

HISTÓRIA DO DIREITO

O direito é uma “Ordem social, que tem por fim a Justiça”

Temos dois conceitos de direito:

1 – Positivista – Que são as Leis, ou seja o Direito em vigor

2 – Jus-Naturalista – Que para além do positivo, existe ainda um direito natural, que são princípios fundamentais, que embora não estejam escritos, são direitos naturais.

Ex: Declaração Universal dos Direitos do Homem

Se o direito positivo não integra o direito natural, não está a cumprir os seus objectivos.

O método da cadeira História do Direito (HD), é o estudo quer da Fontes quer das Instituições do Direito.

Por fonte de direito entendem-se os modos de formação e revelação das normas jurídicas.

Fontes de Direito: Leis, Costumes, Jurisprudência e Doutrina.

Formação : Lei - criação de normas deliberadamente; Costumes - espontâneas.

Revelação : Jurisprudência – Actividade dos tribunais na aplicação da Lei.}a)

Doutrina – Reflexão dogmática dos Juristas sobre o Direito } a)

a) – Só em termos históricos

Ordenações = Compilações de Leis

História do Direito Português, tem dois grandes períodos, os quais se dividem em duas datas, 1415 e 1820.

1415 – Início dos descobrimentos com a conquista de Ceuta. Para outros autores a data das Ordenações é que deveria fazer-se a divisão, dado tratar-se de uma data de um facto jurídico, o que até esta mais de acordo com a história.

A periodicidade, facilita o estudo da HD, estabelecendo épocas; Romanos, Visigodos, Muçulmanos, Reconquista, etc..

De acordo com estas periodificações, existem vários critérios, a saber:

— Critério Político – (Exp: D. Afonso III, considerado o Rei Legislador) Nem sempre os factos políticos transportam HD, pelo que periodificar com base neste critério, pode parecer inútil.

— Critério Étnico - Político – (Mistura dos dois critérios) A. Herculano e Gama Barros, do ponto de vista do rigor científico, uma periodificação deve obedecer a um só critério.

— Critério Jurídico – Dá prevalência a evolução do próprio direito, o qual se pode dividir em: Interno, que olha para dentro, para o seu conteúdo, e Externo: que olha para o modo de produzir o direito.

— Critério Misto - O direito evolui de acordo com as circunstâncias Político - Económicas, e é o seu resultado, as datas marcam essas mudanças. Prof. Martin e Ruy Albuquerque. O qual se divide em dois períodos

1 – Período Pluralista (até 1415) – Pluralidade de Fontes e Formação, variedade de modos de produção do direito e diversificação das Instituições quanto a sua origem.

2 – Período Monista – Prevalência de uma fonte, a do direito sobre as demais, é o período do predomínio e supremacia da Lei. Este período pode-se subdividir em:

a) – Monismo Formal – (de 1415 até 1820) A Lei é a fonte principal do direito mas coexiste com outras fontes.

b) – Monismo Material – (de 1820 até n/dias) Supremacia efectiva da Lei, com as fontes do direito, reduzidas a um papel insignificante.

Definição dos dois tipos de direito, segundo o Critério do Interesse:

Direito Privado – É a norma que protege directamente um interesse privado, e só indirectamente, tutela interesses públicos.

Direito Público – (Inverso do direito privado)

Critério da Posição dos sujeitos na relação Jurídica:

Direito Privado – A norma que regula uma relação entre particulares, ou entre particulares e o Estado, mas em que este esteja em pé de igualdade com qualquer privado.

Direito Público – A norma que regula uma relação entre entidades públicas, ou entre particulares e o Estado, mas em que este entre na condição de soberano. “Ius Imperium”

O Direito Público, evolui mais rapidamente que o Direito Privado

Épocas na História do Direito Português:

— Até 19 AC – Período pré-romano ou Primitivo

— 19 AC até 506 – Período Romano

-- 506 até 711 – Período Visigótico (fim do Imp. Romano)
-- 711 até 1248 – Período Muçulmano (Batalha de Guadalupe) e da Reconquista
-- 1248 até 1769 – Período Romanismo Justiniano, o qual se subdivide em:
1248/1446 – A Recepção do DR
1446/1769 – Época das Ordenações (Afonso, 1º Código D. Port.)
-- 1769 até 1910 – Racionalismo Jurídico (1769 – Lei da Boa Razão, de Pombal, retirou-se importância ao direito Romano)

Período Pré Romano, ou Primitivo:

Povos: Tartessos (Andaluzia), Turdetanos, Iberos, Celtas, Celtiberos, Galaicos e Franco-Pirineus
Historiadores greco-romanos, que passaram pela Península, e escreveram sobre a história do Direito: Tito Lívio e Estrabão, entre outros.

Organização: Organizados em tribos, que conviviam através de, Pactos de Hospitalidade Pactos de Clientela, Devotio Ibérica, pacto Militar e/ou Religioso, Galaico
Adoptavam a Monogamia, ordem Patriarcal, não existiam Leis, mas um ordenamento Consuetudinário (costumes).

Instituições: Esponsais; promessa de casamento, com consequências patrimoniais.

Lei do Ósculo; estabelecia, que por ocasião dos Esponsais, os futuros conjugues, deveriam comprometer-se com um beijo público.

Regime de Casamento de Comunhão Geral (comunhão de adquiridos).

Entrar às Varas; Lei que punha fim a um litígio, com umas varadas.

Os dois métodos do conhecimento do direito Primitivo, são: Método Comparativo e o Método da supervivência do elemento Consuetudinário

Estes métodos não se baseiam em factos concretos mas no raciocínio que historiador faz

Conhecimento dos Métodos:

Dedutivo Comparativo : Comparar instituições, de um povo que são do conhecimento do historiador, com as de outro povo, que se pretende conhecer melhor, o facto de existirem factores comuns, deduz-se as características do povo, do qual se tem menos dados.

Supervivência dos Costumes (Consuetudinário):

Ao encontrar uma Instituição nos Costumes de um povo, o historiador tenta identificar a origem da Instituição, investigando se ela existe nos costumes de épocas mais remotas, admite-se assim como hipótese, que esse costume tenha nascido em determinada época.

PERÍODO ROMANO

Os romanos chegaram à Península Ibérica por ocasião da 2ª Guerra Púnica, (entre Roma e Cartago), cujo objectivo era o domínio de toda a região Mediterrânica.

O desembarque deu-se em 218 AC, e o grau de resistência da população, que nessa época habitava a Península, foi diferente de uma região para a outra.

A resistência dos Lusitanos fizeram prolongar por 2 séculos a ocupação, que só veio a acontecer no ano 19 AC, através da Pax Romana.

A assimilação da cultura romana, foi mais fácil no Sul e Litoral e mais difícil no Interior e Norte, pelo que o grau de romanização da Península não foi uniforme.

História Política de Roma: (Divide-se em 4 épocas)

1ª - Monarquia – Desde a fundação no Sec. 8 em 753 AC e até 510 AC.

2ª - República - De 510 AC até 27 AC

3ª - Principado - De 27 AC até 284 DC

4ª - Império - De 284 DC até 476 DC, data da queda do Império do Ocidente.

Monarquia – Governo de um só (Rei).

República - Dispersão exercício do poder, e uma maior participação dos grupos sociais . no exercício desse poder.

Principado - Concentração de poderes numa só pessoa, embora não se extinguissem, as . outras Instituições.

Império - Consolida a expansão romana e leva ao extremo a concentração de poderes . no Imperador.

I - MONARQUIA: (753 a 510 AC)

Tipos de Poder:

- 1 – Chefias Militares
- 2 – Actividade Jurisdiccional
- 3 – Líderes Espirituais

O Rei na sua qualidade de chefe supremo, tinha um cargo vitalício, mas a sua posse dependia da Lei “Lex Curiata d’Imperio”, ou seja a aprovação pelo povo em comício.

O Senado é uma assembleia constituída por indivíduos com ascendência superior, com certa idade (assemb. Anciãos), e Patrícios (classe social elevada).

Tinha funções consultivas, nomeava o Interrex (que exercia funções entre dois reinados) e ratificava as deliberações dos comícios, para que elas fossem válidas.

O povo reunia-se noutro tipo de assembleias, Comícios, de que se conhecem , 3 tipos:

- 1 – Cúrias
- 2 – Centúrias
- 3 – Tribais

Cujas competências eram as seguintes:

Cúria: Designava um representante para uma cúria de 30 Lictores, das 30 cúrias em que estava dividida a cidade. Era nas cúrias que se votava o Rei.”Lex Curiata d’Imperium”

Centúria: Órgão da população para participação militar, que tinha por função entre outras, a eleição de alguns magistrados Romanos, Cônsules, Censores, Pretores e o Ditador (Magistrado extraordinário, que dita regras em caso de vazio político)

Tribais: Composto por habitantes de cada tribo, e elegia os magistrados inferiores, os Edis e os Questores.

II – REPÚBLICA (510 a 27 AC)

Estabelecimento da divisão de poderes, os poderes são entregues a dois cônsules, os restantes poderes são divididos entre os Censores, Pretores, Questores e os Edis.

Cursus Honorum: Percurso que os magistrados percorriam na sua carreira, a qual era caracterizada por 3 regras:

- Temporalidade - Anualmente
- Colegialidade – Direito ao Veto
- Responsabilidade – Actos praticados no mandato

Os cargos dos magistrados eram ocupados anualmente, o exercício do poder estava a cargo de um deles, o qual era limitado pelo poder dos outros (direito de veto), cada magistrado respondia pelos actos praticados durante o seu exercício.

A par desta magistratura ordinária, existia outra extraordinária, chamada de “Tribuno da Plebe”, que eram chefes de movimentos populares, que concentravam bastantes poderes designando-se tais poderes, “Tribunitia Potestas”.

A magistratura ordinária, exercia um poder designado por “Imperium” (poder de soberania, “Potestas” (povo romano) e “Iurisdictio” (Administrar a Justiça).

“Imperium” – Exercido por cargos superiores, Cônsul, Ditador, mais tarde o Pretor Urb. era o poder de Soberania, convocar o Senado, os Comícios e comandar o exército.

“Potestas” - Todos magistrados, poder de vincular o povo romano, através da vontade dos magistrados.

“Iurisdictia” – Poder de administrar a justiça, nas diferentes matérias.

Magistraturas Ordinárias – Curso das Honras – Ordem Crescente:

1 – Questor – Potestas e Iurisdictio Penal

2 – Edil Curul – Potestas e Iurisdictio de: Fiscalização da limpeza da cidade, conservação da via e edifícios públicos e vigilância dos mercados e espectáculos públicos.

3 – Pretor - Potestas, Imperium e Iurisdictio (restante matéria), magistrado com mais poder, o qual veio a criar o Direito Pretório.

Pretor Urbano – Tutelava as relações em que fossem intervenientes cidadãos romanos, cargo criado em 367 AC.

Pretor Peregrino – Cargo criado em 242 AC, tutelava as relações entre os romanos e estrangeiros e dos estrangeiros entre si.

4 – Consul - Potestas e Imperium

5 – Censor - Potestas – Contava a pessoas e a riqueza destas, sendo o topo da carreira, era o que tinha menos poder.

Magistraturas Extraordinárias:

1 – Tribuno da Plebe - Representava os Plebeus

2 – Ditador - Reunia todo o poder em épocas de transição, ou entre crises políticas.

O Processo Judicial Romano nesta época da República, estava dividido em 2 fases:

1ª Fase – In Iure – Presidida por um Pretor, que em face ao litígio apresentado, determinava o Direito aplicável.

2ª Fase – In Dictio – Presidida por um Juiz (privado), que deveria avaliar a prova apresentada e decidir.

Assembleias da Plebe ou Concílios da Plebe:

Elegia os Tribunos e Edis da plebe, e tinha competência legislativa para aprovar os Plebiscitos, nesta assembleia não podiam participar Patrícios. Numa 1ª. Fase os plebiscitos só vinculavam os Plebeus, mas a partir de 286 AC, através da lei “Lex Hortensia”, também os Patrícios ficavam sujeitos ao plebiscito, esta época da República caracterizou-se por uma maior importância do Senado, até 339 AC o Senado ratificava as deliberações dos comícios, a partir desta data passou a aprovar previamente as propostas a votar nos comícios, ou seja passou a intervir à anteriori e não à posteriori

III – PRINCIPADO (27 AC a 284)

Século I AC – Octávio César Augusto, 1º Príncipe

Concentra muitos poderes, sem ter percorrido os necessários caminhos para os atingir.

É – lhe atribuído o Consulado sem ter percorrido o Cónsules Honorum e também nunca foi eleito Tribuno da Plebe mas recebe com carácter vitalício a “Tribunicia Potestas”, isto acontece por razões de prestígio pessoal, mas depois institucionalizou-se, e depois fez-se prática com os seus sucessores.

Características : Esvaziamento de poderes dos outros órgãos, os quais se mantêm, mas que progressivamente são-lhe retirados os poderes que tinham, os comícios perdem significado e o Senado deixa de ter o papel importante que tinha nas Repúblicas, não têm capacidade legislativa com carácter vinculativo as suas decisões, “Senatusconsulta”, torna-se uma assembleia desprovida de poderes, perante a qual o Imperador fazia os seus discursos. O declínio destes órgãos é irreversível.(Pág. 72 DR)

IV - IMPÉRIO (Ocidente – 284-476 DC)

Começa com Dioclesiano I Imperador, poderes concentrados no Imperador, que invoca o carácter divino da sua investidura, poder supremo, a burocratização do poder através de um conjunto de funcionários, em que o Imperador delega funções.

O Senado obedece as directrizes do Imperador, e o Povo perde totalmente o poder, inclusive o de eleger o Príncipe.

Expansão territorial e os problemas que daí resultam, nomeadamente de administração do Império, o que veio a justificar que Teodósio, faça a divisão em 395 DC do Império, em Ocidente e Oriente, que distribui pelos seus dois filhos.

PERIODIFICAÇÃO DO DIREITO ROMANO – ÉPOCAS JURÍDICAS

753 AC (Fundação de Roma), até 130AC - Época Arcaica

130 AC a 230 DC – Época Clássica

230 DC a 530 DC – Época Pós - Clássica

530 DC a 565 DC – Época Justinianeia

Época Arcaica:

O direito não vivia separado das normas religiosas, as quais dificilmente se distinguem, isto porque eram os sacerdotes que aplicavam a justiça, a falta de autonomia de funções jurídicas e religiosas, conduz a uma menor identidade destes domínios, os Costumes são a única Fonte de Direito, é aqui que surge a Lei das 12 Tábuas – 450 AC, esta lei é um marco muito importante do DR, assim como o “Ius Flavium”.

O que veio proporcionar uma maior separação da religião, ou seja veio laicizar o DR, foi da iniciativa dos Plebeus mandar “Decenviros” a Grécia para tomar conhecimento das Leis Gregas para fazer em Roma algo semelhante.

A partir do quadro legal da Lei das 12 Tábuas, desenvolve-se a jurisprudência “Iurisprudência” (trabalho dos juristas). É também neste período que aparece o Pretor (Urbano) 367 AC e Peregrino em 242 AC, o Pretor

Urbano desenvolve-se num ordenamento “Ius Civile” (Direito Civil), o Peregrino de acordo com o “Ius Gentium” (Direito das Gentes – Roma/Estrangeiros e estrangeiros entre si).

