente o bartolismo, em nome de critérios de filologia.

- Entre vários autores, destacam-se Lorenzo Valla, o mais virulento crítico de Bártolo

 - Valla critica ainda Acúrsio e os glosadores, afirmado serem bárbaros sem qualquer domínio do latim – o ataque aos juristas medievais vai-se basear numa acusação principalmente gramatical

- Atitude filológica insere-se na *renovatio*, no amor às *bonae litterae*, etc., que pressupõe toda uma atitude moral e espiritual

- A acusação humanista aos juristas medievais fundava-se também na convicção que estes haviam deturpado e corrompido o Direito Romano – o direito dos juristas medievais era um direito formado por glosas a glosas.

 - Perdia-se de vista a letra, trabalhando-se em cima de textos legais adulterados

- Era preciso libertar o Direito dos escolásticos, regressando ao texto puro da lei – teria que haver uma *restitutio*.

- Era preciso haver uma substituição de códice – chegou-se à conclusão que o *Corpus Iuris Civilis* não era o verdadeiro Direito Romano – ele obliterou o Direito clássico, impondo-se um *ritorno alle origine*.

- Abre-se a porta à liberdade de discussão e à crítica – autoridade substituída pela liberdade frente ao texto, usando-se a razão.

**Humanismo Jurídico em Portugal**

- Houve algum reflexo do humanismo jurídico nos juristas portugueses

 - Portugueses estudantes em Itália – Luís de Teixeira, Henrique Caiado e Martinho de Figueiredo.

 - Luís Teixeira – partilha a metodologia filológica de Poliziano, criticando Bártolo e reclamando a liberdade, a verdade e a *restitutio*.

- A expressão do humanismo jurídico no nosso país acaba por ser extremamente limitada, pois os juristas humanistas portugueses ou não voltaram de Itália, ou perderam todas as ilusões filológicas com o contacto com a vida pública, ou então simplesmente desinteressaram-se do Direito. Além disso, a opinião de Bártolo continuava legalmente consagrada como fonte.

- Os humanistas que ficaram faziam a sua crítica de um modo prudente, sendo moderados – Bártolo chegava a coexistir com ideias humanistas no mesmo texto – o jurista italiano permanece o ponto imutável do ordenamento jurídico, sendo a figura mais representativa do Direito.

**Segunda Escolástica – séc. XVI**

- Corrente de pensamento político-jurídico, que surgiu como resposta católica ao pensamento protestante

- Correspondeu à necessidade de repensar a compreensão cristã do homem e da convivência humana

- Tem uma posição jusnaturalista e é uma continuação da Escolástica Tomista

- Intervém em vários domínios, como o Direito Penal e o Direito Internacional Público, bem como no Direito das Gentes.

**Direito Internacional Público**

- Francisco de Vitória foi o fundador deste ‘ramo’ do Direito, começando a internacionalização da escolástica.

- Reconhece a personalidade jurídica a todos os povos. No entanto, admite a colonização. Reconhece o direito de comerciar livremente

- Todo o poder tem origem em Deus, mas o Homem é o animal social. Isto implica que, ao contrário dos Protestantes, que viam o poder do Rei como vindo directamente de Deus, para o Catolicismo, esse poder era mediado pelo Povo.

**O Racionalismo Jurídico**

- No século XVIII surgiram várias correntes que procuraram reagir contra a decadência jurídica pós-humanista.

- Apareceram várias linhas de pensamento, como a escola racionalista do Direito Natural, o *usus modernus pandectarum* e o iluminismo.

**Escola Racionalista de Direito Natural**

- Também chamada de jusracionalismo ou jusnaturalismo racionalista

- O seu principal proponente é Hugo Grócio:

 - Corta com concepções teológicas

 - Fonte imediata de Direito Natural não está em Deus mas na razão do homem – o homem sozinho descobriu o Direito Natural.

- Defendia a existência de um Direito Natural eterno e imutável

- Esse Direito Natural era baseado na razão

- Os direitos positivos deveriam moldar-se a ele.

**O *Usus Modernum Pandectarum***

- Nova metodologia de estudo do Direito Romano, representando a passagem da Escola dos Comentadores para a Escola Histórica.

- Encarava-se o Direito Romano com os olhos postos na realidade. Os juristas procuravam distinguir, no sistema do *Corpus Iuris Civilis*, o que se conservava direito vivo do que se tornava direito obsoleto (esse sendo irracional)

- Importava separar as normas susceptíveis do uso moderno, i.e., adaptadas às exigências do tempo, das que correspondiam a circunstâncias romanas particulares.

