

História do Direito

4. O imaginário da sociedade e do poder

- Direito só é compreensível tendo em conta o seu contexto
- Conceção ingénua do direito apenas como sistema de normas destinadas a regular as relações sociais assegurando padrões mínimos de comportamento para que a convivência social seja possível
 - Direito assim limitar-se-ia a receber valores sociais criados por outras esferas e a conferir-lhes força vinculativa garantida pela coerção
- O Direito tem uma função criadora (poiética) 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 (contrato, soberania, etc) não existiam antes dos juristas as terem imaginado – o direito cria a própria realidade com que opera (destacado por pensadores como Clifford Glertz ou Niklas Luhmann)
- Os juristas são vistos como “poetas” e pensadores da sociedade e do poder, obra que é interpretada pelos historiadores.

4.1. A concepção corporativa da sociedade

- Na sociedade medieval domina a ideia de uma ordem universal (cosmos) dos homens e das coisas, orientada para o fim último que era Deus, o criador (fim que os transcendia, causa final).
- Deus, na criação deu ordem às coisas, ordenando-as umas para as outras (erva para os animais e estes para o homem). Esta narrativa foi utilizada para fundamentar as hierarquias sociais.
- Para Aristóteles, também o mundo estava finalisticamente organizado: as coisas continham na sua natureza um gene que marcava o seu lugar na ordem do mundo e que condicionava o seu estado atual e futuro de acordo com as finalidades do todo. Este gene encaminhava espontaneamente as coisas para a ocupação dos seus lugares naturais (caso dos homens a sua natureza política encaminhava para estes cargos)
- Ordem universal encaminha todas as criaturas para um fim mútuo, salvação. Cimento da ordem é o amor entre as criaturas de Deus (amor natural que une as criaturas, S. Tomas de Aquino) — daqui decorrem deveres e obrigações.
- Direito não era importante, sociedade não era regulada por normas mas sim pelo amor das criaturas criadas por Deus.
- Realistas defendiam que não existiam indivíduos isolados e socialmente incaracterísticos mas sim “pais”, “filhos”, “homens”, “mulheres” essencialmente relacionados uns com os outros.
- O funcionamento do Direito e da organização da sociedade (polis) tinham como fundamento a ordem divina da criação; identificava-se justiça com natureza e esta com Deus; no Digesto define-se o Direito fundamental, o Direito natural como sendo “o que a natureza ensinou a todos os animais” (natureza sendo Deus); e a prudência do direito como a “ciência” do justo e do injusto, baseada no conhecimento das coisas divinas e humanas”. Os juristas eram tidos como sacerdotes.
- Comportamentos justo era o que guardava a proporção, o equilíbrio, o modo e a verdade do mundo. Viver honestamente pressupõem aderir à natureza das coisas e respeitar essa verdade, à qual devia corresponder a sua aparência – importância atribuída aos dispositivos que visam tornar aparente a ordem das pessoas (títulos, trajes) sendo todas as formas de falsidade destas condenáveis.
- Outra ideia característica é a da superioridade e necessidade do Direito e constituição natural, embora os povos já possam escolher as suas formas de governo (monarquia, democracia, etc) e elaborar o direito positivo e vigente mas integrando neste Direito natural que é sempre um critério de legitimação do primeiro.
- A unidade dos objetivos da criação não exigia que as funções de cada uma das partes fossem iguais mas pelo contrário apelava a ideia de que cada parte do todo cooperava de forma diferente para a realização do destino.
- Nesta ordem hierarquizada, a diferença não significa menor perfeição de uma parte relativamente a outra. A ideia de idêntica dignidade de todos autorizava a submissão de uns em relação a outros pois decorria da própria natureza do mundo.
- Ideia de que a criação era como um corpo em que a cada órgão competia uma função, funções que estavam hierarquizadas consoante a sua importância para a subsistência do todo (legítima a distinção em termos de hierarquia e dignidade – as pessoas são mais ou menos dignas em função da dignidade do ofício que lhes competia).

História do Direito

- No plano do direito, as diferenças eram traduzidas pelas noções de “estado”: é a condição do homem que é comum a vários, corresponde a um lugar na ordem, a uma tarefa ou dever social (milícia, religião ou lavrança). Passou mais tarde a designar os grupos de pessoas com um mesmo estatuto jurídico. Com a multiplicidade de estados, a pessoa deixou de corresponder a um substrato físico e passou a ser “pessoa é um homem considerado como em certo estado, conforme ao qual goza de direitos, enquanto desempenha um papel social”.
- O poder era repartido: a sociedade era vista como um todo unido, em que cada parte, cada órgão, contribuía de diferentes formas para o bom funcionamento do todo (metáfora do corpo em que cada parte daquele é necessária e contribui para a sua vida e bom funcionamento). Isto pressupõe:
 - a ideia de necessidade de todos os órgãos da sociedade, e impossibilidade de um poder político não partilhado;
 - a função da “cabeça” é a de representar externamente a unidade do corpo e manter a harmonia entre todos os seus membros, e não de destruir a autonomia de cada órgão;
 - a autonomia necessária atribuída a cada órgão para desempenhar a sua função que é essencial para o corpo (corpos sociais, ideia de auto-governo, poder de fazer leis e estatutos e de julgar os conflitos e emitir comandos);
 - a justiça era o único fim do poder político — confundia-se com a manutenção da ordem social e política (“a justiça é a constante e perpétua vontade de atribuir a cada um o que é seu”)