É já no final deste período, que aparece a “Lex Aebutia de Formulis”, Lei que consagra formas processuais. Esta lei dá ao Pretor poderes processuais, que lhes permitem aplicar e interpretar as lacunas do Ius Civile,

Época marcada pela imprecisão, isto porque as regras estão mal definidas, e as Instituições ainda não estão formadas.

Época Clássica: - Período de ouro do Império Romano

A clareza o rigor e a precisão são a imagem desta época, 130 AC que marca o início desta época e a data provável da Lei “Lex Aebutia de Formulis”, “agere per formulas”, a qual é apresentada por escrito pelo Pretor ao Juiz, (pág. 332/3 DR) é da maior importância na alteração do processo Judicial em Roma.

Esta época representa o período de maior desenvolvimento do direito Romano, que assenta na criatividade da Jurisprudência dos Juristas, os quais desenvolvem a sua actividade, em 3 funções distintas, designadas por:

- 1 – Cavere – Acompanhamento/aconselhamento dos particulares nos negócios jurídicos.
- 2 – Agere – Orientação dada pelos juristas, no âmbito da acção judicial.
- 3 – Respondere – Elaboração de pareceres sobre problemas jurídicos.

Há a influência dos juristas sobre a acção da magistratura, os juristas têm independência e autonomia em relação ao poder político. Esta época coincide com a expansão romana.

Sub – divide-se: 130 AC a 30 AC - Pré – Clássica – Desenvolvimento e ascensão DR

30 AC a 130 DC – Clássica Central – Período mais alto DR

130 DC a 230 DC – Clássica Tardia – Sinais de decadência do DR

Período da fase criativa do Édito do Pretor, o qual consignava no início do seu mandato, as linhas de actuação, bem como os expedientes técnicos a utilizar, e dos grandes juristas romanos, Laben, Pompónio, Gaio, Modestino, Papiniano, Paulo e Ulpiano. Esta época finda com a morte de Ulpiano o último grande jurista do período Clássico.

Época Pós – Clássica: - 230 DC a 530 DC – Época da Confusão

Período de degradação do DR, degenera-se os conceitos e valores clássicos, perde-se a perfeição da técnica jurídica, pela influência das instituições estrangeiras.

Decadência do valor da jurisprudência, os juristas passam a dedicar-se a tarefas meramente burocráticas, pela sua ligação às Instituições do Estado, ou seja a burocratização da Jurisprudência.

As obras produzidas são de natureza compilatória, muitas vezes adulterando o que já estava feito. Esta degeneração da perfeição da época Clássica, conduz ao que se chama a vulgarização do DR, mas só no Ocidente.

— Neste período distingue-se:

No Ocidente: - O DR mistura-se com as Instituições dos povos que habitavam as suas províncias e vulgariza-se.

No Oriente: - Mantêm-se os padrões e os níveis da época clássica e aumenta a influência Grega sobre o DR, é o período do Classicismo e Helenização.

Época Justinianeia – 530 DC a 565 DC – Império do Oriente:

Período que é marcado pela sistematização e compilação do Direito, o Imperador tem a iniciativa de recolher o Direito produzido na época Clássica e sistematiza-lo, considera-se este direito bastante válido sobre o ponto de vista técnico, o que se deve em grande parte, ao facto de terem sido chamados juristas que ensinavam Direito, em Damasco, Beirute e Constantinopla.

A base é o Direito Clássico, embora influenciado pela tendência Helenística, que já se vinha fazendo sentir na época anterior.

Grandes Obras produzidas nesta época, por ordem cronológica: Codex 1, Digesto, Institutas de Justinianeus e as Novelas.

O “Corpus Iuris Civilis”, designação dada as obras romanas compiladas, e através das quais se vai formar o Direito Europeu a partir do Sec. XII., depois de estar adormecida durante 6 séculos. Esta obra foi estudada e aplicada em Portugal no Sec. XIII.

IUS ROMANUM

- 1 - Ius Civile
- 2 - Ius Praetorium

1 - Fontes do Ius Civile:

- Costume

Mores Maiorum – Epoca Arcaica – Tradição de moralidade comprovada
Consuetudo – Epoca Pós-Clássica – Prática Reiterada

- Lei da XII Tábuas - 450 AC

- Lex Pública – Desde 450 AC até Séc. II

Leges Rogatae
Plebiscitum

Leges Datae

Leges Dictae

- Senatusconsultus – Desde Séc. I AC até Séc. II

- Constituições Imperiais – Séc. I a Séc. VI

- Iurisprudentia

Lei das XII Tábuas – 450 AC:

Problemas sociais entre Patricios e Plebeus, leva estudiosos do direito a Grécia, e assim nasceram as primeiras 10 Tábuas:

- Tábuas 1 a 3 - Direito processo Civil
- 4 e 5 - Direito da Família e Sucussões
- 6 - Negócios Jurídicos mais importantes
- 7 a 12 - Direito do Processo Penal

Leis Republicanas:

O conceito de Lei em Roma; é uma das fontes de criar Direito:
“Lex” = Lei; “Legis” = Leis; “Ius” = Direito

A Lei é uma declaração com valor normativo, baseada num acordo entre quem emite a declaração, e os seus destinatários:

“Lex Pública” e “Lex Privata”

Lex Pública – Emitida por órgão detentor de poder Político, no uso desses poderes.

Lex Privata – Declaração normativa, que alguém emitia sobre um seu objecto do qual tinha disponibilidade.

Até a República, eram as Assembleias que tinham poder legislativo, Comícios e Assembleias da Plebe, além destas assembleias, os magistrados também tinham poder de desencadear o processo legislativo, estas Leis Públicas classificam-se em 3 tipos:

“Lex Dicta”; “Lex Data”; e “Lex Rogata”, sendo esta a mais importante.

As Leis partiam da iniciativa de um magistrado, “Rogatio” Proposta de Lei, feita pelo magistrado e apresentada aos comícios, o Senado intervinha pela ratificação das Leis, mais tarde a partir de 339 AC, intervém a anteriori. (pág. 205/9 HDR).

Lex Rogata = 5 Etapas:

“Promulgatio”, “Conciones”, “Rogatio”, Ratificação Senado e Afixação

“Promulgatio” – Magistrado elaborava a Lei a qual era afixada na praça pública durante 3 semanas, “Conciones” – Discussão nos Comícios, só 1 dia “Rogatio” – Era lido o texto da Lei, e os magistrados rogavam a votação favorável nos Comícios, que inicialmente era oral, mas a partir do ano 131 AC, passou a ser secreta, se aprovada a Lei ia para o Senado para Ratificação, mas a partir de 339 AC, tal ratificação passou a ser a anteriori; finalmente ia para Afixação – Tábuas no Fórum.

Plebiscitos = Leis com valor idêntico, aprovadas nas Assembleias da Plebe, o seu carácter vinculativo é discutido na doutrina, hoje aceita-se que começassem a ter carácter vinculativo apenas para Plebeus, a partir 449 AC, e mais tarde vinculava também os Patricios, isto a partir de 286 AC.

Lex Dicta – Provinha de um magistrado no uso de poder próprio, serviam para regulamentar bens do Estado, utilização de bens públicos.

Lex Data – Provinha de um magistrado, no uso de uma autorização legislativa dada pelo povo.

2 - Direito Pretório:

Direito Pretório – Programa de acção feito pelo Pretor, em que eram enunciadas, as (Ius. Praetorium) medidas que se propunha tomar durante o período do seu mandato.

Ius Honorarium – Direito criado pelo “Edictum” de todo magistrado com poder para tal.

O Pretor não tinha a capacidade para fazer Leis, fazia um Edictum, ou seja programa de acção que era sujeita a aprovação da população que o elegeu, e que seria aplicado durante a sua magistratura (pág. 298/301 HDR).

Este direito visava ultrapassar as falhas ou supressões do Direito Civile, através de um expediente do Pretor, mas no entanto sem tocar do Direito Civile.

Edictum Pretor – Programas de acção dos Pretores, podem ser:

Decretum – Resolução imperativa de um caso concreto.

Edictum Perpetua – Programa a vigorar durante um ano, desde inicio ao fim mandato.

Edictum Repentina – Elaborado durante o mandato em circunstâncias excepcionais.

Edictum Tranlacticia – Parte do Edito que se transfere de um Pretor para outro Pretor.

Edictum Novum – Acrescentado pelo Pretor de um determinado ano.

Edictum Perpetum - Dado haver pouca originalidade nos Éditos, o Imperador Adriano em 130, mandou fazer um Edito ao jurista Salvius Juliano, o qual devia servir sempre, sendo uma compilação dos Éditos, aprovada pelo Senado, era Constituição Imperial.

A partir desta data continuou a ser publicado até ao Sec. III, mas perde a sua natureza de Fonte autónoma de Direito, dado ter-se extinguido a criatividade (pág. 298/9 HDR).

Jurisprudência:

Ciência e Prudência, devia distinguir o certo do errado, enquanto técnica deveria prever, a forma de alcançar a Justiça, “A Arte do Bom e do Justo” (pág. 290).

Ser Jurisprudente, é ser prudente na procura da Justiça, resolução justa do caso.

No inicio a jurisprudência pertencia exclusivamente aos sacerdotes, até que surgiu:

Ius Flavium “Cneu Flávio” – Ensino público do Direito, Forma de propositura acções

Oratores – Figuras relacionadas com o Direito, que actuam na defesa, de uma das partes Litigantes, mas que não são Iurisprudentes.

Funções essenciais da Jurisprudência: Cavere, Agere e Respondere.

Response – Pareceres jurídicos dos jurisprudentes, na função de Respondere.

Os responso, só tiveram carácter vinculativo, com Octávio César Augusto, através da “Ius Publici Respondendi ex Auctoritate Principis”, ou seja o Direito público de resposta com autoridade do Príncipe. Passaram a ser Fontes Imediatas do Direito.

117 DC com Adriano, foi dada autoridade a alguns juristas, de emitirem pareceres que eram vinculativos para os juizes. Pelo que, passa a ser uma autoridade tutelada politicamente, e não com o prestígio, que devia ser dado ao autor, pois só quando a opinião era unânime o juiz ficava vinculado a essa opinião, Fontes Imediatas de Direito.

Lei das Citações – 426 DC (Constituição Imperial) – Tribunal dos Mortos (Pág. 424/5)
Esta Lei diz que as obras de 5 juristas Romanos, são aquelas que devem valer:

Papiano, Gaio, Paulo, Ulpiano e Modestino

Também valiam as obras citadas por estes autores, e que pudesse ser garantida, a sua autenticidade, através de prova documental.

Regra de validade da opinião – Prevalecia, a regra da maioria, em caso de empate desempatava Papiano, caso Papiano não tivesse opinião o juiz decidia.

Resumo da evolução da Jurisprudência Romana, por épocas:

Arcaica – Laicização, Lei da 12 Tábuas e *Ius Flavium*

Clássica – Casuística – *Ius publici respondendi*

Pós – Clássica – Lei da Citações – Burocratização

Justinianeia – Compilações e sistematização do *Ius*

Senatuconsultos : *Ius* e parte do *Ius Civile*

Assembleia de Anciãos – Patrícios , e a partir de 312 AC , a *Lex Ovidia*, alargou a participação também aos Plebeus. (pág. 83 – sum.).

Até séc. I AC, os senatuconsultus não eram vinculativos, eram só pareceres.

A partir desta data , passam a ser vinculativas as suas deliberações. (ano 4 AC)

Depois dos finais do séc. I I DC, já não têm qualquer peso vinculativo, são meros discursos do Imperador, evoluem para Constituições Imperiais, e já não valem como deliberações do Senado.(pág. 218/9, 222/3)

Constituições Imperiais

Fonte do *Ius Civile*, decisão unilateral do Imperador, ganha importância com a concentração de poderes do Principado em diante, séc. I I DC, foram equiparados às Leis, no séc. IV eram a única forma de criação do Direito Novo. Este período identifica-se como baixo império, em que a única autoridade reconhecida para criar Direito era o Imperador.

— Tipos de Constituições Imperiais:

— Edictus – Forma mais solene e comum de produção normativa do Imperador, tem a sua origem nos “*Ius Edicendi*” dos magistrados.

— Mandata – Ordens ou instruções dadas a funcionários numa 1ª fase, mas depois passaram a ser impessoais e transformaram-se em regulamentos que incidiam em matérias penais e administrativas.

— Decreta – Decisões Judiciais proferidas nos processos que fossem submetidos ao próprio Imperador, no âmbito de um processo especial que corria todo perante o Imperador, e que se chamava “Processo Extra Ordinarius”, as decisões proferidas no processo, eram extra ordem em Decretos.

— Rescritos – de dois tipos:

- Epistolas – Resposta a consultas formuladas por magistrados, sobre questões jurídicas, independente de um processo judicial.

- Subscrições – Resposta a consultas feitas por particulares e elaboradas pela chancelaria do Imperador com seu acordo e sobre aspectos jurídicos, têm natureza mista das Mandata e das Decreta.

— Oratio Principis – Discurso do Imperador perante o Senado

Compilações

Período Pós clássico, Lex aqui neste período, é todo direito recentemente criado, (Constituição Imperial), por contraponto ao *Ius*, que é todo direito antigo.

1 – Código Gregoriano - 291 – 292, Colectânea privada, elaborada nos finais séc. III e composta por Constituições Imperiais, do Imperador Adriano até Dioclesiano, está dividida em 15 livros/títulos, natureza particular

2 - Código Hermogeniano, finais séc. III, contém Constituições Imperiais (Rescritos), de Dioclesiano, foi encarado como o livro 16 do código Gregoriano, tem natureza particular.

3 – Código Teodósiano II – 438, colectânea de carácter oficial, aplicou-se a parte ocidental do Império, a partir do ano 438, é também composto por Constituições Imperiais, e está sistematizado em 16 livros/títulos, esta são compilações de “Leges”, sendo, 5 livros de direito privado e 11 direito público.

Para além desta compilações, também se fizeram compilações de *Ius*, , que são as mais importantes deste

período, que são:

- 1 – Sentenças de Paulo, fins séc. III, princípios séc. IV, elaboradas no Ocidente, 5 livros
- 2 – Epítome de Gaio, 2 livros, síntese dos 3 primeiros livros das *Intuitiones Gaius*.