- Mostra uma atitude diferente da Época Medieval, através da valorização que fez do Direito nacional

- Fez-se uma objectivação do direito natural, afirmando que esses preceitos romanos actuais são o direito natural em si - partia da ideia de que o Direito Romano (o direito das pandectas), devia ser usado no que fosse essencial à luz do Direito Natural

- Alguns nomes estranhos: Crapoze, Stryk e Bohmer.

**Jurisprudência Elegante**

- Preocupação no rigor das formulações jurídicas e dos criadores da expressão escrita dos seus adeptos.

**Iluminismo**

- Reconduzia-se à luz da razão, uau

**Racionalismo em Portugal**

- Expoente máximo: Verney

 - Critica algumas das posições dos humanistas contra Bártolo e a *opinio*, a silogística, citações, etc. – ideário racionalista e iluminista

**Reformas Pombalinas**

- Conseguidas através dos “estrangeirados”, que conheciam a mentalidade e os movimentos então em voga na Europa, e procuravam incentivar Portugal a entrar nessa onda de renovação

**Lei da Boa Razão – 1769**

- Nos seus preceitos existem inúmeras referências à “boa razão”, i.e., a *ratio* jusnaturalista.

- Tem como objectivos:

 - Impedir irregularidades em matéria de assentos

 - Regular a utilização do direito subsidiário

 - Conter normas precisas sobre a validade do costume

 - Dar elementos de interpretação para preencher lacunas

- As fontes imediatas são: Lei Régia, Estilo da Corte e Costume (considerado vontade tácita do Monarca)

- As suas fontes mediatas são: Direito Romano, Direito Canónico, Glosa de Acúrsio, Opinião de Bártolo e Resolução Régia

- A base da legitimidade desta lei é a conjugação da razão e da vontade do Rei

- Valoriza-se o Direito Legislado

- Em relação ao estilo: só o da Casa da Suplicação e não os produzidos nas Relações seriam normativamente válidos – esses só teriam validade se confirmados pela Casa da Suplicação.

- O costume teria de ser racional (conforme à boa razão), ter mais de 100 anos e não contrário à lei (costume *contra legem* afastado) para ser válido.

Direito Subsidiário

Quando não havia solução nas fontes imediatas, recorria-se ao direito subsidiário:

- Direito Romano – apenas era aplicado se conforme à boa razão, ao direito natural/das gentes (influência do *usus modernus*)

- Direito Canónico – relegado apenas para Tribunais Eclesiásticos, deixou de fazer parte das fontes subsidiárias; o pecado só deveria ser atribuído a matérias respeitantes à Igreja e à sua espiritualidade.

- Matérias Marítimas, Económicas e Políticas – Lei das Nações Cristãs, Iluminadas e Polidas – Direito Romano era posto de lado, inadequado à matéria.

- Glosa de Acúrsio e Opinião de Bártolo – Proibido o seu uso – deixa de fazer parte do direito subsidiário. Aplica-se também à opinião cmum

**Reforma dos Estudos de Direito**

Através da influência de Verney, inicia-se a reforma pombalina da Universidade

- 1770 – Cria-se a Junta de Previdência Literária

 - Cuja função é emitir pareceres sobre as causas da decadência do ensino universitário português e sobre o critério adequado à sua reforma.

- 1771 – Criado Compêndio Histórico do Estado da Universidade de Coimbra

 - Relatório onde se faz uma crítica implacável da organização existente

- 1772 – Expulsão dos Jesuítas e Estatutos Pombalinos (novos estatutos da Universidade)

Compêndio Histórico

- Apontava graves defeitos nos nossos estudos jurídicos:

 - Preferência absoluta dada ao ensino direito romano e canónico

 - Pouca importância dada ao direito pátrio

 - Abuso do método bartolista e respeito cego pela *opinio communis*.

 - Completo desprezo pelo direito natural e pela história do direito

- Inseriram-se novas matérias no quadro de disciplinas, como o Direito Natural, Direito Público Universal e Direito das Gentes, História do Direito e Direito Pátrio.

- A reforma pombalina orientou-se por estes corolários:

 - Jusnaturalismo racionalista

 - Aulas – lugares predominantes para cadeiras de história do Direito, Direito Natural e das Gentes e Direito.

 - Tem a marca das ideias cujacianas e do *usus modernum pandectarum*.