4.2. O paradigma individualista

- A sua origem foi remota, contudo vamos considerar desde um momento importante da escolástica franciscana quatrocentista, a qual coloca a dúvida se era legítimo considerar com base nos grupos, e não no indivíduo.
- Se deixarmos de lado os atributos dos indivíduos que não são inerentes à sua essência, meros nomes, teremos indivíduos “nus”, incharacterísticos, “gerais”, abstratos, iguais. Esquecidas tais qualidades podia também ser esquecida a teoria social e política, e assim ficavam apenas os indivíduos isolados despidos dos seus atributos sociais.
- Para completar a revolução intelectual da teoria política moderna faltava desligar a sociedade de qualquer realidade metafísica – laicização da teoria social e libertação do indivíduo de qualquer limitação transcendente.
- Teoria das causas segundas: novo entendimento das relações entre o Criador e as criaturas, relativa autonomia e estabilidade da natureza, da criação, face ao criador – foi uma recaída na conceção de uma completa dependência do homem e do mundo em relação à vontade de Deus que levou à laicização da teoria social: Deus move-se por impulsos, apenas se podendo tentar compreender a ordem do mundo nas suas manifestações externas como se Deus não existisse, separando as verdades da fé das aquisições intelectuais – liberta os indivíduos de todos os vínculos que não sejam as suas evidências racionais e os seus impulsos naturais.
- Consequências no poder: este não pode mais ser fundado numa ordem objetiva das coisas, mas na vontade (ou na vontade soberana de Deus, manifestada na Terra pelo príncipe soberano – providencialismo (direito divino dos reis) ou pela vontade dos homens que levados pela insegurança e perigos do “Estado de Natureza” constituem um acordo de vontades, um pacto, um contrato social formando a sociedade civil – contratualismo).
- A vontade é também a origem do Direito positivo, liberto dos limites da ordem superior, tornando-se a Constituição e o direito disponíveis e alteráveis pelo homem (positivismo jurídico).
- O paradigma individualista e voluntarista desdobra-se então em várias correntes:
 - **Providencialismo** – concebe o poder como produto da livre vontade de Deus, exercido na terra pelos reis que tinham direito divino, um carácter divino – mesmo reis absolutos era essa a vontade de Deus;
 - **Contratualismo Absolutista** – concebe o contrato social como uma transferência de todos os poderes dos cidadãos para os governantes, esgotando os direitos naturais dos súbditos o soberano ficava liberto de limites a não ser a forma geral e abstracta dos seus comandos;
 - **Contratualismo Liberal** – o poder atribuído pelo contrato social aos governantes tem limites que são os objectivos, as intenções desse mesmo contrato – uma ordem social e política para conseguir o bem-estar e felicidade dos homens, onde os direitos naturais fossem respeitados

5. A formação do Direito Comum

A doutrina jurídica dos sécs. XV a XVII tem como designação mais correta Direito Comum por vários fatores:

1. Tendência para a unidade dos vários ordenamentos jurídicos europeus provinda da reconstituição do Império (1º o Império Carlos Magno séc. IX, depois do sacro Império Romano-Germânico séc. XI - 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, 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 objeto comum até à segunda metade do século XVIII nas faculdades europeias – estudava-se o mesmo direito, com a mesma língua e os mesmos métodos;
3. Unificação das fontes de Direito (Direito romano, Direito canónico e direitos locais) e do objeto de discurso jurídico. Formação do Direito comum (“ius commune”) – mais de carácter doutrinal do que legislativo.

5.1. Factores de unificação dos Direitos Europeus

1. A Tradição Romana

1.1. Direito Romano Clássico, Direito Bizantino e Direito Romano

- O principal factor de unificação dos Direitos Europeus foi a memória do Direito de Roma. Contudo, a influência do Direito Romano não data a partir da formação do Império entre os sécs. I AC e o séc. III DC

Direito Romano Clássico – Com base em leis dos sécs. V, II e I AC e em ações que garantiam certas pretensões jurídicas, o pretor (magistrado que administrava a justiça civil) desenvolveu um sistema mais flexível de resolver as ações, atendendo aos casos concretos procurando uma solução justa – criação de um Direito próprio dos pretores (“jus praetorium”). Forma-se também com a ajuda da “Lex Aebutia de Formulis” uma jurisprudência dos pretores, autónoma das leis, que funcionava como fonte imediata do Direito. A partir do séc. II DC os pretores completam a renovação do velho “jus civile” no “Editum Praetorium”.

O Direito ganha um carácter criativo e desenvolvem-se muitas obras que aconselham as partes e o próprio pretor na solução mais justa e adequada aos casos – técnicos do direito, sabedores (jurisprudentes) que produzem nessa época obras vastas de consulta, de opiniões, de resolução de casos, de regras de direito, de comentários.

Contudo, este Direito Romano Clássico tem pouca aplicação fora de Roma, onde dominam os usos locais. Portanto, a influência deste Direito não se notou durante o Império mas sim, no estudo literário que mais tarde veio a inspirar os juristas europeus, contribuindo para a unificação dos Direitos.

Direito Romano Vulgar – Com a crise do Império Romano a partir do séc. III DC e a consequente queda do Império do Ocidente, este saber jurídico entra em crise uma vez que era muito rigoroso e exigia uma grande formação dos juristas.

Num vasto Império, o que teve importância foram as leis imperiais (constituições principum). O Direito tornou-se uma actividade menos exigente e acessível mesmo aos leigos – vulgarizou-se, perdendo o rigor e a profundidade da análise. Este Direito vulgar surgiu principalmente nas províncias.

