**História do Direito**

1. Questões teóricas e metodológicas: uma história crítica do Direito
2. **A história do Direito na formação dos juristas**

Importante, porque:

* Serve para a interpretação do direito atual;
* Permite a identificação de valores jurídicos que duram no tempo;
* Desenvolve a sensibilidade jurídica;
* Alarga os horizontes culturais dos juristas.

A história do direito é um saber formativo, mas diferente do de disciplinas dogmáticas: as últimas visam criar certezas, a primeira pretende problematizar, questionar, por em causa a ideia de que o direito dos nossos dias é *o racional, o necessário, o definitivo*.

É por isso que se diz que as soluções jurídicas são sempre contingentes em relação a um dado envolvimento, a uma dada sociedade, a um dado ambiente – são, por isso, sempre locais.

A história jurídica pode sustentar diferentes discursos sobre o direito:

1. **A história do Direito como discurso legitimador**

A história do direito pode contribuir para legitimar o direito estabelecido. Alguns desses processos de legitimação dependem de argumentos de caráter histórico.

Durante um longo período da história jurídica europeia, “o que era antigo era bom”. -> Antigo Regime, matriz cultural tradicionalista. O direito justo era o que estava estabelecido e era longamente praticado (costumes estabelecidos, opinião comummente aceite pelos especialistas – *opinio communis doctorum* -, práticas judiciais rotinadas, os direitos adquiridos, o conteúdo habitual dos contratos).

A história do direito legitimava decisivamente as soluções jurídicas, dado ser através da história que a durabilidade das normas se comprovava. E tende-se sempre a legitimar práticas antigas, porque se atribui dignidade ao antigo.

Nos nossos dias, com o impacto da ideia de progresso, a tradição deixou de ser a principal estrutura de legitimação, perdendo a história do direito muitos créditos.

A história, mais do que descrever, cria. A prova a partir da história constitui uma construção intelectual que diz mais sobre os historiadores seus autores do que sobre as crenças e as culturas do passado que se supõe estarem a ser descritas.

Fragilidade do argumento histórico: (A. M. Hespanha) *A história seria o fórum de um contínuo plebiscito, em que os presentes participariam, embora numa posição enfraquecida pela soma de votos já acumulada pelos passados.*

Outro “ataque” ao argumento histórico tem que ver com a ideia, correta, de que certos conceitos/princípios jurídicos, apesar de persistirem, desde há muito tempo, apenas o fazem de forma facial. Casos dos conceitos de pessoa, liberdade, democracia, família, obrigação, etc. remontam aos inícios da história do direito europeu mas, hoje, apresentam roturas decisivas no seu significado semântico (apesar de manterem a veste, a terminologia). Descontinuidade semântica radical na profundidade do sentido, que frustra por completo a pretensão de validade intemporal dos conceitos. Exemplo: o conceito de família, embora remonte terminologicamente ao direito romano, lá abrangia não apenas parentelas muito mais vastas, como também não parentes: criados, escravos e até os bens da casa).

O que se faz é, afinal, a simples operação intelectual de considerar natural aquilo que nos é familiar.

Em oposição, temos outro modo de olhar para a história do direito: o modelo histórico evolucionista. Este modelo concebe a história como uma acumulação progressiva de conhecimento, de sabedoria, de sensibilidade. Assim, o direito teria tido uma fase juvenil de rudeza, tendo progredido gradualmente em virtude de ter disposto do progresso da sabedoria humana ou das descobertas de gerações sucessivas de grandes juristas. O estado em que hoje se encontra é, pois, o apogeu.

Perspetiva progressiva da história: legitima o direito pelo contraste entre direito histórico, rude e imperfeito vs. direito dos nossos dias, produto de um imenso trabalho agregativo de aperfeiçoamento.

Deve dizer-se que esta é uma perspetiva também não muito feliz. Esta teoria de progresso linear resulta de o observador analisar o passado de acordo com aquilo que acabou por acontecer, e “a história é dos vencedores”. Contudo, acaba por se perder de vista todas as outras virtualidades de desenvolvimento, bem como as perdas originadas pela evolução que se veio a verificar.

É uma perspetiva deformada do campo histórico, em que os objetos e as questões são recortados a partir do modo de ver e conceber o direito nos dias de hoje. Vincula-se o passado ao imaginário contemporâneo, o presente é imposto ao passado, o passado é lido a partir dos padrões do presente, perdendo a sua especificidade, a sua maneira de imaginar a sociedade, de pôr as questões, de as resolver, perdendo, no fundo, a valorização das suas virtudes.

Exemplo paradigmático: a evolução tecnológica que marca as sociedades contemporâneas individualistas ocidentais tende a valorizar a história do progresso cientifico técnico da cultura europeia, bem como as aquisições político-sociais no sentido da libertação do indivíduo. Mas acaba por se a noção daquilo que, devido a este progresso, se fechou como oportunidade de evolução ou que se perdeu: o equilíbrio do ambiente, os sentimentos de solidariedade social.

A.M. Hespanha diz que o que existe são, antes, contextos, conjunturas, fases – não necessariamente cumulativas no que ao aprimorar dizem respeito. Recusa a ideia de que o presente é forçosamente mais evoluído do que o passado, não o desvaloriza: são apenas e tão-só épocas distintas.

Parece, então, errada esta sacralização do presente, glorificado como meta, como único horizonte possível da evolução humana.

Pode, ainda, analisar-se um última estratégia legitimadora nos usos da história do direito. Não se legitima diretamente o direito, mas sim a corporação dos juristas que o suportam.

Os juristas têm uma intervenção diária na adjudicação social de faculdades ou de bens. Isto confere-lhes um papel central na política quotidiana, embora com o inerente preço de uma exposição permanente à critica social. Uma estratégia de defesa deste grupo é a de desdramatizar a natureza política de cada decisão jurídica, e por isso o seu caráter político. Ora, uma forma de despolitizar a intervenção dos juristas é apresentar o veredito jurídico como uma opção puramente técnica ou científica, distanciada dos conflitos sociais subjacentes.

Esta operação de neutralização política da decisão jurídica tornar-se-á mais fácil se se construir uma imagem dos juristas como académicos distantes e neutrais, cujas preocupações são meramente teóricas, abstratas e eruditas.

A onda de medievismo que dominou a historiografia jurídica continental até aos anos 60 teve esse efeito de legitimação pela ciência, justamente numa época de fortíssimos conflitos politico-ideológicos em que os juristas tiveram de desempenhar uma importante função arbitral.

1. **A história crítica do direito**

Os acontecimentos históricos não estão aí, independentes do olhar do historiador, disponíveis para serem descritos. Pelo contrário, são “criados” pelo trabalho do historiador, o qual seleciona a perspetiva, constrói objetos que não têm uma existência empírica (exemplo: curvas de natalidade, …). A única coisa que o historiador pode verificar são sequências meramente cronológicas entre acontecimentos, tudo o resto são inferências suas.

Alguns autores, até, não hesitam em classificar a história como um género literário, embora dotado de regras que permitem escrutinar a validade dos seus resultados.

1. **A perceção dos poderes periféricos**: São formas mínimas, apenas persuasivas, invisíveis de disciplinar. Muitas delas não pertencem aos cumes da política, vivendo antes ao mais baixo nível das relações quotidianas (família, círculos de amigos, rotinas do dia-a-dia, intimidade, usos linguísticos). São mecanismos de normação, vistos como “direitos do quotidiano”. Parecem-nos inevitáveis, pertencentes à natureza das coisas, dado estarem incorporados de tal modo no nosso quotidiano. Assim, e por exemplo, a família funcionava mesmo que o Direito a não regulasse (por meio do Direito da Família). Estes poderes periféricos concorrem para a descentralização do direito oficial, no seio de uma constelação inorgânica de mecanismos de disciplina, porquanto detêm um papel eficaz de humildes e discretos mecanismos normativos da vida quotidiana.
2. **O direito como um produto social**: A própria produção do direito constitui-se através de um processo social, algo que não depende apenas da capacidade de cada jurista para pensar, imaginar e inventar, mas de um complexo que envolve a sociedade, desde a organização da escola aos sistemas de comunicação intelectual, à organização da justiça, à sensibilidade jurídica dominante e muito mais. O Direito não é uma coisa natural, e a prova disso é que não há normas jurídicas universais (o que concorre para a natureza local do Direito).
3. **Contra a teleologia**: A história jurídica não constitui um desenvolvimento linear, necessário, progressivo, escatológico. Na história há descontinuidade e rutura. Daqui decorre que o sentido de cada instituto ou princípio deve ser avaliado pela sua integração no contexto dos outros institutos e princípios que com ele convivem contemporaneamente e não nos institutos e princípios que o antecederam. Isto é, o direito recompõe-se continuamente e, ao recompor-se, recompõe a leitura da sua própria história, da sua própria tradição, atualizando-as. Não obstante, a tradição é também um fator de construção do direito atual, e está presente no direito atual de formas várias: tradições literárias, casos decididos, as próprias leis, costumes, cerimónias e rituais. E é desta forma que o passado modela e deve modelar o presente, não através da imposição direta de valores e de normas. Ora, esta ideia traz a crítica implícita à ideia de progresso linear, o presente deixa de ser o apogeu do passado, o último estádio de uma evolução; pelo contrário, o presente não é senão mais um arranjo aleatório, dos muitos que a *bricolage* (A.M. Hespanha) dos elementos herdados podia ter produzido. Há, então, subjacente a esta ideia, uma noção de contingência. Sendo assim, esta ideia de descontinuidade influencia o nosso modo de observar o passado. Este deixa de ser um precursor do presente, um ensaiador de soluções que vieram a ter um completo desenvolvimento no presente. A sua lógica e as suas categorias ganham espessura e autonomia. E assim se reforça o olhar distanciado e crítico sobre os nossos dias.
4. **Modernidade, pré-modernidade e pós-modernidade jurídica**

Modernidade:

* Visão moderna do mundo
* Sociedade ordenada segundo um plano global, acessível, melhorável
* No plano intelectual, verdade da ciência
* No plano político, vontade científica do Estado
* Deslocamento da sociedade do caos para a ordem, do erro para a verdade, do irracional para o racional, do paroquialismo para o cosmopolitismo, da carência para a abundância, do sofrimento para a felicidade, da guerra para a paz.
* Incorpora um certo dogmatismo – conhece o bem, afirma conhecer e praticar os valores corretos, e condena os falsos.

A estratégia de trabalho intelectual tipicamente moderna é caracterizada por Bauman através de uma metáfora jurídica, a do “legislador”, que consiste em fazer afirmações autoritárias que arbitram controvérsias de opinião e adotam opiniões que se tornam justas e obrigatórias.

O emprego de tais regras de procedimento torna as profissões intelectuais – cientistas, filósofos – detentoras coletivas de conhecimento de relevância direta e crucial para a manutenção da perfeita ordem social.

Pré-modernidade:

* Classificada pelos modernos como selvagem, primitiva, arcaica
* Reprodução a cada geração sem intenção consciente, sem reflexão
* Respeitam a ordem das coisas e dos tempos
* Aversão à mudança
* Equilíbrio social, e repulsa por possíveis alterações artificiais desse equilíbrio
* Os juristas desta época tinham como papel, não a criação ou retificação da ordem, nem o de determinar autoritariamente o equilíbrio justo, mas sim somente induzir esse equilíbrio da natureza, tirando proveito de todos os recursos da sensibilidade humana
* Assume-se o direito como um dado adquirido, não o mutando
* Esta visão do mundo triunfa na cultura jurídica europeia até finais da Época Medieval.

Pós-modernidade:

* Traços comuns com a pré-modernidade – ilimitado número de modelos de ordem, cada um deles gerado por um conjunto de práticas localizadas e relativamente autónomas
* A ordem não precede as práticas e, desse modo, não pode servir como garante da sua validade
* Cada modelo de ordem tem uma legitimidade apenas local – só faz sentido em face das práticas que o validam
* Relatividade do conhecimento – não são válidos critérios de avaliação de práticas locais que se situem fora das tradições.

A estratégia do trabalho intelectual pós-moderna é caracterizada pela metáfora do papel do “intérprete”. Tradução de afirmações realizadas no interior de uma tradição de base comunitária, de modo que possam ser entendidas no interior do sistema de conhecimento baseado noutra tradição. Em vez de estar orientada para a seleção da melhor ordem social, esta estratégia visa facilitar a comunicação entre participantes autónomos. Impede-se a distorção do significado no processo da comunicação, para tal necessita-se de penetrar profundamente o sistema de conhecimento alheio e manter o equilíbrio delicado entre as duas tradições em diálogo.

1. Imaginários da sociedade e do poder

O Direito tem uma função criadora e não apenas da regulação da vida em sociedade através de normas: o Direito cria os valores sobre os quais vão assentar a sociedade, a sua paz e segurança (as normas).

Antes de organizar a sociedade, o direito imagina-a: cria modelos mentais do homem, das coisas, das relações sociais, políticas e jurídicas, depois dá-lhes corpo em instituições. As entidades jurídicas não existiam antes dos juristas as terem imaginado – o direito cria a própria realidade – o “facto” não existe antes e independentemente do direito, os “casos jurídicos” têm muito pouco a ver com os “casos da vida”.

