

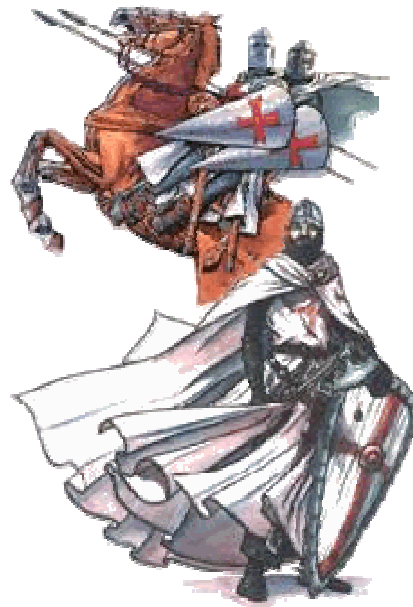
Curso de Direito

U
N
I
V
E
R
S
I
D
A
D
E

M
o
d
e
r
n
a

História Direito Português

1º Ano



Apontamentos

Apontamentos

História do Direito Português

Bibliografia:

DIREITO ROMANO – INTRODUÇÃO, FONTES

Prof. Sebastião Cruz

Coimbra Editora

HISTÓRIA DO DIREITO PORTUGUÊS (3 Volumes)

Ruy e Martim de Albuquerque

Faculdade de Direito

(utilizar a partir de Janeiro de 2005 para estudo do Direito Visigótico e do Direito Muçulmano)

HISTÓRIA DO DIREITO PORTUGUÊS

Mário Júlio de Almeida Costa

Almedina Editora

1º Semestre

A Periodificação da História do Direito Português

Existem vários critérios para periodificar a História do Direito Português, sendo que:

- Alguns desses critérios estão elencados no manual de História do Direito Português do prof. Mário Júlio de Almeida Costa, designadamente da pág. 31 à 36.
- Outros critérios estão descritos e são defendidos no manual de História do Direito Português dos professores Ruy e Martin de Albuquerque, pelo que se deverá consultar o índice e ver as páginas correspondentes a essa matéria de estudo.
- Outros ainda encontram-se descritos no manual de História do Direito Português do professor Duarte Nogueira, sendo estes os critérios mais utilizados e tidos em conta na periodificação da história do direito português.

Os critérios de periodificação de História do Direito Português podem ser **de natureza política, de natureza étnico-política, jurídicos ou mistos**.

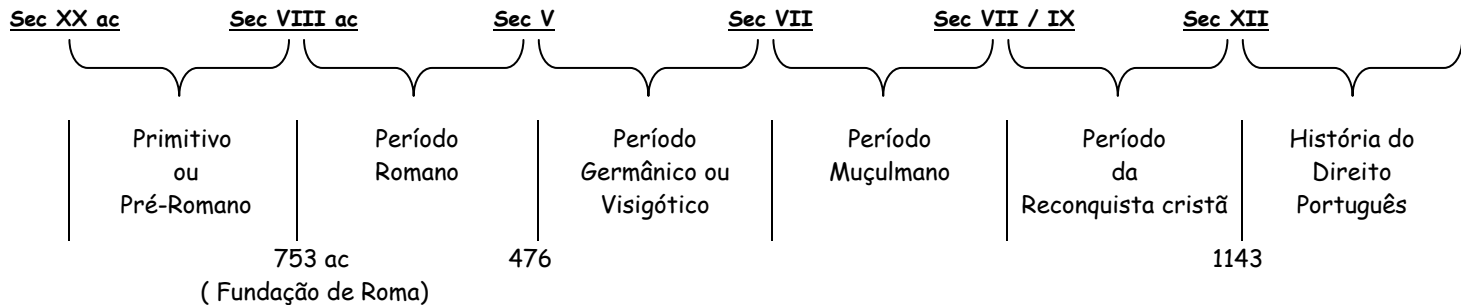
- 1) **O critério político** atende aos elementos políticos da história, como por exemplo as formas de Estado.
- 2) **O critério étnico-político** conjuga elementos políticos com étnicos, isto é, as formas de Estado com os elementos característicos e específicos dos povos constituintes dessas formas de Estado.
- 3) **Os critérios jurídicos**, por sua vez, subdividem-se em **internos e externos**:
 - O **critério jurídico interno** está relacionado com as instituições, sendo estas as figuras que detêm um regime específico composto por direitos e deveres que perduram no tempo.
 - O **critério jurídico externo** está relacionado com as **fontes de direito**, traduzindo-se estas num meio de revelação ou exteriorização do Direito.
- 4) **O critério misto** atende a factores que não têm exclusivamente importância jurídica., sendo o critério mais defendido e utilizado pelos autores, porque além dos aspectos jurídicos atende também a aspectos políticos, económicos, religiosos, culturais, etc.

No caso do Direito Português, até à fundação da nacionalidade utilizam-se **critérios étnico-políticos**, porém, após a fundação da nacionalidade, data discutível, dado que para alguns esta ocorreu em 1143 com a assinatura do tratado de Zamora, e, para outros a mesma só ocorreu em

1179 com a publicação do "Manifestus Probatum" (reconhecimento de Portugal pela Santa Sé), utilizam-se **critérios jurídicos e mistos**, divididos em dois períodos ou épocas:

- **A época pluralista**, que ocorre entre 1140 e 1415 (conquista de Ceuta) e se caracteriza por assentar numa pluralidade de fontes, tais como o costume, a lei, o direito outorgado e pactuado, normas de direito local (foros e forais), direito canónico, direito romano, direito prudencial, direito divino, direito germânico, direito muçulmano, etc. Esta época caracteriza-se assim pela inexistência de um domínio do Direito emanado do poder central e por uma variedade de instituições, não se podendo assim falar de Estado, mas sim de um regime feudal ou senhorial. Os juristas, na época pluralista, eram possuidores de margem de manobra e eram criadores de Direito.
- **A época monista**, que decorre de 1415 até aos nossos dias, caracteriza-se pelo predomínio da **lei**, o que está relacionado com a vontade inicial dos monarcas em centralizar o poder. **A época monista**, por decorrer num período de tempo tão longo, subdivide-se em dois períodos:
 - ⇒ **Período monista formal**, situado entre 1415 e 1820, que se caracteriza pela estabilidade do direito público e um desenvolvimento progressivo das doutrinas políticas, bem como pela permanência das linhas mestras do direito privado (Ordenações e Lei da Boa razão-1769) e pelo carácter translatício dos juristas.
 - ⇒ **Período monista material ou substancial**, que decorre desde 1822 até aos nossos dias e se caracteriza pela nova força que as ideias de Estado e indivíduo adquirem. A ordem jurídica passa a ser concebida como sistema, no âmbito do qual a ordem que prevalece é a lei, situação que resulta da constatação de que as ordenações apresentam um conjunto de lacunas e que, por isso, necessitam de ser substituídas, o que dá lugar ao aparecimento dos códigos e do carácter sistemático destes.

Periodificação da História do Direito



Periodificação da História do Direito Português



O Direito Primitivo ou Pré-romano

O Direito Primitivo ou Pré-romano corresponde a uma fase embrionária do Direito e caracteriza-se pela indefinição, na medida em que existiam variados povos com identidades próprias o que impedia uma unidade étnica, linguística, cultural, religiosa, política, económica ou jurídica.

As principais fontes de conhecimento eram por isso escassas, destacando-se os restos epigráficos (inscrições antigas) e os arqueológicos.

Nesta época a Península Ibérica foi ocupada por vários povos, nomeadamente Tartéssios (Andaluzia), Turdetanos, Iberos, Celtas, Celtiberos, Galaicos e Franco-Pirinaicos, caracterizando-se todos por uma organização tribal, com regras de convivência comum estabelecidas através de pactos de hospitalidade, de clientela, militares ou religiosos, onde imperava uma ordem patriarcal, sem leis e assente num "ordenamento" consuetudinário, isto é, baseado no costume, sendo este a fonte do conhecimento.

O Direito primitivo ou Pré-Romano teve assim uma natureza consuetudinária, onde imperava o costume, que se revelava através de algumas instituições, nomeadamente:

- Esponsais que correspondiam a promessas de casamento em que os futuros cônjuges se comprometiam a casar num determinado período de tempo e que, dependendo da ordem jurídica existente, eram mais ou menos vinculativos. Os esponsais no Direito Romano não vieram a ser vinculativos, mas já o vieram a ser no Direito Germânico.
- Lei do ósculo, regra segundo a qual depois da cerimónia do beijo dado em público perante testemunhas, estava selado o compromisso dos esponsais.
- Comunhão geral de bens, tratava-se de um regime de bens do casamento, em que são comuns quer os bens que cada um tinha à data da celebração do casamento, quer os adquiridos posteriormente.
- Tardicio, tratava-se da segunda fase do casamento, dando-se depois a transferência da mulher da esfera paternal para a esfera do marido.
- Entrar às varas, sanção que consistia em dar ao acusado da prática dum crime, uma série de varadas em público (alguns açoites) como castigo do crime cometido.
- Outras penas.
- Outras penas a nível penal.

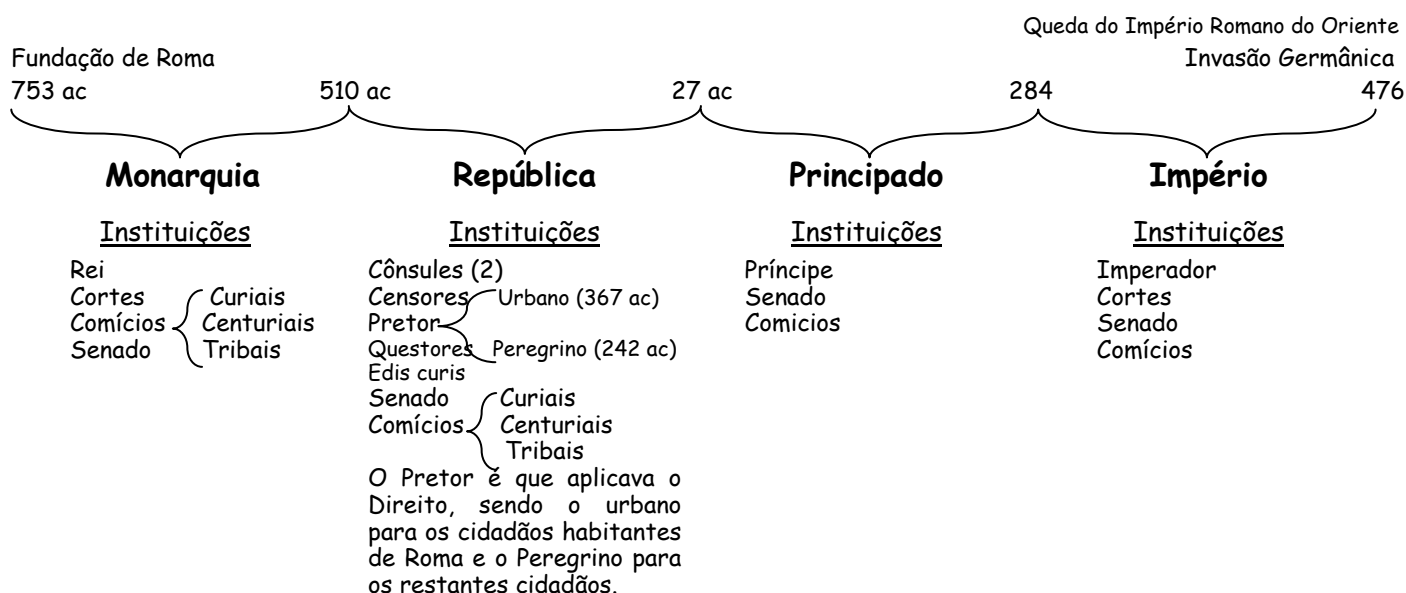
- Colocar o criminoso numa gaiola ou num pelorinho.
- Levar o criminoso a passear pelas ruas e com uma corda ao pescoço.
- Cortar as barbas ao criminoso.
- Lançar o criminoso de um rochedo, com vista à sua morte.

Em suma, o Direito Primitivo ou Pré-Romano caracteriza-se por organismos populares e pela inexistência de organismos políticos elaboradores de leis, ou melhor dizendo, com orientações políticas destinadas exclusivamente à elaboração de leis.

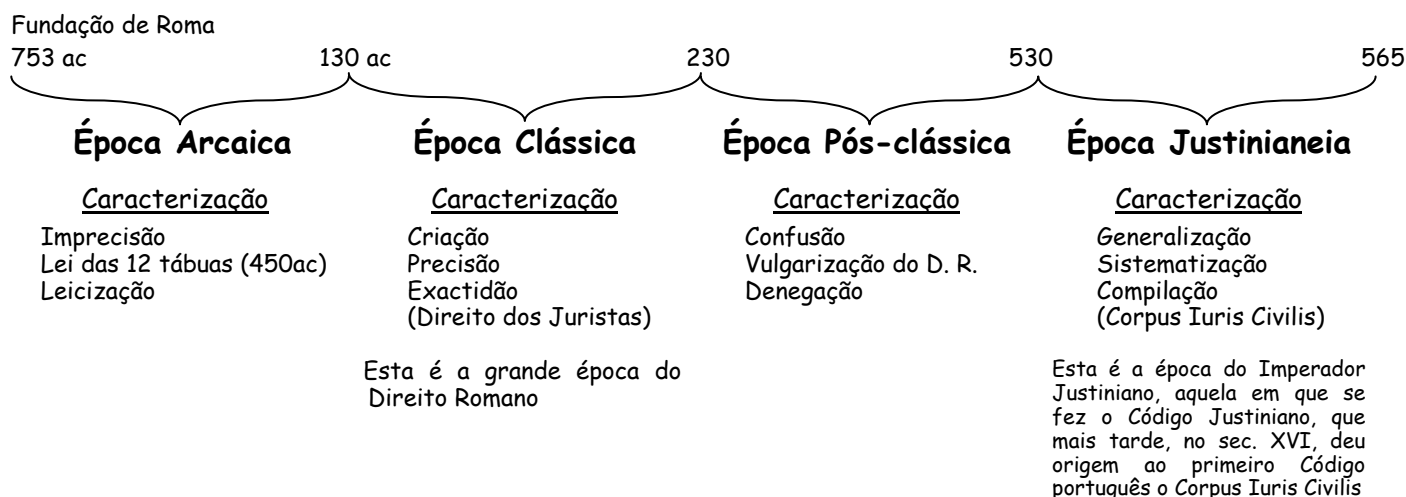
O Direito Romano

O Direito romano obedece a duas periodificações, uma periodificação política que divide a evolução do Direito Romano de acordo com o que foi a evolução política de Roma, e, uma periodificação jurídica que atende aos aspectos característicos da evolução do próprio Direito Romano.