Direito Bizantino – No Império Oriental devido às particularidades muito acentuadas do Direito Local e às influências da cultura grega, o Direito Romano Clássico deixou-se influenciar. Muitos comentadores passaram a usar a língua grega mas o interesse pelas matérias jurídicas não se perdeu. Prova disto é a compilação de Justiniano no séc. VI resultante da recolha e textos jurídicos de tradição literária clássica romana: Manual de introdução às “Instituições” (529 DC), Legislação Imperial dos seus antecedentes no “Código” (529 DC), Uma compilação póstuma de “Novelas”, “Constituições Novas” (534-535 DC)

Direito Romano	Direito Atual
<ul style="list-style-type: none">• Crença num Direito imanente (“jus naturele”)	<ul style="list-style-type: none">• Conceção positivista/voluntarista do Direito – o Direito como vontade (arbitrária, artificial) do poder expressa em declarações solenes (leis)

História do Direito

<ul style="list-style-type: none">• Casuísmo: a justiça como solução ajustada num caso concreto	<ul style="list-style-type: none">• Normativismo (a justiça como critério geral e abstrato): o Direito como norma geral e abstrata, o justo como critério genérico
<ul style="list-style-type: none">• Carácter jurisprudencial ou doutrinal: o Direito como criação dos juristas a partir do seu saber prático	<ul style="list-style-type: none">• Carácter legal
<ul style="list-style-type: none">• Autonomia da autoridade dos juristas	<ul style="list-style-type: none">• Dependência da autoridade dos juristas (“ex. autoritate principis”):<ul style="list-style-type: none">- juiz como longa mão da lei- jurista como aplicador da lei- saber jurídico como técnica de aplicação da lei
<ul style="list-style-type: none">• Direito como um saber prático (como uma “prudentia” ou arte de agir)	<ul style="list-style-type: none">• Direito como a expressão de uma vontade ou como um saber especulativo<ul style="list-style-type: none">- Direito como uma ciência das leis (positivismo legalista) ou a ciência dos princípios gerais do Direito (positivismo conceptual)

5.1.1.3. A recepção do Direito Romano

- Com a restauração do Império do Ocidente (de Carlos Magno e o sacro Império Romano-Germânico), surge a ideia de que o antigo Império Romano reviverá, sendo os seus atributos políticos como a universalidade do seu poder político, transferidos para os novos imperadores. O Direito Romano e os seus principais livros são vistos como Direito do Império Universal – Direito Comum.
- O Império tinha um carácter providencial, derivava de Deus e era o suporte político da Igreja Católica.
- Por o território do Império não ser juridicamente vazio, por existirem direitos próprios (baseados em tradições jurídicas romano-vulgares, canónicas ou germânicas ou nos estilos locais de resolução de conflitos), reconhecidos pelos imperadores, os povos estabelecerem os seus próprios direitos. Assim, o Direito Romano só se pôde instalar conciliando-se com os primeiros, reconhecendo-lhes primazia e funcionando como “direito subsidiário”, dotado de grande racionalidade o que o colocava como direito aplicável na falta de direito particular e como critério segundo o qual se avaliava a razoabilidade das soluções deste último
- A partir do séc. XIII, o direito romano passa a estar integrado no sistema de fontes de direito da maior parte dos reinos europeus (mesmo nos que não reconheciam a supremacia do imperador, embora apenas se verificasse quando não se pudesse aplicar o direito local). Esta receção do direito romano pode ser explicada:
 - Estava de acordo com as formas de vida económica em desenvolvimento na Europa: desenvolvimento inicial da economia mercantil e monetária europeia (para estas relações económicas eram necessárias 3 coisas no plano jurídico: um direito estável que garantisse a segurança jurídica e institucional necessária à previsão e cálculo mercantil, um direito único que possibilitasse o estabelecimento de um comércio intereuropeu e um direito individualista que fornecesse uma base jurídica adequada à atividade do empresário) – direito romano dotado de todas estas características (abstração das normas, aceite como direito subsidiário comum, visão capitalistas das relações mercantis).
 - Restauração do Império ocidental gerou a ideia de que os súbditos que vivem sobre a autoridade do imperador se deviam submeter ao mesmo direito, ou seja, a unidade política e religiosa exigia a jurídica
 - Mesmo onde a autoridade do direito romano não se conseguiu impor por autoridade do imperador, este imponha-se devido à superior perfeição que lhe era atribuída: fontes de direito eram muito mais completas e sofisticadas e cobriam a generalidade das situações, além de serem objeto de elaboração doutrinal pelo que as suas soluções eram explicadas e justificadas pelos juristas. Assim o direito romano respondia à generalidade das questões de forma razoável e convincente.

História do Direito

- Direito romano podia valer em virtude da submissão política (em razão do Império) mas também pela aceitação da sua razoabilidade (por imperativo da razão)