Este aspeto criador do Direito tem sido destacado por pensadores, entre eles, Clifford Glertz ou Niklas Luhmann.

Os juristas são vistos como “poetas” e pensadores da sociedade e do poder, obra que é interpretada pelos historiadores.

1. **O imaginário corporativista – século XII a XVIII**

O pensamento social e político medieval é dominado pela ideia de existência de uma ordem universal (cosmos), instituída por Deus, abrangendo todos os homens e as coisas, orientava todas as criaturas para um objetivo último que o pensamento cristão identificava com o próprio Criador. O mundo físico como o mundo humano, não eram explicáveis sem a referência a esse fim que os transcendia, a essa causa final – a salvação espiritual.

Numa sociedade profundamente cristã, o próprio relato da Criação (Génesis, 1) não pode ter deixado de desempenhar um papel estruturante. Aí, Deus aparece, fundamentalmente dando ordem às coisas: separando as trevas da luz, distinguindo o dia da noite e as águas das terras, criando as plantas e os animais segundo as suas espécies e dando-lhes nomes distintos, ordenando as coisas umas para as outras.

Esta narrativa da Criação inspirou o pensamento social medieval e moderno, sendo evocada por textos de então para fundamentar as hierarquias sociais.

Também a tradição da filosofia clássica – grega e romana – confirmava este caráter naturalmente organizado do universo natural e humano. Aristóteles (384 a.C.-322 a.C.) acreditava que o mundo estava finalisticamente organizado. As coisas continham na sua própria natureza uma inscrição que marcava o seu lugar na ordem do mundo e que condicionava, não só o seu estado atual mas também o seu futuro desenvolvimento em vista das finalidades do todo. Para a sociedade funcionar era necessário existir desigualdade – analogia com o corpos e as suas diferentes partes, cada uma com a sua função, umas mais relevantes que outras mas todas importantes para o normal funcionamento.

O pensamento medieval sempre se manteve agarrado à ideia de que cada parte do todo cooperava de forma diferente na realização do destino cósmico. Legitimava-se a diferenciação dos estatutos sociais, cada individuo tem direitos que decorrem da pertença a determinado grupo (anti-individualismo).

O direito, como em geral a organização da sociedade, tinham como fundamento a ordem divina da Criação. Por isso, os juristas identificavam a justiça com a natureza e esta com Deus. Num famoso texto do Digesto – uma das partes do *corpus juris civilis -* (D., 1, 1, 1, 3) em que se define o direito mais fundamental e inderrogável, o chamado «direito natural», explica-se que «o direito natural é o que a natureza ensinou a todos os animais». E um comentador medieval do texto esclarece, numa curta glosa à palavra «natureza», que esta não é senão Deus.

A diferença, a desigualdade, não significa imperfeição ou menos perfeição de uma parte em relação às outras. Significa antes uma diferente inserção funcional, uma cooperação, a seu modo específica, no destino final do mundo – era vista com otimismo. Assim, subordinação não representa menor dignidade, mas antes apenas um específico lugar na ordem do mundo. Não há diferentes dignidades, porque todas as partes são necessárias, todas contribuem para o bem comum, e para a salvação das almas (o fim último do homem) – complementaridade, a cada órgão competia uma função, e todos eram precisos para que o conjunto funcionasse. Ainda assim, as funções estavam hierarquizadas segundo a sua importância para a subsistência do todo (analogia do corpo e das várias partes – todas são importantes, obviamente umas mais do que outras: o coração será mais importante do que um braço, mas sem ambos o corpo não funciona de forma normal). Todos são dignos, e mesmo os que estão submetidos também têm direitos, sendo especialmente protegidos pelo direito - alguns, por serem menores: os pobres, as mulheres, os órfãos, os indígenas, etc… são mais facilmente desculpados pela lei, presume-se que são inocentes porque não conhecem a lei, beneficiavam mais do recurso aos sentimentos na aplicação da pena. Portanto, olhava-se para a desigualdade com otimismo, mas reconhecia-se algumas posições desfavorecidas, daí estas atitudes paternalistas, estes mecanismos de proteção. As atitudes paternalistas estão também ligadas à possibilidade que a pobreza trazia de estimular uma das grandes virtudes do Homem – a caridade -, o que levava a que ganhassem mais “pontos” na luta pela salvação da alma.

Podemos, também, dizer que não existiam indivíduos – eram invisíveis, o que importa é o imaginário social. E isto era seguido pela população porque era visto como um meio para obter a tal vida eterna e o assegurar da manutenção da ordem na sociedade – a obediência e a submissão era vista como natural e um bem.

Viver honestamente significava aderir à natureza das coisas, à ordem natural do mundo. Assim, o nobre não se devia comportar como plebeu, se queria manter a honra.

No plano do direito, este não poderia ou não deveria alterado, impunha-se a todo o poder, e fazia emergir as diferenças entre pessoas, que eram traduzidas pelas noções de «estado» - um lugar na ordem, uma tarefa, um dever social - e de «privilégio», ou direito particular = sociedade de estados, hierarquizada. Na sociedade tradicional europeia, os três ofícios sociais eram a milícia (nobres), a religião (clero) e a lavrança (povo, terceiro estado). **Estado** – grupo de pessoas com o mesmo estatuto jurídico, os mesmos **privilégios**.

Por conseguinte, a realidade jurídica decisiva era este estado, que é permanente; não os indivíduos, transitórios, que lhe conferem uma face momentânea. Um homem que não tenha estado não é pessoa.

Relativamente ao poder, este era repartido, pelo que, numa sociedade bem governada, esta partilha natural deveria traduzir-se na autonomia político-jurídica dos corpos sociais. Ao poder competia fazer justiça, respeitar a ordem do mundo. Se em vez disto, tentasse criar uma nova ordem, considerar-se-ia tirânico. A função da cabeça é a de representar externamente a unidade do corpo e, por outro, a de manter a autonomia de cada corpo social, atribuindo a cada um aquilo que lhe é próprio, garantindo a cada qual o seu estatuto, realizando assim a justiça.

Cada corpo social, como cada órgão corporal, tem a sua própria função, de modo que a cada corpo deve ser conferida a autonomia necessária para que a possa desempenhar. A esta ideia de autonomia funcional dos corpos anda ligada, a ideia de autogoverno que o pensamento jurídico medieval designou por *iurisdicto* e na qual englobou o poder de fazer leis e estatutos, de constituir magistrados e, de um modo geral, julgar os conflitos e emitir comandos.

IMAGINÁRIO CORPORATIVISTA – CONSEQUÊNCIAS SOCIAIS:

* Sociedade de estados, não de indivíduos;
* Sociedade hierarquizada;
* Visão otimista das relações de subordinação.

CONSEQUÊNCIAS POLÍTICAS:

* Autonomia funcional - autogoverno, poder de fazer leis e estatutos, nomear magistrados, julgar conflitos, etc.
* Constituição natural – limites do poder real, tirania e revolução (exemplo: 1640 – o fim da dinastia filipina foi visto como uma tirania, um ataque ao domínio espanhol, àquilo que era a tradição, a constituição natural.

1. **O imaginário individualista – século XVIII**

Esquecida a sociedade, o que ficava era o individuo, solto, isolado, despido dos seus atributos sociais. Ao mesmo tempo que desapareciam do palco as pessoas concretas, ligadas essencialmente umas às outras por vínculos naturais, com elas, desapareciam os grupos e a sociedade.

Para se completar a revolução intelectual da teoria política moderna só faltava desligar a sociedade de qualquer realidade metafísica, laicizando a teoria social e libertando o indivíduo de quaisquer limitações transcendentes. Esta forma de ver a sociedade surge com as revoluções liberais.

Esta revolução levou a cabo um novo entendimento das relações entre o Criador e as criaturas. Laicizou-se a teoria social, desligou-se a ordem terrena da ordem divina, desligou-se o mundo terreno dos seus fins metafísicos, e colocou-se no seu centro o indivíduo, geral, igual, livre e sujeito a impulsos naturais. **A sociedade é de indivíduos e não já de estados.** O indivíduo é agora visto como um átomo de uma sociedade, (sociedade essa que é ignorada – fica o indivíduo solto, isolado, despido de atributos sociais).

Isto tem consequências centrais para a compreensão do poder. **A partir daqui, este não pode ser tido como fundado numa ordem objetiva das coisas; vai ser concebido como fundado na vontade.** Ou na vontade soberana de Deus, manifestada na Terra, pelo seu lugar-tenente; ou pela vontade dos homens que, levados ou pelos perigos e insegurança da sociedade natural, ou pelo desejo de maximizar a felicidade e o bem-estar, instituem, por um acordo de vontades, por um pacto, a sociedade civil (contratualismo). A vontade é a origem do direito.

Perante este voluntarismo cedem todas as limitações decorrentes de uma ordem superior à vontade (ordem natural ou sobrenatural). As relações de subordinação que daqui decorriam foram condenadas – exultou-se as relações contratuais, decorrentes da vontade dos terrenos.

O aprendiz já não se submete ao mestre; antes se torna operário e tem um contrato de trabalho com o seu patrão.

O paradigma individualista e voluntarista na conceção da sociedade e do poder desdobra-se em certas correntes típicas. Por um lado, no providencialismo, que concebe o poder como produto livre da vontade de Deus, exercida na terra pelas dinastias reinantes, que assim eram revestidas de uma dignidade quási-sagrada. Por outro lado, no contratualismo absolutista, que concebe o pacto social como transferindo definitivamente para os governantes, todos os poderes dos cidadãos. Esgotando-se os direitos naturais naqueles transferidos e não se conhecendo outra fonte válida de obrigações, o soberano ficava, então, livre de qualquer sujeição. Por fim, o contratualismo liberal, para o qual o conteúdo do contracto social estaria limitado pela natureza mesma dos seus objetivos pelo que, os direitos naturais permaneceriam eficazes mesmo depois de instaurada a sociedade civil.

A ideia de indivíduo surge no século XIV, século em que os franciscanos começam a especular sobre a existência de indivíduos, os nominalistas – escolástica franciscana de homens que “estavam a pisar o risco” ao proporem uma sociedade como um conjunto de indivíduos. Duns Scotto – 1266-1308; Guilherme d’Ockham – 1300-c.1350. Põem em dúvida se não é legítimo, na compreensão da sociedade, partir do indivíduo e não dos grupos.

São Tomás de Aquino - teologia tomista: *Teoria das causas segundas* – insiste na relativa autonomia e estabilidade da ordem da Criação – da causa segunda – em relação ao Criador – a causa primeira. Se Deus se move pelos seus impulsos e se estes são insondáveis, não resta outro remédio que não tentar compreender a ordem do mundo nas suas manifestações puramente externas, como se Deus não existisse, separando rigorosamente as verdades da fé daquilo que os homens podem ver ou inferir. Ou seja, foi Deus quem criou o mundo, mas também lhe deu fins próprios – as causas segundas, desligadas da causa primeira, de Deus -, a felicidade dos homens na Terra, por exemplo.

O individualismo inaugura a época do direito enquanto lei como sua fonte primordial – desencadeou um movimento frenético de codificação -, bem como o direito como produto da vontade. A Constituição e o direito tornam-se produto da vontade e do pacto, não podendo a sua legitimidade ser questionada em nome de algum critério normativo de mais alta hierarquia. Nasce o positivismo jurídico – todo o direito positivo é justo porque decorre das vontades dos homens, porque decorre direta ou indiretamente de pactos.

1. O Direito Comum

O Direito da Europa Ocidental entre os séculos XII e XVII é designado por Direito Comum por, precisamente, tender para a unidade:

1 - Tendência para a unidade dos vários ordenamentos jurídicos europeus, um direito tendencialmente único, provinda da reconstituição do Império (1º o Império de Carlos Magno, séc. IX, depois do sacro Império Romano-Germânico, séc. X - unidade política inspirada pelo Império Romano e pela unidade da Igreja.

2 - Unidade na formação intelectual dos juristas letrados que criaram o saber jurídico medieval, que eram os universitários com um pensamento intelectual comum – o uso da mesma língua técnica, o latim, que fornecia os textos de referência, os textos do Direito Romano ou o Direito Canónico, tendo sido estes o objecto comum até à segunda metade do século XVIII nas faculdades europeias, ou seja, estudava-se o mesmo direito, com a mesma língua e os mesmos métodos;

3 – Unifica as várias fontes de Direito (Direito romano, Direito canónico e direitos locais - próprios).

Contudo, importa ressalvar que a unidade não significa, neste contexto, homogeneidade, pois mesmo neste nível de alta cultura, a ideia de um direito comum compatibilizava-se com o reconhecimento de particularidades jurídicas regionais.