“Corpus Iuris Civilis”

Foi Dionísio Godofredo, jurista séc. XVI, que lhe deu o nome em 1583, e compõem-se:

- 1 – Código – Codex
- 2 – Digesto – Pandetas
- 3 – Institutas – Institutiones
- 4 – Novelas – Novellae

Código – Compunha-se de 12 livros, de Constituições Imperiais, e teve duas versões:

- 1ª - Codex Vetus - 528/9 (pág. 483 a 485 HDR)
- 2ª - Codex, mais completo que a 1ª - 534

Digesto – O mais importante dos quatro, compunha-se de 50 livros que se dividiam em: Títulos, Fragmentos e Parágrafos, de 30 juristas romanos, fragmentos de obras dos jurisconsultos “IUS”, não tem Leis só doutrina, mas que valiam como Leis, através da Constituição Imperial, “Tanta Circa”, entrou em vigor quando ficou completa 533, tendo demorado 3 anos a compilar. (pág. 455/8)

Institutas – (Justiniano), Manual escolar destinado a aprendizagem do direito, elaborado por Gaio, tem força de Lei como se fosse uma Constituição, e tinha duas colectâneas:

- 1ª - Epítome Juliani – Constituição Imperial 535/585
- 2ª - Authentica – Const. Imperial 535/556

Mais tarde esta obra foi agrupada nas Novelas. (pág. 479 a 482 HDR)

Novelas – Não são uma só obra, mas várias compilações de Constituições Imperiais Novas, entra em vigor em 534, depois do Codex. (pág. 487 a 492 HDR).

Justiniano, foi considerado o primeiro adulterador do Direito Romano.

Direito Romano Provincial:

Não existem muitas fontes de direito, feito pelos Romanos, para a região da Península Ibérica. Só existem tábuas de bronze ou pedra. Nos códigos podemos encontrar normas para conhecimento do direito, para as Províncias.

-- “Lex Provinciae” – Que constitui a Lei fundamental da Província, versando diversas matérias, tais como a condição das cidades e dos povos, impostos e regime político administrativo.

-- Leges Datae e Dictae - Leis relativas ao ordenamento das cidades, quer em relação às colónias, quer em relação aos Municípios.

- Colónias = Cidades fundadas pelos Romanos
- Municípios = Cidades já existentes, mas que se convertiam ao modelo romano.

-- Leis de Urso – Que foram atribuídas a cidade de Osuna, da qual ainda se conservam muitas normas, referia a Organização Política, Urbanismo, Saúde Pública, Direito Processual e Privado.

-- Leis de Salpensa e Málaga – (81/84) Trata-se de Leges Datae e Dictae, referentes a estes dois municípios, versavam sobre: aquisição de cidadania decorrente do *Ius Latii*, regras de Manumissão, (condições de libertação de escravos), eleições e urbanismo.

-- Tábuas de Sevilha – 10 Tábuas, embora só sejam conhecidas 6, muito comuns com as Leis de Salpensa e Málaga, com interesse histórico sobre o direito municipal época.

-- Leis de Exploração Mineira – Tábua de Vipasca (Aljustrel), que só foram descobertas em 1876 e 1906 (2 grupos), Leges Dictae.

- 1 - Sobre regras de exploração mineira neste território, arrendatários, serviços públicos e regime jurídico de exploração de minas.
- 2 – Lei Geral de exploração mineira em todo o Império

Na PI, não há Senatusconsultos, no entanto há bastantes Constituições Imperiais sobre matéria relativa à PI, maioritariamente constam do código Teodósiano, matérias sobre Organização Política, Urbanismo, direito privado e criminal.

Para a PI, são predominantes as constituições feitas pelo Imperador Constantino.

Há algum direito canónico, compostos por:

Concílios /Papa – Criadores de Lei

Mas a influência deste direito, só se deu na fase final do Império.

Sistema Administrativo do Império:

7 – Províncias = Finais séc. III - Lusitana, Bética, Galécia, Tarraconense, Cartaginense, Baleária e Mauritânia Tangitana (pág. 102 sum.)

Dioclesiano e depois Constantino, dividiram o Ocidente em 2 Perfeituras: Itália e Gália.

A Espanha era Diocese da Perfeitura Gália, a frente estava o Vigário, e em cada província havia um Governador que era designado pelo Rector ou Curator.

Havia um estatuto de cidadania de quase igualdade, no caso dos cidadãos não terem oferecido resistência, estatuto diferente tinham as cidades que ofereceram resistência.

Estatuto das Cidades:

1 – Cidades com Pacto Federadas, não foram derrotadas e através de pacto com Roma, não pagavam impostos, não tinham Governador nem tinham a presença de legiões.

2 – Cidades Livres, não se opuseram às invasões romanas, pelo que não tinham o governador provincial romano, não tinham a presença das legiões romanas, mas estavam obrigadas a pagar impostos a Roma, por decisão unilateral dos Príncipes.

3 – Cidades Estipendiárias, opuseram-se a invasão romana, mas foram derrotadas, pelo que estavam sujeitas a intervenção do governador romano, a presença das legiões e pagavam impostos.

Séc. III – Mais uniformidade com o estatuto das cidades em relação ao estatuto romano, cúrias - semelhante a senado, que elegiam os magistrados:

– Edis e Questores

Duoviri juridundo – Presidiam aos Comícios, aplicavam a justiça e tinham funções militares, correspondentes a Pretores e Consules.

O Curador e o defensor civitatis, cargos criados na fase final do Império e que tinham por função base a protecção da plebe da violência derivada da cobrança de impostos.

Condição Jurídica das Populações: (pág. 106/7 sum.)

A plena cidadania romana, caracterizava-se integrava 4 requisitos fundamentais:

1 – *Ius Honorum* - Direito de concorrer e ser eleito a cargos públicos (Magistrado)

2 – *Ius Suffragii* - Capacidade eleitoral activa, votar nos comícios em Roma

3 – *Ius Connubii* – Direito de constituir e manter família, de acordo com o *Ius Civile*

4 – *Ius Commercii* – Direito de fazer negócios jurídicos de acordo com o *Ius Civile*

Os habitantes das zonas limítrofes de Roma gozavam de uma situação próxima da plena cidadania o *Ius Latii*, (Vespasiano em 73/74) e eram designados por *Latini Veteres*.

População hispânica, *Latinos Novos*, era atribuída uma só parte dos direitos, o *Ius Commercii* e o *Ius Suffragii*, só a partir de 212 é que Antonino Caracala, atribui a cidadania romana a toda a população do Império, pela necessidade de impostos e recrutamento militar.

Os latinos mediante certas condições poderiam tornar-se cidadãos romanos, tinham era de ir viver para Roma, ter sido Magistrados ou Senadores no local da sua proveniência.

Aplicação do Direito:

Numa fase inicial não desaparecem a organização administrativa e política da própria cidade, mais tarde aparece a estrutura militar e a tentativa de controle da Justiça, o Governador é que tutela, e das suas decisões podia haver recurso para o Vigário.

Distritos Judiciais – Designados por *conventus iudicis*, eram na PI – 14 , sendo 3 na Lusitania: Escalabitano, Pacence (Beja) e Emeritense (Mérida). (Bracaraense /Terracona)

Pedâneos – Juizes locais, por delegação do Governador

Municípios – Aplicam a justiça e exercem a função jurisdicional civil e criminal dentro da área do seu município.

A situação tende a degradar-se, e Dioclesiano vê-se na necessidade de nomear inspectores de finanças extraordinários, designados de curadores, passando estes a administrar as finanças municipais.

O que obriga a fuga das populações para os campos, surgindo assim uma nova organização, que tem a sua cabeça o senhor local, passando a justiça a ser aplicada sob a jurisdição senhorial, deixando as populações, a mercê do arbítrio dos poderosos locais.

Pelo que partir do Séc. IV, com Constantino a Igreja ganha um novo estatuto e começa a haver uma maior predominância do direito canónico, aplicado pelos bispos.

POVOS BÁRBAROS

Chamavam-se de Bárbaros, porque não falavam o latim, na Península Ibérica predominavam os Visigodos e mais a norte os Suevos.

A dominação germânica em termos políticos foi esmagadora, mas nos aspectos de civilização não tiveram grande efeito.

As Fontes de Direito que aplicaram, foram trazidas do DR.

A Legislação germânica mais importante era o direito Consuetudinário, o qual era aplicado só aos próprios germânicos.

— Direito de tendência colectivista em oposição ao Romano que é individualista.

Os Códigos que foram deixados eram Compilações do DR. e eram 4:

1º - Código de Eurico (Rei) – 476

Codificação de lei geral, com influência do direito Romano vulgar.

2º - Código “Breviário de Alarico” – 506 – “Lex Romana Visigothorum”

Compilação sem direito Visigótico, sendo toda de Leges e Ius, sendo:

Leges – Constituições do Código Teodosiano

Novelas Pós Teodósio (Constituições Imperiais)

Ius – Direito velho – Código Gregoriano

Código Hermogeniano

Epítomes de Gaio e Sentenças de Paulo

Response de Papiniano – Fragmentos de pereceres

Este Código tem em muitos dos seus textos, a síntese da interpretação dos textos.

3º - Código Revisto de Leovigildo “Codex Revisus” – entre 572 – 586 ou 580

Presume-se ser uma adaptação revista do Código de Eurico

4º - Código Visigótico de Rescesvindo – “Lex Visigothorum Rescesvindo” 654

É o mais importante e teve diversas versões ou revisões, sendo a 1ª aprovada pelo

8º Concílio de Toledo. Está sistematizado em 12 Livros. Produto de três correntes

Jurídicas: Romana, Germânica e Canónica.

2ª revisão oficial pelo Rei Ervigio 681. Depois foi objecto de várias revisões particulares, de iniciativa popular, conhecidas por Vulgata. (3 revisões)

Vulgata – Versão do Código Visigótico de carácter particular, tem capítulo introdutório de direito público, Títulos Primus, direito de sucessão dos reis.

Teses do princípio de aplicação dos Códigos:

— Territorialidade:

Os códigos aplicaram-se sucessivamente, revogando-se um ao outro e aplicados a totalidade da população, embora não existissem dúvidas da aplicação Territorial aos: Breviário de Alarico, Código de Leovigildo e Código de Rescesvindo

— Personalidade:

Em meados do séc. 19, surgiu defendida por um jurista alemão, a tese da personalidade, a que chamaram tese clássica, no entanto esta tese foi contestada por um prof. Espanhol Alfredo Garcia Galho, que retomou a antiga tese da territorialidade, argumentos:

Argumento da Revogação - Que os Códigos se foram revogando uns aos outros.

Argumento “Ex – Silentio” – Uma vez que o Código nada dizia, podia pensar-se ser de aplicação Territorial, mas o contrário também era lógico.

Argumento “Romanização Código de Eurico” – Se era composto de Direito Romano vulgar, era suposto aplicar-se a população romana, no entanto também pode querer dizer, que tal situação era a romanização dos visigodos, que assim aplicam o Código a toda a população.

Argumento das “Leis de carácter Territorial Rei Eurico – Dava para as duas teses.

Argumento “Prefácio do Breviário de Alarico” – O prefácio tem uma expressão que resolve a questão, porque diz: “Que nenhum outro direito se pode aplicar”, para os defensores da tese da territorialidade, estava claro que era de aplicação a todo o território, mas para os defensores da tese da personalidade, a frase só queria dizer, que mais nenhum outro direito se pode aplicar, mas só com referência ao Direito Romano, e não em relação a aplicação do outro direito dos outros códigos.

Tese do Prof. Paulo Merea : Aplica também a tese da revogação dos Códigos, do Prof Garcia Gallo, mas faz uma excepção ao Breviário de Alarico, que define como Direito Subsidiário do Código de Eurico, o qual só viria a ser revogado pelo C. de Rescevido.

Jurisconsultos da Época:

Leão de Norbone

S. Isidoro de Sevilha – Etimologias (enciclopédia)

O código que vigorou até a Nacionalidade, e deixou vestígios no direito Medieval foi o código Visigótico. No entanto o direito Visigótico era ainda constituído por:

Ordálios – Juízos de Deus – Com meios de prova irracionais, sendo este unilaterais Ferro em Brasa, ou bilaterais Duelo Judiciário.

Direito Consuetudinário.

Direito Sucessório Legal – Limitação da disposição dos bens do De Cujos (aquele de cuja sucessão se trata)

PERÍODO MUÇULMANO E RECONQUISTA

Tem inicio em 711, com a Batalha de Guadalete.

710 – O Rei visigodo Vitiza morre, abre-se o processo eleitoral de procura do novo Rei, concorrem : Áquila (filho de Vitiza), e Rodrigo.

As eleições são ganhas por Rodrigo, mas o poder é ocupado por Àquila(cunhou moeda), o que dá origem a uma guerra civil, a qual vem a ser ganha por Rodrigo.

Entretanto no Norte África, dá-se a expansão do Império Islâmico, Ceuta que era um reino Cristão (Suevo), estava sob a protecção do Rei Visigodo, pelo que Áquila vai ao N. África falar com o chefe Muçulmano, e propõe a entrega de Ceuta se os Muçulmanos o ajudarem a tomar o poder, o que vem a acontecer em Guadalete (Sevilha), dado que as tropas visigóticas de Rodrigo, se encontravam muito desgastadas, dá-se assim inicio a expansão muçulmana, e que durou 7 séculos..

Vestígios da presença Muçulmana na P. Ibérica:

- Influência na Administração Local, nomeadamente em relação a cargos (Ex:Almoxarife)
- Contratos Agrários – Alquilaria (Ex: Locação animal)
- Instituto de Direito Sucessivo – Ex: Terça

A invasão muçulmana fraccionou a Península Ibérica, em 2 blocos, o Cristão e o Muçulmano, mas existe convivência pacífica com os Cristãos e Judeus, dado serem os povos dos Livros, tal como o Islão, e portanto existirem traços comuns entre eles, o Monoteísmo.

O Direito Muçulmano é de natureza confessional, não havendo distinção entre Direito e Religião, as normas de Direito Romano continuaram , dado o Direito Islâmico ser de carácter personalista, pelo que com a sua saída levaram o Direito com eles.

Segue-se a tradição do direito Germânico, no bloco Cristão o Código Visigótico, e direito Muçulmano no caso de certas populações que tinham oferecido resistência.

A P. Ibérica estava dividida em Taifas, que estavam submetidas a Jurisdição do Emir de Córdoba, e este por sua vez estava sujeito ao domínio do Califa de Damasco.

O Direito Muçulmano é de aplicação Personalista.

População Moçarabe – Cristãos, que adoptaram costumes da cultura árabe. Continuam no entanto Cristãos.

População Muladis – Convertidos ao Islamismo, eram normalmente escravos a procura de liberdade, que em caso de conversão lhes era concedida. População Mudejar – Muçulmanos que viviam nos territórios cristãos reconquistados

Fontes do Direito Muçulmano: (direito confessional)

Básicas:

O Alcorão – Revelações de Alá, contendo regras, religiosas, morais e jurídicas, que os crentes reflectiam e recitavam, que segundo Maomé lhe foram feitas de modo explicito.

Sunna – Relatos da conduta pessoal de Maomé, contendo os Actos, Palavras e os Silêncios. Regras de comportamento para os crentes, reveladas do forma implícita.

Complementares:

Amal – É uma regra que se forma da própria prática dos Tribunais, e que orienta a resolução de casos futuros e semelhantes.

Fiqh – Designação dada á ciência jurídica, Jurisprudência Romana. O resultado desta reflexão, é equivalente ás Resposta “Fatwas”. É a fonte mais significativa.

Costume – Inicialmente o costume não foi reconhecido como fonte, só se reconhecendo valor aos costumes gerados numa comunidade restrita. Exp. Orientação seguida dentro de uma escola jurídica, mas não tem força geral e oficial.