5.2 A tradição canonística

- O direito canônico é o direito da Igreja cristã. Como instituição, a Igreja sempre teve um direito, que inicialmente decorreu quase inteiramente da vontade de Deus, revelada nos livros sagrados (Antigo e Novo Testamento). Nos tempos apostólicos, os cristãos tinham a esperança de poder resolver os problemas de disciplina interna da Igreja mas também as relações entre os crentes apenas com base na palavra de Deus, nos ensinamentos de Cristo e nas exigências do amor fraterno. A influência da Igreja tornou impossível, nos 3 primeiros séculos, a existência de aparelhos jurídicos.
- Tudo mudou quando o imperador Constantino decretou a liberdade de culto (313). A jurisdição do papa e dos bispos sobre os fiéis pode ser abertamente exercida, sendo mesmo fomentada pelo poder imperial que atribuiu força de julgamento às decisões sobre litígios voluntariamente sujeitos e reserva para a jurisdição eclesiástica o julgamento de infrações puramente religiosas.
- A progressiva extensão do domínio jurídico-jurisdicional da Igreja foi facilitada pela queda das estruturas políticas, jurídicas e jurisdicionais como consequência da queda do Império Romano do Ocidente e das invasões germânicas.
- Cada vez mais prestigiada e organizada no plano institucional, a Igreja hegemonizou os mecanismos políticos e jurídicos, impondo-se aos reis. Esta expansão institucional obriga-a a constituir um corpo normativo mais complexo do que apenas os livros sagrados – novas fontes: decretos dos concílios, ecumênicos, regionais provinciais ou diocesanos, assembleias de bispos; determinações papais (embora inicialmente o poder normativo da Igreja estivesse atribuído aos órgãos coletivos (concílios) e o papa apenas interviesse para esclarecer ou aplicar normas conciliares, o papado foi aumentando a sua capacidade de edição do direito emitindo decretais ou constituições pontificias (encíclicas, bulas, breves). O crescente poder legislativo dos papas e a capacidade de derogar o direito tradicional constituiu uma forma dos monarcas e uma fonte de legitimação da sua reivindicação de inovar, por via legislativa, os ordenamentos jurídicos do reino)
- No séc. XII, um monge de Bolonha, Graciano, elaborou uma compilação que se iria impor a todas as anteriores e permanecer como grande repositória do direito canônico – *Concordantia discordantium canonum*, mais conhecida como *Decretum Gratiani*. Mas com o contínuo desenvolvimento do direito da Igreja, o decreto foi-se desatualizando sendo acrescentadas várias coleções: Decretales extra *Decretum Gratiani* vacantes, Sextum, Clementinas, Extravagantes de João XXII, Extravagantes comuns – passando-se a chamar *Corpus iuris canonici*.

5.2.1 O lugar do direito canônico no seio do direito comum

- O direito comum foi basicamente um direito romano-canônico apesar de também estarem inseridos os institutos dos direitos tradicionais dos povos europeus.
- O direito canônico desempenhou um papel menos importante do que o direito romano mas a sua influência foi determinante em alguns pontos: o direito canônico representava não apenas o direito da Igreja mas também um direito mais recente do que o romano, funcionando como um direito romano reformado.
- É notória a influência canonística: em matéria de relações pessoais entre os cônjuges; valorização da vontade no direito dos contratos; desformalização do direito sobre as coisas; valorização da sucessão testamentária e desformalização do testamento; valorização de soluções de equidade; em matéria processual, promoção da composição amigável e da arbitragem; em matéria processual penal, estabelecimento do processo inquisitório com maior preocupação da averiguação da verdade material.

5.2.2 O direito canônico como limite de validade dos direitos temporais

- A teoria canônica das fontes de direito proclamava a subordinação dos direitos humanos (secular e eclesiásticos) 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.
- O equilíbrio entre os dois direitos terrenos rompeu-se com as grandes lutas que opuseram o Imperador e o Papa (Imperador queria estabelecer uma tutela sobre a Igreja e o Papa queria salvaguardar o autogoverno eclesiástico). Esta rutura foi no sentido de estabelecer supremacia do direito canônico que, pela sua origem e destino estaria mais próximo do direito divino. Assim, papa Gregório VII, estabelece num conjunto de proposições normativas o primado do Papa sobre

História do Direito

os bispos, a autonomia da Igreja e dos clérigos face aos poderes temporais (necessidade de um foro especial pois estão isentos do foro temporal), sujeição destes à tutela de Roma.

- Esta supremacia do direito canónico foi posta em causa no séc. XIII quando se começou 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; assim a intervenção corretiva do direito canónico apenas deveria verificar-se quando a regulamentação temporal pusesse em causa aspetos decisivos da ordem sobrenatural, quando o funcionamento da ordem natural compromettesse o plano da salvação.
- Assim, declara-se a independência mútua dos ordenamentos civil e canónico e reconhecesse que se surgisse um conflito grave a última palavra pertence à Igreja – o direito canónico apenas vigoraria como padrão superior quando da aplicação das fontes jurídicas terrenas resultasse pecado.

5.3 Uma ordem jurídica pluralista

- Na sociedade europeia medieval, conviviam diversas ordens jurídicas (direito comum, direito canónico e direitos próprios). A esta situação de coexistência de ordens jurídicas diversas, com complexos de normas com legitimidades e conteúdos diferentes, no mesmo espaço social de ordenamento jurídico chama-se pluralismo jurídico.
- Para a visão medieval do mundo, a ordem era um dom de Deus. A ordem mantinha-se pela existência de forças íntimas que atraem as coisas umas para as outras de acordo com as suas simpatias naturais e transformam a criação numa rede de empatias.
- Esta ideia de ordem global, auto-suscitada por impulsos naturais e plurais explica a proximidade e estreita relação entre os mecanismos disciplinares: a ordem é um ato de amor e as criaturas estão ligadas umas às outras por afetos, o direito humano constituiu uma forma externa de corrigir défices ocasionais dessa simpatia universal. Existem também mecanismos mais subtis, como a fé, que disparam os sentimentos ordenadores. Estes mecanismos até estão mais próximos da justiça como virtude que “dá a cada um o que é seu”. Os juristas são os guardiões deste mundo auto-ordenado.

5.3.2 Direito canónico e direito civil

- O direito canónico está num plano superior como direito diretamente ligado à autoridade religiosa, e pretende assim um papel de critério último de validação das outras ordens jurídicas, em obediência com o princípio da subordinação do governo terreno aos fins sobrenaturais de salvação individual – esta superioridade não é automática, regulando-se pelo critério do pecado.