DIREITO COMUM – *JUS COMMUNE*

1. Direito Romano: Vigora em “Razão do Império”, em virtude da submissão política à autoridade universal do Imperador e por “imperativo da Razão”, em virtude da crença na sua racionalidade intrínseca, na sua consonância com a “ordem das coisas”, por uma aceitação voluntária da sua razoabilidade, potenciada pelos juristas das Escolas medievais (Glosadores e Comentadores).
2. Direito Canónico: Vigora em virtude da autoridade universal do Papa e porque tem como fonte primeira as Sagradas Escrituras.
3. Direitos Próprios: dos Reinos, das Cidades (estatutos), das Corporações, costumes locais, direitos senhoriais, privilégios pessoais, territoriais e corporativos, etc. Vigoram em virtude da lei *Omnes Populi (*Digesto, 1,1,1,9) – torna-se central para a forma de conceber as relações entre direito comum e direitos próprios: reconhece que os povos têm naturalmente a capacidade de estabelecer o seu direito próprio; em virtude da permissão (*permissio)* ou reconhecimento tácito (*tacitus consensus*) do Imperador, no Livro da Paz de Constança (1184); e em virtude da submissão política à autoridade dos reis (“O rei que não conhece superior é Imperador no seu Reino”, *rex superiorem non recognoscens in regno suo est imperator, Azo, séc. XII)*

Entre direito comum e direito canónico, o que existia era um ideal de concórdia: formavam um único ordenamento normativo mas com duas faces, uma temporal e a outra espiritual, resultando isso do especial parentesco que existia entre os dois poderes universais. Constituíam duas formas complementares de realizar a ordem querida por Deus.

Âmbito de aplicação:

* O direito romano vigorava como direito comum à Europa nas questões temporais;
* O direito canónico vigorava como direito comum à Europa nas questões espirituais (podendo intervir nas questões temporais quando a regulamentação temporal pusesse em causa a salvação (de acordo com o *critério de pecado*, elaborado por Bártolo de Sassoferrato no século XIII).

Âmbito de aplicação do direito próprio:

* Em virtude do princípio segundo o qual “o particular prefere ao geral” – critério da especialidade, os direitos próprios prevaleciam sobre o direito comum. Este tinha, face àqueles, o estatuto de direito subsidiário. Apesar disto, a capacidade normativa dos corpos políticos locais não podia ultrapassar o âmbito do seu autogoverno.

Podemos considerar o Direito Comum um sistema jurídico? Sim e não: eram, antes, várias ordens jurídicas (policentrismo jurídico). Uma espécie de subsistemas, com o seu espírito próprio, com proveniências diversas, com fontes de legitimidade diversas, prosseguindo fins diversos. Não existiam princípios axiomáticos, verdades primeiras: cada ordenamento constituía um ponto de vista normativo próprio. Havia abertura a outras ordens normativas: a teologia, a moral, o “senso comum”, os sentimentos…

A Tradição romanista

* Direito Romano Clássico, Direito Romano Vulgar, Direito Bizantino

A memória do direito de Roma terá sido o maior fator de unificação dos direitos europeus.

Na base de umas poucas leis – desde a arcaica Leis das XII Tábuas (meados do século V a.C.) até às leis votadas nos comícios no último período da República – e das ações (*legis actiones*, ações da lei) que elas concediam para garantir certas pretensões jurídicas, o **pretor**, magistrado encarregado de administrar a justiça nas causas civis desenvolvera um sistema mais completo e mais maleável de ações, baseado na averiguação de circunstâncias específicas de cada caso típico e na imaginação de um meio judicial de lhes dar uma solução adequada.

(Época arcaica – 753 a.C. a 130 a.C. – prima o costume; caráter sacral do direito; inderrogabilidade e formalismo dos instrumentos jurídicos; saber jurídico prudencial – natureza oracular do discurso jurídico, aprendizagem do direito pela prática junto dos peritos.)

Nesta tarefa de extensão e de afinação do arcaico direito dos cidadãos, *ius civile*, os pretores criam um direito próprio, o «direito dos pretores», *ius praetorium*. Numa fase inicial, socorrem-se dos seus poderes de magistrados, dando às partes ordens que modificavam as circunstâncias de facto e que por isso excluíam a aplicação de uma norma indesejável ou possibilitavam a aplicação de outra mais adequada à justiça material do caso. Mais tarde, a *Lex Aebutia de formulis* (149 a.C.) atribui ao pretor a possibilidade de criar ações não previstas na lei – *actiones praetoriae*. Cada ação consiste numa *formula* (espécie de programa de averiguação dos factos e da sua valorização jurídica). Passa a ser a fórmula elaborada para cada situação jurídica a ditar a solução para o caso, e não a lei. – jurisprudência dos pretores/jurisprudência pretoriana – pretores criam direito - autonomiza-se das leis e torna-se fonte imediata de direito. O direito ganha um carácter casuístico (averiguação muito fina da justiça de cada caso concreto). O momento da resolução dos casos é muito criativo, a lei não amara, de modo nenhum, a inventiva do magistrado, que fica bastante livre para imaginar soluções específicas para cada situação.

(Época clássica – 130 a.C. a 230 d.C. – ascensão e auge do direito pretório.)

(Época pós-clássica – 230 a 530 – oficialização – lei e critérios oficiais de valorização da doutrina; codificação.)

Desenvolve-se enorme produção literária de juristas, treinados na prática de aconselhar as partes e o próprio pretor. São técnicos na distinção entre o justo e o injusto, sabedores práticos do direito, produzindo uma miria de páginas de consultas e opiniões, de resolução de questões, de regras de direito de comentários ao édito do pretor, etc.

**DIREITO ROMANO CLÁSSICO**

**Fora de Roma, este direito letrado e oficial pouca aplicação teria.** Em algumas províncias de cultura mais específica, o direito local tinha particularidades muito importantes que **resistiam aos padrões do direito romano** clássico. Noutras, menos romanizadas (Germânia, etc…), o direito oficial de Roma mal chegava. Neste sentido, a *iurisprudentia* romana clássica contribuiu para a unificação dos direitos europeus até aos dias de hoje.

A crise do Império Romano e a queda do Império do Ocidente põem em crise este saber jurídico, cujo rigor exigia uma grande formação linguística, cultural e jurídica, e cujo casuísmo impedia uma produtividade massiva. O que progressivamente foi ganhando mais importância foram as leis imperiais. O direito burocratizou-se - técnica burocrática de aplicação de ordens do poder. Ganha em generalidade e automatismo aquilo que perde em fineza casuística e apuramento intelectual. O direito torna-se numa atividade menos exigente e mais simplificada, acessível aos leigos. O saber jurídico perde o rigor e a profundidade de análise, vulgariza-se. Forma-se um…

**DIREITO ROMANO VULGAR**

No Império Oriental devido às particularidades muito acentuadas do Direito Local e às influências da cultura grega, o Direito Romano Clássico deixou-se influenciar, “contaminar” pelas influências culturais helenísticas e pelas particularidades do direito local.. Muitos comentadores passaram a usar a língua grega mas o interesse pelas matérias jurídicas não se perdeu.

Prova disto é o facto de que, em meados do século VI, o imperador Justiniano empreende uma tarefa de recolha de textos jurídicos da tradição literária romana, desde as obras dos juristas romanos clássicos, que mandou reunir numa compilação a que chamou Digesto ou Pandectas, 533 d.C., até à legislação imperial dos seus antecessores, que foi recolhida no Código, 529 d.C. A sua obra de recolha foi completada por um manual de introdução, as Instituições, 530 d.C., e por uma compilação póstuma, as Novelas, 565 d.C.

É este conjunto de livros – a que, a partir do século XVI, se dá o nome de *Corpus Juris Civilis* – que vai constituir a memória medieval e moderna do direito romano.

(Nota: a codificação atual é distinta da romana – a atual é baseada no Código Napoleónico, um conjunto de normas com lógica; a romana reúne toda a legislação antiga.)

**DIREITO BIZANTINO**

* Os estudos romanísticos no quadro da formação dos juristas

O Direito Romano vai interessar-nos como uma experiência histórica, culturalmente localizada, principalmente, porque foi uma referência, sempre relida e reinterpretada na tradição jurídica.

O estudo do direito romano justifica-se com base no argumento da sua perfeição e da importância ainda no direito atual (elemento histórico de interpretação).

Relativamente à perfeição, os romanos tinham uma sensibilidade especial para o direito, criando conceitos e soluções jurídicas que ainda hoje são tidas em conta. Contudo, aquelas funções podem ser perigosas, segundo os pensadores defensores do carácter local, construído, cultural do Direito de cada época e consideram muito difícil encontrar valores e técnicas que tenham perdurado desde há muito tempo.

Esta corrente alerta para a aparente continuidade que esconde ruturas e para o sentido dos conceitos jurídicos que vai mudando ao longo dos tempos, apesar de aparentemente e na linguagem seja designado igual – é preciso ter muito cuidado ao utilizar o Direito romano para a interpretação do Direito atual; os argumentos históricos na interpretação jurídica são frágeis. É difícil encontrarmos valores, princípios ou técnicas jurídicas que tenham perpassado os séculos e a diversidade cultural. Exemplo: princípio da reciprocidade nas prestações (*do ut des* – dou para que dês), chave da atual ideia de justiça, não vigorou em sociedades em que se entendia que bom e justo era dar sem pedir nada em troca; conceitos fundamentais do direito atual como direito subjetivo, pessoa jurídica ou não retroatividade de leis não existiam noutras culturas jurídicas. Exemplo de conceitos como nome equivalente mas com significado diametralmente oposto: obrigação-*obligatio*, um estudo mais detido verificará as ruturas decisivas de conteúdo.

A utilidade do estudo do direito romano para a interpretação do direito atual também é problemática: é certo que é o responsável pelas instituições, conceitos, palavras que hoje utilizamos, mas ao longo dos séculos os textos romanos têm sido reinterpretados continuamente. E se não fossem estas sucessivas resignificações, o direito romano não poderia ter sobrevivido às enormes transformações culturais e sociais ocorridas. Só esquecendo o sentido originário das palavras romanas (exemplo: *obligatio* – atar em volta de) é que os textos de direito romano podem continuar a ser invocados (depois de uma depuração dos sentidos originais).

A própria deificação do pretor é algo insensata: não poderíamos hoje aceitar que um grupo de juristas pudesse dispusesse de uma quase total discricionariedade de conformação com o direito.

O interesse do Direito Romano nas Faculdades de Direito europeias deve-se, então, meramente, ao peso da tradição e das estruturas universitárias próprias que constitui um fator de continuidade. O interesse para nós é fundamentalmente histórico, e de uma história do direito crítica fazendo conhecer uma cultura jurídica diferente, que foi a romana, desligada do Direito atual, como sendo um sistema com conceitos e técnicas e uma lógica específica diferente da atual.

Equívocos:

* Supor que o direito romano constituía uma unidade jurídica homogénea, abrangendo todo o Império;
* Considerar que a unidade doutrinal da área jurídica euro-ocidental foi conferida pelo direito romano (foi-o, antes, pela sua sucessiva e continua reelaboração).
* Características do Direito Romano (e contraposição com o Direito atual):

1. Crença num direito imanente vs. conceção positivista-voluntarista do direito (direito como vontade);
2. Casuísmo: a justiça como a solução ajustada de um caso concreto. – Não é a partir da regra que se extrai o direito; mas a partir do direito que existe que se faz a regra» (D., 50, 17, 1). Vs. normativismo (justiça como critério geral e abstrato);
3. Carácter jurisprudencial ou doutrinal: o direito como criação dos juristas, a partir do seu saber-prático vs. caráter legal-formal, oficial;
4. Autonomia da autoridade dos juristas vs. dependência da autoridade dos juristas (o juiz como longa mão da lei, o jurista como aplicador da lei, o saber jurídico como técnica de aplicação da lei);
5. O direito como um saber prático vs. o direito como a expressão de uma vontade ou como um saber especulativo (ciência das leis – positivismo legalista – ou dos princípios gerais de direito – positivismo conceitual).

* A receção do direito romano

Com a restauração do Império do Ocidente – Carlos Magno em 800 d.C. -, surge a ideia de que o antigo Império Romano revivescera, sendo os seus atributos políticos, i.e. a universalidade do seu poder político, transferidos para os novos imperadores. O Império aparecia como uma criação providencial, destinada ao suporte político da Igreja, correspondendo a universalidade do Império à catolicidade da Igreja.

Os resíduos de direito romano sobreviventes e sobretudo os livros do *Corpus Juris* bizantino redescobertos no centro de Itália no século XII, são então tidos como direito do novos impérios do Ocidente, e o direito romano como o direito comum da Europa Ocidental que, grosso modo, correspondia quer ao antigo Império Romano do Ocidente, quer aos novos impérios medievais.

O território do Império não era um espaço juridicamente homogéneo. Nos jovens reinos medievais, nas cidades (sobretudo em Itália), nos senhorios e noutras corporações de base pessoal existiam e continuavam em pleno desenvolvimento direitos próprios, fundados em tradições jurídicas romano-vulgares, canónicas e germânicas. Assim, a pretensão de validade universal do direito comum do Império (então identificado ainda apenas com o direito romano) não podia deixar de originar tensões.