 - Um novo método de ensino – sintético, demonstrativo e compendiário, em contraste com o método escolástico.

 - Fornecer aos estudantes um panorama geral de cada disciplina, através da definição e da sistematização; o aluno alcançaria uma visão de conjunto e cientificamente ordenada de cada uma das disciplinas e os professores organizavam compêndios claros, breves e bem ordenados.

 - Alunos tinham um regime de comparência severo, tendo 5 horas de aulas por dia.

- A introdução destas modificações foi positiva mas ficou aquém dos desejos dos reformadores

- Estatutos não tiveram alteração até 1836

**A Questão do Novo Código**

- A 31 de Março de 1778, D. Maria I nomeia uma Junta de Ministros com o objectivo de começar uma reforma geral da legislação vigente

- O objectivo dessa revisão era saber: quais as leis antiquadas, quais as leis que estão parcialmente revogadas, quais as leis que têm sido sujeitas a várias interpretações e opiniões e quais as leis que pela experiência pedem reforma.

- Os membros da comissão deveriam seguir a divisão das Ordenações

**A Participação de Melo Freire**

- Em 1783 passa a integrar a comissão revisora Melo Freire

- 6 anos depois apresenta projectos de que fora incumbido: de reforma dos Livros II – Direito Público e V – Direito Penal – o seu trabalho acabou por ser mais do que um conjunto de ensaios, sendo verdadeiros códigos.

**A Junta de Censura e Revisão**

- Em 1789 é nomeada uma Junta de Censura e Revisão

- Época conturbada, com vindictas saneadoras e receios revolucionários à mistura, especialmente no processo de ‘despombalização’, do qual Melo Freire também foi vítima.

- José Seabra da Silva impediu o seu rival Melo Freire de promulgar o Novo Código

**A Censura de Ribeiro dos Santos**

- Grande polémica entre Melo Freire e Ribeiro dos Santos, principal censor do primeiro (a outra censura, de Francisco Pires de Carvalho, incidia apenas sobre aspectos formais)

- Não foi apenas uma polémica entre escolas do pensamento jurídico, mas sim uma verdadeira disputa jurídico-constitucional sobre as causas da crise nacional, uma contradita de argumentos jurídicos, invocando prudentes e documentos desde a fundação da nacionalidade:

 - Tentativa de superação do impasse existente

 - Foram chamados a revisão a organização política da monarquia e o direito divino

- O terramoto político pombalino significou o rui do *ancien regime* português – o contexto da época exigia uma profunda revisão legal e constitucional que adaptasse o Estado e o Direito às novas realidades

 - Essa reconstrução já não podia ser feita mediante soluções de força – juristas têm de concretizar em normas as abstracções ideológicas.

**Linhas Gerais da Disputa Ideológica**

- As ideias de ambos são tipicamente representativas da época

- Despotismo esclarecido de Pombal e liberalismo vintista e jacobino partilhavam a mesma pretensão estadualista e uniformizadora – inimigo de ambos é a sociedade consensualista e pluralista medieval

Melo Freire

- Pombalsita

- Mestre de uma geração de liberais, como Fernandes Tomás e Borges Carneiro

- “Liberalismo” Pombalino criticado por Camilo Castelo Branco

Ribeiro dos Santos

- Mentalidade diferente, Iluminista mas marcada pelo humanitarismo não agnóstico e defensor de reformas à anglo-saxónica.

- É o contrário das mentalidades revolucionárias e contra-revoluconárias, apresentando-se como um meio-termo não absolutista, mas consensualista – tem uma mentalidade iluminista oitocentista pré pombalina

- O seu pretenso liberalismo baseia-se no jusnaturalismo dominante, indo buscar as suas raízes à tradição portuguesa pré pombalina e dos foros medievais

- Num governo não despótico, a vontade do Rei deve ser a vontade da Lei, sendo o resto arbitrário (e, por conseguinte, despótico) – monarca e lei devem mandar o mesmo, porque têm a mesma origem e os mesmos fins

- Crítico moderado dos inconvenientes da Monarquia Absoluta

**Melo Freire**

**Monarquia Pura**

- Os monarcas portugueses não devem nem recebem a sua autoridade e poder do povo

- Não há lei que limite o poder do Rei e que delegue o seu governo ao povo, ao clero ou nobreza – Poder só pertence ao Rei

- O Reino de Portugal não é fruto de uma doacção, veio ao Rei pelo Direito de Sangue e pela conquista – Reino é domínio e propriedade do Rei, que dele pode dispor como Senhor particular