Periodificação Política do Direito Romano



Periodificação Jurídica do Direito Romano



Na abordagem ao Direito Romano, além das Períodificações há que ter em conta as **fontes de direito romano**, que se podem dividir em duas categorias:

- Uma constituída pelas leis romanas, o costume romano (designado por MORES MAIORUM), as constituições imperiais e os senatos consulta (pareceres).
- Outra constituída pelo direito pretório, também designado por direito honorário, que é um tipo de direito romano autónomo.

Um outro aspecto a ter em conta na abordagem do Direito Romano tem a ver com o chamado fenómeno da sua contaminação e adulteração por parte dos povos bárbaros, passando assim o Direito Romano a perder progressivamente a sua genuinidade

Periodificação Política do Direito Romano

Como já referido anteriormente a periodificação política do Direito Romano atende a aspectos da evolução política de Roma.

A periodificação política do Direito Romano divide-se em (4) quatro épocas, a da **Monarquia** que abrange o período compreendido entre os anos de 753 a.c. e 510 a.c., a da **República** compreendida entre os anos 510 a.c. e 27 a.c., a do **Principado** que decorreu entre os anos 27 a.c. e 284, e a do **Império** , também designada pela época do **Dominado** ou **Absolutismo**, que abrange o período compreendido entre os anos 284 e 476.

Monarquia (753 ac - 510 ac)

Esta época corresponde à iniciação de Roma, que obviamente nasceu com uma indistinação de funções.

Foi na época da **Monarquia** que Roma nasceu politicamente como um Estado-cidade, constituído e ocupado por um conjunto de indivíduos preocupados em evitar influências exteriores, criando-se assim uma lógica de autonomia e soberania.

Na época da **Monarquia** existiam vários centros de poder, já que a divisão territorial e o poder de Roma assentava na existência de pequenas comunidades domésticas lideradas por chefes políticos de estrutura familiar, denominados por **Pater Família**.

No período da **Monarquia**, o poder de Roma passou a assentar nas figuras do **Rei**, do **Senado** e do **Povo**.

Roma era liderada por um **Rei** vitalício mas não hereditário, o qual, antes de morrer, escolhia o seu sucessor, porém este só passava a ser rei, depois de aprovado e ratificado pelo povo em comício curial "**Comissium Curial**", de acordo com a "**Lex Curiata de Império**"

O Rei centralizava em si simultaneamente as funções de **sumo sacerdote**, **chefe militar** e **juiz supremo**, assistindo-se assim, neste período, a uma **divinação do Direito**.

O Rei era assistido pelo **senado**, o qual tinha uma estrutura aristocrata, já que era formado pelos **Pater Família** fundadores da cidade de Roma, aqueles que eram reconhecidos como tendo uma grande experiência de vida e dignos de serem considerados como fazendo parte da elite de Roma, dotados de prestígio social.

O **senado** tinha uma função consultiva e também a função de nomear o **Inter Rex**, que assegurava o exercício do poder político no período compreendido entre a morte de um rei e a investidura do rei sucessor.

O **Povo** era constituído pela **classe Patrícia** e a **classe dos Plebeia**.

Os **Patrícios** constituíam o **Senado**, enquanto que os **Plebeus** constituíam **comícios**, onde elaboravam leis, em obediência a regras muitíssimo rigorosas.

Havia três tipos de comícios, os **curiais**, os **centuriais** e os **tribais**.

Os **curiais**, compostos por 30 membros (um representante de cada uma das 30 cúrias em que estava dividida a cidade de Roma) e tinha como função principal a "**Lex Curiata de Imperium**", isto é, a votação e aprovação do rei.

Os **centuriais**, que, nesta época da monarquia, incidiam essencialmente sobre questões militares e bélicas.

Os **tribais**, que eram compostos pelos elementos das famílias ou tribos, habitantes de outras cidades, os quais, nesta época da monarquia, se limitavam a ser locais onde os membros das classes inferiores do Povo reivindicavam os seus direitos.

República (510 ac - 27 ac)

Nesta época do Direito Romano hierarquiza-se, dada a forma como o poder político se vai dividir.

A partir do ano 510 ac o poder político deixou de estar concentrado na figura do rei e passou a estar nas mãos de (2) dois Cônsules eleitos pelo povo para governar por um período de (1) um ano.

O poder político da república passa a assentar nas figuras da **magistratura**, do **senado** e do **povo**.

Segundo o prof. Sebastião Cruz, a magistratura romana correspondia ao cargo de governar, **sendo os magistrados todos aqueles que detinham cargos políticos de consulado para baixo**.

Os magistrados eram portanto os sucessores dos reis, na medida em que eram os verdadeiros detentores do "**imperium**", isto é, do poder absoluto, que, no entanto, estava limitado por **temporalidade** (cargos exercidos durante um período limitado, um ano no

caso dos cônsules), **colegialidade** (cargos colegiais, ou seja, mais do que um) e **responsabilidade** (os detentores dos cargos eram responsáveis pelos actos que praticavam).

A magistratura, considerada a carreira das honras, era hierarquizada, possuindo no topo os **Cônsules**, depois os **Censores**, os **Pretores**, os **Questores** e finalmente os **Edis Curis**.

Segundo o prof. Sebastião Cruz (Pág. 65 do manual), a importância dos magistrados define-se pelo poder e pela dignidade dos cargos.

Estes magistrados pertenciam à denominada carreira das honras ou magistratura ordinária e eram detentores de grande prestígio social.

Os **cônsules** detinham o poder político e administrativo.

Os **censores**, inicialmente, eram cargos ocupados exclusivamente por militares distintos, porém, gradualmente, com o evoluir do tempo, também os patrícios de elevado carácter que já tivessem sido cônsules, passaram a poder ser nomeados **censores**.

Os **censores** colaboravam com os **cônsules** na administração de Roma, discutiam essencialmente assuntos militares e dedicavam-se à elaboração de leis destinadas à tributação de impostos.

Os **pretores** é que definiam se havia direito de acção e, em caso afirmativo, qual o direito que deveria ser aplicado.

Os **questores** e os **edis curis** tinham a missão de colocar ordem nas cidades, de limpeza das cidades e também de cobrar impostos.

Segundo o prof. Sebastião Cruz existia ainda uma magistratura extraordinária, composta pelos **Tribunos da Plebe** e pelos **Edis da Plebe**, os quais eram eleitos em assembleia popular ou comício, designada por **concílio da plebe**, e tinham um grande poder entre os plebeus.

Assim sendo, globalmente os magistrados tinham três poderes, a saber:

- A **potestas**, que tinha um significado **político**, já que se traduzia no poder de representar o povo romano, permitindo a criação de obrigações a serem cumpridas pelo povo representado.
- O **imperium**, que se traduzia no poder de soberania, numa lógica militar, que englobava a capacidade de comandar exércitos, convocar o senado e as assembleias populares (comícios), e também a capacidade de administrar a justiça. Este poder era apenas possuído pelos Cônsules e pelos Pretores.

- A iurisdictio, que se traduzia no poder ou faculdade específica de administrar a justiça de forma habitual e corrente.

Segundo esta divisão de poderes, constata-se que o **Pretor** possuía a totalidade dos poderes, sendo ele quem, num primeiro momento, decidia se dava ou não provimento à acção de um determinado caso, isto é, se o caso tinha ou não importância jurídica, e, em caso afirmativo, qual o Direito que o **Juiz** (que não era magistrado) teria de se basear para proferir a decisão.

A partir de 242 a.c. a administração da justiça passou a estar distribuída por dois pretores: o ***praetor urbanus*** (pretor urbano) que havia surgido em 367 a.c. e que organizava as normas de *ius civile*, as quais só englobavam processos em que intervinham cidadãos romanos, excluindo mulheres e escravos, e o ***praetor peregrinus*** (pretor peregrino) que passou a organizar as normas do *ius gentium*, que englobavam os processos em que intervinham cidadãos romanos e estrangeiros ou estrangeiros entre si que vivessem em território romano ou sob a tutela de Roma.

O pretor era o interprete da *lex*, mas sobretudo era o defensor do *ius*.

Na república o senado continuou a ter uma importância excelente, tendo começado mesmo a ser um órgão de prestígio na esfera externa e também na esfera interna, passando as suas decisões, denominadas por **senatos consulta** (pareceres), a ser muito consideradas.

Até 339 ac o senado apenas ratificava as deliberações dos comícios, porém, a partir dessa data, passou a intervir não à posteriori mas à anteriori, aprovando previamente as propostas a votar nos comícios.

O Povo passou também a ter um papel importantíssimo ao nível da elaboração das leis, através da realização dos comícios, sendo que:

Os comícios curiais, com o fim da monarquia, mantiveram a "**Lex Curiata de Imperium**", isto é, a votação e aprovação da investidura dos cônsules e passaram a discutir essencialmente questões políticas, votando propostas de lei dos magistrados.

Os comícios centuriais, que incidiam essencialmente sobre questões militares, passaram também, finda a monarquia, a ter outras funções, designadamente, entre outras, a de eleger alguns magistrados, nomeadamente os cônsules, os censores, os pretores e o ditador (magistrado extraordinário que ditava ordens ou regras em caso de vazio político).

Os comícios **tribais**, compostos pelos elementos das famílias ou tribos, habitantes de outras cidades, finda a monarquia, passaram também a poder eleger os magistrados inferiores, designadamente os **questores**, os **edis curis**, bem como os vereadores e os governadores de província.

Segundo o prof. Sebastião Cruz existia ainda outro tipo de assembleia popular ou comício, nomeadamente o **concílio da plebe**, que elegia os **tribunos** e os **edis da plebe** e tinha competência legislativa para aprovar os **plebiscitos**, os quais se constituem mesmo como **fonte de direito**, designada por **plebiscita**.

Até 286 ac os **plebiscitos** só vinculavam os plebeus, porém, a partir dessa data, com a aprovação da "**lex hortênsia**", também os patrícios passaram a ficar sujeitos aos plebiscitos.

Até ao ano de 130 ac, o processo judicial romano decorria de acordo com o sistema das acções da lei (**legis actiones**), em que as actuações processuais tinham de se adaptar rigorosamente ao prescrito nas **leges actiones**, que se caracterizavam por serem sobretudo orais.

Este processo judicial das **leges actiones** baseava-se em (5) cinco procedimentos possíveis, que eram aplicados consoante a natureza dos conflitos ou litígios a resolver, isto é, o pretor ouvia as partes em conflito e depois verificava se nos cinco procedimentos existentes existia direito aplicável à causa, dando ou denegando a acção consoante houvesse ou não direito aplicável.

A partir do ano 130 ac, surgiu a "**lex aebutia de formulis**", que introduziu uma nova forma de processar (**agere per formulas**), isto é, um processo formulário que se dividia em duas fases, decorrendo a primeira perante o pretor e a segunda perante o juiz.

- A primeira fase, denominada "**In Iure**", era importantíssima e decisiva para o processo, já que era nesta fase que o pretor ouvia as partes em conflito e verificava se existia ou não direito aplicável.
Caso o pretor entendesse que a causa merecia ou tinha tutela jurídica, "dava a acção" e determinava qual o direito a aplicar, através da elaboração de fórmulas especialmente adaptadas às situações de conflito, que se traduziam em ordens dadas ao juiz, para proferir uma sentença neste ou naquele sentido, conforme se provasse ou não determinado facto.
Caso o pretor entendesse que a causa não merecia tutela jurídica, declarava o "**Non Lique**", isto é, denegava a acção e não propunha qualquer direito a aplicar.

- Na segunda fase, denominada por **In Dictio**, o juiz, perante a fórmula indicada pelo pretor, ouvia as partes, tomava conhecimento das provas e decidia a causa, tendo, no entanto, a faculdade de não seguir as orientações do pretor, podendo até, perante uma situação concreta, invocar o "**Non Liqueat**", isto é, decidir não proferir sentença ou sequer julgar por entender que não era líquido que a causa tivesse ou merecesse tutela jurídica.

Inicialmente e durante a época da República, o juiz era um cidadão privado escolhido pelas partes em conflito. Só muito mais tarde, já na decadência do Império Romano, passou a ser uma figura pública e um funcionário do Estado.

Defende o prof. Sebastião Cruz, embora reconheça que a questão é polémica (Pág. 332 do manual), que o processo romano, quase desde o início, estava dividido nas duas fases supra descritas, adiantando que a importância que a "**lex aebutia de formulis**" teve foi a de introduzir uma nova forma de processar (*agere per formulas*), possibilitando ao pretor, além de subtrair ou colocar sob a acção do *ius civile* determinado conflito (competência que já detinha no sistema de *leges actiones*), a faculdade de integrar e corrigir o *ius civile* pela via processual.

Com efeito, segundo o Dr. Sebastião Cruz, o processo formulário criado com a "**lex aebutia de formulis**", numa fase inicial, coexistiu com o sistema de *leges actiones*, porém, só mais tarde, em plena época clássica, por força da publicação da "**lex iulia**", de Augusto, é que passou a ser o único a ser aplicado, na medida em que as *leges actiones* desapareceram praticamente.

Principado (27 ac - 284)

Neste período o território romano alargou-se substancialmente e começaram a haver trocas comerciais, o que naturalmente começou a gerar conflitos entre a classe política e o povo.

O Principado corresponde a um período de transição, em que se começou a retirar poder aos magistrados em favor da concentração dos poderes no Príncipe.

O Príncipe, como figura principal do Estado, passou concentrar progressivamente o poder na sua pessoa, retirando poder ao senado.

O Príncipe elaborava primeiramente os pareceres e apresentava-os posteriormente no senado para serem aclamados e obviamente aprovados, já que os senadores passaram também a ser escolhidos por ele.

O Principado, no fundo, era um sistema similar a uma monarquia de tendência absolutista, que se baseava na ideia do pelotão imperador.

O Príncipe também "atacou" os comícios, retirando-lhes poderes específicos em favor do senado e do exército, que controlava.

Esta política tinha a ver com a vontade de criar uma estrutura militar forte, capaz de influenciar os centros de poder.

Estas alterações surgiram fundamentalmente logo a partir do primeiro Príncipe, ***Octávio César Augusto***, principalmente quando este venceu ***Marco António*** e ***Cleópatra***, rainha do Egipto.