Com base num texto do Digesto – a «lei» omnes populi (D., 1, 1, 9), que se tornará central para a forma de reconhecer as relações entre direito comum e direitos próprios, acaba por se reconhecer que os povos têm, naturalmente, a capacidade de estabelecerem o seu próprio direito. – legitimam-se os corpos políticos infraimperiais.

Assim, a vigência do direito comum tem que se compatibilizar com a vigência de todas estas ordens jurídicas reais, municipais, corporativas ou mesmo familiares. Esta compatibilização não pode ocorrer senão por uma forma. Considerar que, no seu domínio particular de aplicação, os direitos próprios têm a primazia sobre o direito comum, ficando este a valer, não apenas como direito subsidiário, mas também como direito modelo, baseado nos valores mais permanentes e gerais da razão humana, dotado por isso de força expansiva, o que o tornava aplicável a todas as situações não previstas nos direitos particulares. Reduziam-se as soluções dos direitos locais (dispersas, desorganizadas) a uma ordem racional.

A partir do século XIII, primeiro em Itália e, depois um pouco por toda a parte, o direito romano passa a estar integrado no sistema de fontes de direito da maior parte dos reinos europeus, mesmo naqueles que não reconheciam a supremacia do imperador. E, apesar de o princípio ser o de que o direito comum só vigorava na falta de direito próprio, o facto é que os juristas formados nas universidades só estudavam os direitos romano e canónico (direitos cultos) e, assim, tendiam a preferi-los aos direitos locais.

A receção do direito romano nos direitos dos reinos europeus pode ser explicada a partir de várias circunstâncias.

Por um lado, de uma perspetiva social, diz-se que o direito romano acontece por este estar de acordo com as formas de vida económica em desenvolvimento na Europa de então (séculos XIII a XVI – desenvolvimento inicial da economia mercantil e monetária europeia). Este novo tipo de relações requeria um direito estável, único e individualista – características do direito romano.

Mas existem outras e, por ventura, mais fortes causas:

1. a restauração do Império ocidental, no século IX, gerara a ideia de que a unidade política e até religiosa do Império exigia a sua unidade jurídica. E esta não podia ser construída senão sobre o direito do Império por excelência, o Império Romano.
2. Por outro lado, onde a autoridade do direito romano não pudesse provir da autoridade do imperador, aquele continuava a impor-se em virtude da sua superior perfeição que lhe era atribuída. Com efeito, as fontes do direito romano eram muito mais completas e sofisticadas do que as dos direitos germânicos alto-medievais ou dos direitos locais. O direito romano respondia à generalidade das questões e, além disso, respondia-lhes de forma razoável e convincente. Devido a esta perfeição ou racionalidade, o direito romano podia valer não apenas em virtude da submissão política (em razão do império), mas também pela aceitação da sua razoabilidade (por imperativo da razão).

* O direito romano no direito português

O direito romano vigente na Península Ibérica, a partir do início da romanização (218 a. C.) era:

1. Para os cidadãos romanos, estabelecidos nas cidades romanas, o *jus civile*. Após o édito de Caracala que estendeu a cidadania a todos os habitantes do Império, passou a ter vigência generalizada;
2. Para os não-cidadãos, a maioria, os seus direitos, quase sempre costumeiros. Eram reconhecidos pelos romanos, nos termos de declarações unilaterais ou tratados de paz estabelecidos com as comunidades;
3. Para as relações entre romanos e não romanos – *jus gentium*, reconhecido como um direito comum a todas as nações.

Validade do Direito Romano

O direito romano é válido porque se acredita que é a razão escrita, mas também em virtude da autoridade do imperador - validade por império da razão e por razão do império.

O direito romano impunha-se por estas 2 vias: era a razão escrita, a razão que não estava na mente mas nos livros da tradição; e também porque se acreditava que o *corpus juris civilis* tinha sido escrito na mesma altura em que Cristo tinha evangelizado o território, e depois porque era imposto pelo imperador aos territórios, no seu exercício da autoridade.

Direito Romano como, simultaneamente, fator de unidade e de pluralismo no Direito Comum europeu

* Unidade:

- O direito romano foi um direito que vigorou em todo o espaço social da Europa, com a ideia de reconstituir o Império Romano com base na unidade da religião e do direito – estudava-se direito romano em todas as universidades europeias, na mesma língua, o latim, com os mesmos métodos, a glosa, os comentários.

- A comunidade jurídica estava também unificada em torno de um só texto - *corpus juris civilis*. Ideia de um direito geral, direito comum, direito natural, direito das gentes.

- O direito romano era direito subsidiário, e por isso funcionava como elemento de unidade – recorria-se ao direito romano quando não havia direito próprio para regular o caso, mas é precisamente o direito romano que abre espaço aos direitos próprios. O direito romano também cria uniformização entre os direitos particulares porque estes vão ser interpretados à luz do direito romano.

* Pluralismo:

- Por outro lado, as fontes do direito romano eram muitas e dispersas: lei, costume, jurisprudência, doutrina. O direito comum baseia-se nos princípios do direito romano, e por isso é também pluralista. Baseia-se na lei *omnes populi* - todos têm o direito a autorregular-se, o que legitimava os direitos próprios.

- Surge o princípio de que o particular prefere ao geral - uma norma particular, mesmo contrária à razão, se for útil, prefere ao geral (casuísmo - porque o que é o jurista? É aquele que sabe distinguir o justo do injusto, o bem do mal, no caso concreto... e não os que conhecem as regras do direito) - o que ajuda ao pluralismo.

A Tradição Canonística

(Pequeno resumo: O direito canónico é o direito da Igreja cristã. Desenvolve-se no Império Romano – para os Cristãos, o Império Romano tinha existido para os ajudar na expansão do cristianismo. Na Baixa Idade Média, emergiu a tendência para o Direito Canónico regular todas as esferas da vida; mais tarde, entendeu-se que os direitos temporais tinham de regular algumas dessas esferas, mas a fronteira entre o espiritual e o temporal era ténue. Exemplo: os contratos eram celebrados com juramento e isso estava ligado ao lado espiritual, embora fosse controverso tentar regular o Direito Comercial através do Direito Canónico. O Império Romano desmorona-se, mas a fé cristã ganha força: os povos outrora subjugados mantêm a fé cristã, e os novos imperadores vão achar-se imperadores romanos no que tange à questão da unificação sobre uma religião – a cristã.)

Numa fase inicial, ainda o cristianismo com um caráter clandestino (três primeiros séculos), era impossível a existência de aparelhos jurídicos e judiciários. A Igreja ocupava-se, então, da difusão da Palavra.

Com a aprovação da liberdade de culto pelo imperador Constantino, em 313 d.C., a jurisdição do Papa e dos bispos sobre os fiéis pode, agora, ser abertamente exercida, sendo fomentada pelo poder imperial, que atribui força de julgamento às decisões episcopais sobre os litígios que lhes tivessem sido voluntariamente sujeitos e reserva para a jurisdição eclesiástica o julgamento das infrações puramente religiosas. A partir do século V, o Império reconhece à Igreja o privilégio de foro, atribuindo-lhe uma jurisdição privativa sobre os clérigos. No século X, a Igreja arroga-se a jurisdição sobre todas as matérias relativas aos sacramentos, nomeadamente sobre o casamento.

Esta progressiva extensão do domínio jurídico-jurisdicional da Igreja foi ainda facilitada pela queda das estruturas políticas, jurídicas e jurisdicionais no Ocidente europeu consequente à queda do Império Romano do Ocidente (476 d.C.) e às invasões germânicas. Cada vez mais prestigiada culturalmente e cada vez mais forte e organizada no plano institucional, a Igreja tende a hegemonizar os mecanismos políticos e jurídicos, procurando impô-los aos reis e tutelando as organizações políticas periféricas (cidades e comunidades locais).

Esta expansão institucional da Igreja obriga-a a constituir um corpo normativo muito mais complexo do que o dos primeiros tempos, pois o conteúdo dos Livros Sagrados já não regula uma sociedade com problemas e cultura diferentes da sociedade hebraica dos tempos bíblicos ou mesmo da comunidade judaico-romano dos tempos de Cristo.

Uma das fontes desta nova regulação são os decretos dos concílios, ecuménicos, regionais, provinciais ou diocesanos, assembleias dos bispos de toda a cristandade ou de uma região, província ou diocese particulares, respetivamente. Em cada diocese, podem ainda ser promulgados constituições ou estatutos diocesanos, aprovados pelos sínodos (assembleia de eclesiásticos) locais.

Outra fonte do direito canónico é constituída pelas determinações papais. Embora inicialmente o poder normativo da Igreja estivesse atribuído aos órgãos coletivos que eram os concílios e o Papa apenas interviesse para esclarecer ou aplicar concretamente as normas conciliares, o papado foi, progressivamente, aumentando a sua capacidade de edição do direito, emitindo decretais ou constituições pontifícias. Este crescente poder legislativo dos Papas constitui, por sua vez, um modelo para os monarcas medievais e uma fonte de legitimação da sua reivindicação de inovar, por via legislativa, os ordenamentos jurídicos dos reinos.

No século XII, um monge professor de teologia em Bolonha, Graciano, elabora uma compilação que se iria impor a todas as anteriores e permanecer como um grande repositório de direito canónico praticamente até à atualidade, a *Concordantia discordantium canonum* (Concórdia dos cânones discordantes, c. 1140), mais conhecida por *Decretum Gratiani* (Decreto de Graciano).

Com o contínuo desenvolvimento da Igreja, o Decreto foi-se desatualizando, tornando necessárias compilações complementares. Em 1234 - *Decretales extra Decretum Gratiani vacantes* (Decretais que extravasam o Decreto de Graciano), divididas em cinco livros. Em 1298, Bonifácio VII completa-as com mais um livro, o chamado *Liber sextum* (ou *Sextum*). Clemente V acrescenta-lhes as *Clementinas* (1314). João XXII, as *Extravagantes de João XXII* (1324). E, nos finais do século XV, aparece ainda uma outra coleção oficial, as *Extravagantes comuns*. Ao conjunto destas coleções passou a chamar-se *Corpus juris canonici*, como referência ao *Corpus juris civilis* de Justiniano.

O direito canónico vigora:

1. em virtude da autoridade universal do Papa;
2. porque tem como fonte primeira a Sagrada Escritura;
3. como direito comum à Europa nas questões espirituais.

O direito canónico foi, durante a maior parte da Idade Média, o único direito escrito.

A principal fonte do direito canónico é a vontade de Deus tal como está revelada nos livros sagrados, especialmente na Sagrada Escritura. Este direito divino (*jus divinum*) é completado por atos de carácter legislativo (decretos e decretais) que emanam das autoridades constituídas da Igreja católica (concílios e papas) e pelo costume.

* O lugar do direito canónico no seio do direito comum

O direito canónico desempenhou, no direito comum, um papel menos importante do que o direito romano. Em todo o caso, a sua influência foi determinante em alguns pontos, que nem sempre se relacionavam com a religião ou com a fé. Na verdade, o direito canónico representava não apenas o direito da Igreja e das coisas sagradas, mas ainda um direito mais recente do que o direito romano, uma espécie de direito romano reelaborado e adaptado às condições da sociedade alto-medieval.

Assim, é notória a influência Canonística:

1. em matéria de relações pessoas entre os cônjuges;
2. na valorização da vontade no direito dos contractos;
3. na desformalização do direito sobre as coisas;
4. na valorização da sucessão testamentária e na desformalização do testamento;
5. na exigência da boa-fé para a prescrição;
6. na valorização das soluções de equidade contra as decisões de direito estrito;
7. em matéria processual, na promoção da composição amigável e da arbitragem;
8. em matéria processual penal, no estabelecimento do processo inquisitório, com uma maior preocupação da averiguação da verdade material.

* O direito canónico como limite de validade dos direitos temporais

A teoria canónica das fontes de direito proclamava a subordinação dos direitos humanos (secular e eclesiástico) ao direito divino, revelado pelas Escrituras ou pela Tradição. Estes direitos humanos eram considerados como dois modos complementares de realizar uma ordem querida por Deus.

Porém, o equilíbrio entre os dois direitos terrenos rompeu-se, com as grandes lutas que opuseram o Imperador e o Papa (séculos X a XII), o primeiro tentando estabelecer uma tutela sobre a Igreja, o segundo procurando salvaguardar o autogoverno eclesiástico. Com a supremacia do direito canónico que, pela sua origem e destino, estaria mais próximo do direito divino, o Papa Gregório VII estabelece, num conjunto de proposições normativas, o primado do Papa (da Igreja de Roma) sobre os bispos; a autonomia da Igreja e dos clérigos face aos poderes temporais; bem como, a sujeição destes à tutela de Roma.

A sujeição dos poderes temporais ao poder eclesiástico atribuía ao Papa o poder de depor os reis ou de libertar os súbditos do dever de lhes obedecerem.

Esta supremacia do direito canónico é posta em causa no século XIII, quando a teologia começa a insistir na ideia de que, na esfera temporal, se prosseguem fins próprios, que não têm a ver com a salvação *post mortem*, mas apenas com a boa ordem terrena.