- Afirma não querer um rei tirânico e despótico, mas um Rei humano, que saiba que foi feito para a República e não o contrário – cedência a Ribeiro dos Santos

**Monismo Legalista**

- Assentos da Casa da Suplicação mantinham força para resolver dúvidas sobre a lei e a sua aplicação, i.e., autoridade de interpretação autêntica

- Lei nunca deve sair das mãos do Rei – o povo respeita mais a lei e o intérprete do Rei – povo respeita mais a lei e o intérprete do Rei do que um magistrado

**Direito Penal/Criminal**

- Apesar de criticar o direito criminal das Ordenações, Melo Freire, seguindo o humanismo de Beccano, no seu projecto de Código criminal, defende a pena de morte e penas cruéis.

**Direito Romano**

- Considera-o uma fonte de Direito Subsidiário

**Ribeiro dos Santos**

**Monarquia Consensualista**

- Leis Fundamentais – resultantes da convenção expressa ou tácita entre o povo e o soberano. Ex: os actos das Cortes de Lamego, que garantiam direitos invioláveis, foros e privilégios – vassalos são corpo da Nação.

- O povo, constituindo os Reis, transfere-lhes poderes, fazendo-os magistrados da Nação, responsáveis pelo Governo

- Afirma que as Cortes não eram algo arbitrário e dependente da vontade do Rei, mas um estabelecimento constitucional com fundamento nos costumes antigos, que exigiam a concorrência da Nação e os seus representantes no poder legislativo

- Monarquia consensualista e representativa, conformado por uma constituição histórica e limitada pelos foro e por um direito superior ao povo e ao Rei

**Monismo Legalista**

- Embora consensualista, é um radical no que toca ao Direito, defendendo o monismo legalista e a necessidade de uma codificação uniforme.

- Lei deve ser um mandamento que determina as acções dos súbditos e não resulta de lições académicas

- Defende a codificação, para tornar as normas simples – sabedoria das leis depende da uniformidade dos princípios

**Direito Penal/Criminal**

- Primeiro abolicionista do pensamento criminal português; aceita a pena de morte como lícita, mas considera-a inconveniente porque a entende como guerra da Nação contra o cidadão.

- O Monarca deve impô-las se assim o desejar, mas não é obrigado.

**Direito Romano**

- Considera-o uma fonte de Direito Subsidiário

- Critica o ensino do Direito por haver só uma cadeira de direito pátrio contra 8 de direito romano

**Movimento Geral das Codificações**

**Introdução**

- Entre o fim do século XVIII e o princípio do século XIX assiste-se a um importante movimento codificador Europa fora.

- Esse movimento traduz-se na elaboração de amplso corpos legislativos unitários, obedecendo a uma orgânica mais ou menos científica e que condensavam, autonomamente, as normas relativas aos ramos básicos do direito, já então individualizados.

- Movimento com um lastro racionalista, com objectivos de unificação e centralização jurídica. Teve muitos opositores, como a escola histórica de Savigny.

- Teve muitos denominadores comuns, mas os códigos dividem-se em famílias.

 - No campo do Direito Civil distinguem-se duas orientações – as do *Code Civil* napoleónico de 1804 e as do *Bürgerliches Gesetzbuch* alemão de 1900

 - No Direito Penal temos a orientação do *Code Penal* napoleónico de 1810 e o *Strafgesetzbuch* bávaro de 1813 e a orientação do Código Civil prussiano de 1851.

- As anteriores colectâneas de direito, desde o *Corpus Iuris Civilis* às Ordenações, correspondiam a períodos de síntese ou de estagnação, com mera organização do direito vigente. Os códigos modernos propunham-se a ser inovadores, realizando uma verdadeira transformação jurídica, com vectores jus racionalsitas e iluministas. O objectivo era o progresso e felicidade dos povos.

- Positivismo Legalista – códigos surgiram em despotismos esclarecidos ou países influenciados pela Revolução Francesa – exclusiva criação do poder legislativo e ideário reformista.

- A passagem para o positivismo parece óbvia – o direito identifica-se com a lei e qualquer problema é resolvido através do formalismo de uma dedução lógica do sistema para o caso concreto – nega-se ao juíz, agora mero autómato do silogismo judicial, qualquer função criadora.

**Movimento Codificador em Portugal**

- Foi principalmente influenciado pelas ideias da Revolução Francesa, pois a actividade codificadora acontece depois da implantação do Liberalismo.