Império, Dominado ou Absolutista (284 - 476)

Este período, que se iniciou com a nomeação do imperador ***Dioclesiano I***, corresponde a um período de veneração do chefe, que passou a ser uma figura política rodeada de funcionários burocráticos que o veneram e trabalham para a defesa dos objectivos dele.

O **senado** passou a obedecer às directrizes do imperador e o **povo** perde totalmente o poder, inclusivé o de eleger o imperador.

Com efeito, o imperador passa a auto-intitular-se um Deus, alegando que o seu poder já não advém da "***Lex Curiata de Imperium***", mas duma vontade divina.

A grande dimensão do território do império e as mudanças políticas de concentração de poderes na figura do imperador, agravadas por constantes lutas internas relacionadas com a sucessão dos imperadores, originaram o descontentamento e a desobediência dos cidadãos das províncias, o que propiciou a contaminação dos povos bárbaros, principalmente dos germânicos.

Os problemas que resultaram da grande expansão territorial, nomeadamente os problemas relacionados com a administração do império, levaram o imperador ***Teodósio***, em 395, a dividir o império em duas partes, uma correspondente aos territórios do ocidente e outra correspondente aos territórios do oriente, distribuindo cada uma dessas partes pelos seus dois filhos.

No ano de 476, o imperador ***Rómulo Augusto*** morre, depois de derrotado pelo rei bárbaro ***Odoacro***, pelo que Roma cai e finda o Império Romano do Ocidente.

Periodificação Jurídica do Direito Romano

Como já referido anteriormente a periodificação jurídica do Direito Romano atende a aspectos da evolução do Direito Romano.

A periodificação jurídica do Direito Romano divide-se em (4) quatro épocas, a época arcaica que ocorreu entre os anos de 753 a.c. e 130 a.c., a época clássica compreendida entre os anos 130 a.c. e 230, a época pós-clássica que decorreu entre os anos 230 e 530, e a época justinianeia compreendida entre os anos 530 e 565.

Época Arcaica (753 ac - 130 ac)

Nesta época as instituições são pouco evoluídas do ponto de vista do Direito, já que estão numa fase rudimentar, originado pelo facto de existirem poucos conhecimentos sobre os factos anteriores.

A época arcaica caracteriza-se também pela imprecisão porque não existe ainda uma clara separação do mundo jurídico do mundo da moral e da religião, pois, não nos podemos esquecer que até ao Sec. V a.c., a aplicação do Direito era tarefa do Clero.

- O primeiro grande aspecto do Direito Romano nesta da época arcaica é o facto de ser um Direito fechado e privativo dos **cives** (cidadãos habitantes de Roma), isto é, o Direito Romano não era um Direito partilhado, tendo mesmo, em 367 ac, sido criada a figura do **Pretor Urbano**, o qual fazia aplicar as normas de ***ius civile***, que só englobavam processos em que intervinham cidadãos romanos, excluindo mulheres e escravos.

- Outro grande aspecto que caracteriza a época arcaica tem a ver com o surgimento da **Lei das doze tábuas**, criada muito provavelmente em 450 a.c. (Sec. V ac), havendo até quem diga que se trata da primeira Lei, sendo com esta lei romana que o direito romano passou a ter uma base legal e jurídica, deu-se assim, com esta lei, a **laicização do Direito Romano**, isto é, a definição das matérias que ficavam na alçada do direito canónico e na alçada do poder político.

Esta lei possuía mesmo 12 tábuas de bronze ou madeira e resultou da necessidade de equilibrar os direitos e deveres de duas classes romanas, os Patrícios e ou Plebeus.

Crê-se que esta lei desapareceu num incêndio em Roma, no ano de 360 a.c.

- Um terceiro aspecto caracterizador da época arcaica prende-se com a criação em 242 a.c. da figura do **Pretor peregrino**, que passou a definir se em cada caso concreto se justificava a aplicação do Direito e, em caso afirmativo, qual era o Direito que iria ser aplicado.

Como contraponto ao primeiro aspecto desta época, isto é, um Direito romano fechado, o **Pretor peregrino** criou um Direito, designado por **IUS GENTIUM**, destinado a abranger não só os habitantes de Roma, mas todos os povos que estavam sob a tutela de Roma, adaptando assim o Direito Romano a esses povos.

Assim, em síntese, na **época arcaica** haviam dois Direitos, o **IUS CIVILE**, aplicado, desde 367 ac, pelo **Pretor Urbano** e o **IUS GENTIUM**, aplicado desde 242 ac, pelo **Pretor Peregrino**, destinado à resolução dos conflitos existentes entre os estrangeiros e entre estes e os cidadãos de Roma.

Tanto o **IUS CIVILE** como o **IUS GENTIUM** se baseavam no costume romano, designado por **MORES MAIORUM**.

Época Clássica (130 ac - 230)

Esta é a época fundamental do Direito Romano, ou seja, é aquela em que as instituições jurídicas romanas mais se desenvolveram.

Esta época caracteriza-se pela **criação**, o **rigor**, a **exactidão** e a **precisão** (cfr. pág. 46 do manual de Direito Romano - introdução, fontes, do prof. Sebastião Cruz).

Foi também nesta época que apareceram os grandes juristas romanos, tais como **LABEO**, **JULIANO**, **GAIO**, **PAULO** e **ULPIANO**, sendo este último considerado o melhor da época clássica.

Nesta época deixou-se de aplicar o direito a um nível causal e pontual e criaram-se princípios de aplicação, com carácter mais ou menos genérico, abstraídos de qualquer caso concreto.

A **época clássica** pode-se subdividir em três períodos, o período da época **pré-clássica** que decorreu entre os anos 130 ac e 30 ac, o período da **clássica central** que decorreu entre os anos 30 ac e 130, e o período da **clássica tardia** que decorreu entre os anos 130 e 230.

Nesta época, o **Pretor** torna-se numa figura ainda mais importante, pois passa a ser ele quem estipula se existe legitimidade para uma determinada acção e, em caso afirmativo, qual o Direito que deve ser aplicado.

Os **juristas** passam a ter essencialmente três funções:

- **CAVERE**, que se traduzia no acompanhamento e aconselhamento aos particulares, sobre a forma como deveriam realizar os seus negócios jurídicos.
- **AGERE**, que se traduzia em orientações dadas aos particulares, no âmbito de acções judiciais.
- **RESPONDERE**, que se traduzia em respostas ou pareceres que elaboravam sobre problemas jurídicos que lhes fossem apresentados.

Esta última função era a mais importante porque quando os pareceres eram levados ao conhecimento dos Pretores ou dos Juizes, acabavam por fixar jurisprudência.

Época Pós-clássica (230 - 530)

Esta época corresponde ao início da decadência do Direito Romano, em que este começa a perder a qualidade técnica e a sua pureza, fruto da influência directa de outros direitos. O Direito Romano passa a estar tendencialmente concentrado nas mãos do imperador e, como tal, a jurisprudência perde uma significativa importância, na medida em que os juristas passam a fazer uma interpretação de acordo com o que o imperador pretende, surgindo assim a jurisprudência burocrática.

Nesta época dá-se a denominada vulgarização do Direito Romano, a qual resulta da denegação dos valores jurídicos da época clássica, da alteração dos padrões clássicos de rigor, precisão, perfeição e exactidão, e da permeabilidade a instituições exteriores.

Época Justinianeia (530 - 565)

Esta é a época do imperador Justiniano e caracteriza-se por ser uma época em que se procurou recuperar os altos padrões normativos do Direito da época clássica.

Foi nesta época que se elaborou o Código Justiniano, compilação de leis que mais tarde, no séc. XII, vai dar origem à formação do Direito Europeu e, mais tarde ainda, no

sec. XVI, vai servir de base à criação do **CORPUS IURIS CIVILIS**, que corresponde nada mais nada menos ao próprio código justiniano.

Esta época caracteriza-se por uma grande influência helenista, em que se generalizou, compilou e sistematizou o Direito Romano.

Todo o trabalho de sistematização e compilação dos ordenamentos foi elaborado por juristas, formados fundamentalmente em três grandes escolas, a escola de Constatinopla, a escola de Beirute e a escola de Damasco.

Esta época, apesar de tentar recuperar o Direito Romano da época clássica, não deixou de ser uma época de decadência, na medida em que apenas se fizeram compilações de leis e códigos.

Fontes do Direito Romano

Há dois tipos de fontes do Direito Romano, as juscivile e as jushonorarium.

As fontes juscivile são constituídas pela **lei**, pelo **costume**, pelas **constituições imperiais**, pela **jurisprudência** e pelos **senatos consulta**.

As fontes jushonorarium correspondem a um tipo de Direito específico, produto da actividade do Pretor romano e também da actividade de outros funcionários romanos e dos demais magistrados pertencentes às escalas da hierarquia das magistraturas romanas.

Porém há que ter em atenção que apesar de alguns autores defenderem que o juspraetorium é uma **fonte jushonorarium**, tal não é correcto, já que o juspraetorium diz respeito apenas ao Direito resultante exclusivamente da actividade do pretor.

Fontes Juscivile

Lei das doze tábuas (Pág. 175 a 198 do manual DR de Sebastião Cruz)

A **lei das doze tábuas** foi a primeira lei romana, que contribuiu decisivamente para a evolução do Direito Romano.

O texto original da **lei das doze tábuas** não tem qualquer denominação, havendo quem diga que a mesma foi escrita em doze tábuas de madeira de carvalho.

O conhecimento que se tem da **lei das doze tábuas** deriva da tradição oral e escrita.

Segundo o prof. **Espinosa Gomes da Silva**, esta lei foi uma codificação parcial dos costumes romanos, na medida em que apareceu no ano de 450 a.c., portanto na época arcaica do Direito Romano, em que a função dos juristas era a de revelar os costumes.

Outros autores defendem que esta lei deve ser encarada como uma afirmação do poder político.

Esta lei resultou da tentativa de igualar a classe patrícia à classe plebeia e também da preocupação que a classe patrícia tinha de restringir a aplicação da justiça civil e penal.

Do que se conhece, a **lei das doze tábuas** foi elaborada por uma comissão constituída por 10 homens (composta maioritariamente por patrícios e alguns plebeus), designados por ***Decênviro***, os quais foram enviados para a Grécia para copiar a lei de solon e tomar conhecimento das instituições gregas.

A comissão era composta por magistrados e foi criada pelo prazo de um ano, findo o qual a lei teria de estar pronta. Durante o ano da elaboração da lei eram os magistrados que compunham a comissão que substituíam as magistraturas ordinárias.

Findo o prazo de um ano, a comissão só conseguiu elaborar dez tábuas, pelo que foi criada uma nova comissão, com um aumento significativo de elementos da classe plebeia, a qual tinha como tarefa a conclusão do trabalho no prazo de mais um ano.

Porém, apesar de nesta nova comissão ter havido um aumento significativo de plebeus, foi proibido o casamento entre estes e a classe patrícia, passando essa proibição a constar numa das duas tábuas em falta elaboradas.

Segundo o prof. Boaventura, um grande aspecto positivo da **lei das doze tábuas**, é o facto de durante a sua elaboração se ter criado uma magistratura extraordinária.

A **lei das doze tábuas** desapareceu em 360 a.c., em resultado dum grande incêndio que fustigou Roma.

A **lei das doze tábuas** tinha a seguinte composição:

Tábua	Matéria
I, II e III	<i>Código Civil</i> - Normas de Direito processual ou adjectivo, nomeadamente relativas à tutela de Direitos familiares e patrimoniais
IV e V	<i>Direito da Família</i> - Família e Matéria da tutela, curatela e da sucessão hereditária.
VI	Matéria relativa aos negócios jurídicos
VII	Propriedade e seus limites
VIII e IX	<i>Direito Penal</i> - Matéria relativa aos delitos e procedimentos criminais que se caracteriza pela lei de taleão (olho por olho, dente por dente)
X	Direito sagrado
XI e XII	Normas gerais e normas de proibição de casamento entre patrícios e plebeus.

Para os romanos o conceito de lei é uma das fontes de criar Direito.

"Lex"=Lei, "Leges"=Leis, "Ius"=Direito

A lei era uma declaração com valor normativo, baseada num acordo entre quem emitia a declaração e os seus destinatários, havendo uma distinção entre **lei pública** e **lei privada**.

Lei pública era aquela que provinha dum órgão específico do poder político.

Lei privada era uma declaração de vontade, normativa, emitida por alguém, relativamente a um bem sobre o qual detinha disponibilidade ou propriedade.

Leges Regiae eram leis votadas nos comícios das cúrias e que incidiam sobre a proposta de um determinado rei.

Até ao período da República, eram as Assembleias que tinham o poder legislativo, nomeadamente os comícios e as assembleias da plebe, porém, além destas assembleias, os magistrados passaram também a poder desencadear o processo legislativo, dando origem às leis públicas.

Haviam três tipos de leis públicas, a "**Lex Rogata**", a "**Lex Data**" e a "**Lex Dicta**".

1 - A **Lex Rogata** era uma lei rogada, uma lei pedida ou solicitada, que era votada nos comícios do povo romano, nomeadamente nos comícios das centúrias.

Este tipo de lei era proposta pelo magistrado proponente (proposta essa que se denominava **Rogatio**) e tinha seis fases de tramitação, designadamente a **Promulgatio**, o **Consiones**, a **Rogatio**, a **Votação**, a **Aprovação do senado** e a **Afixação**

(pág. 205 a 209 do manual de D.R. do prof. Sebastião Cruz).

- **Promulgatio** era a fase inicial, em que o magistrado elaborava um projecto de lei e mandava afixar num local público durante três semanas para que o povo tomasse conhecimento.
- **Conciones** era a fase em que se possibilitava ao cidadão a discussão da proposta em praça pública. Os discursos favoráveis designavam-se por **suasiones** e os desfavoráveis por **dissuasiones**, podendo os cidadãos apresentar propostas de alteração.
- **Rogatio** era a fase em que o magistrado em plena assembleia lia o projecto-lei e apelava à orientação divina, solicitando imediatamente depois a aprovação da proposta.