Começa então a ser claro que a intervenção corretiva do direito canónico apenas deveria verificar-se quando a regulamentação temporal pusesse em causa aspetos decisivos da ordem sobrenatural – tal como a intervenção de Deus apenas tinha lugar quando o funcionamento da ordem da natureza comprometia o plano da salvação.

Na sequência disto, canonistas e civilistas procedem a uma elaboração mais cuidada da questão e, embora afirmando a independência mútua dos ordenamentos civil e canónico, reconhecem que, nos casos em que surgisse um conflito grave, a última palavra pertencia ao ordenamento da Igreja. Assim, o direito canónico apenas vigoraria, como padrão superior, nos casos em que a aplicação das fontes jurídicas terrenas resultasse pecado («critério do pecado», inicialmente formulado por Bártolo, um destacado jurista do século XIV).

Há uma divisão de esferas. Ambas são importantes, mas o critério do pecado atribui favor ao direito canónico. Este critério o que diz é que quando, na aplicação do direito civil a questões temporais resulta pecado, então, mesmo tratando-se de questões temporais, recorre-se ao direito canónico – isto é, quando temos pecado, o que põe em causa a salvação, recorre-se ao direito canónico (exemplos: usura, usocapião, prescrição, ...). Aplica-se direito canónico a questões temporais porque o mais importante é a salvação, não se pode permitir que os fins temporais ponham em causa os fins espirituais. Isto é o reflexo do primado dos fins espirituais da vida sobre os fins temporais (primado do direito canónico sobre os direitos temporais).

Conclusão: o direito canónico também se aplica aos fins temporais. Em que casos? Quando está em causa a salvação – o fim último dos homens.

Validade do Direito Canónico

O direito canónico era válido e legítimo por ter origem sagrada: as Escrituras e o Evangelho eram as principais fontes.

Era válido em todos os reinos na medida em que todos esses reinos eram cristãos. E, a partir do sec. II, III, temos a cristianização do direito romano, porque o imperador que manda codificar o direito romano era cristão (e os impérios eram cristãos).

Fontes de Direito em Portugal

Não propriamente fontes de direito, mas antes hierarquização dos ordenamentos jurídicos vigorantes:

1. Direito do Reino (Leis, Estilos, Costumes – não há hierarquia)
2. Direito Romano (Leis Imperiais)
3. Direito Canónico (Sagrados cânones)

Quando o caso não puder ser julgado segundo o Direito do Reino, se se tratar de matéria de pecado, sê-lo-á segundo o Direito Canónico; se assim não acontecer (se não for matéria de pecado) sê-lo-á segundo o Direito Romano = Direito Romano como direito subsidiário.

Não vigora todo o direito romano, só aquele que se funde na “boa razão”. Mas boa parte das ordenações do reino eram transposição do direito romano.

Se, ainda, a questão não puder ser resolvida por nenhum dos direitos, ter-se-á de recorrer às Glosas de Acursio, quando não reprovadas pela opinião comum dos Doutores; opinião de Bartolo; e a opinião comum dos Doutores que depois de Bartolo escreveram, se esta lhe for contrária.

Podemos aqui observar a origem jurídica europeia, mas nem de perto nem de longe podemos estabelecer analogias, ou afirmar que se relaciona com o atual sistema jurídico europeu. Desde logo, o direito europeu não é subsidiário (antes pelo contrário) como era o direito romano.

A competição entre o direito romano e o direito canónico

Há uma certa competição entre os dois, contribuem ambos para a concretização de fins diferentes, mas da harmonização dos dois resulta a ordem da sociedade.

Um é a face espiritual e o outro a face temporal, mas promovem uma mesma sociedade de forma completa: há conflito e luta pela conquista do maior espaço possível (um império, um direito, uma religião), mas há complementaridade porque ambos resultavam na concretização da ordem querida por Deus.

1. Pensamento jurídico jusnaturalista moderno

Correntes do jusnaturalismo moderno:

* Jusnaturalismo racionalista (jusracionalismo):

As leis naturais são uma pura construção da Razão humana (conjunto de regras auto-evidentes).

* Jusnaturalismo individualista:

Conteúdo do direito natural: os direitos naturais dos indivíduos;

* Jusnaturalismo objetivista:

As leis naturais são parte integrante de uma ordem objetiva..

O início da Época Moderna (depois da queda de Constantinopla - Império Romano do Oriente -, os Descobrimentos, o Renascimento e a Revolução Cientifica - portanto, séculos XV e XVI - marca uma nova etapa da cultura jurídica letrada na Europa Ocidental. É toda uma nova forma de olhar o direito. Passa-se a entender de outro modo o seu fundamento. A palavra chave é direito natural, tomado com um sentido muito inovador em relação ao que tinha na cultura medieval.

O novo jusnaturalismo corresponde ao desenho integral do projeto político e jurídico da Época Moderna. Começa a acreditar-se num direito igual, dirigido a indivíduos indiferenciados produzindo comandos gerais e abstratos – materializa-se na Revolução Francesa, quando se inicia a modernidade jurídica.

Um **novo jusnaturalismo** - existia o jusnaturalismo tradicional, da Época Medieval - o **jusracionalismo**, ou o **jusnaturalismo moderno**.

O que compõe o direito natural? Normas de natureza ética, valores jurídicos - justiça, direitos naturais dos indivíduos - direitos individuais.

Atenção: Época Moderna (inicia-se, *grosso modo*, no século XV) =/= Modernidade (inicia-se no século XVIII, Época Contemporânea, Revolução Francesa). Antigo Regime = Época moderna (séculos XV-XVIII).

* 1. Jusnaturalismo tradicional

Correntes do Jusnaturalismo tradicional:

* Jusnaturalismo da Escolástica Tomista
* Jusnaturalismo Estoico
* …

O direito natural é o direito que está de acordo com a natureza, já o defendiam os gregos - posição mantida pelos filósofos medievais, embora estes últimos atribuindo-lhe direções distintas. Vejamos:

São Tomás de Aquino, no seio do seu jusnaturalismo - da escolástica tomista - cria na existência de uma ordem natural necessária do mundo, um direito natural imanente, na natureza das coisas, tanto físicas como humanas, ideia, aliás, que já existia em filósofos gregos. Aquino juntou a esta visão a crença cristã, dizendo que Deus, a causa primeira de tudo, teria criado todas as coisas do mundo e, ao mesmo tempo, teria suscitado nelas a intuição para a ordem. E, aqui, a sociedade e os homens estariam integrados, de certo modo, na ordem e no destino da criação. Logo, a partir da observação do que está estabelecido nas sociedades humanas, seria possível perceber a natureza dos homens, tal como Deus os criou e integrou no plano da Criação. Esta era uma ideia de direito natural que podia ser percebida pela observação (não pelo acesso direto às ideias divinas) e por uma inteligência sã – a boa razão, por isso se dizia que esta tinha de ter um qualificativo moral, uma razão dirigida pela virtude. Isto fazia com que não fosse possível encontrar princípios estabelecidos de Justiça, devido à mobilidade essencial das coisas humanas provocada pela existência de liberdade no homem. Contudo, levanta-se-nos uma questão que parece importante: qual a razão que está certa? Há diferentes formas de usar a razão – usando-a, podemos chegar a conclusões diferentes - qual delas é a correta?... (Na modernidade, como veremos, vai crer-se que todos têm a mesma razão, e daí o surgimento da codificação como um conjunto científico, sistemático e coerente, coeso de normas). Era impossível, então, estabelecer uma ciência do direito com regras permanentes e universais, não existem princípios invariáveis – teria de se encontrar o justo a cada momento, o que tornava impraticável uma ciência do natural. Ainda assim, era possível formular alguns princípios absolutos, impostos pelas leis naturais, válidos para sempre: fazer o bem e evitar o mal, não matar pessoas, constituir família e educar os filhos, etc. etc…

**Jusnaturalismo da escolástica tomista:**

* O direito natural é imanente, está na criação, na ‘natureza das coisas’, querida por Deus;
* Algumas das regras que constituem o direito natural estão formuladas nas Sagradas Escrituras, outras ‘lêem-se’ na ordem da Criação;
* A descoberta da ordem natural das coisas não pode provir do acesso direto às ideias divinas, nem somente da especulação abstrata. Provém da observação dos factos e do resultado imperfeito dessa observação.
* Natureza incompleta do conhecimento do direito natural, ele muda porque a ordem do mundo também muda, por isso não pode ser codificado (no contexto medieval, escolástico, essa ideia não surge) porque nada é conhecido de forma evidente aos olhos dos homens. O direito natural está nas escrituras, na tradição.

Uma outra perspetiva de direito natural foi desenvolvida, na Idade Média, por Santo Agostinho: este baseou não tanto a sua doutrina na observação, mas antes na obediência ao que Deus tinha dito nas Escrituras ou ao que Deus comunicava aos crentes por meio da fé. Para o augustinianismo jurídico, o direito natural não era, então, o conjunto das normas que existiam embebidas nas relações sociais estabelecidas, mas sim as regras que Deus tinha estabelecido e ordenado aos crentes.

Para além destas duas perceções, temos também a que emana do direito romano: logo no inicio do Digesto, o jurista Ulpiano define o direito natural como o direito que “a natureza ensina a todos os animais, pois este direito não é especifico do género humano, mas comum a todos os animais”. Subdividia-se o direito natural em direito das gentes – direito natural aplicado exclusivamente aos Homens.

Predominava, aqui, a influência da doutrina estoica, induzida sobretudo por Cícero. Para os estoicos, existia em todos os seres um espírito criador de tudo, bem como um ímpeto que os levava a movimentar-se, a agir, de acordo com a natureza. No caso dos homens, este movimento era a vontade. Basicamente, o que os estoicos defendiam era a existência de uma lei natural, eterna e imutável, uma lei que pode ser encontrada por todos desde que sigam a vontade, ou seja, a razão que respeita os ímpetos naturais – a boa razão. Um direito natural composto por normas gerais, claras, certas para todos, pois a lei natural não está sujeita à contingência dos tempos e lugares.

São estes ideais estoicos que vão enformar o pensamento moderno acerca do direito natural. A partir do Renascimento, esta ideia de direito natural universal, regendo racionalmente o mundo, vai estar cada vez mais presente.

Uma das últimas versões destas ideias tradicionais sobre a relação entre a ordem natural do mundo e o direito provém de uma série de teólogos e juristas que ensinaram nas universidades ibéricas, sob o impacto da Contrarreforma: a chamada Escola Ibérica do Direito Natural.

A Escola Ibérica de Direito Natural desenvolveu-se sobretudo à volta das universidades hispânicas. Apesar de uma fidelidade fundamental a São Tomás de Aquino, esta escola integra uma boa parte da contribuição cultural e filosófica do humanismo (então no seu auge).

Aqui, o contributo específico da escolástica cifra-se no seguinte: laicização do direito. Levando às últimas consequências a teoria das «causas segundas», a natureza é de tal modo concebida como autorregulada, que se admite que tal regulação teria lugar mesmo se Deus não existisse. Tal como Deus nada pode contra 2 e 2 serem 4, nada poderia mudar as verdades da ciência do direito; Radicação do direito na razão individual. Retomando formas do jusnaturalismo estoico, defendem a ideia de que as leis naturais são explícitas para serem conhecidas pela razão humana. A razão individual é promovida a fonte de direito, a «primeiro código» onde estão inscritos os princípios jurídicos eternos; Logicização do direito. A crença na razão e nos mecanismos lógicos vai fazer com que se julgue possível encontrar o direito por via dedutiva.

A Escola Ibérica de Direito Natural teve enorme importância para o devir do pensamento jurídico europeu. O racionalismo, o contratualismo e outros ingredientes do direito moderno encontram aí os seus princípios. Daí a sua enorme influência em zonas tão distantes, geográfica e espiritualmente, como às áreas culturais do Norte da Europa onde vão desenvolver-se as orientações seguintes.

Com a Contrarreforma (meados do século XVI) e a consequente divisão religiosa da Europa, cresceu ainda mais a convicção de os sistemas jurídicos terem de se fundar em princípios evidentes, valores mais alargados do que a fé - princípios fundados na razão. É o trabalho que vão desenvolver os jusracionalistas a partir de meados do seculo XVII.

O jusracionalismo moderno beneficiou, depois, e sobremaneira, da Revolução Científica e do ambiente filosófico frenético do século XVII para formar a sua conceção de direito natural como algo evidente, universal e eterno. Podemos falar do idealismo cartesiano que, com o espirito do seu criador, René Descartes, profundamente atraído pela ideia de um saber evidente e universalmente válido, contagiou o saber jurídico. Nas disciplinas filosóficas, políticas, jurídicas éticas (etc...) reinava a mobilidade, a incerteza, as contradições. O que Descartes fez foi estabelecer para estas um método que lhes fornecesse bases tão sólidas como as da matemática. Isto é: para Descartes, a chave da compreensão do mundo não residia na observação da realidade empírica, mas antes numa pura reflexão racional, isolada, independente da observação do mundo exterior, de modo a encontrar princípios autoevidentes para fundamentar o conhecimento (remataremos mais tarde esta questão). Os juristas passaram, influenciados pelo filósofo francês, a pretender construir uma ordem justa para a sociedade humana, o que, tendo em conta os ensinamentos de Descartes, consistia no produto de uma reflexão racional, assente na evidência de que a sociedade era agora composta por indivíduos autónomos - é a “natureza do homem” ao invés da “natureza das coisas” e da vontade de Deus, de São Tomás e Santo Agostinho.