Ijma – Fonte de Direito que se gera dentro de uma comunidade restrita, o consenso unanime, mas tem caracter oficial, ao contrário do costume.

Qanun – Fonte de Direito que resulta do poder legislativo, que é atribuído pelo poder político. Lei.

Instituições: 2

Terça – Referente a quota sucessória disponível. A Terça designa a parte da herança, da qual o “De Cujos” podia dispor, 1/3 – Sul muçulmano; e 1/5 – norte visigótico.

Casamento de Juras – (Direito Medieval – 3 formas de casamento)

Juras – Muçulmano, Compromisso assumido publicamente, perante testemunhas, sem celebração religiosa e em que nem os clérigos podiam estar presentes.

Benção – Ritual religioso, forma canónica

Pública Forma – Não havia sequer o acto de casar. Estado de casados. Resultava de uma situação de união de facto, eram conhecidos pelos vizinhos que eram casados.

Lei de 1311 - D. Diniz, Presunção do casamento legal: União a mais de 7 anos e a prática comum de actos jurídicos. Presunção Iniludível.

Outra Instituição, que podia ou não ser muçulmana (D. Afonso Henriques):

Barrigania – Mulheres dos clérigos, Barregãs ou Concubinas.

Leis existentes na altura da formação de Portugal:

Código Visigótico e Costumes

Forais - Cartas de Privilégio e Cartas de Povoação, documentos outorgados pelo Rei ou pelos senhores, sobretudo regulamentos de Direito Público e de caracter local. Não são Leis e não são de caracter geral.

Barrigania e Leis Militares

Estatuto Jurídico do Condado Portucalense:

-- Senhorio Hereditário, com vínculo Vassalatório ao Reino de Leão.

-- Tenência Hereditária.

HISTÓRIA DO DIREITO PORTUGUÊS

Periodificação da História do Direito Português:

Período Pluralista – Até 1415 – Conquista de Ceuta

Período Monista – 1415 a 1820 – Lei da Boa Razão e Rev. Francesa, e 1820 até Hoje.

Período Pluralista :

Pluralidade de ♣ Fontes de Direito

A não existência de uma Fonte de Direito que se ♣ sobreponha as demais

A pluralidade de ordenações Jurídicas ♣

-

Justiça é o Direito Supra – Positivo

“Habitudo Operativus Bonnus” Hábito bem orientado para a acção. Só quando cada homem tivesse a obrigação de ser justo, é que se poderia alcançar uma sociedade justa.

Só é justo aquele que tem um hábito de vida orientado para a Justiça, justo habitualmente.

Justiça Universal – É uma Justiça Intrasubjectiva - É a síntese de todas as virtudes, honestidade, lealdade, paciência, etc., aproxima-se da ideia de perfeição.

Intrasubjectivo – O sujeito consigo mesmo, com este conceito de justiça Universal, contribui para levar a pessoa a acatar voluntariamente as normas e regras, em virtude de viverem numa sociedade justa, promove a correcção do carácter do sujeito.

Esta teorização fez a ligação entre as duas áreas normativas, A Justiça e a Moral, ou seja, a Justiça além do valor jurídico é também um valor moral.

Justiça Particular – É uma Justiça Intersubjectiva – É uma virtude específica, que consiste em atribuir a cada um o que lhe é devido, que assenta na ideia de para além de uma necessidade que o homem deve promover, deve também no relacionamento com outros, dar e receber o que lhe é devido.

Justiça Intersubjectiva – A relação do sujeito, com o seu semelhante.

Dar a cada um o que lhe é devido.

Dar a cada um o que é seu.

Definições de Justiça Particular – Intersubjectiva:

Ulpiano – Justiça é a constante e perpétua vontade de dar a cada um o seu direito.

S. Agostinho – Justiça é a virtude, que dá a cada um o seu.

Classificações ou modalidades de Justiça Subjectiva:

Justiça Comutativa ou Sinalagmática – É a troca, comutação, igualdade entre o que se dá e o que se recebe.
Relação de igualdade na relação Jurídica

Justiça Distributiva – Comunitária, na perspectiva da relação de cada um com o todo, não pretende alcançar a igualdade, mas sim a proporção, (na proporção do seu mérito). Direito Público, Fiscal e Criminal. Justiça diferente para pessoas diferentes

Séc. XIII – Rei Afonso X – Leão – Justiça das 7 Partidas – É uma obra sistematizada, que transcrevia muitas das instituições do Direito Romano.

- 3 Conceitos de Justiça: - Espiritual – Política e Contenciosa

Espiritual – Atribuição a Deus, do quanto lhe era devido pelo homem.

Política – Atribuição a comunidade daquilo que lhe é devido pelos seus membros e vice versa.

Contenciosa – Aquela que devia aplicar-se nos pleitos, conflitos.

Álvaro Pais – Escreveu várias obras, das quais 2 são as mais conhecidas, Colírio da Fé Contra os Infiéis e Espelho dos Reis. Homem da Igreja, com especial atenção contra as heresias. Classificou a justiça de :

Latria – Justiça para com Deus

Dúlia – Justiça para pessoas com especial honra e consideração

Equidade – Justiça para com os nossos iguais

Obediência – Justiça para com os nossos superiores

Disciplina – Justiça para com os nossos inferiores

Conceito Objectivo de Justiça: " Bonus Prater Familias" (frase romana)

O Homem que constitui um modelo que deve ser imitado, pelo zelo, paciência, honestidade, ponderação equilibrado e comedido, como referência de modelo do homem médio.

Direito Suprapositivo – Período Pluralista

Os Ordenamentos, que estão numa posição de supremacia em todo o direito positivo, os quais se dividem:

1 – Direito Divino

2 – Direito Natural (Concepção teológica)

— S. Tomás de Aquino, desenvolveu a Teoria Tomista, da:

Lei Eterna: Ordem natural da coisa, vontade de Deus, que classificou em:

Lei Divina – Eram as Sagradas Escrituras, por onde o homem se deveria orientar, para os seus fins sobrenaturais.

Lei Natural – Lei Eterna inscrita no coração e na razão do homem

Lei Humana– Participação da Lei Eterna no homem, o que lhe permitia distinguir o bom do mau, esta lei designava todo direito elaborado pelo homem, mas se esta Lei contraria as anteriores não vincula.

— S. Agostinho – Definição de Lei Eterna:

Lei Divina – A razão e vontade de Deus, que manda também conservar a Lei Natural e proíbe que ela seja perturbada.

Lei Natural – A que foi inscrita por Deus, no coração do homem.

Alguns autores consideram ao mesmo nível a Lei Eterna e a Lei Divina, pois não se pode desassociar a Lei Natural da Lei de Deus. Em todos existe a convicção, que é de Deus que deriva toda a Lei (Divina/Eterna/Natural).

Lei Natural - Conjunto de regras que derivam da razão ou vontade de Deus e que estão na mente do homem, incutidas por Deus, para este distinguir o Bem do Mal.

Outros autores como Alain de Lille, que defende a 1ª. Tese Laico - Profana da Lei Natural: De que todo o direito Natural, resulta da própria Natureza.

O direito Supra - Positivo – Lei Natural, estava dividido em 2 princípios imutáveis:

Princípios Primários e Secundários..

Instituto de Dispensa da Lei – O Rei podia dispensar alguns dos seus súbditos, do cumprimento das normas, através de direitos concedidos pelo Papa, embora alguns autores entendessem o contrário, outra teoria admitia que o Papa, pudesse dispensar se houvesse uma causa Justa, Provável ou Magna.

Entre o direito supra - positivo e o direito do reino, existe o direito Supra Estatal, este direito tem uma posição de superioridade, o conceito de *Ius Gentium*, que agora na Idade Média, assume uma natureza diferente, , de direito Internacional Público, é um direito só de informação, e só vem a ter eficácia no Renascimento. É um conjunto de princípios de natureza consuetudinária, que regula as relações entre as Nações (Reinos).

Direito Positivo – Direito Supra Regio = Direito Romano e Canónico, "*Utrunq; ius*"

Abaixo deste direito está o direito canónico, é um direito comum a todo povo cristão, e é considerado supra Estatal.

Ius romano, não se impôs ao direito do Rei, não foi recebido por via de autoridade a que os Reis se tivessem de sujeitar. Não vigorou no caso português como direito supra Estatal, é um direito dos Juristas ou Prudentes.

O Direito Canónico é o direito da Igreja, e é Supra Estatal, é um Ordenamento que tem as suas Fontes nos Cânones (normas produzidas no seio da Igreja, nos concílios).

A Igreja tem fins e destinos específicos da comunidade Laica, e para conseguir alcançar esses fins criaram essas normas, também em virtude da sociedade civil, não estar organizada juridicamente.

Fontes Direito Canónico – 2 Tipos, quanto a sua origem

1 – Fontes que atendem à origem das normas – *Essendi* – Materiais

2 – Fontes em que se toma conhecimento das normas – *Cognocendi* - Formais

Quanto a sua Natureza as Fontes dizem-se:

- 1 – Fontes de Natureza Divina – Sagradas Escrituras e Tradições
- 2 – Fontes de Natureza Humana – Todas as outras

Fontes Materiais:

- 1 - Sagradas Escrituras – Antigo e Novo Testamento
- 2 - Tradição – Acto deliberativo translaticio, verbal ou escrito
- 3 - Costume – Actos espontâneos, verbais, plurais, subordinados à razão, fé e verdade
- 4 – Cânones – Determinações provenientes dos Concílios
- 5 - Decretos e Decretais
- 6 - Doutrina
- 7 – Concórdia e Concordata

- 1 – Sagradas Escrituras – Direito Divino – Antigo e Novo Testamento

Antigo Testamento – 3 tipos de preceitos:

- 1 – Cerimoniais
- 2 – Judiciais
- 3 – Morais

Novo Testamento – 3 tipos de preceitos:

- 1 – Direito Divino – Expressão da vontade de Deus
- 2 – Direito Divino Apostólico – Normas direito divino estendido pela interpretação dos Apóstolos
- 3 - Direito Apostólico – Normas criadas, actos de vontade dos Apóstolos

2 – Tradição – Conhecimento Translaticio, que se transfere ao longo tempo com autoridade - 3 modalidades:

- 1 – Inhesiva – Quando consta das Sagradas Escrituras
- 2 – Declarativa – Quando consta implicitamente nas Sagradas Escrituras
- 3 – Constitutiva – Quando se constitui sem apoio nas Sagradas Escrituras

3 – Costume – Preenche lacunas da Lei, e que tinha de obedecer a determinados requisitos de aceitação, ser Racional, Prescrito ou Antigo (40 anos), conforme à Fé e à Verdade e tinha de ser consensual, aprovado pela comunidade.

4 – Cânones – Determinações ou deliberações dos Concílios, Universais e Locais. Concílios mais importantes: Toledo (visigóticos) e Braga (suevos)

5 – Decretos e Decretais – Actos normativos do Papa, sendo:

Decreto – Determinações do Papa por conselho dos Bispos, sem necessidade de ter sido consultado, acto de sua própria iniciativa.

Decretais – O Papa decide, com ou sem conselho dos Bispos, mas perante consulta De terceiros, responde a uma consulta.

Decretistas – Que trabalhavam a obra, Decreto de Graciano

Decretalistas – Que produziam trabalhos sobre as decretais de Gregório IX, de 1234

Escolas de: Glosadores, Pós – Acursianos e Comentadores

6 – Doutrina – Trabalho científico dos juristas, reflexão dos problemas do direito, os juristas eram formados em direito canónico e Leis (dir. romano) e havia escolas de Leis e Cânones.

O ordenamento jurídico de origem Prudencial (Prudentes, conhecedores dos dois direitos), “Utrunque lus”, representa a ultrapassagem da rivalidade entre os dois direitos, simbiose dos dois direitos, sendo no entanto o direito canónico o influenciado pelo direito romano.

Destacaram-se dois irmãos, Jurisprudentes portugueses: João e Pedro Hespano.

Pedro Hespano – Foi mais tarde Papa

João Hespano – Mais conhecido por D. João da Regras- Defendeu uma forma democrática para eleição dos Reis através das Cortes, o que veio a acontecer com D. João I – Mestre de Aviz.

7 – Concórdias e Concordatas – Acordos celebrados entre Reis e :

Clero Nacional – Concórdia – Pacto

Santa Sé - Concordata – Tratado

Fontes Formais:

- 1 – Colecção Dionisio – O Exíguo – séc. 6
- 2 – Colecção Hispana – Organização de direito Canónico
- 3 – Corpus Iuris Canonica” – Decreto Graciano 1140 (cânones)
Decretais Gregório IX , 1234 (5 livros)
- 4 – 6º Livro de Decretais
- 5 – 7 º Livro Decretais – Clementinas
- 6 – Extravagantes - Decretais

Penetração do Direito Canónico em Portugal:

Influência do Direito Canónico, nas seguintes áreas:

- 1 – Direito da Família:
 - O Casamento, além dos Tribunais eclesásticos derimirem eventuais conflitos.
 - Regime de Bens
- 2 – Direito das Obrigações
 - Conceitos de Boa e Má – Fé
 - Equidade
- 3 - Direito Processual
 - Racionalização dos meios de prova, abolição da irracionalidade da prova (ferro em brasa, etc), canones condenando os clérigos que participavam na benção das fogueiras, da água, etc.
 - Influência da Lei canónica, quanto a diminuição de penas Séc. 19 e 20.

Canones do Direito Canónico (DC), conhecidos em Portugal no séc. 12.

1140 – Decreto de Graciano “Corpus Iuris Canonis”, pelo que o aparecimento do Direito Canónico, é anterior a Independência.

D. Afonso II, 1211 – Assembleia (Cúria) (sem a presença ou o direito de intervenção do povo), de que resultou um conjunto de Leis, de onde resalta uma que veio resolver o problema da conflitualidade hierárquica, que dizia:

“Leis do Rei que forem contrárias aos direitos da santa madre Igreja “não valham nem tenham”.

Pelo que era o DC, que prevalecia sobre o Direito do Rei em caso de conflito. Desta interpretação resultou que o DC tinha supremacia sobre o Direito do Rei, ou seja, este devia submeter-se ao DC.

Também á quem defendia, que os Direitos da santa madre Igreja, são os privilégios, Direitos Adquiridos e não Direito Formal

Séc. 15 – Época das Ordenações, o DC aparece como subsidiário (integra lacunas).

D. Pedro – Séc. 14 – Beneplácito Régio – Instituto, que se admite tenha nascido em França, que se traduz pela “Aprovação, o Bom acordo”.

O Rei podia através do Beneplácito Régio, impedir que as normas canónicas vigerassem no território português. Este Beneplácito vigorou até ao reinado de D. João II, estando depois suspenso durante 7 anos em que voltou a vigorar o DC.

Séc. 12 e 13, havia muita resistência da população a intervenção do Clero, dado que:

- Execuções testamentárias a favor da Igreja
- Mendicidade
- Doutrinas heréticas (Averruismo Racionalista)
- Doutrina Franciscana da propriedade, que defendia o voto de pobreza, foi considerada herética pelo Papa, dado que não prescindia das suas propriedades.