- **Votação** era a fase em que se votava a proposta do magistrado, podendo o voto ser favorável (**Uti Rogas**), desfavorável (**Antiquo** - quer dizer que preferiam a lei anterior, caso a houvesse), ou nem favorável nem desfavorável (**Non Liquet**) que na prática significava uma abstenção, ou antes, a possibilidade de não decidir. Caso os votos Non Liquet fossem majoritários ou influenciassem as votações, de modo a evitar uma aprovação, o magistrado proponente tinha a faculdade de pedir a repetição da votação. Inicialmente a votação era feita oralmente, mas depois passou a efectuar-se por escrito.
- **Aprovação pelo Senado** era a fase em que o senado ratificava, à posteriori, a aprovação da lei nos comícios, porém como os senadores, que eram patrícios e os chefes políticos de estrutura familiar mais prestigiados (**Pater Família**), constatarem que nesta fase não tinham qualquer influência sobre a discussão da lei, dado que a mesma era discutida e aprovada em momentos anteriores, no ano 339 a.c. elaboraram, aprovaram e publicaram a "**Lex Publilia Philonis**", a qual lhes conferiu o **Autoritas Patrum**, alterando significativamente a tramitação da **Lex Rogata**, passando a **aprovação do senado** a ser efectuada à anteriori, isto é, a seguir à **conciones** e antes da discussão e da votação da lei nos comícios.
- **Afixação** era a fase em que se afixava a lei no fórum, em tábuas de madeira ou de bronze.

2 - A **Lex Publica Data** era uma lei de natureza pública que emanava de um magistrado no uso de uma autorização legislativa concedida pelo povo. Esta lei não tem a importância da **lex rogata**.

3 - A **Lex Publica Dicta** era uma lei que também emanava de um magistrado, porém distingue-se da **lex data** porque tem objectivos restritos, dado que se destina, em regra, a bens do domínio público por parte de particulares (ex: utilização de uma ponte ou estrada).

Costume (Pág. 169 a 174 do manual de DR de Sebastião Cruz)

O conceito de costume do Direito Romano é, na sua génese, diferente do conceito actual de costume (prática reiterada, com convicção de obrigatoriedade).

O Direito Romano tem uma base consuetudinária, porém, ao longo de todo o período histórico em que se consubstanciou o Direito Romano, o conceito de costume não foi sempre o mesmo e foi variando.

Com efeito, o primeiro conceito de costume que surgiu no DR foi o conceito de ***Usus***, característico da época arcaica, que correspondia ao hábito de fazer, sem qualquer força de obrigatoriedade e, por esse facto, foi muito pouco utilizado.

Outro conceito de costume no DR, bem mais importante, foi os ***Mores Maiorum***, que é considerado um costume ancestral e para os romanos significava a tradição de uma comprovada moralidade, significava também aquilo que era digno, moral, honesto, justo e totalmente aceite por todos os romanos .

Os ***mores maiorum***, na época arcaica, eram revelados pelos sacerdotes, dado que eram estes quem interpretavam o Direito.

O terceiro conceito de costume no DR é o ***Consuetudo***, que começou a revelar-se na época pós-clássica, sendo o conceito que mais próximo está do conceito actual de costume.

Um aspecto a ter em conta no estudo do costume do DR, tem a ver com a relação entre o mesmo e o aparecimento da lei das 12 tábuas, isto é, saber se esta terá alterado a influência daquele.

Com efeito, com o aparecimento da lei das 12 tábuas, o Direito Privado e também o Direito Público passaram a ser predominantemente regulados pela mesma, pelo que os ***mores maiorum*** perderam parte da sua influência, passando a ter uma esfera de actuação mais reduzida e limitada apenas ao Direito Público.

Constituições imperiais (Pág. 268 a 274 do manual de DR de Sebastião Cruz)

As constituições imperiais são decisões de carácter jurídico proferidas pelo Imperador e surgiram com na sequência da queda da importância legislativa do senado, o qual passou a aprová-las formal e tacitamente, dando assim uma aparência legal e de transparência ao processo legislativo do imperador.

A partir do sec. III, as constituições imperiais passaram a ter força de lei e, no sec. IV, proliferaram bastante.

A lei era elaborada pelo Príncipe ou Imperador, que a levava ao senado, onde a lia e solicitava a sua aprovação, sendo a mesma sempre aclamada pelos senadores. Este processo designa-se por ***Oratio Principis*** (oração do príncipe).

Existiam vários modelos de **constituições imperiais**, nomeadamente ***Mandatos, Epistolas, Subscrições, Oratio Principis*** e, as que mais se destacam:

- as **Edicta** que eram genéricas e abstractas e correspondiam à forma mais comum da produção normativa do imperador.
- as **Decreta** que eram decisões do imperador, de natureza judicial, resultantes da resolução de questões concretas que lhe eram submetidas para o efeito. Estas normas eram emitidas por um tribunal especial, no âmbito dum processo que começou por ser excepcional e depois se transformou em processo comum, presidido por um juiz, que já não era um particular, mas um funcionário do imperador.

Jurisprudência (Pág. 280 a 295 do manual de DR de Sebastião Cruz)

A jurisprudência romana corresponde ao que é actualmente a doutrina, isto é, a opinião de quem estuda o Direito.

A jurisprudência romana correspondia também a uma técnica de revelar o Direito, através dos ***mores maiorum***, tarefa que, inicialmente, era efectuada pelos sacerdotes e, posteriormente, a partir da **laicização** (lei das 12 tábuas), pelos jurisprudentes e juristas.

A jurisprudência, para os romanos, era considerada como um misto de ciência e técnica, sendo que, enquanto ciência, distinguia o certo do errado, e enquanto técnica, determinava o modo de alcançar a justiça.

Os **jurisprudentes** tinham essencialmente três funções:

- **CAVERE**, que se traduzia no acompanhamento e aconselhamento aos particulares, sobre a forma como deveriam realizar os seus negócios jurídicos.
- **AGERE**, que se traduzia em orientações dadas aos particulares, no âmbito de acções judiciais.
- **RESPONDERE**, que se traduzia em respostas ou pareceres que elaboravam sobre problemas jurídicos que lhes fossem apresentados, quer pelos particulares, quer pelos magistrados.

Esta última função era a mais importante porque quando os pareceres eram levados ao conhecimento dos Pretores ou dos Juízes, acabavam por fixar jurisprudência.

Porém, inicialmente, os pareceres dos jurisperitos não eram vinculativos, somente a partir do sec. I é que alguns juristas, nomeadamente *Ulpiano* e *Paulo* passaram a ter o privilégio do denominado direito público de responder, que se traduzia na faculdade de responder com uma autoridade acrescida, isto é, todas as respostas que davam tinham a autoridade duma resposta directa ao imperador.

Foi ao abrigo da força deste instituto jurídico, que os pareceres de certos juristas, caso fossem unânimes, vinculavam os juizes.

Em 426 com a publicação da ***lei das citações***, também designada por ***tribunal dos mortos***, o imperador estabeleceu que só eram válidos os pareceres de cinco juristas, nomeadamente *Ulpiano*, *Paulo*, *Gaio*, *Papiniano* e *Modestino*.

Os jurisperitos eram tendencialmente sacerdotes.

Senatus Consulta (Pág. 217 a 223 do manual de DR de Sebastião Cruz)

Os ***senatus consulta*** eram deliberações do ***senado*** relativas a questões que lhe eram colocadas pelo poder político. O ***senado*** era composto pelos patrícios considerados como os mais prestigiados e vocacionados para a actividade política.

Os magistrados poderiam solicitar pareceres ao senado, porém estes não tinham força vinculativa.

Tal como o costume, no DR, o grau de importância dos ***senatus consulta***, ao longo de todo o período histórico em que decorreu o Direito Romano, não foi sempre o mesmo.

Com efeito, na época arcaica, o papel do ***senado***, em termos legislativos, era muito reduzido e limitado ao aconselhamento na actividade política, porém, progressivamente, o ***senado*** foi aumentando a sua esfera de importância e passou mesmo a ter funções legislativas.

Até ao sec. I ac., as deliberações do senado eram meramente consultivas, porém, a partir dessa época, passaram a ter carácter vinculativo e vigoravam com força de lei.

Todavia, no final do período do Principado, o senado começou a perder a sua importância legislativa, situação que se acentuou no período do Império, no qual se limitou a aprovar as leis elaboradas pelo imperador.

Fontes Jushonarium

Edictum

Direito criado pelo "Edictum" de todo magistrado com poder para tal

Mandatos

Ordens ou instruções dadas pelos magistrados aos funcionários, porém, a certa altura, tais ordens ou instruções passaram a ser impessoais e transformaram-se em regulamentos que incidiam em matérias penais e administrativas.

Decretum

Resolução imperativa de um caso concreto colocado ao magistrado.

Direito Pretório e Honorário

O **Direito pretório** tem a ver com a ideia da qualidade do agente e por isso, poderá ser considerado como uma espécie inferior do **Direito honorário**.

O Direito pretório era o produzido pelo pretor, enquanto que o Direito honorário era o produzido por todas as magistraturas das honras.

O pretor começou por ter uma função interpretativa das leis, porém, a partir do sec I ac, passou também a criar Direito, integrando as lacunas existentes no *ius civile* e corrigindo as injustiças do Direito vigente.

Com efeito, considera-se que a evolução da actividade do pretor fez-se em três fases:

- Uma primeira fase, situada entre o sec. IV ac e meados do sec. III ac, em que o pretor desenvolvia uma actividade meramente interpretativa do Direito.
- Uma segunda fase, situada entre os fins do sec. III ac e o ano de 130 ac, em que o pretor se limitava a dar ou a denegar a acção, perante uma situação concreta que lhe era apresentada.
- Uma terceira fase, iniciada no ano de 130 ac., a partir da qual o pretor se torna verdadeiramente num criador de direito.

O pretor era assim o interprete da *lex*, mas sobretudo o defensor do *ius*.

O pretor, como qualquer outro magistrado, tinha o *ius edicendi*, isto é, a faculdade de fazer comunicações ao povo. Essas comunicações eram feitas, quer oralmente em voz alta perante as assembleias populares, quer por escrito e afixados no forum, sendo certo que quando tinham um carácter programático, denominavam-se **edicta** (*edictum* ou *edicto*).

O **edictum** ou **edicto** do pretor era, pois, o programa de acção do pretor, que se traduzia numa comunicação para anunciar ao povo as atitudes que ia tomar e os actos que iria praticar no exercício das suas funções.

Inicialmente, o pretor não estava vinculado às disposições contidas no seu **edictum**, porém, no ano 67 ac, a **lex cornélia de edictis praetorum** impôs ao mesmo a vinculação ao seu próprio **edicto**.

Os **edictos** podiam ser **perpétua**, **repentina**, **translactício** ou **novum**.

- Os **edictos perpétua** ou **primus** eram os mais básicos, elaborados no início do mandato e continham os critérios e os expedientes que ele iria seguir durante esse ano.

- Os ***edictos repentina*** eram aqueles que resultavam da função de **imperium** do pretor, eram proferidos em qualquer altura do mandato, para resolver situações novas surgidas inesperadamente e sem solução no **ius civile** e no **edictum perpetua**.
- Os ***edictos translacticio*** eram os que permaneciam iguais dum ano para o outro, isto é, mantinham e transferiam os expedientes dum pretor para o pretor seguinte.
- O ***edicto novum*** correspondia à criação de expedientes novos, isto é, às disposições que o pretor de determinado ano acrescentava por sua própria iniciativa.

A partir do ano 130, o imperador **Adriano** mandou o jurista **Salvius Juliano** compilar todos os **edictos** dos pretores num só, que designou por **edicto perpetuum**, e, após o fazer aprovar no senado, determinou que todos os pretores lhe obedecessem e seguissem o seu programa de acção, passando assim, a actividade do pretor, também a ser orientada e controlada pelo poder politico do imperador, perdendo, naturalmente, a criatividade jurídica que até aí possuía.

Direito Germânico de matriz visigótica

(Págs. 193 a 226 do manual dos profs. Albuquerque e págs. 101 a 145 do manual do prof. Almeida Costa)

Relativamente ao Direito Germânico de matriz visigótica, importa sobretudo, para o nosso estudo, abordar a influência que o mesmo teve na formação do Direito Português e no Direito aplicado e utilizado pelos povos que habitaram o território da Península Ibérica.

Atendendo a um prisma cronológico, os primeiros povos primitivos que se estabeleceram na Península Ibérica e que tinham alguma "organização jurídica" foram, entre outros, os Iberos, os Tartéssios e os Lusitanos, porém, das suas instituições jurídicas pouco se sabe.

Sobrelevam, pela importância que tiveram na formação do Direito Português, além do Direito Romano, os impropriamente chamados direitos germânicos, dos quais se destacam os de matriz visigótica.

Foi no decurso do sec V que os povos bárbaros se estabeleceram na Península Ibérica e portanto, o direito germânico começou a ser implantado no território.

A base do designado Direito Visigótico era o costume, o que se justificava pelo facto do povo Godo ter uma natureza nómada e portanto não ter necessidade de criar um Direito Positivado.

Porém, foi aos Visigodos, povo que dominou a Península Ibérica durante séculos e cujo o império apenas terminou com as invasões muçulmanas, que se ficou a dever alguns dos mais famosos "monumentos jurídicos", dos quais se destacam:

- **Código de Eurico (Codex Euricianus)**, obra redigida no ano de 476 por *Teodorico II*, irmão do rei *Eurico*, sendo considerada uma obra de direito visigótico que corresponde ao Direito Romano Vulgar, já que tem uma grande influência jurídica de Roma, e, em consequência disso, as suas normas estão muito longe de representarem direito germânico puro.
- **Breviário de Alarico**, também designado como **Lex Romana Visigothorum**, promulgado no ano de 506, considerando-se que, em bom rigor, é um código, de pequenas dimensões, com conteúdo eminentemente romano, já que se baseava em fontes jurídicas romanas, nomeadamente em *leges*, isto é, constituições imperiais (*retiradas dos Códigos de Teodosiano, Hermogeniano e Gregoriano*) e *iura*, isto é, na doutrina de vários juristas romanos, tais como *Gaio, Paulo e Papiniano*.

- **Código de Leovigildo**, também designado por **Codex Revisus**, escrito entre os anos de 572 e 586, considerado como sendo uma revisão do primeiro (***Código de Eurico***).
- **Código Visigótico**, publicado no ano de 654 pelo rei *Recesvindo*, considerando-se que resultou da aprovação do oitavo concílio de Toledo e que representa o terminus da evolução jurídica do Direito Visigótico.
No ano de 681 este código foi revisto pelo imperador *Ervigio* (*fórmula Ervigiana*) e, mais tarde, foi elaborada uma outra versão, designada por *fórmula vulgata*, considerada a mais importante porque contém um capítulo, designado por ***Titulus Primus***, que era um verdadeiro tratado de direito público, que não existia nas versões anteriores.