5.3.3. Direito comum e direito dos reinos

- Como direito geral vigora o *ius commune*, constituído por um conjunto de normas tidas como provenientes da razão natural (cada povo estabelece para si o direito que lhes é próprio – direito das cidades; a razão estabelece o direito para todos – direito das gentes). O facto de provirem da razão não garantia a estas normas uma vigência superior, pois da mesma razão decorria a faculdade de cada cidade ou nação corrigir ou adaptar, em face da situação concreta, o princípio estabelecido em geral pela razão. Pois embora a razão natural tenha em vista aquilo que resulta justo na generalidade dos casos, pode-se conceber que alguma utilidade particular exija correção da norma geral.
- Assim, o direito comum vigoraria apenas para os casos em que o direito particular não o tivesse afastado, como direito subsidiário. Mas sendo fundado na razão, dispunha de uma vigência potencialmente geral. Isto quer dizer que se aplicava a todas as situações não cobertas pelos direitos próprios
- O próprio direito comum não era único, pois existiam direitos comuns especializados referentes a certas matérias (como é o caso do direito canónico); entre estes direitos havia princípios contraditórios.
- Os direitos próprios também são uma realidade plural: direitos dos reinos, estatutos das cidades, costumes locais, privilégios territoriais ou corporativos.

5.3.4. Direitos dos reinos e direitos dos corpos inferiores

- Desde o séc. XI que os direitos dos reinos pretendem, no domínio territorial da jurisdição real, uma validade absoluta semelhante à do direito do Império (o rei que não conhece superior é imperador no seu reino), definindo-se como direito comum do reino. O fundamento doutrinal desta ideia pode encontrar-se num texto de Digesto, que afirma que “o que agrada ao príncipe tem valor de lei, na medida em que pela Lei Régia que foi concedida ao príncipe sobre o seu

História do Direito

poder político, o povo lhe conferiu todo o seu poder e autoridade”. Isto não tinham grandes implicações práticas nas relações entre o direito do reino e o direito comum – este último não vigorava no reino por força de critérios políticos (submissão política à vontade do imperador) mas por império da razão.

- Note-se que a estreita relação entre o direito dos reinos e o poder real fazia com que nas relações entre o direito real e os direitos locais inferiores vigorassem normas que não funcionavam nas relações entre os direitos próprios e o direito comum, já que a supremacia deste não decorria de superioridade política mas do seu enraizamento na natureza. Assim, a supremacia do poder real sobre os súbditos traduzia-se numa máxima que não podia valer nas relações entre o direito comum e os direitos próprios – “a lei inferior não pode impor-se à lei superior”
- Sendo o direito do rei o direito comum do reino, valem em relação a ele as mesmas regras que valem quanto ao direito comum nas relações com os direitos próprios: a afirmação da supremacia política não excluía que pudessem valer dentro do reino direitos especiais de corpos políticos de natureza territorial ou pessoal.
- A salvaguarda da supremacia política do rei é garantida pelo princípio da especialidade segundo o qual a capacidade normativa dos corpos inferiores não pode ultrapassar o âmbito do seu autogoverno. Esta prevalência dos direitos particulares dos corpos tinham um apoio direito no direito romano “todos os povos usam de um direito que lhes é próprio em parte comum a todo o género humano” Digesto.

5.3.5. Direito comum e privilégios

- Abaixo do plano do reino, proliferavam as ordens jurídicas particulares, protegidas pela regra da preferência do particular sobre o geral. Em alguns casos vigoravam normas suplementares que asseguravam o respeito pelos direitos particulares como é o caso do regime de proteção dos privilégios que impediam a sua revogação por lei geral ou mesmo a sua irrevogabilidade sempre que se tratasse de privilégios concedidos contratualmente ou em remuneração de serviços. Ainda que as normas particulares não pudessem valer contra o direito comum do reino enquanto poder político, podiam derroga-lo enquanto direito especial, válido no âmbito da jurisdição dos corpos de que provinham (intocáveis pois decorrendo esses corpos da natureza, a sua capacidade de autogoverno era natural e impunha-se mesmo ao rei).

5.3.6. Direito anterior e direito posterior

- Ordenamento jurídico pluralista no sentido em que nele conviviam normas emanadas de centros normativos coexistentes no mesmo espaço, era-o também no sentido da sucessão das leis, que não implicavam a cessação de vigência das leis antigas quando entrassem em vigência leis novas. Era permitido que as leis antigas conservassem uma certa vigência no presente, considerava-se que as leis antigas sobreviviam nas mais recentes e que as mais recentes deviam ser tornadas pertinentes em relação às mais antigas, a menos que abertamente as contradigam. Logo, o direito novo e o direito antigo acumulam-se em camadas sucessivas podendo ser conjuntamente chamados a resolver um certo caso.