Pelo que, houve uma regressão do DC, razão para o mesmo se deixar de aplicar.

CrITÉRIOS de Aplicação do Direito Canónico, DC. – 2 -

- 1 – Pessoa
- 2 – Matéria

1 – Aplicava-se a determinadas pessoas que pelo seu estatuto, estavam sujeitos aos Tribunais Eclesiásticos, o que era um privilégio, aos órfãos, ás viúvas, e aos membros do Clero, o que neste caso era elemento vinculativo, quanto aos restantes era facultativo.

2 – Aplicava-se sobre matéria espiritual, pelo que estavam também sujeitos aos Tribunais Eclesiásticos:

- Heresias
- Casamento
- Execução de Testamentos

O Rei a dada altura, considerou que em certas matérias, os clérigos deviam estar sujeitos aos Tribunais Comuns, tais como:

- Matéria de Natureza Criminal
- Crimes Lesa Majestade (Contra o Rei)

Outras matérias vieram mais tarde a ser retiradas do foro da igreja, com excepção do casamento que ficou até hoje, dessas matérias destaca-se:

Execução de Testamentos, limitou-se assim a capacidade sucessória activa da igreja, derivado do sentimento anti clerical da população. A igreja tinha mais propriedades, que as outras classes todas juntas.

Proibiu-se o juramento de Contratos (permitido até séc.14), como se jurassem os contratos, o seu não cumprimento era matéria dos Tribunais da Igreja, pelo que, vieram assim os contratos a ter somente Vinculação jurídica.

A partir de finais do Período Pluralista, O Direito Pátrio passou a ter a primazia e o Direito Canónico e Romano, eram direitos subsidiários, pelo que em caso de lacunas nas normas, aplicava-se:

- Normas Jurídicas – Direito Romano
- Normas Espirituais – Direito Canónico

Mas no caso de a aplicação do DR, resulta-se um pecado, era então aplicado o DC, mas tudo isto em sede de Tribunais Cíveis e depois de esgotadas todas as outras fontes de Direito. Ex:

- Usura
- Usucapião de Má Fé

Canonistas portugueses: João de Deus, Vicente Hispano e Álvaro Pais.

Direito Legislado - Direito Nacional:
Ordenamentos Anteriores a Constituição da Nacionalidade:

O Código Visigótico, foi o código aplicado nos primeiros tempos da nacionalidade.

As Leis foram as aprovadas em Cúrias ou Concílios do séc. 11 e 12, de que se destacam:

- Leão 1017
- Coiança 1055
- Oviedo 1115

Compilações – Livro Preto da Sé de Braga

Decretos Soeiro Gomes – Tradução de Constituições Imperiais Romanas

O Aparecimento das 1ª Leis, dá-se no reinado de D. Afonso Henriques com a Lei “Provisão das Barregãs dos Clérigos” e outras no reinado de D. Sancho.

Leis Gerais Portuguesas:

Começa a aparecer com D. Afonso II, com a Cúria de 1211, que tratou da articulação do Direito Canónico com o Direito do Rei, dando-se hegemonia ao primeiro.

Mas é com D. Afonso III, que se começa a legislar regularmente, em relação a:

Regras dos Tribunais – Procurações
Administração da Justiça

As Leis desta época, foram compiladas (depois de 1415), em 2 Livros:

- Leis e Posturas (L. LP)
- Ordenações de D. Duarte (O. DD)

Direito Castelhana aplicado em Portugal nesta época: (período Pluralista)

- Foro Real – Direito subsidiário com carácter geral
- Lei da 7 Partidas – Retirado do DR Justinianeu, “C. Iuris C.” aplicou-se 1250/65

- 9 - Tempos de Juízo – Direito Processual, Processo Judicial em 9 fases
- Summa ou Flores do Direito, ou Sumo ou Flor da Lei, síntese do Processo, Clero

Cortes – As primeiras Cortes representativas são de 1254 – Leiria (antes Cúrias), a sua área de maior intervenção, além de consultiva, era vinculativa a sua opinião em matéria Tributária e Financeira.

- Cortes – Clero, Nobreza e Povo
- Juiz de Fora – Juiz de nomeação régia
- Corregedor – Nomeação régia, Fiscalização de: Justiça; Impostos e Saneamento
- Conselho Régio – Órgão de pessoas com formação militar; funções consultivas
- Cúria Régia – Órgão com funções consultivas em: Legislativa, Admi. e Justiça

A Lei devia ser razoável, racional e ter antiguidade, para ter força vinculativa. O desconhecimento da Lei não era relevante, pelo que esta tinha de ser publicitada, através de leitura pública da Lei, a saída da missa, nas Assembleias de Município, Registada nos Livros da Chancelaria dos quais se faziam cópias, que se levavam para os Municípios, e só depois entrava em vigor decorrida a “Vacatio Legis”, a qual era indicada na própria Lei.

- A 1ª Lei com aplicação no futuro é de 1349 “Contratos”, pelo que se deduz que as restantes tinham aplicação retroactiva.

- A Generalidade da aplicação no espaço não estava garantida.

- Interpretação – Só através da interpretação autêntica, se fazia a interpretação, ou seja através de Lei Aclaratória ou Declarativa, feita pelo próprio legislador.
Mais tarde são os Tribunais a fazer a interpretação através dos Assentos.

Ordenações Afonsinas – 1446/7

Direito Pactuado ou Outorgado: (medieval)

Cartas de Privilégio – Atribuem a alguém regalias que fazem parte do seu estatuto, não são normas gerais ou abstractas, têm aplicação restrita e concreta, estes documentos classificam-se de acordo com a regalia:

- Cartas de Doação - a)
- Cartas de Franquia
- Cartas de Feiras
- Cartas de Alforria (Liberdade)
- Cartas de Foral ou Forais – Séc. 11/12
- Cartas de Povoação - a)
- Foros ou Estatutos Municipais

a) – Direito Outorgado, serviam para atrair população a uma terra, e criavam condições de privilégio para a fixação dessa população, Séc. 10 a 12.

As cartas de Povoação foram por certos autores classificadas de: Contratos Agrários Colectivos Normativos, dado que tinham um carácter de Adesão, as pessoas tinham liberdade de aderir ou não ao contrato.

As Cartas de Foral, direito Pactuado, podem ser consideradas um Instituto de Município, no entanto outros autores contestam esta classificação, pois já existia autonomia antes da sua atribuição, já existia a Carta de Povoação.

Classificação de Municípios:

- Rudimentares
- Perfeitos
- Imperfeitos

No entanto Torcato Soares de Sousa, entende que existe ligação entre os Municípios e Foral e classifica os Forais de :

- Forais Régios e Particulares - Quanto a entidade que tem a iniciativa de o emitir
- Forais Régios normalmente tratavam de questões de exploração agrária: Censo Reservativos para pagamento de Rendas ao Rei.
- Forais Particulares, tratavam da Enfiteuse, em 2 domínios: Útil e Raiz.

Classificação dos Forais quanto ao grau de originalidade:

- Originais
- Confirmativos
- Ampliativos

Classificação quanto ao Padrão, Modelo ou Matriz, Famílias de Forais:

- Lisboa/Santarém
- Évora ou Ávila
- Salamanca

Forais regulavam o Direito, pela falta de Leis, mas só em relação aquela povoação. XIII

Fórum – Tratam do direito Público e direito Privado, com matéria incidente ao direito da Família, resultam da iniciativa dos próprios habitantes do Concelho, também chamado de Estatuto Municipal.

Classificação de Famílias de Forais:

- Aragonesa/Navarra
- Estremadura/Leonesa – a)
- Estremadura/Castelhana
- Catalã

a) – Família de Forais mais importante no caso português, de que se conhecem:

- Castelo Bom♣
- Castelo Rodrigo♣
- Castelo Melhor♣
- ♣ Alfaiates

Direito especial, dado haver pouca Lei, pelo que prevalece sem norma geral

Costumes – Requisitos:

- Ser Racional – Direito suprapositivo, Divino e Natural
- Ser Antigo ou Prescrito – Período de existência mínimo de 10/20 anos
- Ser Consensual – Maioria de membros da comunidade, mínimo de 10 pessoas da terra e 20 de fora da terra.
- Plural – (Só para alguns autores)
- Utilidade Pública – (Só para alguns autores)

Houve Reis, a partir de D. Afonso III e sobretudo de D. Afonso IV, que fizeram uma separação entre Bons e Maus Costumes, pelo que se aproveitou o Bom Costume para fazer a Lei, eliminando-se o Mau Costume. Ex. Vindicta Privada (Vingança) Eliminado.

- Vingança que alguém (ofendido), tinha o direito de exercer, sobre quem tenha praticado um crime. A qual tinha regras:

Perda de Paz Relativa – Direito de Vingança para o ofendido e sua família, durante um certo prazo de tempo.
Perda de Paz Absoluta – Direito de vingança para toda a comunidade perseguir o criminoso, e mata-lo.

Direito Judicial – Fonte de Direito criada pela prática dos Tribunais:

O Direito Judicial, constitui o sector jurídico normativo, que resulta da actividade dos Tribunais na resolução de casos que lhe são submetidos. Acção dos Tribunais, que equivale a Jurisprudência actual.

Quando os Tribunais fixam um precedente criam normas, as quais podem ser ou não vinculativas. As quais se podem classificar de :

- Estilo
- Façanha
- Alvidros

Estilo – Cino de Pistóia – Jurista impar da escola de comentadores – Espécie de direito não escrito, introduzido pelo uso de um pretório (costume do Juiz), ou seja, o Juiz que pela repetição de uma conduta cria uma regra, no entanto surgia a dúvida, se essa regra era de questão, Substantiva ou Processual.

- Direito Substantivo – Cria direitos subjectivos e impõe deveres.
- Direito Processual – Instrumental - Fixa o modo como se devia exercer os direitos e cumprir as obrigações.

Bartolo – Maior jurista da Idade Média, os Juristas não decidiam sem ouvir a opinião de Bartolo, o qual disse que o Estilo só se poderia formar em matéria de actos Processuais.

A Norma que se formou foi a de que o Estilo tinha character vinculativo, se precedesse de um Tribunal Superior (Cúria Régia) tinha valor de Lei, se precedesse de um Tribunal Inferior, tinha somente valor indicativo, no entanto deveria ter certos requisitos:

- Numero de Actos Necessários - Pluralidade
- Autoridade – Que Juiz, Que poderes, qual o Instituto.
- Eficácia do Estilo – Obrigatoriedade ou não

Ex. Estilo da Corte – (Tribunal Superior) – Costume em casa d'El Rei.

Definições de Façanha, na óptica de vários autores:

Façanha – Desusado, não ser usual, decisão de um Juiz em caso controverso, em relação ao qual o Juiz inova, o que cria precedente para os outros Juizes, em casos semelhantes.

Duarte Nunes Leão – Juízo proferido sobre um pleito duvidoso, que ficará como exemplo, para se imitar futuramente.

José Anastácio Figueiredo – A Façanha tem 3 sentidos:

1 – Juízo sobre uma acção, que ficará como padrão normativo, em virtude da autoridade de quem o praticou..

2 – Opinião Controvertida

3 – A própria acção de que decorre o juízo (processo)

Façanhas – São sentenças que valem não só para o respectivo processo, mas para outros processos semelhantes, por serem decisões régias (Tribunal Superior) e por serem casos duvidosos ou preencherem lacunas de legislação.

Façanhas, não têm valor vinculativo em Trib. Inferior, só valem para a própria acção.

Alvidros – Designam tanto o juiz, como a própria decisão do Juiz.

Juizes Alvidros – São livremente escolhidos pelas partes, e os seus poderes de decisão, devem limitar-se ao que as partes lhes atribuem. Tribunal Arbitral.

Da sua decisão havia recurso para os sobre Juizes de Tribunal Superior.

Juizes em Composição, também eram assim chamados.

Compor Juízo – Significa compor uma acção, resolução Judicial.

Na Península Ibérica, podiam julgar de acordo com a Equidade e Costume, e as suas decisões com alguma frequência, integravam Lacunas.
Em Portugal, a sua actuação era mais restrita.

FIM DA MATÉRIA PARA A PRIMEIRA FREQUÊNCIA

DIREITO PRUDENCIAL

É o ordenamento criado pelos Prudentes (Juristas), aqueles que aplicam a prudência no Direito, o que avalia as questões da Justiça, as questões mais razoáveis.

Características: Direito criado fora da acção criativa do poder, gera-se de forma autónoma, independente do Poder Político, autónomo em relação a Lei.

Os Juristas têm o poder de:

- Inventio – Capacidade para criar direito, capacidade inventiva
- Auctoritas – O poder de impor a solução.
- Definições – O saber socialmente reconhecido. Capacidade de fazer aceitar a opinião, que advém do facto da comunidade aceitar essas decisões.

O Direito Prudencial, nesta época Pluralista, tem muita importância para suprir Lacunas, devido á insuficiência de Fontes de Direito, e portanto haver muitas Lacunas.

É um Direito assente sobretudo no Renascimento do Direito Romano de Justinianeu.

Em 554 a 621, ficaram no Ocidente algumas Obras do Direito Justinianeu em regiões ocupadas pelos

Bizantinos, as quais estavam guardadas ou escondidas pelo Clero, tendo-se depois sistematizado o C.I.C. o qual aparece dividido em 3 Partes:

- Novo – Velho – Reforçado

Irrónio, descobre por acaso dos seguintes textos de Justiniano:

Volum Parvum:

3 Livros do Codex

- Institutas
- Novellas
- Libri Feudorum

Digesto – 50 Livros, agrupados em: Títulos, Parágrafos, ...

- Digesto Velho – Livro 39 a 50
- Digesto Esforçado - 25 a 38
- Digesto Novo - 1 a 24

Código – 9 dos 12 livros do Codex

4 - Razões da adopção do DR Séc. XII

1 – Políticas – Recriação do Império do Ocidente, na figura de Carlos Magno em 800, desejando-se um Direito que favorecesse os objectivos Políticos, ou seja um Direito Imperial.

2 – Religiosas – O Direito Canónico, que estava em plena ascensão com o Decreto de Graciano, em 1140, com os Juristas do Utrunquellus (DC + DR), pelo que ao DC interessava receber o que o DR tivesse de novo.

3 – Económicas – A economia medieval estava sujeita as trocas Comerciais, começaram a aparecer os títulos de crédito, transportes Marítimos que necessitavam de seguros, pelo que as cidades Estado Italianas precisavam de um Direito mais Moderno, para responder as suas necessidades, ou seja um Costume Internacional, Direito das Gentes, novas regras que fossem comuns a toda a actividade Internacional, ora o DR que estava feito para o Império, estava portanto preparado para dar resposta a estas situações.

4 – Culturais – Curiosidade Científica de estudo de um Direito tão complexo, aparecimento de Estudos Gerais (Universidade) para o estudar

Estes estudos fizeram-se em Escolas de Pensamento:

Glosadores – Séc. 12/13 – Ernério e Acúrcio
Comentadores – Séc. 14/15 – Cino de Pistóia e Bártolo
Pós – Acúrcianos – Séc. 15 – Guilherme Dorante e Alberto Gaudino

Ligação da Jurisprudência a Universidade:

Sistematização dos cursos de Direito: Civil – Romano
Canónico

Havia Escolas Superiores em toda a Europa, estudando-se o Direito pelas mesmas fontes e pela mesma língua .