A grande questão que se coloca no estudo do Direito Visigodo, designadamente com as duas primeiras obras supra descritas, tem a ver com a articulação das mesmas, no que se refere ao seu âmbito de aplicação e ao seu conteúdo, com a vivência de dois povos (*Hispano- Romanos e Visigodos*) num mesmo espaço geográfico (Península Ibérica), no período em que esta era dominada pelo povo visigodo (germânico).

A questão de saber qual o Direito que tutelava esses povos (hispano-romanos e visigodos) suscita uma grande polémica, que se cinge à aplicação dos dois primeiros códigos (***Código de Eurico e Breviário de Alarico***), existindo duas teses, a **tese da territorialidade** e a **tese da personalidade do direito ou da dualidade legislativa**.

A **tese da territorialidade**, defendida por *Garcia-Gallo*, sustenta que para se concluir qual o direito que era aplicável, tem de se atender ao território que os povos habitavam e ao povo dominador desse território, adiantando que o direito aplicado teria necessariamente de ser o do povo dominador, entenda-se *Visigodo*, pelo que nunca pode ter ocorrido a vigência simultânea dos dois primeiros códigos, sendo certo que o ***Breviário de Alarico*** revogou o ***Código de Eurico***.

A **tese da personalidade do direito ou da dualidade legislativa**, defendida por *Paulo Merêa*, sustenta que para se concluir qual o direito aplicável, tem de se atender às características próprias de cada povo habitante do território comum, adiantando que cada povo diferente era tutelado pelo seu direito de referência, pelo que o ***Código de Eurico*** era aplicado aos visigodos e o ***Breviário de Alarico***, que não revogou o primeiro, era aplicado aos hispano-romanos.

Para pretensamente solucionarem a polémica e sustentarem as suas teses, os defensores das mesmas adiantam argumentos destinados a explicar alguns factos, a saber:

1) *Constata-se que em nenhum dos códigos (Código de Eurico e Breviário de Alarico) se refere algo sobre o seu âmbito de aplicação (Ex Silentio).*

- a) Para os ***territorialistas*** tal facto é a prova de que não pode ter havido a vigência simultânea dos dois códigos, porque se tal efectivamente tivesse ocorrido, os mesmos precisariam o seu âmbito de aplicação.
- b) Para os ***personalistas*** tal facto não pode ser explicado com o argumento dos territorialistas porque entendem que o silêncio não pode ser considerado como conclusivo e permite qualquer outra interpretação, designadamente que cada povo regulava-se pelo seu direito de referência.

2) *O Código de Eurico está profundamente romanizado (Romanização)*

- a) Para os territorialistas tal facto é precisamente a prova de que esse código, que foi o primeiro, se aplicava ao povo hispano-romano.
- b) Para os personalistas tal facto não pode ser explicado com o argumento dos territorialistas, porque todos os códigos visigóticos estão romanizados, isto é, têm uma grande influência jurídica romana, além disso, a influência jurídica romana no ***Código de Eurico*** é uma consequência natural no povo visigodo..

3) *O Código de Eurico tem leis territoriais*

- a) Para os territorialistas este facto é bem revelador que este código também se aplicava aos hispano-romanos
- b) Para os personalistas tal facto não revelador do que os territorialistas argumentam, porque, segundo eles, não é por haver uma percentagem de leis territoriais no ***Código de Eurico***, que se pode dizer que todas as leis do aludido código se aplicavam a todo o território e, como tal, ao povo hispano-romano, além disso, as primeiras leis territoriais do ***Código de Eurico*** diziam respeito à divisão das terras.

4) Na introdução do Breviário de Alarico, escreve-se que nenhuma fonte romana se pode aplicar.

- a) Para os territorialistas este facto é bem revelador de que este código revogava o anterior e, mais do que isso, se aplicava a todo o território e, como tal, ao hispano-romanos.
- b) Para os personalistas tal facto não é suficientemente revelador do que os territorialistas argumentam, na medida em que entendem que a interpretação deve ser outra, isto é, o que se pretende restringir é a aplicação do direito romano e não revogar o *Código de Eurico*.

5) O Breviário de Alarico tem a lei de teudis, referente a custas judiciais

- a) Para os territorialistas este facto é mais uma prova evidente que só vigorou um código de cada vez, pois, como o Código de Eurico era omissivo no que tange às custas judiciais, o Breviário de Alarico previu as mesmas e revogou o primeiro.
- b) Para os personalistas tal facto não pode ser explicado com o argumento dos territorialistas, porque em matéria de custas judiciais a população visigoda seguia o costume, por isso, ele não necessitava de estar positivado no Código de Eurico.

Direito Muçulmano

(Pag. 395 a 407 do manual dos profs. Albuquerque e pág. 149 a 168 do manual do prof. Almeida Costa)

O direito muçulmano é um direito de natureza confessional o que significa que não existe uma separação entre a religião e o direito.

O direito muçulmano tem um sistema personalista, dado que se aplica ao crente independentemente do local onde se encontra.

Os árabes chegaram à Península Ibérica no ano de 711, como aliados duma facção dos visigodos que pretendia derrubar a outra, e termina só com a fundação da nacionalidade.

As fontes do direito muçulmano dividem-se em dois grupos, as **fontes básicas ou principais** e as **fontes complementares**.

Fontes Básicas

- a) **Alcorão**, constituido pelas revelações de Alah, que os crentes transmitiam oralmente e que, depois da morte do profeta *Mahomed*, foram escritas. O Alcorão era um código de conduta jurídica, moral e religiosa.
- b) **Sunna**, corresponde aos ensinamentos do profeta *Mahomed*, traduzindo-se na descrição da conduta pessoal do aludido profeta, especificando-se e reproduzindo-se os seus actos e as suas palavras

Fontes complementares

- a) **Ijma**, regras formadas unanimemente numa comunidade, que correspondem ao consenso da comunidade que deve ser unânime, erudita e constituída por juristas e teólogos;
- b) **Fiqh**, corresponde à ciência jurídica que resulta da reflexão dos juristas sobre as fontes básicas. Os juristas criavam a doutrina baseando-se e fundamentando-se nas fontes básicas, desenvolvendo o pensamento de acordo com as diversas escolas do pensamento e de interpretação, nomeadamente Hanifita; Maliquita; Chafeita; Hanbalita, que reflectiam as tendências básicas do direito muçulmano, que, por vezes, eram mesmo contraditórias;
- c) **Costume** é importante no nível prático, não sendo reconhecido como fonte oficial de direito muçulmano;
- d) **Amal** funciona como a regra do precedente judicial;
- e) **Qanum**, corresponde a uma norma formulada por órgão do poder político com competência para legislar.

História do Direito Português

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

No que tange à periodificação do Direito Português, reafirma-se que até à fundação da nacionalidade utilizam-se **critérios étnico-políticos**, porém, após a fundação da nacionalidade, data discutível, dado que para alguns esta ocorreu em 1143 com a assinatura do tratado de Zamora, e, para outros a mesma só ocorreu em 1179 com a publicação do "Manifestus Probatum" (reconhecimento de Portugal pela Santa Sé), utilizam-se **critérios jurídicos e mistos**, divididos em dois períodos:

- **O período do pluralismo jurídico**, que ocorre entre 1140 e 1415 (conquista de Ceuta) e se caracteriza por assentar numa pluralidade de fontes, tais como o *costume*, a *lei*, o *direito outorgado e pactuado*, *normas de direito local (foros e forais)*, *direito canónico*, *direito romano*, *direito prudencial*, *direito divino*, *direito germânico*, *direito muçulmano*, etc. Este período caracteriza-se assim pela inexistência de um domínio do Direito emanado do poder central e por uma variedade de instituições, não se podendo assim falar de Estado, mas sim de um regime feudal ou senhorial. Os juristas, no período pluralista, eram possuidores de margem de manobra e eram criadores de Direito.
- **O período monismo jurídico**, que decorre de 1415 até aos nossos dias, caracteriza-se pelo predomínio da *lei*, o que está relacionado com a vontade inicial dos monarcas em centralizar o poder. O **período monista**, por decorrer num período de tempo tão longo, subdivide-se em dois períodos:
 - ** Período monista formal**, situado entre 1415 e 1820, que se caracteriza pela estabilidade do direito público e um desenvolvimento progressivo das doutrinas políticas, bem como pela permanência das linhas mestras do direito privado (Ordenações e Lei da Boa razão-1769) e pelo carácter translatício dos juristas.
 - ** Período monista material ou substancial**, que decorre desde 1822 até aos nossos dias e se caracteriza pela nova força que as ideias de Estado e indivíduo adquirem. A ordem jurídica passa a ser concebida como sistema, no âmbito do qual a ordem que prevalece é a lei, situação que resulta da constatação de que as ordenações apresentam um conjunto de lacunas e que, por isso, necessitam de ser substituídas, o que dá lugar ao aparecimento dos códigos e do carácter sistemático destes.

Período Pluralista (1140 a 1415)

A Justiça e o Direito suprapositivo

(Pag. 91 a 134 do manual de HDP dos profs. Albuquerque)

O direito é entendido como justiça porque surgiu para a atingir e validar, sendo mesmo o seu instrumento fundamental.

A justiça, para ser atingida, necessita de vários elementos, entre os quais, o *elemento volitivo humano*, que se traduz na vontade do homem em ser justo e, simultaneamente, o *elemento de habitualidade*, correspondente à permanência dessa vontade, que não pode ser esporádica.

No **período pluralista**, imperava uma desigualdade social quer no acesso ao trabalho, quer no acesso a locais, quer ainda no uso de vestuário.

O direito aplicável não era igual, pois os nobres eram julgados em tribunais específicos e os impostos eram desiguais.

O objectivo principal do homem medieval da classe do povo era a salvação da alma, daí que o conceito de justiça se encontrasse também limitado por esta ideia.

A primeira grande questão importante a abordar na justiça do **período pluralista**, tem a ver com o conceito de justiça particular, que se contrapõe ao conceito de justiça universal.

A justiça particular separa-se da justiça universal devido às relações com o mundo, isto é, enquanto que a justiça universal é intra-subjectiva porque diz respeito ao carácter e à consciência de cada pessoa, sendo a justiça ideal e modelar (síntese de todas as virtudes), a justiça particular é inter-subjectiva porque diz respeito às relações dos elementos duma comunidade e, portanto, correspondia a uma virtude específica de cada um receber aquilo que lhe era devido.

Segundo *Ulpiano*, a justiça particular é a constante e perpétua vontade de dar a cada um o que é seu, isto é, a vontade de cada um em ter o mínimo indispensável para satisfazer as suas necessidades básicas, numa perspectiva de que cada um receba, à luz da lei divina, uma recompensa por aquilo que lutou, correspondendo esta recompensa à salvação da alma.

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

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

Com efeito, na idade média, em pleno período pluralista, haviam várias modalidades de justiça, de acordo com as ideias de vários pensadores, nomeadamente:

- o *Justiça comutativa ou sinalagmática*, que tem a ver com as relações entre iguais e requer um tratamento igual entre os sujeitos duma comunidade.
- o *Justiça Distributiva*, que tem a ver com a relação da comunidade para com os seus elementos, baseada no princípio da proporcionalidade, devendo a comunidade distribuir os encargos e as recompensas, de acordo com a capacidade e a competência de cada um que a compõe.
- o *Justiça Objectiva*, que corresponde a um modelo de conduta, a uma forma de rectidão plena e inalterável.
- o *Justiça Subjectiva*, que é fruto directo da natureza humana e, por isso, é alterável. Tem a ver com o comportamento padrão do próprio sujeito, correspondendo esse comportamento padrão ao dum homem médio, designado como "*bónus pater família*", acessível ao comum dos mortais.

Relativamente à justiça subjectiva, *Álvaro Pais* apresentou 5 modalidades, nomeadamente:

- ⇒ *Látria*, justiça para com Deus
- ⇒ *Dulia*, justiça para com os merecedores de honra e consideração
- ⇒ *Obediência*, justiça e respeito para com os superiores
- ⇒ *Disciplina*, justiça e respeito para com os inferiores
- ⇒ *Equidade*, justiça para com os iguais.

As modalidades da justiça podem ainda ver-se segundo o critério das "Partidas" (obra castelhana).

Segundo a obra "*Partidas*", a justiça divide-se em: justiça espiritual (atribuição a Deus do que lhe é devido pelo Homem), justiça política (atribuição pela comunidade aos seus membros de um lugar na mesma) e justiça contenciosa (aquela que se aplica nos pleitos).

Direito suprapositivo

O direito positivo era o direito produzido pelo homem

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

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

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

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

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

Com efeito, os secs. XII e XIII, foram muito marcados pelo pensamento de ***São Tomas de Aquino***, cuja construção assentava em 4 leis, designadamente, a **lei eterna**, da qual derivavam a **lei natural** e a **lei divina**, as quais, por sua vez, serviam de base à **lei humana**:

- 1) **Lei eterna** correspondia à razão e à vontade de Deus e era a lei governadora do mundo. Não era escrita e tinha a ver com algo transcendente.
- 2) **Lei natural** resulta da participação da lei eterna no homem, que lhe permite distinguir o bem do mal, o que é e não é devido. O homem necessitava dum ser superior para o orientar.
- 3) **Lei divina** deriva da participação da lei eterna e corresponde à revelação da palavra de Deus ao homem, através da Sagrada Escritura, revelando o que se deve e não deve fazer.
- 4) **Lei Humana** resulta da confluência das anteriores leis e para ser boa essa confluência tem de ser harmoniosa.

Santo Agostinho defende uma teoria muito parecida e segue a mesma divisão de leis, embora não fale expressamente na lei humana.

Santo Agostinho sustenta que a lei natural é a lei inscrita no coração dos homens.

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

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

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

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

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

Sobre esta matéria, isto é, a evolução do **direito natural** e do **direito divino**, **São Tomas de Aquino** defende que:

O **direito natural** assenta em **preceitos primários** (auto evidentes, de fácil percepção que não comportam, em momento algum, qualquer possibilidade de alteração - por ex: direito à vida), **preceitos secundários** (exigem um esforço de raciocínio, por parte do homem comum, para os perceber, e, como tal, admitem a possibilidade de alteração - por ex: usucapião) e **preceitos**

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

No **direito divino**, só os **preceitos móveis** (*que correspondiam aos secundários e terciários do direito natural*) admitiam a mudança, pelo que os **preceitos imóveis** (*correspondentes aos primários do direito natural*) não admitiam alterações, pois tratavam-se de princípios de Deus que impunham proibições ou comportamentos.