5.3.7. Normas de conflito de “geometria variável”

- Esta ordem jurídica é um conjunto de normas diversas e muitas vezes incompatíveis, desprovido de um conjunto fixo de normas de conflito, ou seja, de regras que decidam qual a norma a aplicar ao caso concreto. Existem princípios gerais (critério do pecado, princípio de que a norma especial derroga a geral, princípio que o direito comum é subsidiário em relação ao direito próprio) mas mesmo assim coexistem normas contraditórias.
- A primeira preocupação do direito comum é harmonizar os direitos sem que isso implique que um deles seja sacrificado pelos outros: todas as normas devem valer integralmente, umas nuns casos e outras noutros; cada norma funciona como uma perspectiva de resolução do caso, mais forte ou mais fraca consoante o seu lugar hierárquico mas segundo, sobretudo, se adapte melhor ao caso concreto – as normas funcionam como apoios provisórios de solução que no decurso da discussão em torno da solução são admitidos ou não segundo a aceitabilidade da via de solução.
- A regra mais geral de conflitos é o arbítrio do juiz na apreciação dos casos concretos – fica a arbítrio do juiz aquilo que não está definido pelo direito – este é guiado pelos princípios gerais mas sobretudo pelos usos do tribunal ao julgar questões semelhantes (elemento decisivo de organização do complexo normativo deste direito pluralista).

5.3.8. Uma ordem jurídica flexível

- Já foi referido que a flexibilidade é a primeira característica da ordem jurídica pluralista do direito comum mas a flexibilidade não depende apenas da pluralidade de ordens normativas e do carácter aberto e casuístico da sua hierarquização, depende também de certos procedimentos técnicos para ser conseguida:
- Flexibilidade por meio da graça: resultava a ideia de uma suspensão entre o domínio sobrenatural da religião e o domínio das normas jurídicas terrenas. Deus é titular da Graça no plano da natureza. No plano político, os príncipes imitam a graça de Deus, fazendo como que milagres. Os senhores da graça, os príncipes, criavam normas ou revogavam antigas; modificavam a natureza das coisas humanas, etc. A graça por um lado é um ato livre e absoluto mas por outro não é uma decisão arbitrária pois tem que corresponder a uma causa justa e elevada. A graça é utilizada como forma última e eminentemente real de realizar justiça, sempre que esta não se pudesse ser obtida pelos meios usuais.
- Flexibilidade por meio de equidade: a equidade era outro fator de flexibilidade; aparece aqui como uma “justiça especial”, não geral nem igual, mas mais perfeita do que a justiça igual. Diz-se que é importante fazer uma distinção entre a justiça e equidade, já que a primeira é geral e a segunda particular. A justiça geral era o produto de uma forma menos refinada e profunda do conhecimento; a justiça particular ou equidade, decorria dessa forma superior de entendimento das coisas.

5.5. A unificação pela “cientificação”. As escolas da tradição jurídica medieval

5.5.1. A Escola dos Glosadores

- No início do séc. XII, o monge Irnerius começou a ensinar o direito justiniano em Bolonha, dando origem à “escola dos glosadores”, continuada pelos seus discípulos. Estes dispersaram-se por Itália e França onde elaboraram as primeiras sínteses, reunindo Acúrsio a elaboração doutrinal da Escola na Glosa, em 1240.
- As características do método bolonhês são:
- a fidelidade ao texto justiniano: para os glosadores os textos justinianos tinham uma origem quase sagrada pelo que não se podia ousar ir para além de uma atividade interpretativa; a atividade dos juristas era uma interpretação cuidadosa e humilde, destinada a esclarecer o sentido das palavras.
- o carácter analítico e não sistemático: juristas faziam uma análise independente de cada texto jurídico sob a forma de glosas ou comentários mais completos. A glosa é uma explicação sobre uma parte do Corpus Iuris e era o modelo básico do trabalho desta escola, mas criou vários tipos literários (glosa interpretativa ou remissiva, tratado sintetizado de um título ou instituto (summa), formulação de regras doutrinárias (brocarda), etc)
- Cabe aos glosadores o mérito de terem recriado uma linguagem técnica sobre o direito: começaram a fixar uma terminologia técnica e um conjunto de categorias e conceitos específicos de um novo saber especializado – a jurisprudência.
- As intenções do trabalho desta escola não eram inicialmente práticas. A principal intenção era o de demonstrar a racionalidade dos textos do direito romano, e não o objetivo pragmático de os tornar diretamente utilizáveis na vida quotidiana (explicação de institutos e magistraturas que já não existiam e pelo distanciamento destes da vida jurídico-legislativa do seu tempo que depreciavam).
- Os civilistas começaram a negar que o texto escrito necessitasse de ser confirmado pelo uso (tendendo a negar a vigência dos costumes contra o texto escrito). A sua palavra acabou por ser decisiva devido a eficácia da autoridade intelectual do saber que cultivavam.
- Estes não discutiam situações jurídicas do seu tempo mas sim a interpretação de conceitos contidos nos textos de direito romano. Depois tinham de perceber como encaixar a vida corrente nesses esquemas conceptuais sendo que, para os juristas, a legitimação das soluções decorria não da sua adaptabilidade à vida mas da sua coerência com um modelo do mundo considerado racional e eterno.

5.5.2. A Escola dos Comentadores

- O surto urbanista e mercantil dos séc. XIII e XIV traduziu-se numa valorização dos direitos locais frente ao direito comum. A progressiva extensão deste novo tipo de vida económica e social tornou necessário que estes princípios de direito novo introduzidos pelos iura própria das cidades fossem integrados no ius commune e que este se transformasse num corpo orgânico dominado por princípios sintetizadores (processo de integração de princípios novos no direito comum).

História do Direito

- O ideal de concórdia legislativa é perseguido pelos juristas e foi a tarefa de uma nova geração de juristas eruditos – os comentadores. Debruçando-se pela primeira vez sobre todo o corpo do direito (direito romano, direito canónico, direito feudal e estatutos das cidades) e orientados por finalidades práticas, vão procurar unificá-lo e adaptá-lo às necessidades normativas dos fins da Idade Média.
- O fundador da Escola dos Comentadores foi Cino de Pistóia, mas o jurista mais influente foi o seu discípulo Bartolo de Sassoferrato.