A Universidade contribui para o conhecimento e divulgação do DR, mas também trazendo esse Direito até ao centro Político, influenciando a feitura de Leis.

Não houve uma imposição exterior do DR no caso dos Reis Portugueses, ou seja no caso português não funcionou por uma razão de Império, mas pelo Império da razão, pois os Reis decidiram utilizá-lo, só nas situações em que favoreciam as intenções do poder político, ou seja a centralização do poder.

Géneros Jurídicos produzidos pelas Escolas Jurídicas Medievais, Séc. 12 a 15:

- Glosa – Evolução da escola dos Glosadores, praticam uma técnica de estudo do DR, de uma forma jurídica simples. Explicação sumária, anotação sintética, do sentido da palavra ou expressão.

Por vezes, consistia na substituição de uma palavra por outra, sinónimo.

Sub – Dividiam-se em:

- Discursivas – Mais longas e detalhadas
- Técnico Jurídicas – Sobre o Direito
- Filológicas – Sobre a origem da palavra
- Históricas – Que esclarecem assuntos ligados a circunstâncias históricas, em que o texto foi produzido.

- Retórico – Dialécticas – Argumentos contidos no texto.

Quanto ao seu lugar no texto:

Interlineares – ♣ Entrelinhas

Marginais – A margem dos textos. ♣

Da leitura corrida da Glosa, resulta uma versão simplificada daquilo que o próprio texto diz.

- Aparatus – Género literário, que decorre da Glosa, ou seja uma versão alternativa do texto.

- Comentário – Os juristas partindo do texto, desenvolviam temas que ganhavam autonomia relativamente ao texto que lhe deu origem, ou seja longas dissertações sobre o tema, que ultrapassavam meras interpretações do texto e era instrumento privilegiado utilizado pelos juristas, para fazer a adaptação do DR aos Direitos próprios de cada Nação. “Iura Propria”

- Quaestio – Forma dialogada, contraposição de factos ou argumentos, Aplicação do princípio do contraditório, como forma de apuramento da verdade.

o Modalidades:

• Q. Facti – Um Facto

• Q. Iuris - Direito

Também poderia dizer respeito a um facto concreto, como a uma situação criada pelo professor (Académica) :

• Diálogo Catequístico - Com Professor, sendo o aluno o Autor e Réu

• Diálogo Controversístico – Entre Pares

Registada por um Aluno – Quaestio Reportata ♣

Registada por um ♣ Mestre – Quaestio Redacta

Fases da Quaestia – Formais:

1ª Fase – ♣ Descrição dos factos/Enunciação do facto

2ª Fase – Enunciação do ♣ problema

3ª Fase – Argumentos, Prós e Contra ♣

4ª Fase – Resolução – ♣ Solutio ou Determinatia

- Consilia – Género literário, equivalente aos actuais pareceres, consistindo na opinião do Jurista, formulada por uma consulta que lhe é feita, aspectos em que mais se distingue dos actuais pareceres, são a formalidades que os envolvia e que hoje são dispensáveis.

Tinham de ser jurados sobre os Evangelhos, selados na presença de testemunhas e Notário da Universidade, significavam um compromisso quer por parte do Jurista, quer por parte da Instituição a que este pertencia.

Metodologia Jurídica das Escolas Medievais:

Como trabalhavam os juristas, como procuravam as soluções para os casos que lhes eram apresentados:

Ars Inveniendi – Conjunto da Metodologia. Também designa a arte da procura de argumentos. Disciplina Jurídica.

A Metodologia Jurista Medieval era : Analítica e Problemática

Analítica – Porque nesta altura, o jurista procurava para cada caso, o preceito legal que lhe permitisse encontrar a solução, não se preocupando com a consideração sistemática , não estudava o ordenamento no seu conjunto, mas procurava em cada preceito legal, a solução que mais lhe interessava.

Problemática – Porque o jurista obtinha uma solução para o caso, discutindo, ponderando as várias soluções possíveis, recolhendo os elementos pró e contra, optando por decidir a favor de uma delas, a que estivesse mais próxima da verdadeira.

A Técnica e a Disciplina dos Juristas, no aspecto formal, dividem-se em 3 aspectos:

- Leges – Textos legais que usavam como base de estudo dos casos a resolver, em muitos casos era um texto romano do CIC, para o qual usavam a gramática, que era considerada na técnica, para ajuda a interpretação dos textos.

- Rationes – Argumentos retirados dos textos, e que se identificavam com razões de equidade, fundamentando assim uma solução diferente, ou seja argumentos de direito, natural, lógico e racional, fora do contexto legal, é susceptível de prova, pelo que é uma das soluções possíveis.

- Auctoritatas – O reconhecimento da sociedade, do conhecimento científico.

Instrumentos usados pelo juristas, na Metodologia:

- Gramática – Na interpretação das Leis
- Tópica – Arte de procurar argumentos, com recurso a lugares comuns
- Dialéctica – Arte de discussão
- Retórica – Arte de convencer, quem ouve, lê e decide

Critérios de consideração da Auctoritatas - “Apinio Communis Doctorum” – Opinião Comum dos Doutores:

- Quantitativo – Maioria
- Qualitativo – Os melhores
- Misto – Maior numero entre os melhores

ORGANIZAÇÃO DA COMUNIDADE POLITICA

Portugal e o Papado

3 Teses:

- Tese Hierocrática – É o Papa o intermediário, que recebe esse poder e o transmite, pelo que a Igreja e o seu Direito têm preponderância sobre todo o outro Direito Positivo.

O qual tem não só poder espiritual, como também o poder temporal.

O Papa delega parte do poder temporal nos Reis, mas aos quais poder retirar esse poder quando assim o entender.

- Tese Anti- Hierocrática – Toda a tese contrária a hierocrática, ou seja todas as teses que se opõem a supremacia do papado.

Sub-Tese Naturalismo Político – O poder reside na comunidade (Povo), que entrega esse poder ao Rei, no sentido do Bem Comum e da Justiça, podendo a comunidade a todo o tempo, também retirar-lhe esse poder.

- Argumentos dos defensores das Teses Hierocrática:

Doação de Constantino♣ – O Imperador Constantino doou ao Papa o poder temporal sobre toda a Itália e sobre todo o Ocidente, em virtude de promessa feita por cura física.

♣ Verus Imperator – Dado que os Imperadores Romanos proclamavam para si o poder divino, ora era o Papa o verdadeiro Imperador, pelo que é o detentor de todo o poder.

- Contra Teses:

Anti Hierocráticos - Se Constantino doou♣ o poder ao Papa é porque tinha poder sobre ele, para lhe fazer a doação, e quem tem poder para dar, também tem poder para retirar.

Hierocráticos –♣ Diziam que não houve uma doação simples, mas sim uma doação incondicional, Constantino abdicou de tudo, pelo que o poder do Papa se sobrepunha ao do Imperador.

- 3ª Via – Tomista – Harmonização dos extremos, há autonomia no exercício dos 2 poderes, pois há dois fins específicos, mas o Papa tem no entanto poderes temporais Indirectos, ou seja os poderes necessários para exercer o seu poder espiritual

Em Portugal aceitou-se durante a 1ª Fase do Período Pluralista a Tese Hierocrática, para não estar sujeito ao Sacro Império Romano-Germânico, que se denominava herdeiro do Império Romano,

No caso português argumentou-se, que tinha conquistado o seu território sem ajuda do Imperador, pelo que se applicava a “Exemptio Imperii” - Excepção ao Império.

No reinado de D. Afonso II, proibiu-se a publicação da tradução que Soeiro Gomes fez das Constituições Imperiais de Frederico II, para não dar a ideia de que se applicava a jurisdição Imperial.

DIREITO DA FAMÍLIA

Família Patriarcal – Célula Política, Pater Familias, poder total sobre os membros da sua família, direito de vida e plenos poderes patrimoniais.

- 2 Formas de considerar o parentesco:

Autoridade♣ – Política, submissão contratual a essa autoridade Agnoscio

Laços de♣ Sangue – Ascendência ou Descendência em linha recta ou colateral – Impedimento patrimonial - Cognoscio

Família de Base Conjugal – Cuja essência, é a união entre os conjugues.

Totemismo – Identifica os membros da família Clã, que provém de um ascendente comum.

Institutos Familiares:

- Esponsais – Contrato - Promessa recíproca de casamento, a celebrar entre os futuros conjugues ou seus representantes legais, este instituto teve regimes jurídicos distintos.

Em Roma, no período clássico, os Esponsais não eram muito rígidos do ponto de vista da vinculação. Havia liberdade de celebrar o casamento como princípio, e não eram válidas as cláusulas penais incluídas em tais contratos, sendo estes revogáveis a todo tempo.

No Direito Germânico, os Esponsais são considerados a 1ª Fase do casamento, o qual só ficava completo, quando depois dos Esponsais se realizava a 2ª Fase “Translaticio”, ou seja a transferência da mulher da esfera do Pai, para a do marido e se consumava através de relações sexuais.

No seguimento do costume germânico, os esponsais eram válidos no direito português, os quais deveriam ser feitos por escrito e na presença de testemunhas, a idade mínima admitida dos futuros conjugues era de 15 anos, e o prazo para a realização do casamento era de 2 anos, concluindo-se assim o processo, com a cerimónia do Osculo (beijo público).

Atribuía-se a noiva um anel Esponsalicio e depois redigia-se uma escritura de dote, que consistia numa atribuição de carácter patrimonial, Arros, por parte do futuro marido a futura mulher, o que lhe dá certa segurança ao cumprimento da promessa, pelo que em caso de falecimento ou incumprimento de tal promessa por parte do futuro marido, este perdia metade dos Arros.

- Casamento:

Acto de Casar – Contrato consensual♣

♣ Estado de casado – Comunhão de vida

No Direito Visigótico, 2 formas que levavam ao casamento:

Pretium Puelae – Preço pago ao pai da noiva, que♣ dava o consentimento para a filha casar.

Rapto – Consentimento dado♣ pela noiva

No Direito Canónico:

Nuptias Consensus Facit – O consentimento faz o casamento.

O casamento é um acto privado, liberto de formalismos, com excepção da benção do sacerdote como prova da solenidade (pág. 148/9)

Cúria de 1211 – D. Afonso II – Lei que determinava a liberdade de casar.

- Formas de Casamento:

Casamento de Benção – Sacramento♣ do matrimónio feito pelos clérigos - Canónico

Casamento de Juras –♣ Prestado perante testemunhas - Civil

Casamento Publica Forma/Fama –♣ União de facto com reconhecimento jurídico. a)

a) - 1311 – Lei de D. Diniz para acabar com os casamentos clandestinos, cujas regras era: viverem juntos há pelo menos 7 anos e praticarem actos jurídicos juntos.

Para Cabral Moncada, não existiam regimes distintos, mas sim um só, pois os direitos e deveres são iguais.

- Relações Pessoais e Patrimoniais:

Quanto♣ a Administração de Bens – Marido

Administração da Arras – Administração ♣ comum

- Regime de Bens.

Direito Foraleiro – Bens próprios não se ♣ comunicavam

Bens Adquiridos – São Comuns ♣

Excepções:

- Adquiridos por sucessão ou doação

- Sub-rogação Bens Próprios – Trocados ou substituídos por outros bens

Comunhão Geral de Bens – Todos os bens ♣ são comuns

- Aplicação Territorial:

Sul – Comunhão ♣ Geral

Norte – Comunhão de adquiridos ♣

Instituto do Poder Paternal:

- Direito Romano – Poder, autoridade do Pater Familias, sobre toda a família, este poder não se extinguia com o casamento, só por morte do Pater Familias ou por Adopção.

- Direito Germânico – O poder paternal já não era um direito de carácter político, era um direito necessário a disciplina familiar, que visava o interesse do próprio filho (subordinado). Obrigação que os pais têm de educar, proteger e dirigir os seus filhos.

O poder Paternal estava apenas atribuído ao Pai, e a mãe por morte do pai não assumia tal poder, era uma mera tutora de filhos, cuja actuação, estava supervisionada pela família.

Se um menor adquirisse um bem, esse bem era propriedade do pai (da família), com excepção dos bens herdados da mãe.

- Direito Português Foraleiro – Há pouca alteração em relação ao Direito Germânico.

Assumem ambos os pais o poder paternal, por morte de um deles, o conjugue sobrevivente fica com os poderes de tutela, supervisionado pela família em relação ao património. Os bens adquiridos pelo menor eram propriedade do pai. Este regime manteve-se até ao Código de Seabra.

A Adopção, é um instituto político, o qual não diverge muito da adopção no DR, no qual existia muitas vezes, a adopção de um Pater Familias por outro.

Direito Sucessório:

A sucessão em sentido amplo, será toda a modificação subjectiva numa relação jurídica.

Relação Jurídica – Relação da vida social, que é instrumento de trabalho do Jurista. É composta por:

- Sujeito - Activo e Passivo: Garantia-Direito: Objecto-Obrigaçao: Facto - Contrato

Ao alterar-se um sujeito, há uma modificação subjectiva, pelo que, por morte de um sujeito, e sendo este titular de vários direitos, vão-lhe suceder outros titulares (sucessão), que neste caso é uma sucessão mortis causa. A qual pode ser:

- Sucessão Universal – Quando o novo sujeito, da relação jurídica suceda na totalidade da relação jurídica, a herança deixada pelo “De cujus”, tornando-se assim o/os herdeiros.

- Sucessão Singular – Apenas se sucede na titularidade de certos e determinados direitos. Quando alguém num testamento, pretende que na titularidade de determinados bens, legado, lhe suceda um titular específico, o legatário. Que no nosso ordenamento jurídico só pode acontecer por testamento.

O Chamamento ou Vocaçao Sucessória á Herança pode ocorrer de 2 modos:
(Direito Medieval Português/Direito Visigótico)

Testamento – Lavrado na presença de 2 testemunhas

- Vontade – Voluntária

Contratual – Ante Nupcial

Imperativa - Legitimária

- Direito – Legal

Supletiva ou Subsidiária – Legítima

Sucessão Legítima – Na ausência de vontade do “De Cujos” - 4 Classes de sucessores:

1 – Descendente

2 – Ascendente

3 – Colaterais

4 – Conjuge Sobrevivo

Princípios de proximidade de ♣ graus:

- Igualdade de sexo
- Proximidade de Grau
- Sucessão por Graus (Excepção do direito de representação)

- Direito de Representação = Na Sucessão dos descendentes, os netos do De Cujos, poderiam ocupar o lugar de qualquer um dos pais pré-morto, relativamente à sucessão.

A sucessão fazia-se por estirpes e dentro de cada estirpe por cabeça.