* **Contraposição do jusnaturalismo moderno ao jusnaturalismo da escolástica tomista**

Principais diferenças:

1. no jusnaturalismo tomista não se liga à razão, no jusnaturalismo moderno há a crença na capacidade humana de conhecer, mesmo desprezando os antecedentes tradicionais;
2. observação imperfeita dos factos em virtude dos limites da razão no jusnaturalismo tomista;
3. não há principios de justiça invariáveis no jusnaturalismo tomista (embora houvesse princípios absolutos) - A mobilidade das coisas humanas quase não permite encontrar princípios de justiça invariáveis;
4. não era possível estabelecer uma ciência do direito - é um desígnio da modernidade = codificação como conjunto científico, sistemático e permanente de normas;
5. desvio das coisas para o homem, decorrente do humanismo, do antropocentrismo, no jusnaturalismo moderno (exemplo: direito de propriedade legitimado - é natural ao homem querer apropriar-se das coisas;
6. no direito natural de S. Tomás não se fala nos indivíduos terem o direito à propriedade porque não havia razão lógica para as coisas serem mais de um do que de outro - propriedade sem ser direito individual).
7. O direito é descoberto de uma forma científica, racionalista (cartesianismo). O saber claro e certo obtém-se desde que cada um olhe para si próprio e utilize esse instrumento que é a razão. E, assim, não são as coisas que se impõem aos homens, mas sim o homem que impõe a sua imaginação às coisas.
8. A fonte do direito natural desloca-se para o indivíduo. A ordem jurídica deve tornar jurídicas (positivas) normas que se imponham racionalmente como direito natural. Novidade - possibilidade de codificar o direito. Normas mais concretas positivadas de uma forma ordenada e lógica - o direito passa a ser acessível a todos. Verdades universais válidas para todos os seres humanos porque todos são racionais (universalidade do direito). Direito natural anterior e superior ao direito positivo, o direito positivo deve proteger o direito natural.

**Correntes do jusnaturalismo moderno:**

⦁ Jusnaturalismo racionalista (jusracionalismo):

As leis naturais são uma pura construção da Razão humana (conjunto de regras auto-evidentes).

⦁ Jusnaturalismo individualista:

Conteúdo do direito natural: os direitos naturais dos indivíduos;

⦁ Jusnaturalismo objectivista:

As leis naturais são parte integrante de uma ordem objetiva.

* 1. Jusnaturalismo individualista

É por isto que muitos juristas preferirem, agora, ao direito positivo um direito natural que parta das ideias claras e distintas, que se baseie na evidencia racional dos primeiros princípios do direito, que progrida mediante a extensão destes através da dedução, que use, enfim, o poder da razão individual para descobrir as regras do justo, de um justo desligado da contingência, por ser racional, matemático, da natureza. É um direito natural – e todo o direito, no geral – racionalista: as leis naturais são pura construção da razão humana (e da vontade, como mais tarde se perceberá).

Este novo direito natural corresponde a um ideal de justiça superior aos comandos das leis positivas, desligado da fé - que, com a quebra da unidade religiosa da Europa, se viu não ser a mesma para todos, e, portanto, não pode constituir um fundamento comummente aceite para a ordem do mundo e da justiça. Um direito que possa valer para todos independentemente da identidade de crenças só pode ter como fonte um atributo comum a todos os homens - a razão. (Para este fenómeno concorre, também, o humanismo e o antropocentrismo próprios do renascimento). Laiciza-se, então, o pensamento social e jurídico. É todo um novo jusnaturalismo que irrompe, oposto do medieval por se emancipar da fundamentação religiosa. Sujeita-se Deus aos princípios racionais que lhe são anteriores: Deus, afinal, não pode tudo – a razão humana limita-o.

A propósito, com a modernidade jurídica e o jusnaturalismo individualista, passa a entender-se o direito positivo como criação do direito natural. O direito positivado não é decisão do poder político, antes uma concretização de determinada norma de direito natural. Dizer, por exemplo, que a norma que proíbe o homicídio deriva dos desígnios do poder político não é próprio do jusnaturalismo, mas sim do juspositivismo – que virá mais tarde na História. Com isto, o direito positivo pode ser injusto – quando se não limitar a decorrer do direito natural, que lhe é anterior e superior. Os mais radicais dizem que, se o direito positivo for contra o direito natural, os seus valores e as suas normas, não é direito.

A substituição da estrutura mental teológica por uma outra dominada pelo novo pensamento cientifico manifesta-se ainda na substituição de um modelo finalista por um modelo mecanicista da sociedade, isto é: o homem prescinde, agora, da dimensão sobrenatural, concentrando-se nas explicações puramente temporais, pelo que a sua natureza é agora encontrada não pela sua finalidade última – Deus e a salvação – mas pelas causas das suas ações – a sua vontade, a sua razão.

Esta questão entronca já com a visão individualista da sociedade, que ganha força e acaba por constituir um dos grandes pilares do jusracionalismo moderno – ver individualismo.

A ideia de indivíduo surge no século XIV, século em que os franciscanos iniciam a sua especulação sobre a existência de indivíduos, os nominalistas – escolástica franciscana de homens que “estavam a pisar o risco” ao proporem uma sociedade como um conjunto de indivíduos. Duns Scotto – 1266-1308; Guilherme d’Ockham – 1300-c.1350. Põem em dúvida se não é legítimo, na compreensão da sociedade, partir do indivíduo e não dos grupos.

A par, procedem a uma abordagem reducionista de problemas sobre a existência e natureza de entidades abstratas totalmente oposta ao platonismo e ao realismo. Platão defendia a ideia de que por de trás da nossa realidade material existe uma realidade abstrata, um “mundo das ideias”, onde vivem todas as ideias primordiais e eternas. Uma cadeira, por exemplo, pode mudar o seu formato (redonda, quadrada, 3 ou 4 pés), mas o conceito mental de cadeira será sempre o mesmo: um objeto para nos sentarmos.

O nominalista, por seu turno, abomina de todo a existência de entidades abstratas universais e procura mostrar que o discurso sobre entidades abstratas é analisável em termos do discurso sobre concretos particulares da experiência comum, daí questionarem-se onde estaria situado esse tal universo imaterial que contém as ideias. A realidade é conhecida através da informação percebida pelo conhecimento intuitivo, sendo daí possível fazer um raciocínio geral através do concreto.

Em síntese, uma das ideias fundamentais das teses de Ochkam e Scotto é que apenas existem os indivíduos – o que se liga com o individualismo. Isto aborda uma nova realidade na ontologia e no estudo da análise da realidade. Os conceitos gerais não são entidades universais com validade por si só, mas sim conceitos formados graças ao conhecimento intuitivo e deste generalizado, porque é a mente do ser humano que classifica e conhece a realidade, lugar esse onde se encontram os tais conceitos gerais, e não na “própria realidade”, na natureza.

Mas foi de facto com o cartesianismo e com o empirismo que a corrente jusnaturalista moderna se impulsionou, já que, cada um a seu modo, definiram a natureza do homem e dela fizeram derivar direitos individuais, inalteráveis e necessários, isto é, a visão moderna de direitos naturais (que faz “explodir” os direitos subjetivos).

Os cartesianistas vêm no homem um ser racional e livre, cuja vontade não se sente limitada, é livre de quaisquer limites, autodeterminada; a sua racionalidade, ou capacidade de pensar, é o que permite intuir a sua existência como sujeito pensante.

Existiam dois atributos evidentes dos indivíduos: a razão e vontade. A combinação de ambos permitia chegar a um terceiro atributo do indivíduo: a liberdade. O que é a liberdade? É a capacidade de dominar as paixões e de agir em função dos ditames da razão.

Ao indivíduo, assim concebido, não se podia deixar de reconhecer dois direitos, decorrentes da sua natureza:

1. o de usar livremente a razão (no campo teórico);

2. o de seguir a sua orientação (pautar a sua ação pelos princípios que lhe fossem ditados pela razão).

Esta sujeição da vontade à razão origina uma versão racionalista do homem e da sua liberdade.

Já para os empiristas, o Homem, mais do que um ser racional, é definido como um ser comandado pelos seus instintos. O livre curso destes instintos deveria ser assegurado pelo direito sendo que a sua satisfação consistia num direito natural.

O empirismo é um movimento filosófico que a defende que a origem de todas as ideias/conhecimento provém da experiência, ou seja, é uma consequência dos sentidos. Esta estabelece o valor, a origem e os limites do conhecimento.

A satisfação plena dos instintos podia criar conflitos com os outros homens, também livres. Assim, a satisfação sustentada dos apetites implicava um cálculo racional daquilo que mais convinha à criação de uma situação estável de felicidade. Obrigava a ter em conta, como princípio do direito, os desejos racionais. Razão e vontade equilibram-se – o que vai entroncar com o que defendem os cartesianistas.

O principal teórico do empirismo foi John Locke. Este advogava que a mente humana era uma “folha em branco onde, posteriormente, eram gravadas impressões externas”, uma tábua rasa. Daí a negação do conceito de ideias inatas de Descartes.

* 1. Os direitos subjetivos

Estamos hoje tão habituados, pelo menos na teoria do direito privado, a ouvir falar de direitos subjetivos, a equiparar o direito (na sua aceção subjetiva) a um poder de vontade garantido a certo sujeito, que nos custa a crer que tal noção tenha tido um começo.

O direito subjetivo é uma das tais figuras que nos parecem inevitáveis na dogmática jurídica. Porém, a noção de direito subjetivo nem sempre esteve presente na realidade jurídica. Foi sendo construída pouco a pouco, até atingir o seu auge com os jusracionalistas. Na conceção jusracionalista, os direitos subjetivos são:

* Os direitos atribuídos pela natureza a cada homem para dar livre curso aos seus impulsos racionais.
* Estão ligados à personalidade, à sua defesa, à sua conservação, ao seu desenvolvimento;

Pensava-se, ainda, que estes direitos (denominados “naturais”, ou “inatos”, “da personalidade”) não podiam desenvolver-se plenamente no estado de natureza, pois o livre desenvolvimento dos direitos de um chocaria com idêntico desenvolvimento dos direitos do outro. Por isso, o “estado de natureza”, correspondente à livre agregação dos homens, era um estado de guerra (Th. Hobbes) ou, pelo menos, de insuficiente garantia das faculdades individuais (J. Locke).

De facto, o alcance do contrato social é a redução dos direitos inatos a fim de tornar possível a convivência. Porquê? Constituída a sociedade civil através do contrato social, tais faculdades ficariam restringidas – em graus diversos, segundo os autores –,

mas os sujeitos ganhariam uma proteção pública, envolvendo, se necessário, o uso da força.

Com efeito, a premissa básica do jusnaturalismo individualista era a existência de um direito inato de cada homem ao desenvolvimento da sua personalidade (racional ou instintiva). O contrato social pretendia garantir esse direito na vida social (direito inato de cada Homem ao desenvolvimento da sua personalidade), criando uma entidade (o Estado) que assegurasse a cada um a satisfação dos seus direitos de forma a que essa satisfação não prejudicasse os direitos dos outros.

Assim, se pelo contrato social se criava o direito objetivo, não se criavam direitos subjetivos. Porque?

* Porque estes existiam antes da própria ordem jurídica objetiva, sendo o seu fundamento e a sua razão de ser.
* A origem da sua legitimidade está no caráter naturalmente justo do poder de vontade através do qual o homem desdobra a sua personalidade.

São de tal natureza:

* o direito do credor de exigir a prestação do devedor e de executar o seu património no caso de incumprimento;
* o direito do proprietário de usar e abusar da sua propriedade com total exclusão de terceiros;
* o direito de exigir do outro cônjuge, quer abstenções (p. ex. o direito à fidelidade conjugal), quer ações (p. ex. o chamado “débito conjugal” e o amparo económico);
* o direito dos filhos a “alimentos”;
* etc.

Em conclusão, os direitos subjetivos, em consonância com a nova forma de olhar o indivíduo e de encarar o direito natural, são definidos como os “poderes de vontade garantidos pelo direito” e estão na base de todo o direito civil.

Todos estes (e outros) direitos subjetivos corresponderiam à expressão de uma vontade. Não haveria, mesmo, efeitos de direito senão os provocados pela manifestação de uma vontade. O que se relaciona com outra grande “componente” do jusnaturalismo individualista:

* 1. Voluntarismo

O voluntarismo é a doutrina que postula que o direito tem a sua fonte não numa ordem objetiva, não em direitos naturais, não numa lógica jurídica objetiva, mas no poder da vontade. Apareceu com S. Agostinho, que falava da vontade – primeiramente – divina, e foi recuperado pelo nominalismo (teorias franciscanas), que já vimos, com Duns Scotto e Guilherme d’Ockham – foram estes que retomaram a tradição voluntarista do direito, depois de submergida durante séculos pelas posições jurídicas de S. Tomás. Agora desfeita a ideia de ordem natural, do justo inerente à condição humana de Aquino e Aristóteles, o direito tinha de se basear na vontade dos homens ou de Deus – defendiam os nominalistas. Para Scotto, o Direito funda-se na vontade do homem e, assim, diz se que “funda a lei positiva na convenção de membros da coletividade”. Já Ockham considera o “Direito natural o resultado duma regra jurídica positiva”.