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

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

Porém, esse alguém não era qualquer cidadão, pois, apenas o monarca, em certas situações que não pusessem em causa o bem comum, poderia pedir a dispensa das leis de direito natural ou direito divino. A dispensa da lei poderia revestir duas formas: através da **magna causa** ou **justa causa**, ou através da **causa probabilis**.

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

Direito Positivo “supra regna” (Direito Canónico e Direito Romano)

(Pag. 135 a 192 do manual de HDP dos profs. Albuquerque)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Fontes do Direito Canónico

As fontes de direito canónico podem dividir-se segundo os modos de formação (origem e a autoria das normas - *fontes essendi*) e segundo os modos de revelação (os conhecimentos dos momentos jurídicos de que consta o direito - *fontes cognoscendi*).

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

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

Fontes Essendi

Sagradas Escrituras

abrangem o antigo e o novo testamento, ou seja, correspondem à bíblia e às revelações dos apóstolos sobre a palavra de Deus.

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

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

Tradição

Corresponde ao conhecimento translaticio, oral ou escrito, que se transmite através das gerações. A tradição pode ser classificada de três formas: **inhesiva** (*é a que está escrita explicitamente nas sagradas escrituras*), **declarativa/interpretativa** (*é a que está escrita implicitamente nas sagradas escrituras*) e a **constitutiva** (*é a que não está referida nas sagradas escrituras porque apareceu depois*).

Costume

Corresponde aos usos próprios da comunidade eclesiástica, acompanhados da convicção de obrigatoriedade.

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

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

Cânones

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

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

Decretos e Decretais

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

Graciano na obra "*Glosa ao Decretum Gratiani*" distingue **decretos** de **decretais**, alegando que os primeiros são normas que o Papa determina por conselho dos cardeais sem que qualquer questão lhe tenha sido colocada, para se opor aos estatutos conciliares discordantes, enquanto que os segundos (**decretais**) são normas que o Papa determina sozinho ou com os cardeais para uma questão que lhe tenha sido colocada, destinada à generalidade dos fiéis (*Decretal Geral*), ou a um círculo limitado de fiéis (*Decretal Especial*).

Concórdias e Concordatas

As **concordias** distinguem-se das **concordatas** porque as primeiras são acordos celebrados entre o Rei e o Clero nacionais, enquanto que as segundas são acordos entre o Rei e a Santa Sé, representada pelo Papa, ou seja, acordos de carácter internacional, que tinham como objectivo principal, o de estabelecer os direitos e as obrigações de cada uma das partes envolvidas.

Doutrina

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

Fontes Cognoscendi

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

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

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

O direito novo é composto pelas seguintes obras:

a) Decretum de Graciano ou Concordia Discordantium Canonum

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

b) Decretais de Gregório IX

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

c) O Sexto

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

d) Clementinas

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

e) Extravagantes e Extravagantes Comuns

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

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

Aplicação do Direito Canónico na Península Ibérica

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

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

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

Importa, nesta sede, introduzir o conceito de privilégio do foro, que se traduzia no privilégio que os membros do clero tinham de ser julgados unicamente nos tribunais eclesiásticos. Porém, este privilégio não poderia ser usado em caso de ofensa ao Rei, de usucapião e usura.

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

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

Restrições ao direito canónico

➤ **Beneplácito Régio**

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

➤ Anti-clericalismo da população

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

➤ Doutrinas Heréticas

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

➤ Abolição do juramento dos contratos.

➤ Criação de leis que obrigavam os clérigos a responder nos tribunais civis em matéria criminal.

Direito Legislado “Ius Regni”

(Pag. 193 a 226 do manual de HDP dos profs. Albuquerque)

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

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

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

Com efeito, no período pluralista, o conhecimento da lei era efectuado oralmente pelos procuradores do rei. Os procuradores liam as leis habitualmente aos domingos, sendo que a frequência das leituras tinha a ver com a importância da lei.

Mais tarde, no sec XIII, o monarca passou a ordenar ao chanceler-mor do reino que catalogasse e arquivasse as leis nos livros da chancelaria régia.

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

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

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

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

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

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

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

Daí que se diga **Cúria de Leão e Concílios de Coiança e de Oviedo**.

Esta última não se discute a sua aplicação em Portugal porque foram juradas por D^a Teresa e D. Afonso Henriques.

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

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

Flores del Derecho

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

Tempo dos Preitos ou Nove Tempos do Juízo

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

Fuero Real

criado entre 1252 e 1255, tem um carácter eminentemente localista e foi aplicado a todas as cidades que não tinham um foral, ou para integrar lacunas do direito local, tendo portanto um carácter subsidiário.

Partidas

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

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

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

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

- **Livro das Leis e Posturas**

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

- **Ordenações de D. Duarte**

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

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

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

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

- **Vontade Régia**

Invocava-se que a lei era resultado duma vontade régia.

- **Conselho**

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

- **Cortes**

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

- **Razoabilidade**

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

- **Antiguidade**

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

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

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

A **aplicação da lei no tempo** era feita da seguinte maneira: a lei só entrava em vigor depois de ser conhecida e não era retroactiva apesar de terem existido alguns casos em que a retroactividade ocorreu.

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

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

Os monumentos jurídicos castelhanos aplicados em Portugal foram:

Flores del Derecho

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

Tempo dos Preitos ou Nove Tempos do Juízo

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

Fuero Real

criado entre 1252 e 1255, tem um carácter eminentemente localista e foi aplicado a todas as cidades que não tinham um foral, ou para integrar lacunas do direito local, tendo portanto um carácter subsidiário.

Partidas

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

Direito Outorgado e Pactuado “Intrunco Ius”

(Pag. 227 a 238 do manual de HDP dos profs. Albuquerque)

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

O direito outorgado e pactuado são fontes de direito.

O **direito outorgado** corresponde à concessão de algo, de normas.

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

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

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

As **Cartas de Privilégio** eram documentos que atribuíam a liberdade a alguém especial (singular), ou que atribuíam privilégios ou regalias a uma comunidade ou população inteira (plural).

Consoante os autores, as **cartas de privilégio** englobavam, entre outras, as **cartas de povoação**, as **cartas de foral**, os **foros**, os **forais**, as **cartas de doação** e as **cartas de doação de terras**, as **cartas de liberdade**, as **cartas de franquia**, embora seja unânime que as principais e mais específicas eram as três primeiras, nomeadamente:

Cartas de Povoação,

Surgiram da necessidade de povoar os territórios conquistados na reconquista cristã, eram elaboradas pelos monarcas e os senhores das terras, os quais, através delas, estabeleciam os termos e as condições da ocupação e exploração das terras.

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

Cartas de Foral ou Forais

Para **Alexandre Herculano**, o **foral** era uma carta constitutiva de um município porque estava relacionada com o conceito de autonomia territorial.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

4) **Quanto ao grau de originalidade**

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

Foros

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

Os **foros** eram geralmente da iniciativa dos habitantes do município, que formavam escritos, designados por **cadernos de foros**, onde criavam ou alteravam as normas existentes no município, de acordo com o conhecimento que tinham das leis e dos costumes locais. **Os foros eram, portanto, cartas de privilégio mais relacionadas com o Direito Pactuado.**

Os **foros** surgiram no sec. XIII e XIV e correspondiam a documentos extensos e complexos que continham diversas matérias sobre a revelação da vida jurídica local, incluindo as de direito privado. Os **foros** correspondiam assim à revelação dos costumes dos forais através de normas.

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

- **Normas de base costumeira**
- **Normas de base visigótica**
- **Normas de base muçulmana**
- **Normas de base canónica**
- **Normas de base romana**

II Semestre

Direito Judicial e Costume

(Pag. 239 a 259 do manual de HDP dos profs. Albuquerque)

O conceito de costume na idade média e no período pluralista era diferente do conceito actual de costume, dado que era entendido como sendo direito não escrito e um direito por oposição ao direito escrito (*direito foraleiro, direito romano, direito visigótico, direito canónico e direito castelhano*).

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

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

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

O costume, para ser considerado bom, tinha de obedecer a alguns requisitos, nomeadamente:

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

- **Conformidade com o direito divino**: O costume tinha de estar em conformidade com a lei divina, a qual ajustava a ideia de direito natural à utilidade pública, que, na época medieval, correspondia à salvação da alma.

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

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

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

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

o **Estilo**

É uma espécie de direito não escrito, pois corresponde à prática dum tribunal que cria um estilo de decisão, uma norma consuetudinária de direito processual, passando assim a ser o costume o orientador da forma como se iria processar.

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

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

Os requisitos do **estilo** são a racionalidade, a conformidade ao direito suprapositivo (*direito natural*) e a pluralidade.

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

o **Façanhas**

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

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

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

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

0 **Alvidros ou juízes alvedrios**

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

As decisões dos juízes alvedrios sustentavam-se no costume e poderiam ser aplicadas futuramente por outros juízes, já que os juízes alvedrios eram pessoas com grandes conhecimentos nas áreas para as quais eram chamados a proferir decisões.

Das decisões dos alvidros cabia recurso para os tribunais superiores.

Direito Prudencial

(Pag. 261 a 361 do manual de HDP dos profs. Albuquerque)

Introdução e Enquadramento Geral

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

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

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

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

O direito prudencial é assim um direito de docentes académicos.

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

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

soluções capazes de corresponder às realidades económicas e culturais da época, a que o direito canónico não dava resposta.

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

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

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

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

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

Os livros do ***Codex*** também foram divididos pelos prudentes em duas parte, sendo que os primeiros nove livros formaram um só volume, designado por **Volume Grande** (*dada a sua grande dimensão*) e os últimos três livros integraram-se num outro volume, designado por **Volume Autêntico** ou **Volume Pequeno**, que continha as Instituições (Institutas), as Novelas e os Livros dos Feudos (*Libri Feudorum - colectânea de Direito feudal que na época se agregou ao Código de Justiniano*).

-----*

Escolas Jurisprudenciais na Idade Média

Escola dos Glosadores

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

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

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

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

Escola dos Pós-acursianos ou Pós-glosadores

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

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

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

Escola dos Comentadores

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

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

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

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

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

-----*-----

Diferenciação e Relação entre as Escolas Medievais

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

- Os defensores das doutrinas tradicionais distinguiram as escolas medievais pelo método, defendendo que os ***glosadores*** olharam para os textos de Direito Romano numa perspectiva de adoração ao texto, fazendo um trabalho excessivo de apego à letra da lei, isto é, uma interpretação literal de natureza gramatical e especulativa, inserida numa abordagem teórica e muito académica, enquanto que os ***comentadores*** desenvolveram um trabalho mais vocacionado para o espírito da lei, adaptando o Direito Romano à realidade da época, fazendo, portanto, uma abordagem prática.
- A doutrina actual começa por discordar com as doutrinas tradicionais, chamando a atenção para o facto de ser muito difícil, ou até mesmo impossível, haver, na Idade Média, uma clara preocupação em distinguir a letra do espírito da lei, alegando que da letra da lei já resultava o sentido literal e, por isso, não era de supor que os prudentes pudessem estudar e explicar um texto sem apreenderem, pelo menos, o seu sentido mais imediato. Com efeito, os autores actuais defendem que o que realmente separa a escola dos *glosadores* da dos *comentadores* são razões políticas, pelo que, na prática, não se deve fazer uma separação rígida entre as escolas, alegando que, em termos metodológicos, não houve uma mudança mas sim uma evolução natural, na medida em que a existência de textos já explicados literalmente pelos *glosadores*, permitiu aos *comentadores* ter mais hipóteses de

explorar outros sentidos dos textos, de aproveitar os seus conteúdos e de os adaptar aos direitos locais.

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

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

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

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

-----*-----

Metodologia das Escolas Jurisprudenciais na Idade Média

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

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

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

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

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

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

Leges

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

Rationes

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

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

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

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

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

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

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

- **Dialéctica**

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

- **Retórica**

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

- **Lógica**

Enquanto disciplina de pensar sem contradições.

- **Tópica Jurídica**

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

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

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

Auctoritates

É definido como o **saber socialmente reconhecido**. A aceitação de uma solução concreta passava muitas vezes pela autoridade de quem a defendia.

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

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

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

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

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

A base desse direito é o direito romano justinianeu.

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

-----*-----

Géneros Jurídico-literários

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

Glosas

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

Distinctiones

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

Commentarius

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

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

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

Consilia

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

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

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

Lectura

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

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

- 1) Leitura e ilustração sumária do texto e do conteúdo da matéria a discutir;

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

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

Quaestio

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

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

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

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

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

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

Direito Prudencial – Especificação do caso português

(Pag. 335 a 361 do manual de HDP dos profs. Albuquerque)

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

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

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

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

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

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

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

Organização Política da “Respublica Christiana”

(Pag. 457 a 500 do manual de HDP dos profs. Albuquerque)

Portugal e o Papado

(Pag. 457 a 482 do manual de HDP dos profs. Albuquerque)

No período pluralista, o elemento fundamental que congregava os vários Estados era a fé cristã, pelo que, na Idade Média, a instituição papal esteve sempre virada para o problema da origem do poder.

Entendia-se, já desde S. Paulo, que não havia poder que não viesse de Deus, pelo que a Igreja tinha muita relevância no reconhecimento da autoridade régia.

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

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

➤ **Teses Hierocráticas**

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

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

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

- A **doação de Constantino** consiste no facto deste imperador, que foi o primeiro imperador cristão, para curar uma doença, ter feito uma doação ao Papa, no âmbito da qual lhe concedeu grande parte da soberania que detinha sobre a Itália e o Ocidente em geral, ficando assim o Papa com poderes temporais sobre essa região do mundo. Com base nesse facto, os teóricos das **teses hierocráticas** argumentaram que não se trata de uma doação mas sim de uma restituição, já que o imperador procurou o Papa precisamente porque reconhecia que aquele tinha poder sobre ele e era originalmente o detentor do poder. Os defensores das teses anti-hierocráticas argumentam o contrário, isto é, que o imperador era alguém superior que doou o seu poder a alguém que lhe era inferior, e como tal se tinha poder para dar, também teria o poder para lho retirar.
- A **teoria do verus imperator** baseava-se na ideia de que tendo o Papa recebido de Deus a totalidade do poder para depois o delegar como entendesse, o papa seria o verdadeiro imperador, argumentando ainda que as bulas papais eram um exemplo disso mesmo, isto é, de que o Papa era o imperador do mundo e que eram os continuadores dos imperadores romanos, na medida em que detinham também o poder temporal e eram adorados como Deuses.