Direito de Troncalidade – Na sucessão legítima dos ascendentes, os bens possuídos na qualidade de bens próprios (património da família), tais bens deveriam voltar para o tronco da sua proveniência, mas só quando também concorrem a herança avós, pois no caso de serem ambos os pais os herdeiros, já não se aplicava, assim como também, se os avós sobreviventes só fossem do mesmo lado (tronco).

Sucessão Legitimária – Instituto de protecção do património da família, limitações legais da disposição do património, procurando-se que este não saísse da família, através dos seguintes institutos:

- Laudatio Perentum – Necessidade de autorização pelos parentes, na disposição de bens imóveis, adquiridos em qualquer altura.

- Quota Hereditária – Pela qual se estabelece a impossibilidade, de se dispor dos bens próprios anteriores ao casamento, por via sucessória.

Sucessão Voluntária – Quota disponível, sendo 1/3 ou 1/5, mas que não podia contrariar a sucessão Legitimária

Testamento Sec. 14 – Direito Medieval – 3 Formas:

1 – Escrito Particular, c/testemunhas e s/intervenção Notarial

2 – Verbal com testemunhas

3 - Notarial

DIREITO PENAL – SISTEMA PENAL

(Pág. 360 a 370 e 553 a 570 – Manual Prof. Marcelo Caetano) – Período Pluralista

Direito que assenta basicamente no Costume Local, pelo que se encontra uma grande variedade de Penas diferentes para os mesmos crimes, muitas destas penas estão incluídas nos Forais (Famílias de Forais), variando conforme a família, sendo a matéria Penal mais gravosa a Norte/Forais Salamanca, dos que nos do Sul, onde prevalece o regime de Auto Tutela/Tutela Privada, na punição dos crimes.

Vindicta – Fases: Cúria de 1211 D. Afonso II

- Estabelecimento das condições em que a vingança podia ser exercida:

A ♣ pena não podia cair em casa do agressor ou do seu património

Regras de ♣ Proporcionalidade Pena/Crime, quem cometa excessos será punido.

Pena ♣ Pecuniária, em substituição de outro tipo de sanções, como penas físicas sobre as pessoas.

Arbitragem na mediação dos conflitos – Privada e ♣ Pública

Auto Tutela – Perda de Paz – Regimes:

Relativa – Homicídio Simples e Violação – O ofendido ou a sua família, desafiavam o agressor perante a Assembleia Municipal “Deffidementum”, afim de saber que tinham legitimidade para a vingança, seguida de uma declaração pública de Inimizade.

Seguia-se um período de tréguas 9 dias, para que o agressor pudesse fazer a Composição da Amizade, ou pagar a “Fredum”, que lhe permitia ir embora, sendo esta quantia a dividir pela família e pela comunidade.

o Composição da Amizade:

Per Aves – Pecuniária♣

Missas♣

♣ Açoites

Cárcere Privado♣

Mas caso não repusesse a amizade, poderia vir a ser perseguido, com a possibilidade de ser morto caso fosse encontrado “Faída”.

Absoluta – Homicídio Qualificado, Traição ou Aleivosia, e Crimes de Lesa Majestade, em que era o Rei o ofendido = 2 Categorias:

1ª♣ Cabeça – Traição ou planejar a morte do Rei e/ou sua Família Penas:

Morte Cruel

Confisco de todos os bens a data da condenação

Memória do criminoso podia ser danada.

Filhos varões ficavam indignos para sempre, até reabilitação do Rei, mas a infâmia não abrangia as filhas.

2ª Cabeça –♣ Desrespeito pela autoridade do Rei (libertar um condenado), Falsificar Selos, Matar Juizes.

Não era permitida a composição da Amizade, e os ofendidos ou sua família, bem assim como toda a comunidade, tem o dever de o perseguir e matar.

Período de Paz Especial – Períodos determinados pela Igreja, Rei ou pela comunidade (Municípios) por ocasião de Festas ou Feiras, em que os crimes de Perda de Paz Relativa eram agravados em Perda de Paz Absoluta.

Justiça:

Municípios – Juizes Eleitos – Autonomia/Foral

Terras Senhoriais – Imunidade – Justiça menor (não se podia matar)

Justiça da Coroa – Estava garantido o controle público da aplicação da justiça, através da institucionalização do “Recurso” – Juizes de Tribunal Superior – Super Index, que funcionavam na Corte ou na Cúria.

A implantação da justiça Pública, foi-se dando apesar de alguns entraves nos:

Municípios – Foi-se impondo lentamente

Nas Terras Senhoriais – Através da Inquirições

Comarcas – Criou-se a figura do Corregedor, que passa pelas comarcas, e inspecciona a Justiça além do património público, o qual também pode substituir-se ao Juiz, quando sobre este caíam suspeitas de parcialidade.

Juizes de Fora – Nomeação Régia, com formação e juramento na Corte.

Definição de Crimes e Penas – Lei dos Crimes Públicos, 1355 D. Afonso IV

o Crimes:

Homicídio – Doloso – Qualificado♣

♣ Sexuais – (Adultério, Violação..)

Religiosos♣

Em virtude da punição quer através do Costume, quer através dos Forais não ser uniforme, as Penas vão-se institucionalizar pela Lei:

o Pena de Morte:

♣ Enforcamento

Lapidação (Pedrada)♣

Crucificação♣
Enterrado Vivo (Por♣ baixo corpo da vítima)
Decapitação (Nobres)♣
Fogueira♣

o Pecuniária

Anuviado – Pagamento 9 vezes a coisa furtada♣

o Corporais:

Corte de Mão (Talião)♣
Esvaziamento dos Olhos♣
♣ Desorelhamento
Açoites♣
Corte de Língua (Difamação ou Injúria)♣

o Privação de Liberdade

Cárcere Privado♣

o Infamantes:

♣ Humilhação
Procissão pela vila com uma corda ao pescoço♣
Corte de♣ barba
Exposição em gaiola no pelourinho♣
A Justiça era aplicada (Penas), não segundo a natureza do crime, mas sim segundo a condição social de quem o praticava ou de quem o sofria.
2 Classes de Pena:

o Morte e Corporais

o Degredo, desterro e Multas

Transmissibilidade de Penas – Os filhos acabavam de pagar as penas dos pais, caso estes falecessem sem as ter cumprido.

Arbitrariedade das Penas – O Juiz aplicava conforme entendesse.

Crimes Religiosos – Estavam sob a alçada de dois direitos, da Igreja e Lei Régia

Previsão dos Crimes – Podias estar regulados quer pela Lei quer pelo Costume

Vingança – De 1211 até 1230, só aos Nobres estava conferido esse direito.

Queixa ou Querela - Queixa Privada, investigação oficiosa, inquéritos promovidos pelo Juiz, no local onde o mesmo possa ter sucedido.

Advogado – Vozeiros e Arrazoadores - A função deste era vista com alguma relutância, D. Afonso IV afirmou: “Alguém que usa práticas dilatórias para encobrir a verdade”, tendo mesmo proibido a sua interferência no processo.

Confissão – Prova Plena – Que muitas vezes era obtida através de tortura, a qual no entanto não era aplicada a indivíduos de classe social alta, a não ser em crimes de Lesa Majestade.

PERÍODO MONISTA – 1415 CONQUISTA DE CEUTA/1446 ORD. AFONSINAS

Leis – Princípios:

- Pública – Autor da Lei
- Privada – O sujeito está em igualdade perante a Lei

Força – Directiva e Coactiva

A Lei é vista como a expressão da vontade do Príncipe, pelo que não é consensual, ao contrário do período pluralista, no qual a lei era fundamentada.

Neste período a realização de cortes era escassa, dado ao cansaço provocado nos participantes, em virtude de longas viagens e afastamento prolongado das suas terras, além das despesas inerentes.

Pelo que o que agrada ao Príncipe tem força de Lei “Quid Principis placuit Leges habit vigorum”.

As únicas limitações eram : Lei Natural e Lei Divina – Direito Supra Positivo.

Cortes – Têm competência legislativa em relação a Quebra de Moeda e Impostos

Constituições – Leis Fundamentais – Núcleo normativo de Direito Público, que o Rei não pode alterar, p/Ex: Sucessão Régia, etc...

Fontes de Direito:

Cartas de Lei – Cartas de Patente – Tem duração ilimitada, começam com o nome do Rei.

Alvarás – Duram em princípio um ano, caso vigorem ilimitadamente, diziam-se Alvarás com força de Lei

Decretos – Não são disposições gerais e abstractas, são dirigidos, têm destinatário, ou são em função de um objecto.

Cartas Régias – Identificam um destinatário, cargo ou nome, instruções a funcionários, comandantes de navios, governadores territoriais, etc..

Provisões – Documentos expedidos pelos tribunais, davam a conhecer normas de um caso concreto, mas que eram extensíveis a casos idênticos, poderiam vir em sequência de Resoluções.

Resolução Régia – Resposta dada pelo Rei ou seu mandatário, a uma questão posta pelo Tribunal. Fonte Subsidiária, forma de integração de Lacunas.

Portarias – Documento expedido pelo Secretário de Estado, em nome do Rei, a questões de âmbito mais genérico.

Avisos – Instruções expedidas em nome do Rei, dirigidas a Tribunais, Corporações, Juizes, etc..

Sendo o Rei o detentor de todo o poder Legislativo, tinha no entanto limites em relação á Justiça da Lei, a qual deveria ser justa quanto a:

Matéria♣
Fim♣
Agente♣
Forma♣

A Lei devia ser conforme:

Costumes Pátrios♣
Necessária♣
Útil♣
Honestas♣
♣ Possível
Conveniente ao Tempo e Lugar♣
Clara♣

A maioria dos autores defende que a Lei não precisava de ser aceite para vigorar.

Mas a Lei também podia ser injusta, em relação:

- Matéria – Não proibir o vicio e não conduzir a virtude
- Fim – Só para satisfazer alguns e não o bem comum
- Agente – Feita por quem não tem legitimidade, ou que excede a autoridade de que dispõe na sua elaboração.
- Forma – Não respeita a proporção a que deve obedecer, ao impor encargos e atribuir benefícios – Justiça Distributiva

Consequências da Injustiça da Lei:

- Não devia vincular, quando a sua observância tivesse um prejuízo maior que a sua desobediência
- Agente – Forma de Tirania – Lei ferida – O Rei deixa de governar para o bem comum, mas para seu próprio bem, mas no entanto devia ser obedecida, se fosse justa quanto aos outros fins.

Teoria do Direito de Resistência a Lei Injusta:

- Activa – Resistência com acção – Rebelião, Sublevação ou Revolução
- Passiva – Nada fazer para cumprir a Lei

Publicitada – A Lei devia ser Publicada em :

- Registo nos Livros da Chancelaria (Translades), cópias enviadas para todo país.
- Cúria Régia – Tribunal Superior Especializado em Casa Civil e Casa da Suplicação, tribunal itinerante que acompanha o Rei nas suas deslocações, pelo que o Rei tem livros de chancelaria próprios:

Livrinho de ♣ Arrolação
Livro Roxo e Amarelo ♣
Livro Novo e Velho ♣

Vigência da Lei – Vacatio Legis:

- Alvará de 1518 – Fixa a Vacatio Legis em 3 meses
- Ordenações Manuelinas 1521 – Fixa a Vacatio Legis em:

8 ♣ Dias – Tribunal da Corte

3 Meses – Resto do País ♣

A Lei não tinha aplicação Retroactiva.

Dispensa da Lei:

Determinadas pessoas em determinadas circunstâncias, ficam dispensadas do cumprimento da Lei.

Justificações:

- Autorização concedida pelo Rei – 3 Causas:

Justa Causa ♣
Magna Causa ♣
Causa Provável ♣ (Prova)

Excepção:

A dispensa não podia funcionar, em prejuízo de terceiros

- Anulação da Dispensa:

Sub – Repção – Anulada com ♣ base em falsos motivos, que levaram a dispensa.

Obrepção – Anulada com ♣ base na omissão de factos relevantes.

Compilação de Leis – Séc. 15

o LLP – Livro de Leis e Posturas – Leis do Período Pluralista

o ODD – Ordenações de D. Duarte

o Regimento Quatrocentista – Regulamento de Tribunal Superior da Casa da Suplicação
2 Partes:

- Fixam-se regras quanto ao funcionamento do Tribunal Superior e suas competências.
- Alegações Gerais para julgar, indicações aos Juizes sobre a fundamentação das sentenças, aconselhando a consultar os escritos de Bártolo..

o Ordenações Afonsinas – D. Afonso V – 1446/7 (em vigor), a compilação tem o seu início no reinado de D. João I, feita por:

1º por João Mendes ♣
2º por Rui ♣ Fernandes

5 Livros Divididos em Capítulos/Títulos/Parágrafos ♣

♣ 2 Estilos:

- Decretório – Técnico – As Leis estão redigidas como se fossem feitas naquele momento.

- Compilatório – Histórico – As Leis estão redigidas na sua redacção original.

o Livro I – Cargos Públicos: Estatutos dos Juizes, Corregedor, Notários, Chanceler, Tabelião, etc.

o Livro II – Matéria da Igreja: Clérigos, Nobres, Estatutos dos Judeus e Mouros e normas do Fisco.

o Livro III – Processo Civil

o Livro IV – Direito Civil

o Livro V – Direito Penal – Livro Sangrento

Apreciação:

Criticam-se alguns aspectos da sistematização: Livro II com muita matéria, Erros, Repetição de Leis, Versão diferente da mesma Lei, etc..

Para alguns autores, existem dúvidas sobre a sua vigência efectiva, em virtude de ainda não haver imprensa e pela dificuldade de cópias e caso vigorasse seria só nas grandes cidades.

CrITÉRIOS de Aplicação do Direito (Juiz), Fontes Principais:

- o Lei

- o Estilo da Corte (Tribunal Superior)

- o Costume Antigo

- Direito Subsidiário – Integração de Lacunas

- o Direito Romano

- o Direito Canónico – Critério do Pecado

- o Glosas de Acursio

- o Opinião de Bártolo

- o Resolução Régia

Neste período das Ordenações, os Forais foram perdendo força, devido em grande parte a sua desactualização.

A ideia de renovação das Ordenações séc. 16, levou ao aparecimento de mais compilações:

o Ordenações Manuelinas – 1ª versão de 1514 e a definitiva em 1521

Compiladores: Rui Boto

Rui Grã

Cristóvão Esteves

Estilo adoptado: Decretório

Sistematização: 5 Livros, quase idêntico às Afonsinas, mas no entanto mais cuidados, mais próximos da ideia de Código.