Para fortificar a sua tese, os autores voluntaristas recorreram ao estado de natureza onde diziam ser a liberdade e a autodeterminação, que decorrem do poder da vontade, os traços mais característicos da natureza do homem e o contrato o fundamento da sociedade – também ele um fenómeno que deriva da vontade. Portanto, todo aquele método racionalista desvendado por Descartes acabou por desembocar num modelo voluntarista da ordem social, tendo em conta o pensamento anterior dos nominalistas. De que maneira? A vontade e a razão no estado de natureza, acreditava-se, não entravam em contradição (já o analisámos, a propósito dos cartesianistas e dos empiristas): a razão era como um guia da vontade - os homens conheciam as leis naturais, sendo capazes de dominar os seus instintos e querer apenas o que era racional; era como um instrumento da vontade - a razão apenas indicava os meios mais adequados de satisfazer à vontade, não havendo razão superior à vontade.

No que toca à sociedade política, a sua fundamentação na vontade é ainda mais clara, tendo em conta o contrato social que a fundou, um ato voluntário dos homens, cujo conteúdo derivou, precisamente, da sua vontade. Perspetiva liberal, de Locke: a razão natural e a vontade não se extinguem com o pacto social, permanecendo a ser fonte do direito, o Estado não era se não um representante da vontade dos indivíduos, sob o lema *quod omnes tangit, ab omnibus approbari debet* – aquilo que toca a todos deve ser aprovado por todos.

Temos, depois, a perspetiva anti-liberal (absolutistas, jacobinos – Hobbes e Rousseau), que vai em sentido contrário - subordinação da vontade à razão: o pacto social dá origem a um corpo político absoluto e racional, que pode impor a sua racionalidade à vontade individual. A vontade geral é nova (o que não acontece para os liberais – é apenas a soma das vontades previamente existentes) e para além disso soberana, absoluta e ilimitada.

Contudo, com o jusracionalismo moderno, o voluntarismo acaba por sair reforçado: a razão é eminentemente um meio para fazer valer a vontade dos homens (assim é, por exemplo, no ato da legislação – a razão baliza as vontades dos indivíduos no momento da feitura das leis).

4.5 O cientismo no direito

Um dos motivos condutores do pensamento jusracionalistas é a ideia de que o direito é uma disciplina rigorosa, científica, submetida a regras de valor necessário e objetivo, na qual há, portanto, verdade e falsidade e não apenas opiniões.

A fonte filosófica deste «cientismo», desta aproximação do direito em relação às ciências da natureza, está nessa tendência dos estoicos para submeter o mundo humano às leis cósmicas.

Os juristas, que de há muito tinham em projeto realizar um modelo de direito que correspondesse à necessidade social de certeza e segurança, consideraram imprescindível a redução do direito a poucos princípios, necessários e imutáveis, considerando-os como verdadeiros axiomas da ciência do direito, a partir dos quais se pudessem extrair as restantes regras da convivência humana – por demonstração lógica, método próprio da ciência.

Este processo de cientificização do direito deparou com o ceticismo de alguns, mas, com o advento do otimismo cartesiano, ficou basicamente estabelecido no pensamento jurídico – tal como nas restantes disciplinas filosóficas e morais.

Em princípio, parece existir aqui uma oposição: entre voluntarismo e cientismo (a mesma que existe entre vontade e razão). É o direito um produto livre da vontade e a sua definição nada tem a ver com uma ordem natural?; ou existem princípios jurídicos cientificamente, naturalmente ou racionalmente válidos, e então não se descortina a legitimidade da vontade para os ignorar ou substituir)?

Como já vimos, para algumas correntes, o problema não se pôs, dado terem conciliado as duas partes – “racionalidade da vontade”: o direito é o produto de um ato livre da vontade dos sujeitos, ou do poder, mas só a vontade reta, racional, tem a virtude de criar verdadeiro direito. Desaparece, então, a antinomia entre vontade e razão, porquanto a primeira se subordina à segunda, contribuindo para uma ordem tanto voluntária como racional e natural.

4.6 O jusnaturalismo objetivista

Todavia, houve quem “resolvesse o problema” de forma diferente: deslocando o fundamento do direito natural ainda mais para o lado da razão, mas de uma razão objetiva, radicada não nos indivíduos, mas na ordem cósmica ou na da convivência humana.

É enfraquecida a ideia de que o direito natural é interior, que tem a ver com a natureza humana. O direito rege-se, antes, pela razão de ser do mundo externo, e não pela razão interna do homem - fatores externos, observação externa. Nao é só a razão que vigora, o direito pode ser contrário à razão pelas condicionantes exteriores, objetivas - admite-se a escravatura, no caso pelas necessidades que advêm do clima (daí não serem concretizados direitos naturais porque envolveria contradição). O direito já não é o que Deus quer, mas sim derivante de condicionantes objetivas - climáticas, históricas, políticas. A razão não pode tudo - o homem não pode organizar a sociedade à luz da sua razão, há fatores objetivos que condicionam o direito.

É isto que sucede no fim do século XVIII, com autores como Montesquieu, Leibniz e Bentham. Destaca-se Jeremy Bentham - o direito justo é aquele que organiza a sociedade de modo a garantir o máximo de felicidade para o maior número.

Montesquieu (1689-1755) revaloriza o conceito de «natureza das coisas», invocando como fundamento do direito objetivo, não a natureza do homem ou a vontade de Deus ou do Príncipe, mas a «necessidade natural», as consequências normativas das relações naturais e necessárias que se estabelecem entre os homens unidos numa associação política.

O que é certo que, esta teoria – muito embora ainda não favorecendo muito a construção de princípios fixos por ser eminentemente histórico-sociológica e relativista - desistindo de radicar o direito na vontade ou inteligência individuais, marca um sinal de reação contra o subjetivismo, o voluntarismo e o contratualismo, presentes nas doutrinas anteriores.

A mesma tendência de objetivação do direito natural é encontrada em Gottfried Wilhelm Leibniz (1646-1716) que concebe um direito natural emanado na razão divina, que se imporia, tanto ao próprio arbítrio de Deus, como a qualquer estatuição voluntária, a qualquer imposição positiva do Estado. Tal direito natural seria averiguável exclusivamente pela reflexão e contrapor-se-ia ao direito positivo, emanado do soberano, em virtude dos poderes tradicionais ou constitucionais de que está revestido. As leis positivas podem ser injustas, sinal de que o direito se liberta do império da vontade, havendo normas objetivamente validas.

A ideia de que era possível construir, por operações de cálculo, uma ciência do direito e do poder está presente em outros autores. Jean Jacques Rousseau (1712-1778) constrói a sua teoria política sobre a base da possibilidade de uma ciência certa do poder. Ao discutir as formas de governo, esse ideal de certeza e de verdade faz com que conceba uma ciência rigorosa das formas políticas, as quais escapariam, por isso, ao arbítrio dos cidadãos.

Mas a ideia de objetivação do direito natural foi mais longe com Jeremy Bentham (1748-1832) que, partindo da máxima utilitarista de que o direito justo é o que organiza a sociedade de modo a obter o máximo de bem-estar para o maior número, concebeu o direito como produto de um cálculo rigoroso (*felicific calculus*). A legislação torna-se uma ciência próxima das ciências físicas. Bentham define o princípio da utilidade geral como sendo o fundamento da ciência do direito.

Nota: São Tomás também usa critérios de utilidade - admite a usura (era um mal menor, contraria a ordem das coisas, a função do dinheiro, mas... apesar de dizer que é má, não é utilitarista, não há pecado, nem STA diz que a usura é justa, é injusta, mas útil). Já Bentham faz derivar a justiça do princípio da utilidade - tudo o que é útil e justo.

4.7 A ideia de codificação

Necessidade de fixar o direito em vigor ou renová-lo globalmente. O jusnaturalismo objetivista desenvolve as tendências codificadoras e as conceções dos autores referidos são nesta matéria semelhantes. Os códigos modernos aparecem no fim do séc. XVIII e caracterizam-se por serem sistemáticos, ou seja com uma ordem interna (que nos parece) intrínseca; perenes/permanentes porque estão libertos de contingências temporais de vontade e traduzem de forma sintética, sistemática e cientifica o “Direito natural”; universais porque o “direito natural” não se cinge a épocas, é imutável e garante “paz perpétua”.

A forma sistemática e científica está ligada aos pressupostos filosóficos jusracionalistas: existência de uma ordem jurídica anterior à legislação civil, à luz da qual esta devia ser cientificamente reformada. Os códigos seriam, assim, um repositório não do direito voluntário, sujeito às contingências e mudanças da vontade humana, mas do direito natural, imutável, universal.

Papel de destaque de Bentham na codificação moderna: “o código devia formar um sistema fechado (e completo) de normas, logicamente concatenado, justificável segundo o princípio científico da utilidade – Código Universal (Direito do cidadão no mundo). Ademais, J. Bentham tentou codificar o direito inglês, mas sem sucesso…

Primeiros projetos modernos de codificação:

1. Código criminal da Toscana, 1786
2. Código da Prússia, 1794
3. Código civil da França, 1804
4. Código da Áustria, 1811

O *Code Civil* influenciou grandemente o Sul da Europa, a América Latina (na América do Norte, o Louisiana), ao nível das codificações que aqui surgirão na segunda metade do século XIX, mas, também, antes, como fonte doutrinal e até como direito subsidiário.

* 1. Direito racionalista – elementos de rutura e legados para o futuro

O carácter universalista do Direito veio já da fase do Direito comum. Ainda que o jusracionalismo tenha marcado uma nova fase não podemos menosprezar alguns elementos de continuidade.

O cosmopolitismo do Direito – que advém dos códigos, perenes, uma regulamentação jurídica que não depende dos climas ou das latitudes (de que são exemplos a exportação do Código Civil francês e dos códigos civis alemão, italiano e suíço para a China ou a Turquia - só é atenuado com o romantismo e o seu surto nacionalista.

Herança do jusracionalismo: ideias que ficaram sendo consideradas como aquisições da cultura jurídica do Ocidente – a igualdade de direitos e deveres, que decorre de os indivíduos serem considerados abstrata e genericamente, equivalente entre si (imaginário individualista da sociedade); a ideia de que os indivíduos são iguais perante a lei, sendo, por isso, irrelevante a sua religião, a sua etnia, o seu género, a sua riqueza, o seu nível educativo.

* 1. Reforma da prática jurídica

Sul da Europa – a vida forense conhecia uma grande desorganização e insegurança: excesso de dissensões doutrinais; complexidade e morosidade dos trâmites processuais; complicada organização dos tribunais, inerente à pluralidade jurisdicional do Antigo Regime.

Alguns juristas do século XVIII propõem uma profunda reforma judiciária que ponha termo a este “despotismo” (Condorcet), com o fim de colocar exclusivamente na mão do legislador a tarefa de interpretar a lei obscura. Em França, a restrição do poder dos juízes foi levada a cabo no período revolucionário (introdução dos júri nos julgamentos penais, obrigatoriedade de motivar a sentença, etc…).

Também a doutrina convinha que fosse reformada, estabelecendo-a sobre princípios gerais, suscetíveis de serem identificados por todos e aplicados com regularidade.

* + 1. Reforma da prática jurídica em Portugal

A Lei da Boa Razão vai reformular, no sentido da modernização, o direito português, no âmbito da modernidade jurídica.

Iniciou ainda no século XVIII, com a Lei da Boa Razão (18/08/1769) e com a reforma do ensino jurídico na Universidade de Coimbra.

Todo o sistema de fontes foi revisto, no sentido de tornar o direito mais certo – proscrição do direito doutrinal e jurisprudencial que constituía a espinha dorsal do direito comum.

* O direito canónico perde a vigência nos tribunais comuns
* Bane-se a autoridade de Acúrsio, de Bártolo e da *opinio communis doctorum*
* Mantém-se a autoridade subsidiária do direito romano, mas apenas quando fosse conforme à Boa Razão (aos princípios jurídico-políticos recebidos nas nações “polidas e civilizadas”
* Restringe-se a faculdade de fixar jurisprudência aos assentos da Casa da Suplicação
* Nega-se força vinculativa aos estilos de julgar dos tribunais
* Estabelecem-se condições muito rigorosas de validade para os costumes

Por tudo isto, institui-se o monopólio da lei do Estado como revelação do direito, apenas temperado pela possibilidade de invocação dos princípios de direito natural dos nos Estados iluministas (as nações “polidas e civilizadas”).