7. As escolas jurídicas seiscentistas e setecentistas: *jusnaturalismo*, *jusracionalismo*, *individualismo* e *contratualismo*

7.1.1 O Jusnaturalismo da escolástica tomista

- S.Tomás de Aquino aceitava a existência de uma ordem natural das coisas tanto físicas como humanas, confirmada pela crença cristã num Deus bom, criador e ordenador do mundo.
- A teoria das "causas segundas" da escolástica, defende que a cada espécie teria atribuído Deus (causa primeira) uma lei natural (causa segunda), sendo que as várias espécies estariam harmonizadas pelo Bem Supremo e reguladas cosmicamente (entre as quais o homem).
- Assim, a espécie humana tem uma certa natureza. A ideia de direito natural surge da pesquisa dos fins do homem e do seu contributo para o plano da criação, elaborando regras que deviam presidir à prática humana de modo a que esta fosse adequada aos desígnios de Deus quanto à vida em sociedade e quando ao lugar dos homens na totalidade dos seres (regras estão nas Escrituras e são também manifestadas pela própria ordem do mundo, sendo atingíveis pelo intelecto).
- Para S.Tomás o homem tinha a capacidade para conhecer a ordem do mundo por processos racionais e faculdades morais que juntos compunham o intelecto— a descoberta da ordem natural pressupõe a observação de factos mas tem de ser acompanhada pela elaboração intelectual, que não se compõem apenas de faculdades de raciocínio mas também de faculdades morais – depende da virtude da bondade, de distinguir o justo do injusto. Daí que a razão tinha um qualificativo moral para ser eficaz —> boa razão. A liberdade do homem leva à mobilidade das coisas humanas e impede a existência de princípios invariáveis da justiça e uma ciência do direito natural.
- S.Tomás propõe que sejam uma arte de em cada momento e caso encontrar o justo.

7.1.1.1. Escola Ibérica do Direito Natural

- Desenvolvimento peninsular do escolástico aquiniano, que afirma à mesma fidelidade fundamental. Contudo, sobre influências humanistas (no auge do humanismo) e franciscanas, e podemos considerar que é revisionista em muitos pontos.
- Contributos específicos:
 1. Laicização do Direito – extrema a teoria das causas segundas: a natureza é tão auto-regulada que o seria mesmo que Deus não existisse.
 2. Radicação do Direito na Razão individual — a razão desde que esteja recta/boa é promovida a fonte de direito;
 3. Logicização do Direito – Suarez introduz o dedutivismo jurídico, afastando-se de S. Tomás mas aproximando-se dos sistemas logicizantes do séc. XVIII. Crença na razão e nos mecanismos lógicos: possível deduzir, a partir dos princípios racionais do direito, regras jurídicas precisas. Esta escola tem uma importância fundamental no devir do pensamento jurídico europeu (racionalismo e contratualismo encontram aqui os seus princípios).

7.1.2. Jusnaturalismo racionalista (*jusracionalismo*)

- Os juristas europeus defendiam a tradição jusnaturalista de raiz estóica, que veio a triunfar sobre a tomista aristotélica, por estar explícito em textos fundamentais e dar certezas aos juristas.
- Para os estóicos a natureza é a “causa”, o espírito criador e ordenador que dá movimento ao mundo e o transforma num mundo ordenado. Em todos os seres há uma parcela de *logos* que constitui o seu princípio de vida – no estado puro o *logos* encontra-se nos deuses e nas almas dos homens, de tal modo que a razão constitui natureza específica do homem.
- Quando os estóicos afirmam que a natureza é fonte de direito querem dizer que: o direito deve seguir os dados naturais, dobrar-se ao destino, às instituições existentes, às inclinações que a natureza pôs em nós (consequências normativas apenas a aceitação de instituições e direito instituídos); ou, uma vez que há muitos *logos* na alma dos homens, deve basear-se nos comandos da razão (presente na doutrina de Cícero que difundiu a moral e doutrina jurídica estóicas).

História do Direito

- Resumo da doutrina estoíca:
 1. Existe uma lei natural, eterna, imutável, promulgada pelo ordenador do mundo.
 2. Tal lei está em todos e pode ser encontrada desde que sigam as evidências da boa razão, da razão que respeite as inclinações naturais.
 3. Este direito é constituído por normas precisas, leis gerais, certas e claras de tal modo que não é necessário um técnico do direito para as interpretar (a declaração do direito é uma simples extração das regras de viver que a boa razão sugere a cada um e não é limitada nos seus resultados pois a lei natural não está sujeita à contingência dos tempos e lugares nem a razão tem dificuldade em a conhecer)
- Para Cícero o direito natural tende a concretizar-se nas normas positivas que constituem a consumação definitiva do mesmo, não havendo oposição entre direito natural e positivo.
- Características fundamentais do estoicismo e comuns ao jusnaturalismo moderno: evidência; generalidade; racionalidade; carácter subjectivo; positividade.

7.1.3. Jusracionalismo moderno

- O ambiente filosófico do séc. XVII contribui também para formar uma concepção de direito natural.
- Idealismo cartesiano: Descartes pretende a certeza do saber e para tal estabelece um método para as disciplinas incertas e móveis (políticas, filosofias, jurídica, etc.).
- 1º Regra – evidência racional – só é verdadeiro, com certeza, o que é evidente para o espírito. As outras três regras são complementares desta e destinam-se a tornar evidente o que não o é (a chave da compreensão estava num interrogar de si mesmo, pouco atento às realidades exteriores). Este método cartesiano, influenciou os juristas que procuram segurança.
- A razão individual pode chegar, dedutivamente, à ordem racional da natureza, criando um Direito natural racionalista, que vai tornar mais certo o Direito positivo.