Direito Comercial

Código Comercial de 1888

- Autor: Veiga Beirão

- Enquadra-se na linha do código comercial italiano de 1882, que descende do *Code de Commerce* napoleónico.

- Tendência objectivista – direito comercial deixa de constituir a disciplina privativa de uma categoria profissional e passa a abranger os actos de comércio em si.

- Encontra-se ainda em vigor, mas completado por legislação avulsa, especialmente no que toca a sociedades comerciais.

- No seguimento da publicação do BGB, consagrou-se em 1901 a sociedade por quotas.

Código Comercial de 1833

- Autor: Ferreira Borges

- A enorme dispersão legislativa e as incertezas jurisprudenciais tornavam urgente o Código.

- Dividido em duas partes: comércio terrestre e marítimo.

- Também se incluem normas de direito processual também, e até de direito civil.

- Influenciado pelo Código Comercial francês, projecto para o italiano e o espanhol, e também as nossas instituições vigentes

- Não se revelou voltado para o futuro, nem pelo conteúdo normativo nem pela técnica – deficiências foram-se evidenciando com o evoluir da actividade mercantil – já havia muita legislação avulsa

- Tentativa de revisão em 1859

Direito Administrativo

- Problema fulcral: o critério de divisão do território em circunscrições administrativas e a maior ou menor descentralização e o exercício do contencioso administrativo – sensível a mutações políticas.

- Apesar da actividade legislativa de Mouzinho da Silveira entre 1832 e 1835.

- Código Administrativo de 1836 – fruto da Revolução Setembrista, da autoria de Passos Manuel.

- Código Administrativo de 1842, de Costa Cabral, de feição centralizadora, tendo grande projecção prática.

- Códigos de 1867 e 1870 quase não vigoraram; Código de 1878, de Rodrigues Sampaio; Código de 1886 de José Luciano e Castro, revisto por Dias Ferreira e o Código de 1895 referendado por João Franco, que se transformou no Código de 1896.

- Apesar de intenções de alterar a legislação administrativa, o regime republicano não o conseguiu, e só em 1936, por impulso de Marcello Caetano, surgiu um novo Código.

Direito Penal

Código Penal de 1852

- Promulgado durante a ditadura de Saldanha, sancionado pelas Cortes depois do reestabelecimento da normalidade.

- Influências: *Code Penal* napoleónico de 1810, código brasileiro de 1830 e espanhol de 1848, com pouco eco da tradição portuguesa.

- No entanto, estava desadequado com as necessidades do tempo, por isso, houve um projecto de um novo Código Penal – “Código Penal de D. Pedro V”. Em 1861 foi concluído mas nunca foi promulgado.

- Grandes alterações na Reforma Penal de 1867, que aboliu a pena de morte e a Nova Refoma Penal de 1884. Integraram-se esses diplomas no Código em 1886 – maior adequação ao tempo.

- Durante a sua longa vigência sofreu profundas alterações e revisões e actualizações. Só em 1982 se promulgou um novo Código.

Direito Civil

- Código de 1867 assentou no trabalho do Visconde de Seabra, desembargador da Relação do Porto.

- Desejo de uma codificação do direito civil já vinha do século XVIII jusracionalista, mas instabilidade política não deixou.

- Código afastou-se da divisão orgânica das codificações da época, que pareciam-se com as *Instituitiones* do CIC. Seabra preferiu que o sistema do Código gravitasse em torno do sujeito activo da relação jurídica – primeiro o nascimento (atribuição de direitos e capacidades), depois a aquisção de direitos pelo exercício da personalidade, depois a sua fruição e finalmente os esquemas que a lei estabelece para defesa dos direitos.

- Código tem uma poderosa feição individualista – cada um trata de si.

- Consagrou-se o casamento civil.

- Código despertou admirações – elegância na linguagem (Herculano) e original sistematização; contudo, só satisfez no contexto histórico em que surgiu

- Defeitos: só ter sido feito por um homem, atraso da civilística portuguesa, excesso de originalidade, passar dos anos agravou as insuficiências do Código. Muitos novos institutos e figuras jurídicas ainda não apareciam e havia legislação avulsa – impunha-se um sistema de carácter social, contra o Código individualista – foi realizada pelo Código Civil de 1966

Direito Processual

- Código de Processo Civil de 1876, Código de Processo Comercial de 1896 e 1905.

- Novo Código de Processo Civil de 1939

- Código de Processo Penal de 1929