Fontes:

Principais: Mantêm-se as mesmas das Afonsinas

Subsidiárias: Direito Romano

Direito Canónico

Opinião Comum dos Doutores - a)

Resolução Régia

a) – Substitui as Glosas de Acúrsio e a opinião de Bártolo, naquilo em que estas a contradizem, mas desde que os Doutores/Juristas, sejam posteriores a Bártolo.

o Ordenações Filipinas – 1595, mas só entrando em vigor em 1603

Compiladores:

Jorge de Cabedo

Afonso Tenreiro

Duarte Nunes de Leão

Alterações: Só a nível do Direito Subsidiário, inserido no Livro 3º
Dando-se uma sobrevalorização da opinião de Bártolo

o Compilações Fora das Ordenações – Entre as Manuelinas e Filipinas

Leis ♣ Extravagantes – Regência do Cardeal D. Henrique

Compilador: Duarte Nunes de Leão

Fontes: Leis e Assentos do Tribunal da Relação

Versões: 1ª é de 1566 (Manuscrita), está sistematizada 4 Livros:

1º - Ofícios, Jurisdições e Privilégios

2º - Causas Judiciais

3º - Delitos e Penas

4º - Causas Extraordinárias

2ª é de 1569 (Impressa), Resumos e Sínteses c/força Lei

Sistema ou Colecção Reg. Reais, Séc. 18 ♣

Colecção ♣ de Legislação Antiga e Moderna Reis Portugal, Séc.18

Fontes do Direito:

o Assentos - Interpretação de Leis de Tribunal Superior (Casa do Cível e Casa da Suplicação)

Inicialmente o valor dos Assentos é só em relação ao caso concreto

1582 – Tribunal da Relação do Porto, que passa a emitir Assentos, substitui a Casa do Cível

A Lei da Boa Razão de 18.08.1769, vem alterar o valor dos Assentos, que já não são só uma forma de integração de Lacunas, e passam a interpretar a Lei.

Categorias de Assentos:

o Económicas (Disciplina interna dos Tribunais)

o Legais (Admite-se força de Lei)

o Autos (Restrito ao Processo)

Pombal, que reorganizou o sistema das Fontes de Direito, alterou parcialmente as Ordenações Filipinas, sendo a Lei da Boa Razão, a expressão Legislativa mais marcante do Racionalismo Jurídico, gerada pelo Iluminismo.

o Estilos:

Características:

Pluralidade

Antiguidade (10 anos)

Não poder contrariar a Lei

Serem conforme á Boa Razão (1757)

Serem aprovados por Assento, o qual deverá ser emitido, pela Mesa Grande da Casa da Suplicação.

o Costume (Fonte principal nas Ordenações)

Características:

- Pluralidade

- Racionalidade

- Prazo de antiguidade (100 anos)

- Não ser contrário a Lei

- Ser conforme a boa razão

- Ter a vontade tácita do Rei

o Forais (Fonte de direito Local)

1520 – Reforma dos Forais, sendo autores:

Rui Boto – João Façanha

Rui Grã – Fernão de Pina
1502 – Foral de Ordenações e Regime de Pesos
1504 – Foral de Cidades, Vilas e Lugares

Os Forais passam a tratar de questões das populações, locais (vizinhos), tributárias e sociais.

Classes:
Novos ou Manuelinos (saídos da reforma)
Novíssimos (depois da reforma)
Velhos (antes da reforma)

Os Forais só vieram a ser extintos com a reforma administrativa / Séc.19

o Direito Canónico – Fonte Subsidiária de Direito

É um direito subsidiário, ou seja, um Direito que se aplica na falta ou insuficiência de Direito Próprio, cuja aplicação só se vem a iniciar com as Ordenações Afonsinas.

O DC aplica-se em concorrência com o Direito Romano, segundo o critério do Pecado, pelo que em matérias:

Temporais – Aplicava-se o DR
Espirituais – Aplicava-se o DC

Mas quando da aplicação do DR resulta-se pecado (Exp. Usucapião c/esbulho, Prescrição, etc.), então aplicava-se o DC

Continua em vigor o Instituto do Beneplácito Régio, com excepção durante um curto período no reinado de D. João II

Concílio de Trento – 1545 até 1563

03.07.1564 – Bula Papal “Benedictus Deus”, pedia ao Rei a colaboração no cumprimento das normas aprovadas pelo Concílio de Trento.

A Justiça portuguesa devia colaborar na execução das sentenças, mas quando se tivesse a certeza que o Processo Canónico tinha sido regularmente aplicado.

Com a Lei da Boa Razão, deixa de se aplicar o DC, e só se aplica quando a Lei Civil o manda aplicar, ou seja a aplicação decorre de 4 razões:

Quando a Lei Civil o manda aplicar ♣
Quando os preceitos do ♣ DC, servissem para corrigir os preceitos do DR e fosse reconhecida a sua aplicabilidade pelas Nações civilizadas da Europa.
Fosse impossível o ♣ recurso a qualquer outro ordenamento.
Nos casos em que fosse necessário ♣ conhecer o DC para impedir o abuso dos Juizes Eclesiásticos.

DIREITO PRUDENCIAL

A Ciência está limitada pelas Ordenações, e não foi tão criativa como no período pluralista, tendo o seu trabalho só se desenvolvido nas seguintes escolas:

Comentaristas – Faziam comentários as ♣ Ordenações

Praxistas – Analisam a prática Judiciária, ♣ sentenças

Casuístas – Estudam a solução para determinado ♣ caso

Factores que influenciam a cultura Jurídica: (Ver Prof. Almeida e Costa)

Internos – Influência da Universidade, que se fixa em 1537 em Coimbra (D. João III), sobre os juizes de Leis e Cânones, provoca algumas reformas:

Reforma Joanina, influenciada pelas ideias humanistas, que tenta atrair a Universidade, pessoas de prestígio, dos quais se destaca o Dr. Martim Navarro, mas mantém-se no entanto a tendência Bartolista, na influência sobre os Juizes.

O Humanismo, não se enraizou muito no Direito português, pois a maior parte dos juristas humanistas portugueses, que foram estudar para fora do País, nunca mais voltaram. (Pág. 319/24 Prof. A. Costa e 333/41)

Externos – Existência de correntes de pensamento jurídico, que influenciam os juristas portugueses:

Humanismo – Histórico/Critico
Racionalismo – O mais influente

A entrada dos ideais Humanistas, trás consigo o regresso as versões Gregas e Romanas.

Preconizavam uma tendência historicista do DR, reconstituindo estes textos, criticando as Glosas e a sua forma de interpretação, retorno ao CIC, e abandonando as versões Glosadas e criticando Justiniano.

Escolas – Mos Gallicus, em contraposição com a Mos Itallicus (escolas medievais:

♣ Cupaciano – Cupecia

Alviateia – Alciate ♣

Culta ou ♣ Elegante

Defendem que os textos do DR devem ser interpretados, mais conforme razão, e não por um critério de autoridade, mas sim por um critério de Racionalidade, ou seja, não pela quantidade de opinião, mas a qualidade racional da opinião, ou seja o DR não é o Direito(aplicável), mas sim um Direito, o Direito dos Romanos.

Humanistas Portugueses: Luís Teixeira, António Gouveia, Aires Pinhel, Heitor Rodrigues, Martim Figueiredo, João Caldeira, ...

Racionalismo – Escola do “Usus Modernus Pandectarum”

O Uso Moderno do Digesto DR, Escola Racionalista, que evolui para a Escola Racionalista do Direito Natural, que vê no Direito Natural a razão humana, propõe um novo conceito de Direito Natural, (Séc. 17), cujos juristas foram Hugo Grócio (Grotius), autor do “Direito de Paz e de Guerra”. Propunha que o DR, fosse seleccionado segundo critérios de racionalidade e de actualidade, são os juristas alemães que fazem a defesa desta ideia, devido ao impacto tardio e forte, que o DR teve entre outros autores de Heineccius, Strune, Stich, ...

A Lei da Boa Razão e a Reforma Pombalina da Universidade, são a manifestação do Racionalismo em Portugal. (Pág. 353/58, 359/61, 362/4, 366/77, 382/86 e 422/43, Prof. ^a Costa).

LEI DA BOA RAZÃO
(Racionalismo Jurídico)

18.08.1769 – Lei de character inovador, que em certos aspectos, altera as Ordenações, nomeadamente em matéria de Direito Subsidiário:

Desaparecem por não serem conformes á Boa Razão:

- Magna Glosa de Acursio
- Opinião de Bartolo
- Opinião Comum dos Doutores
- Direito Canónico – Circunscrito aos Tribunais Eclesiásticos, ou quando os Tribunais Comuns o manda aplicar.

Direito Subsidiário:

1º - Direito Romano – “Usus Pandectarum Modernus”, com critério de racionalidade e Actualidade, o qual pode ser utilizado de acordo com a Boa Razão.

2º - Leis das Nações Cristãs, Modernas Polidas e Civilizadas da Europa (França, Prússia e Áustria), aplicando-se só nas seguintes matérias:

Políticas ♣

Económicas ♣

Mercantis ♣

♣ Marítimas

Para aplicação destas novas normas, foi feita a reforma da Universidade de Coimbra (1772), a qual foi assistida por Luiz António Verney,.

Dada a excessiva importância dada ao estudo do DR, foi alterado o método de “Lecture” (Escolástica/Jesuítas), a leitura dos textos, passou para o método Sintético/Demonstrativo/Compendiário:

Sínteses, Comprovação das Afirmações, Matérias constantes de um Compêndio aprovado oficialmente.

Em 1770, uma Junta de Providência Literária, avaliou os Estatutos da Universidade, o “Compêndio Histórico da Universidade de Coimbra”, e propôs alterações aos estatutos, vindo então a ser aprovados, os Estatutos Pombalinos da Universidade em 1772, que tinham por base as ideias do Iluminismo e Racionalismo.

Criaram-se as cadeiras de:

Direito Pátrio

História do Direito (Mello Freire)

Direito Público, Natural e das Gentes

Conceito da Boa Razão – “Recta Ratio” – Filosofia do Direito:

Devia estender-se aos primitivos princípios, que contêm verdades essenciais e inalteráveis, que o Direito Divino e o Direito Natural deviam formalizar para a conduta dos Povos.

Os Princípios do Direito Natural, eram as regras do Direito das Gentes, que se estabelece para as Nações Civilizadas, princípio do DIP – Direito Interno Público, ou seja o conjunto de Leis: Políticas, Económicas e Marítimas, para o sossego público.

Fontes de Direito:

Lei♣

Costume, com♣ mais de 100 anos e não contrário a Lei

Estilo, aprovado por assento da Mesa♣ Grande da Casa da Suplicação

QUESTÃO DO NOVO CÓDIGO

Reforma das Ordenações:

1778 D. Maria contrata uma Junta para fazer esse levantamento. O Ministro Telles da Silva, nomeou 10 Juizes

Em 1783, foi chamado a integrar a comissão um especialista, Mello Freire, que tinha um curriculum notável.

Em 1789, Mello Freire apresentou obra de Direito Público e Direito Criminal, livros 2 e 5 das Ordenações, que publicou “Instituições de Direito Civil” e “Instituições de Direito Criminal.

Foi nomeada uma junta para fazer a apreciação do projecto Mello Freire, que foi presidida por Seabra da Silva (saneado por Pombal), o qual tinha inimizade com Mello Freire, mas como não tinha capacidade para fazer esse trabalho, nomeou António Ribeiro dos Santos, o qual criticou o trabalho de Mello Freire, apontando falhas no projecto:

- Não incluir Leis Fundamentais, como:

o Acto de juramento do Príncipe nas Cortes

o Separação das funções de Rei e Jurista

- Medidas Retrogradadas em Direito Criminal, por manter a Pena de Morte (embora abolindo a crueldade e tortura), sendo esta aplicada para crimes não muito importantes e com requintes de malvadez no momento da execução.

- Direito Público, que pela sua concepção Monárquica/Absolutista e sendo ARS Liberal, defendia:

o A Representação das 3 ordens nas Cortes

o Individualidade de Reino e Bens da Coroa, para limitar o poder do Rei

Pontos em Comum: Primado da Lei como Fonte de Direito – Monismo

MOVIMENTO GERAL DA CODIFICAÇÃO

(Séc. 19)

A Cultura Iluminista, influenciou a Codificação, o “Usus Modernus Pandectarum”, Escola Jus-Naturalista, Escola Racionalista do Direito Natural.

Teoria dos 3 “S”, para a feitura dos Códigos:

Sintéticos♣

Sistemáticos♣

♣ Científicos

Causas da desordem no Direito, era este ter várias Fontes de Direito, pelo que este só deveria basear-se fundamentalmente na Lei.

Em 1804 nasceu o 1º Código Civil, que foi o de Napoleão, o qual serviu de base para as codificações dos outros países. Napoleão ainda mandou fazer um Código Penal.

No caso português, foi apresentado pelo inglês Jeremias Bentham, um projecto de Código Civil, às Cortes portuguesas.

Ferreira Borges, dizia que era necessário um Código, pois o Direito Comercial, era fundado nos usos e praxes

das Praças Internacionais, pelo que a incerteza era muita, razão pela qual devia a legislação ser uniforme e coerente, pelo que apresentou os seguintes projectos de Códigos:

Direito Marítimo - Cortes de 1821, o ♣ qual não foi aprovado

Código de Comércio - “ “ “ “ ♣

Código ♣ Comercial – Cortes de 1833, que foi aprovado, 3 partes

- Comércio Terrestre
- Comércio Marítimo
- Organização Mercantil – Acção Comercial

Veiga Beirão, em 1888, reviu o Código de Ferreira Borges, tendo apresentado o 2º Código Comercial, que também se compunha de 3 Partes:

- ♣ Comércio Geral
- Contratos Especiais de Comércio ♣
- Comércio ♣ Marítimo

Código Direito Administrativo – 2 modelos Divisão do Território, atribuição Poderes

Françês – Centralizador ♣
Português – Autonomia ♣ Municipal

Antecedentes do 1º Código Administrativo:

Constituição ♣ de 1822

Carta Constitucional de 1826 ♣

Decreto 23 de 1832, de Mouzinho ♣ da Silveira, que extingue os Forais e divide o Território em:

- Províncias – Prefeito
- Comarcas – Sub – Prefeito
- Concelhos – Provedor

Em 1836 – Com Passos Manuel, nasce o 1º Código Administrativo

Código Penal:

Para os Juristas Humanistas as Penas não deveriam servir só para castigar, mas também para corrigir (alteração quanto ao fim), e também não deviam ser cruéis, entre estes autores destacam-se:

Marquês de Beccaria que escreve “Dos Delitos e das Penas” e Francisco Freire de Melo

1852 – Surge 1º Código Penal de: Duarte Leitão, Diogo Sequeira Pinto e João Alves Sá

1867 – 1ª Reforma do Código Penal

1884 – 2ª Reforma

1886 – Novo Código Penal de Levi Maria Jordão

1983 – Nasce o actual Código Penal de Eduardo Correia

1995 – Nova versão do Prof. Figueiredo Dias

Código Civil:

Tentativas de Codificação – Vicente Costa “Que é o Código Civil” de 1821, Almeida e Sousa, Coelho Rocha e Borges Carneiro

1867 – Nasce o 1º Código Civil, autoria de António Seabra, que vigorou até 22.3.68

1966 – Nasce o 2º Código Civil (Actual)

Direito Processual – Civil:

1832 – Reforma do Judiciário

1837 – Nova Reforma do Judiciário

1841 – Novíssima Reforma do Judiciário

1876 – 1º Código do Processo Civil

1939 – 2º Código do Processo Civil

1996 – Código Actual

Direito Processual – Penal:

Tentativas de Codificação – Navarro Paiva

1929 – 1º Código do Processo Penal

1988 – 2º Código do Processo Penal, Prof. Figueiredo Dias