Os *Estatutos da Universidade*, de 1772, reformam o ensino do direito no mesmo sentido, restringindo o estudo do direito romano àquele que tinha tido um “uso moderno” nas nações cristãs e civilizadas da Europa. Envolveu-se todo o ensino jurídico no ideário jusracionalistas, bem como numa orientação pedagógica textualista – muito mais voltada para o estudo do direito contido nas fontes do que para o das opiniões e comentários.

Consequências destas reformas: muito profundas, marcando decisivamente os juristas. Depois da década de 70 do século XVIII, nada fica como estava: inaugura-se, verdadeiramente, uma nova época da história do direito em Portugal.

O Direito na Época Contemporânea

Positivismo

O que é o direito positivo? Para o positivismo legalista é o que está na lei (lei em sentido estrito) - princípio democrático, a lei exprime a vontade do povo.

Mas o positivismo não é necessariamente a lei, ou o direito legislado, ou a vontade - esse é o legalista. A ideia comum e principal do positivismo é que o único direito é o direito posto, o direito que está, que vigora - independente de algo anterior e exterior. E, para uns, o direito posto, que está, é a lei (legalistas), mas outras escolas dizem que não - está nos costumes, ou na jurisprudência (positivismo histórico); positivismo conceitualista - o direito positivo são os conceitos; positivismo sociológico - as causas do direito são sociais, conjunto de costumes, jurisprudência, etc.

* **Positivismo Legalista**

O que vale é o direito positivo, o direito que está, o que vigora. O justo e o injusto, o bem e o mal são ditados pelas normas que vigoram, mesmo que venha alguém dizer que são contrários à razão.

O positivismo legalista vai cortar com o jusnaturalismo - diz que os princípios de direito natural já estão positivados na lei. A vontade que deu origem à lei, do povo, é racional. Se a lei resulta da vontade democrática do povo, e dá origem ao direito positivo, então não podemos admitir que venha alguém dizer que a lei está errada/contrária ao direito natural.

Deixar aberta a porta do direito natural é abrir a possibilidade de criticar o direito que está a ser feito nas assembleias legislativas revolucionárias.

Luta entre políticos e juristas. Quem é que diz o direito?

Desenvolveu-se após a Revolução Francesa. A lei é o único direito que existe porque incorpora os valores do direito natural, mas principalmente (se não incorporasse seria na mesma o único direito) porque tem legitimidade democrática. A legitimidade não decorre da conformidade com a razão, mas sim da conformidade com a vontade do povo. A lei é a fonte através da qual o povo se expressa.

O juiz apenas interpreta a lei tendo em conta o elemento literal, se houver dúvidas regressa-se ao órgão legislativo. A integração de lacunas faz-se tendo em conta a vontade do legislador histórico. A doutrina é subserviente.

Os direitos individuais têm validade conquanto estejam positivados na lei, valem porque a lei os concretizou - porque não há direito nenhum anterior à lei. E, assim, se a lei limitar algum direito, isso é válido porque não está condicionada a nenhuma imposição anterior.

Portanto, o positivismo legalista da revolução francesa não nega os valores do jusnaturalismo moderno, mas diz que não valem por si. Quem diz o direito é o povo, através da lei, e o direito que vale é o posto pela lei.

Princípios que a revolução francesa vem consagrar:

- liberalismo jurídico (autonomia da vontade - liberdade contratual; liberdades - de trabalho, de circulação, de comércio, de expressão, de associação, ...; propriedade; igualdade perante a lei (a questão da herança (não se pode deserdar um herdeiro legítimo), igualdade de acesso aos cargos públicos, ...).

Tudo isto princípios que surgiram nas primeiras codificações do direito. Essa codificação dos princípios jurídicos do liberalismo visa combater as ameaças: da razão anterior que pairasse e os pudesse contrariar; do absolutismo dos legisladores, a própria vontade do povo que podia constituir uma ameaça aos valores da revolução - cristalizam-se as "conquistas da revolução".

Portanto, a codificação é, ao mesmo tempo, um instrumento democrático - favorece o conhecimento do direito por todos - e de desmocratização - perde fulgor o poder legislativo do povo para alterar as leis a cada momento

O positivismo legalista não descarta o jusracionalismo: a lei é valida porque decorre da vontade do povo, e o povo é racional.

* **Positivismo Histórico/Escola Histórica Alemã**

Desenvolve-se na Alemanha, século XIX. Advoga que o positivismo, o direito positivo não é a lei, mas sim o direito histórico, um determinado processo histórico de um determinado povo. Está ligado ao romantismo, na questão do nacionalismo.

Atacam a revolução francesa por ser anti-histórica. Nega-se quase tudo o que dizem os franceses, a escola da exegese do positivismo legalista.

Adotam um discurso sobre a especificidade das nações: há países com tradições jurídicas diferentes e isso não pode ser posto de lado.

A Alemanha tem um direito histórico que os juristas têm de conhecer e tornar aplicável. Não é o direito das assembleias e do povo mas é o direito que vem da história que vigora.

Fundador: Friedrich Carl von Savigny, com influência de Montesquieu e do jusnaturalismo objetivista. Principal discípulo de Savigny: Puchta.

Não se deixa de dizer que o direito tem origem na vontade do povo - só que o povo de que agora se fala é diferente do da revolução francesa, e do do positivismo legalista. França tinha um povo unificado politicamente, com a mesma história, etc... - havia coincidência entre o povo que vota e o povo que está representado. Ao contrário, a Alemanha não estava politicamente unificada, era constituída por muitos povos e, por isso, não se podia dizer que havia uma assembleia representativa do povo alemão, uma assembleia comum que representasse todos os alemães (havia a ideia de nação, mas não havia uma assembleia que exprimisse essa unidade). Por isso, como é que o direito posto das leis (o que sai das assembleias) pode representar todo o povo alemão?

O direito tinha origem na vontade do povo, mas esse direito era, então, o tradicional - o direito que vigora nos tribunais (jurisprudência), na doutrina jurídica, nos costumes do povo.

Portanto, continuam a ser positivistas - não há direito natural - mas de maneira diferente: positivo é o direito que emana do espírito do povo. O direito dos alemães é aquele que foram historicamente adotando e que reflete a alma alemã, e não a lei votada no Parlamento, isso é uma coisa fugidia, momentânea, não tendo o caráter permanente e fortificado que subjaz à História.

A juntar a isto, a noção de povo da Escola Histórica Alemã é muito mais substancial, transindividual - povo são os que foram, os que são e os que hão de vir; enquanto que em França, povo são os que votam, os que estão representados num determinado momento.

***"Os mortos mandam nos vivos"***, como escreve o professor Hespanha.

Isto instiga um certo mistério na origem do direito - não se vê o direito a ser "feito", como temos em França.

Não deixa de ser uma escola antirracionalista, a Escola Histórica Alemã, na medida em que considera que o direito não tem origem na razão, mas na História.

A fonte de direito mais importante é o costume. Mas há outras fontes a consdierar: direito tradicionalmente aplicado nos tribunais alemães; ditados populares e provérbios - que encerram em si convicções morais e jurídicas do povo alemão.

Esta escola vem revalorizar a doutrina e os juristas (direito dos professores) enquanto especialistas capazes de interpretar o ordenamento jurídico, o direito que brota da alma do povo - nova forma de desmocratização. A doutrina é muito importante - vai olhar para as expressões do direito alemão e descrevê-lo de forma sistemática, encontrar nele princípios comuns. E, aqui, temos uma forte influencia cientifista:

Ideia de cientismo - cria-se um sistema. O direito é sistemático porque tem origem num todo orgânico que é o povo. E, sendo o direito uma ciência, desliga-se da política, neutro relativamente a esta matéria, à vontade politica.

O direito é uma ciência, como a biologia, como a física, etc... porque resulta da observação de coisas positivas.

Apesar do cientismo, a ideia de código fica inviabilizada, porque não há nem pode haver um direito universal, válido para todas as nações (nacionalismo).

O direito romano é muito importante na escola alemã - fazia parte do direito tradicional, sempre no Sacro Império tinha vigorado o direito romano.

Séc. XVI - *usus modernus pandectarum* (uso moderno das Pandectas, Digesto) => vale o direito romano que ao longo da História tenha sido aplicado nos tribunais. Esta escola é importante para a Escola Histórica do direito porque o direito romano é parte fulcral do direito histórico alemão. É, por aqui, então valorizada a jurisprudência alemã que tinha sido aplicada nos tribunais no tempo do Sacro Império.

A Escola Histórica Alemã acabou por ser acusada de ser excessivamente formalista - direito neutro à moral, à política, à ética, à religião. Legitimou-se um ordenamento jurídico tendo em conta exclusivamente a ciência. Isola-se, assim, o direito da moral, da política, da ética, da religião, etc... Exemplo: uma menina criada por pais não biológicos, mas também não adotivos. Entretanto, os pais biológicos aparecem. Ora, temos em jogo a figura do pai biológico, do pai adotivo, e a do raptor. Os pais não eram biológicos nem adotivos, portanto eram raptores! Numa análise excessivamente formalista, puramente conceitualista, era esta a solução. Não há espaço para tecer observações de natureza ética ou moral. O sistema jurídico só vê aquilo que é juridicamente relevante em cada caso.

* **Positivismo Conceitualista**

O direito são os conceitos formulados pelos professores - direito dos professores. Esta corrente decorre do positivismo histórico.

São os conceitos o direito positivo e não a jurisprudência ou o costume. A doutrina ganha ainda mais importância, porquanto foi esta fonte que revelou os conceitos jurídicos que vigoram.

Quais eram os valores? Os do liberalismo - princípio da autonomia da vontade; a liberdade contratual, o direito não pode impor limites à vontade naquilo que se quer contratar; a propriedade; abolição dos privilégios e das desigualdades jurídicas; etc... (princípios do liberalismo).

Ora, o resultado não vai ser muito diferente em França ou na Alemanha - temos os mesmos princípios, os do liberalismo jurídico, como meta, apenas vão ser legitimados de formas distintas. Aqui, diz-se que o direito tradicional alemão, a cultura alemã, em virtude do estudo científico que foi feito, sempre obedeceu aos valores do liberalismo; não derivaram da vontade do povo na Revolução.

Não interessa o impacto do direito na realidade social. O direito é um campo fechado, e tudo o que se passa fora não é preocupação do jurista. Logo, uma vez aplicados estes conceitos sai a solução. Depois, o impacto que a solução tivesse noutro domínio da sociedade, já não dizia respeito aos juristas, não os preocupava.

Teoria da subsunção - subsumiam-se os factos ao direito. Simplifica-se o caso para encontrar uma solução para o caso harmonizada. Ganha-se em segurança jurídica mas perde-se em complexidade e casuísmo, porque as particularidades do caso não são tidas em consideração. (Exemplo: alguém roubou 10 kg de azeite no supermercado. Não se tem em conta se foi uma mãe pobre ou um milionário que rouba por prazer pessoal - a solução vai ser a mesma).

Dogma da plenitude lógica do ordenamento jurídico - não havendo uma norma para resolver um caso, esse caso não pode ficar sem solução - recorre-se aos princípios gerais do sistema, assumindo-se que são elásticos e cobrem todos os casos possíveis. E, aqui, parte-se do princípio de que o legislador é razoável, conhece o sistema.

* **Positivismo Sociológico**

(Segunda metade do século XIX)

Nesta fase estão a emergir as ciências sociais (sociologia, principalmente), e os juristas vão ser influenciados pelas ideias dos sociólogos (Auguste Comte, ...).

O direito tem origem na realidade social - tem uma vontade política, mas a vertente social predomina. Exemplo da Revolução Francesa: se o direito fosse meramente vontade política, essa vontade podia ter surgido a qualquer altura. É também uma questão social, há qualquer coisa na sociedade que se altera, um grupo social emerge e impõe as suas visões.

O direito relaciona-se com a sociedade, tão-pouco é um sistema a ela autónomo e exterior.

A ideia do liberalismo, do Estado mínimo, guarda-noturno, é criticada por esta corrente. Porque observavam os problemas que esta visão de Estado causavam na sociedade na primeira pessoa.

Os dogmas do liberalismo jurídico, e o individualismo vão ser postos em causa. Dizem que há um conflito entre o indivíduo e as suas liberdades e a sociedade, porque a liberdade dos indivíduos leva a problemas graves na sociedade.

Para estes sociologistas, o direito passa a ser descrito como um facto social, sendo impossível de serem dissociados direito e realidade social. (Karl Marx, Auguste Comte, Saint-Simon, ...).

Fala-se muito de solidariedade social, olhava-se o direito como um meio que serve finalidades sociais, no caso esta solidariedade social, ou mais amplamente conservar a sociedade.

As ciências mais valorizadas são a biologia e a química, que são mais práticas e menos abstratas e, por isso, o direito vai receber essas influências, na ótica desta corrente: olha-se para o direito de forma desprendida do estritamente abstrato.

Aqui entendia-se que o Estado estava limitado, mas não pelos direitos naturais anteriores e superiores (direitos individuais) mas sim pela ideia da solidariedade social, atuação do Estado de forma a favorecê-la. Aliás, os direitos individuais são agora vistos como os que favoreçam a solidariedade social.

Isto materializa-se na ideia de limitação do direito de propriedade, da liberdade contratual, ...