➤ **Teses Anti-hierocráticas**

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

Defendiam que Deus distribuía o poder espiritual aos Pontífices e o poder temporal aos governantes (Imperador ou Rei), não havendo intermediários nessas concessões.

Portanto, para as correntes anti-hierocráticas, o poder temporal ia directamente de Deus para o monarca.

➤ **Naturalismo Politico**

É uma corrente das teses anti-herócráticas e também se opõe à supremacia do Papado, todavia, distingue-se das duas teses anteriores, por defender uma estrutura de poder ascendente, isto é, Deus depositava o poder temporal na comunidade e era esta que o delegava aos governantes (monarcas). Assim, segundo os defensores desta teoria, o monarca era escolhido com uma inspiração divina, já que recebia o poder temporal da comunidade, que, por sua vez, o recebia directamente de Deus.

O poder espiritual era concedido por Deus directamente ao Pontífice.

➤ **Média via tomista**

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

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

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

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

São exemplos da dependência de Portugal da Santa Sé:

- ⇒ A vassalagem ou enfeudamento de D. Afonso Henriques à Santa Sé.
- ⇒ A bula "manifestus Probatum", em que o Papa reconheceu Afonso Henriques como primeiro rei de Portugal.
- ⇒ O reconhecimento de Portugal dos poderes da Santa Sé em matéria de organização eclesiástica, como nomeação de bispos e cardeais e constituição de tribunais eclesiásticos.
- ⇒ O afastamento do Pontífice do rei S. Sancho II, por considerar que este não estava a governar de uma forma justa, substituindo-o pelo filho, Afonso III.

Portugal e o Império “*iurisdictio Imperii*”

(Pag. 489 a 500 do manual de HDP dos profs. Albuquerque)

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

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

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

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

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

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

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

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

Conteúdo do Direito

Institutos jurídico-familiares

Direito da Família

(Pag. 133 a 171, Vol. I, Tomo II, do manual de HDP dos profs. Albuquerque)

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

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

A lógica originária da família (**família inicial**) é denominada de **clã**, o qual correspondia ao agrupamento duma comunidade de pessoas, provenientes de um mesmo antepassado, resultando a sua identidade própria de vínculos religiosos, propriedade comum e de trabalho colectivo. Os clãs eram simbolizados pelo **Totem** (*símbolo normalmente um animal ou planta*), sendo que os seus membros podiam ou não ter proximidade afectiva.

A **família patriarcal romana** assentava na autoridade do chefe, do **pater familias**, o qual agregava à sua volta um grupo de pessoas e de meios patrimoniais, sobre os quais exercia a sua autoridade.

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

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

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

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

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

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

Esponsais

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

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

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

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

No seguimento do costume visigodo, os esponsais foram utilizados em Portugal e para serem válidos deveriam ser reduzidos a escrito perante testemunhas. Os noivos tinham de ter pelo menos 15 anos, podendo, caso não tivessem atingido essa idade, ser representadas pelos pais ou irmãos, tendo o casamento de se realizar obrigatoriamente no prazo de 2 anos. Durante a cerimónia o noivo entregava à noiva o **anel esponsalício**, celebrando-se depois uma escritura em que ficava consignado que o noivo entregava um dote ao pai da

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

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

No caso do **direito medieval português**, os esponsais tiveram um regime semelhante ao do direito visigótico.

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

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

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

Casamento

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

Na Idade Média, entre os secs. V e XV, existiram três **formas de casamento**: o casamento por benção, o casamento de juras, o casamento de pública fama/forma e o casamento por rapto (forma de casamento visigodo)

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

O casamento de juras não recebia qualquer sacramento e era celebrado em qualquer local, não podendo ser realizado num templo e ser presidido por um sacerdote ou ministro do culto, que, no entanto, podia testemunhar o acto como outro cidadão qualquer. Esta forma de casamento celebrava-se através de uma jura recíproca dos noivos. Este casamento é similar ao actual casamento civil.

O casamento de pública fama ou pública forma ou cunhuçados foi reconhecido em 1311 pelo rei D. Dinis, porém já existia antes na clandestinidade, pelo que também é designado por *casamento clandestino*, *casamento cognosudos* ou *casamento por conhecimento*.

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

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

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

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

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

Os registos mais antigos que se conhecem datam de 1531.

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

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

-----*-----

Relações pessoais e patrimoniais

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

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

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

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

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

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

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

Poder paternal

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

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

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

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

Adopção

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

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

A adoptio era a adopção de um simples *filius familiae*.

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

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

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

Direito Sucessório

(Pag. 171 a 185, Vol. I, Tomo II, do manual de HDP dos profs. Albuquerque)

O Direito sucessório é um direito profundamente técnico.

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

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

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

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

O filho que morre antes do pai "de cujus" é o pré-defunto.

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

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

A sucessão universal dá-se quando o novo sujeito substitui o anterior na totalidade das relações jurídicas pertencentes ao "de cujus". A sucessão singular dá-se apenas quando se sucede na titularidade de um bem certo e determinado.

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

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

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

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

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

A **sucessão voluntária** é aquela que o autor da sucessão pode testar ou contratar, dividindo-se em **testamentária** (acto unilateral em que o de cujus faz um testamento e só após a morte dele é que se conhecem os beneficiários) e **contratual** (acto bilateral praticado entre o de cujus e terceiros que só produz efeitos após a sua morte).

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

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

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

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

O princípio da igualdade dos sexos consistia na igualdade entre homens e mulheres no que tange à capacidade para deixar herança.

O princípio da proximidade de grau distribuía toda a herança aos parentes do grau mais próximo, afastando os outros da sucessão (*actualmente o grau mais próximo é composto pelo cônjuge sobrevivente e pelos filhos*). O princípio da proximidade do grau tinha, porém, duas excepções, que consistiam nos chamados direito de representação e o direito de troncalidade

- O direito de representação permitia aos descendentes netos concorrer em proporção de igualdade com os tios no recebimento da herança do "de cujus" avô, caso o seu pai ou a sua mãe (filhos do "de cujus") tivessem morrido primeiro que o de cujus, fossem, portanto, pré-mortos em relação ao autor da sucessão.
- O direito de troncalidade operava relativamente à sucessão dos ascendentes quando o "de cujus" morria sem descendentes, permitindo, ocorridas estas condições, que os bens próprios do de cujus fossem exclusivamente atribuídos aos parentes do mesmo lado de onde esses bens provinham, isto é, os bens provenientes do lado paterno só podiam ser deixados a parentes desse lado, assim como, os bens provenientes do lado materno só poderiam ser deixados a parentes do lado materno. Todavia, o direito visigótico admitiu esta regra em termos muito limitados ao direito de troncalidade, estabelecendo que a mesma só teria lugar se à sucessão do de cujus concorressem dois ou mais avós de linhas diferentes, pelo que esta regra não se aplica aos pais.

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

-----*-----

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

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

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

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

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

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

Sistema Penal

(Pag. 216 a 240, Vol. I, Tomo II, do manual de HDP dos profs. Albuquerque)

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

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

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

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

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

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

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

- 1) Começava com o desafio do ofendido ou familiares ao agressor, desafio esse efectuado perante a Assembleia do Município.
- 2) Seguia-se um período de tréguas de 9 dias, após os quais o ofendido ou familiares faziam a declaração solene de inimizade.
- 3) Depois o agressor tinha 8 dias para abandonar o local do crime (desterro) ou para adiar a vingança, pagando, neste caso, uma quantia designada por fredume, todavia este pagamento não afastava a possibilidade de, findos os 8 dias, o ofendido e família perseguirem o agressor.
De salientar que, nesta fase, era também possível evitar a vingança final, designada por *Faída*, através de um acordo ou composição da amizade, devendo, para isso, o agressor solicitar ao ofendido a substituição da vingança por uma das composições seguintes:
 - 3.1 - Composição por compensação pecuniária, correspondente a uma quantia proporcional à perda do ofendido e excluía totalmente o direito de vingança.
 - 3.2 - Composição corporal, ocorria quando o agressor não possuía bens e consistia em dar ao acusado uma quantidade de açoites em público (entrar às varas);
 - 3.3 - Composição por missas, em que o agressor se comprometia a mandar rezar um determinado número de missas em honra do ofendido;
 - 3.4 - Composição por cárcere, que consistia na privação da liberdade do agressor, podendo ser em cárcere privada. Normalmente o agressor ficava preso em casa.

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

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

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

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

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

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

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

Porém, já em 1211, D. Afonso II havia proibido a vingança em casa do agressor e a destruição dos seus bens. Depois estabeleceu-se que a vingança devia terminar quando já tivessem ocorrido duas mortes, uma de cada lado.

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

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

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

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

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

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

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

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

As penas privativas de liberdade consistiam na prisão ou servidão.

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

Assim sendo, verifica-se que o sistema penal da Idade Média não consagrava o princípio da legalidade e tipicidade, segundo o qual não há crime sem lei, nem respeitava o princípio da não-retroactividade das leis.

Permitia a punição de comportamentos violadores da religião e violadores de interesses menores, e fazia depender a punição das condições sociais do agressor e ofendido.

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

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

Período Monista (1415 a 2005)

Fontes de Direito

(Pag. 5 a 30, Vol II, Tomo II, do manual de HDP dos profs. Albuquerque)

O Período monista caracteriza-se pela prevalência da lei.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Processo de elaboração da lei

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

A lei para ser valida devia obedecer a um determinado número de requisitos. Alguns autores enumeraram esses requisitos, defendendo que a lei tinha de ser honestas, justas, possíveis, conforme à natureza, conforme aos costumes da Pátria, conveniente ao tempo e ao lugar, necessária, útil e manifesta.

De um modo geral, embora com variantes de autor para autor, os requisitos da lei concentram-se no problema da justiça.

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

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

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

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

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

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

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

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

Os tribunais superiores também tinham livros de registo, nomeadamente a Casa da Suplicação tinha o **Livro das Posses** e a Casa do Cível tinha os denominados **Livros das Esferas**.

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

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

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

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

Compilações de Leis

(Pag. 31 a 32, Vol II, Tomo II, do manual de HDP dos profs. Albuquerque)

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

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

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

-----*

O Regimento Quatrocentista da Casa da Suplicação

(Pag. 32 a 34, Vol II, Tomo II, do manual de HDP dos profs. Albuquerque)

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

O Regimento **Quatrocentista da Casa da Suplicação** encontra-se dividido em duas partes:

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

Ordenações do Reino

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

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

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

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

Livro 1	Tratava dos regimentos dos cargos públicos, tanto régios como municipais, compreendendo o governo, a justiça, a fazenda e o exército.
Livro 2	Regulava os bens e privilégios da Igreja, os direitos do rei e a sua cobrança, a jurisdição dos donatários e as prerrogativas da nobreza, o estatuto dos Judeus e dos Mouros;
Livro 3	Tratava do Processo Civil, incluindo o executivo.
Livro 4	Tratava do Direito Civil substantivo;
Livro 5	Tratava do Direito Penal, sendo por isso também designado de <u>Livro Vermelho</u> ou <u>Livro de Sangue</u>

O Livro I das Ordenações Afonsinas foi escrito num estilo decretório, enquanto que os restantes livros destas Ordenações foram escritos num estilo compilatórios. Todos os livros das Ordenações Manuelinas e Filipinas, foram escritos num estilo decretório.

Ordenações Afonsinas

(Pag. 34 a 51 do Vol II, Tomo II, do manual dos profs. Albuquerque e Pag 269 a 275 do manual do prof. Almeida Costa)

Foi D. João I quem tomou a iniciativa de elaborar uma compilação oficial de leis, entregando esta tarefa ao corregedor da corte *João Mendes*, o qual, por ter entretanto falecido, não chegou a concluir o trabalho. O corregedor falecido foi substituído pelo *Dr. Rui Fernandes*, que acabou por concluir a compilação em 28 de Julho de 1446. Todavia, como as ordenações só entraram em vigor em Agosto de 1447, portanto já no reinado de D. Afonso V, foram designadas por ***Ordenações Afonsinas***.

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

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

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

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

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

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

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

O estilo utilizado nos restantes livros das *Ordenações Afonsinas* foi o compilatório, que consiste na transcrição da norma jurídica, incluindo todas as versões

anteriores da mesma, bem como todos os comentários e anotações que se fizeram sobre ela., sendo um estilo mais perfeito do ponto de vista histórico.

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

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

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

Apesar de ser já considerável o número de leis contidas nas Ordenações Afonsinas, elas ainda não cobriam a totalidade das questões que eram necessário solucionar. Por isso, além das fontes principais do direito, estabeleceu-se um sistema de fontes subsidiárias, isto é, uma hierarquia de fontes do direito para recorrer na falta de direito pátrio.

As **fontes principais** eram: a lei, (próprias ordenações) o estilo da corte e o costume antigo. Se estas não tivessem solução para um determinado caso, recorria-se às **fontes subsidiárias** que eram o direito romano (para questões temporais), o direito canónico (para questões espirituais e temporais de pecado-ex: usucapião de má fé, permitido no Dto. Romano), a glosa de Acúrsio, a opinião de Bártolo e a resolução régia.

Ordenações Manuelinas

(Pag. 52 a 58 do Vol II, Tomo II, do manual dos profs. Albuquerque e Pag 276 a 280 do manual do prof. Almeida Costa)

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

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

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

Os compiladores das ordenações manuelinas foram os juristas *Rui Boto, Rui da Grã e Cristóvão Esteves*.

As *Ordenações Manuelinas* sistematizam-se também em cinco livros e estes em parágrafos e títulos, todavia, como já referido anteriormente, todos os livros foram escritos no estilo decretório ou legislativo. Quanto às matérias, mantém-se, no essencial, a distribuição das Ordenações Afonsinas, sendo a alteração mais significativa a eliminação, do Livro II, das regras respeitantes aos Judeus, os quais tinham entretanto recebido a ordem de expulsão (sec. XV).

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

As *Ordenações Manuelinas* mantiveram o elenco de **fontes principais** e **fontes subsidiárias** das Ordenações Afonsinas, porém, ao nível das segundas, introduziram também, como fonte de direito subsidiária, a **opinião comum dos doutores** como critério filtro de utilização e de tutela da **glosa de Acúrsio** e da **Opinião de Bártolo**.

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

No que respeita à opinião de Bártolo, esta só poderia ser utilizada como fonte subsidiária se não pudesse ser contrariada pela opinião comum dos doutores proferida em momento posterior à opinião de Bártolo.

Esta consagração da *opinião comum dos doutores* foi entendida por alguns autores como uma cedência às ideias do humanismo, que criticava as escolas medievais e particularmente as suas maiores figuras. Outros autores explicam duma outra forma esta opção das Ordenações Manuelinas, defendendo que *Bártolo* não foi posto em causa porque a *opinião comum dos doutores* foi produto da sua escola e, além disso era preciso deixar em aberto a possibilidade dos juristas posteriores terem opiniões mais válidas e actualizadas do que ele. Estes autores fazem aliás notar que a prevalência da *opinião comum dos doutores* só funciona em relação a juristas futuros, nunca se contestando a autoridade de *Bártolo* em relação aos juristas anteriores ou do seu tempo.

Ordenações Filipinas

(Pag. 58 a 63 do Vol II, Tomo II, do manual dos profs. Albuquerque e Pag 284 a 288 do manual do prof. Almeida Costa)

No tempo de D. Filipe I desenvolveu-se consideravelmente a actividade legislativa, o que fez com que houvesse a revisão das Ordenações Manuelinas.

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

As Ordenações Filipinas ficaram prontas em 1595 e entraram em vigor em 1603, incorporando muita legislação avulsa ou organizada em colecções que se tinha produzido desde 1521 (Ordenações Manuelinas).

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

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

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

O Costume, para ser aceite como fonte principal, passou a ter de ser plural, antigo (com pelos menos 100 anos), conforme a razão e conforme a lei.

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

Foram encontrados diversos erros e contradições nas *Ordenações Filipinas*, as quais passaram a ser conhecidas por filipismos.

Outras Fontes do Período Monista

Colecção de Leis Extravagantes de Duarte Nunes de Lião

(Pag. 64 a 72 do Vol II, Tomo II, do manual dos profs. Albuquerque e Pag 281 a 283 do manual do prof. Almeida Costa)

É a mais importante de todas as colecções de leis extravagante e surgiu depois das Ordenações Manuelinas.

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

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

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

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

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

Grande parte desta compilação foi incorporada depois nas *Ordenações Filipinas*.

Assentos

(Pag. 76 a 79 do Vol II, Tomo II, do manual dos profs. Albuquerque)

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

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

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

De acordo com esta lei, o valor dos assentos restringia-se ao processo em que a dúvida se tivesse suscitado.

Porém as *Ordenações Manuelinas* ampliaram este valor, atribuindo a alguns assentos valor genérico.

Em 1582, a *Casa do Cível* foi extinta e foi criada a Relação do Porto, que também passou a poder emitir assentos.

A mesma faculdade veio a caber às Relações Ultramarinas (duas no Brasil e uma no Oriente).

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

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

Estilo

(Pag. 79 a 82 do Vol II, Tomo II, do manual dos profs. Albuquerque)

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

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

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

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

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

Costume

(Pag. 82 a 88 do Vol II, Tomo II, do manual dos profs. Albuquerque)

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

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

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

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

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

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

Forais

(Pag. 81 a 91 do Vol II, Tomo II, do manual dos profs. Albuquerque)

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

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

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

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

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

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

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

Direito Canónico

(Pag. 91 a 104 do Vol II, Tomo II, do manual dos profs. Albuquerque)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Direito Prudencial

(Pag. 104 a 129 do Vol II, Tomo II, do manual dos profs. Albuquerque)

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

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

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

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

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

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

Depois de mudanças sucessivas entre Lisboa e Coimbra, fixou-se em Coimbra em 1537 com D. João III. A reforma Joanina da Universidade não atingiu significativamente quer o método quer o curriculum das matérias leccionadas. Continuava a seguir-se o método

escolástico, em Direito continuava a usar-se o método casuístico e não havia ainda qualquer cadeira dedicada ao ensino do direito pátrio. Depois de D. João III e deste período de maior actividade nos estudos universitários, voltou-se a um período de estagnação.

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

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

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

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

Movimentos do pensamento jurídico

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

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

-----*-----

Humanismo Jurídico

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

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

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

- o Acusaram-nos de se terem limitado ao estudo do código justinianeu quando este não continha certamente o melhor do direito romano. Por outro lado esse estudo era incompleto porque não sabiam grego e o código justinianeu tinha uma estrutura histórica grega.
- o Acusaram-nos de não se ter preocupado com a veracidade das fontes jurídicas e não jurídicas dos trabalhos que produziram, e, portanto de terem efectuado um trabalho com base em fontes erradas, já que eles (humanistas jurídicos) tinham constatado que as fontes do código justinianeu estavam erradas.

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

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

-----*-----

Usus Modernus Pandectorum

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

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

Esta escola de pensamento baseava-se na ideia de que o direito romano deveria ser aproveitado naquilo que tivesse de essencial à luz do direito natural e de válido relativamente aos direitos nacionais. O direito das Pandectas deveria ser filtrado pelo critério da razão e dele aproveitado apenas o que tivesse de actual.

Deveria distinguir-se o direito romano caduco daquele que fosse ainda susceptível de aplicação moderna.

Racionalismo Jurídico

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

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

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

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

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

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

Humanitarismo Jurídico

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

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

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

Lei da Boa Razão

(Pag 356 a 362 do manual do prof. Almeida Costa)

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

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

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

As soluções que a lei consagrou foram:

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

Reforma dos Estatutos da Universidade de Coimbra

(Pag. 129 a 130 do Vol II, Tomo II, do manual dos profs. Albuquerque e Pag 362 a 367 do manual do prof. Almeida Costa)

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

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

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

Urgia então uma verdadeira reforma do ensino.

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

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

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

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

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

Questão do Novo Código

(Pag. 130 a 153 do Vol II, Tomo II, do manual dos profs. Albuquerque)

Em 1778 a rainha *D. Maria I* tomou a decisão de nomear uma comissão, na qual se integravam 10 juristas, que funcionavam como assessores de uma junta de ministros, com o objectivo de, todos de em conjunto, procederem à reforma das *Ordenações Filipinas* e elaborarem um **Novo Código**.

Os motivos desta decisão tinham a ver com a antiguidade de algumas leis, a existência de outras de que não havia a certeza se estavam revogadas, a existência de leis que levantavam dúvidas de interpretação na prática forense e a existência de leis que a experiência aconselhava a modificar.

Como o trabalho desta comissão não foi produtivo, em 1783, um outro jurista, de seu nome Pascoal José de **Melo Freire dos Reis**, conhecido pela sua **tendência conservadora e absolutista**, foi incumbido de reformular os livros II e V das Ordenações, relativos a matérias de direito público politico-administrativo e direito criminal.

Do seu esforço resultaram dois projectos de Código de Direito Público e de Código Criminal.

Para apreciá-los foi, por Decreto de 3 de Fevereiro de 1789, nomeada uma Junta de Censura e Revisão, da qual fazia parte um outro jurista e lente de cânones, de seu nome António Ribeiro dos Santos, conhecido pela sua **tendência liberalista**.

Com efeito, as diferenças de concepção do poder politico de um e de outro, levaram a uma polémica e conflito político-jurídico entre os dois, o que frustrou completamente a aprovação desses projectos, **os quais não passaram de uma tentativa para a elaboração de um novo código**.

Melo Freire defendia um conceito de monarquia pura, era absolutista convicto e simpatizante das teses hierocráticas, argumentando que não poderiam existir leis limitadoras do poder do monarca.

Ribeiro dos Santos era considerado um pró-liberal, simpatizante das teses anti-hierocráticas e defendia um conceito de monarquia consensualista, em que o poder do monarca estava limitado pela existência das chamadas leis fundamentais, que resultavam expressa e tacitamente duma convenção entre o Rei e o Povo. As Cortes, na opinião deste jurista, não podiam ser vistas como uma fonte limitativa do poder, até porque existiam direitos invioláveis.

Esta diferença política de base não deve, no entanto, esconder a proximidade que, no fundo, ambos tinham quanto a concepção monista do direito. Embora defendendo modelos políticos diferentes, ambos consideravam o direito como monopólio do Estado, fosse ele produzido exclusivamente pelo Rei (Melo Freire) ou dividido entre o Rei e as Cortes (Ribeiro Santos). Para ambos, a ordem jurídica assentava numa visão monista, em que a lei era praticamente a fonte exclusiva do direito. Relativamente ao direito Romano, ambos concordavam em retirar-lhe a posição de direito subsidiário. Ribeiro dos Santos criticou bastante o exagero de existirem oito cadeiras de direito e uma de direito pátrio.

Quanto ao direito criminal, a polémica foi particularmente grande. Melo Freire, apesar de crítico das Ordenações, mantinha no seu projecto soluções como a **pena de morte para vários delitos e o esquartejamento em caso de crime de traição**, soluções essas que o seu opositor, Ribeiro dos Santos, um dos primeiros defensores da abolição da pena de morte, influenciado pelas ideias do humanitarismo jurídico, considerava aberrantes.

O trabalho de censura foi tão contundente e levantou tantas dúvidas que os projectos de código de Melo Freire não passaram disso mesmo, ou seja de projectos.

Codificação Geral do séc XIX

(Pag. 223 a 306 do Vol II, Tomo II, do manual dos profs. Albuquerque)

Nos inícios no séc. XVIII, mas sobretudo ao longo do séc. XIX, desencadeou-se um movimento codificador em diversos países da Europa, que acabaria por se estender a outras nações não europeias.

Este movimento concretizou-se na elaboração de corpos legislativos unitários, obedecendo a uma estrutura orientada por critérios científicos.

Em termos filosóficos, a codificação partiu da ideia de que se devia consagrar o racionalismo, agora misturado com os novos ideais da plenitude do ordenamento jurídico e da segurança ou certeza na aplicação do direito.

Entendia-se que a ordem jurídica devia estar munida de um conjunto normativo exaustivo que regulamentasse, se possível, todas as situações possíveis de acontecer na vida jurídica.

Em Portugal, a necessidade de reformar a legislação justificou a adopção do movimento codificador, que foi progressivamente incidindo sobre os diversos ramos do direito.

Com efeito, a *Lei da Boa Razão* tinha constituído a última reforma significativa mas parcial da ordem jurídica, já que da chamada tentativa do novo código, em termos práticos, nada tinha resultado. Por isso considerava-se mais do que nunca justificada uma reforma da legislação.

Em suma, as correntes históricas do pensamento jurídico, a revolução francesa e os seus efeitos, bem como a opinião de alguns autores, defensores da necessidade de codificação, foram as causas de influência do movimento codificador português.

Direito Comercial

O primeiro código português foi o **Código Comercial**, da autoria de Ferreira Borges, o qual surgiu em 1833, continha 1860 artigos e estava dividido em três partes de matérias regulamentadas: Comércio terrestre, Comércio marítimo e a Organização do foro mercantil e acções comerciais.

Este Código baseou-se nos direitos de alguns países europeus, designadamente o *Código Francês*, o *Projecto Italiano* e o *Código Espanhol*.

Este Código vigorou até 1888, altura em que foi publicado o segundo Código Comercial, da autoria de Veiga Beirão. Este segundo Código Comercial também estava dividido em três partes, designadamente: comércio geral, contratos especiais de comércio e comércio marítimo. É este código que ainda vigora apesar de alterado por muita legislação avulsa.

-----*-----

Direito Administrativo

O primeiro **Código Administrativo**, de modelo municipalista, surgiu em 1836 e foi referendado por Manuel da Silva Passos, conhecido por Passos Manuel.

O segundo **Código Administrativo**, de modelo centralista, surgiu em 1842 e foi referendado por Costa Cabral.

O terceiro **Código Administrativo** regressou a modelo municipalista, surgiu em 1878 e foi referendado por Rodrigues Sampaio.

O quarto **Código Administrativo** manteve o modelo municipalista, surgiu em 1886 e foi referendado por Luciano de Castro

O quinto **Código Administrativo** surgiu em 1896 e foi referendado por João Franco

Finalmente o sexto **Código Administrativo** surgiu em 1936 e baseou-se num projecto de Marcello Caetano, possuindo já várias alterações avulsas.

Direito Penal

No séc. XIX o direito penal assentava ainda no Livro V das Ordenações Filipinas, que consagrava penas cruéis e infamantes, o que levou à necessidade de existir uma reforma penal, influenciada por teses humanistas de Francisco Freire de Melo (sobrinho de Melo Freire), o qual lançou uma obra em 1822, que impulsionou o movimento reformador da codificação penal.

As Ordenações do Reino possuíam várias lacunas, pois não previam um grande número de situações ilícitas.

Porém, na época pombalina, foi desenvolvida alguma legislação penal que já dava indícios de consagrar princípios defendidos pelo Humanitarismo Jurídico.

O primeiro **Código Penal** surgiu em 1852, e foi da autoria de Duarte Leitão, Sequeira Pinto e Alves Sá, considerados dos melhores juristas da época.

O segundo **Código Penal** surgiu em 1886, com base num projecto da autoria de Levy Maria Jordão, tendo vigorado até 1982.

O terceiro **Código Penal** surgiu em 1982 e foi da autoria de Eduardo Correia.

O quarto **Código Penal** surgiu em 1995, baseado num projecto do *Prof. Figueiredo Dias* e já foi revisto por diversas vezes.

Direito Civil

No sec. XIX, na área do Direito Civil, na sequência das correntes liberais, surgiu um movimento codificador que desencadeou várias tentativas de criar um novo Código Civil.

Em 1821 foi constituída uma comissão, composta, entre outros, por Ferreira Gordo, Correia de Lacerda, com vista à elaboração do código civil, não tendo, porém, tal trabalho sido concluído.

O primeiro Código Civil foi elaborado em 1868 por António Luís Seabra, desembargador da Relação do Porto, e foi publicado pela Carta de Lei de 1 de Julho de 1867, data que marca o fim das Ordenações Filipinas.

Este Código Civil só foi revogado em 1966 pelo actual Código Civil.

Direitos Processuais

Código de Processo Civil

Em 1832 deu-se a reforma judicial, em 1837 a nova reforma judicial e em 1842 a novíssima reforma judicial.

Em 1876 surgiu o primeiro **Código de Processo Civil**, o qual vigorou até 1939, data em que foi revogado pelo actual, da autoria de José Alberto Reis. E que já possui inúmeras alterações.

-----*-----

Código de Processo Penal

Após a tentativa de 1874 de Navarro de Paiva, em 1929 surgiu o primeiro **Código de Processo Penal**, o qual foi revogado em 1988 pelo segundo **Código de Processo Penal**.

O terceiro **Código de Processo Penal** foi publicado em 1998 e já sofreu diversas alterações.

- FIM -