7.2. Algumas escolas jusnaturalistas

- Este novo Direito natural (racionalista) assenta num pensamento social e jurídico laicizado, encontrando um direito que pudesse valer para todos independentemente das suas crenças, passando o direito a fundamentar-se em valores tão comuns aos homens como as evidências racionalistas. Prescinde-se da onipotência divina (apesar de a maioria dos autores serem cristãos) atendendo somente a princípios lógico-rationais.
- Os fundamentos usados para encontrar uma ordem na natureza humana não era a finalidade transcendente mas sim as suas características temporais como os instintos e capacidade racional. Prescindindo da fé apenas podem contar com a observação e com a razão como meios de acesso à ordem da natureza: observação das sociedades humanas; razão identificava axiomas sobre a natureza do homem e define os procedimentos intelectuais capazes de deduzir desses axiomas outras normas. Ou seja, a ciência do direito funciona logicamente como a física ou a matemática (Leibniz, Pufendorf ou mesmo Rousseau). Em consequência da substituição da estrutura mental teleológica pelo pensamento científico, surge o modelo mecanicista: a natureza do homem é encontrada, não pela finalidade (Deus, salvação) mas pelas causas das suas ações (vontade, instintos). O direito da natureza é o que decorre da manifestação das tendências do homem.
- Atenua-se a referência a uma ordem social natural, com vínculos e disciplina social, correspondendo a criação da ordem política às vontades – a vontade passa a ser a única fonte da disciplina política e civil, tendo esta de ser guiada pela razão.

7.2.1. Os jusnaturalismos individualistas

- Sob esta designação pretende englobar-se todos os pensadores que partiram para a construção dos seus sistemas jusnaturalistas dos instintos inatos do indivíduo.
- A ideia de que o indivíduo (tomado isoladamente) está na base do direito remonta ao nominalismo (corrente que trouxe muitas das ideias básicas do pensamento jurídico moderno). Mas o impulso decisivo foi dado pelo cartesianismo e pelo empirismo que definiram a natureza do homem e dela fizeram derivar direitos individuais, inalteráveis e necessários.
 - Cartesianismo – ser racional, ser que buscava a verdade através da razão, não podendo deixar de lhe reconhecer dois direitos, decorrentes da sua natureza: o de usar livremente a sua razão e o de desenvolver racionalmente a sua personalidade.
 - Empirismo – o homem, mais do que um ser racional, é um ser comandado pelos seus instintos e a sua satisfação consistia num direito natural.
- O direito natural deriva da natureza do homem individual e da observação daqueles impulsos que o levam à ação. A sociabilidade não constituía, para muitos dos autores, um desses impulsos,

História do Direito

chegando mesmo a aparecer como um obstáculo, pois nela não era possível dar livre curso a estes impulsos sem chocar com os interesses dos outros por isso defendem que a instituição da sociedade organizada (Estado) representa o limite dos direitos naturais.

- Os homens, por medo do estado de natureza ou por interesses de uma vida em comunidade, celebram um pacto que limita a sua liberdade individual natural, entregado aos governantes o poder de criar regras de convívio obrigatórias, a que chamamos “contrato social”.
 - Para uns, como Thomas Hobbes (absolutista), os perigos do estado de natureza levava a que os homens decidissem depor todos os seus direitos na mão de um soberano para que este zelasse pelo bem comum e felicidade individual. A sua única limitação seria a necessidade de governar racionalmente, de forma adequada aos objetivos que tinha estado da origem desta instituição da sociedade política – o direito natural desaparece pois uma vez instituído o soberano como único legislador não pode haver direito que não tenha origem neste (a menos que não fossem contrários às suas leis positivas)
 - Para outros, como John Locke (demoliberal), a constituição do estado não cancela os direitos que os indivíduos dispunham no estado de natureza, garantindo este uma melhor administração dos direitos naturais, substituindo a autodefesa e vingança pela tutela de uma autoridade pública. O soberano estava obrigado a respeitar o direito natural e os direitos políticos dos cidadãos sobre ameaça de ser dispostos.

7.2.1.1. A teoria dos direitos subjetivos

- Os direitos subjetivos são concepções jusracionalistas dos direitos atribuídos pela natureza a cada homem, que pode dar livre curso aos seus impulsos instintivos e racionais.
- Os jusracionalistas pensavam que estes direitos naturais, inatos, não podiam desenvolver-se plenamente no estado de natureza, pois o livre desenvolvimento dos direitos de um chocaria com o idêntico desenvolvimento dos direitos de outro. Por isso, o estado de natureza correspondente à livre agregação dos homens, era um estado de guerra (Hobbes) ou de insuficiente garantia das faculdades individuais (Locke) e o contrato social restringiria essas faculdades. O objetivo do contrato social é a redução dos direitos inatos a fim de tornar possível a convivência.
- Esta teoria dos direitos naturais, começa por ter aplicações importantes nos domínios do direito público, era uma teoria do direito privado pois dizia respeito ao modo de ser das relações entre indivíduos.
- A premissa básica do jusracionalismo individualista era a existência de um direito inato de cada homem ao desenvolvimento da sua personalidade. O contrato social visava garantir esse direito na vida social, criando uma entidade (Estado) que assegurasse a cada um a satisfação dos seus direitos em toda a medida em que tal satisfação não prejudicasse os direitos dos outros. Assim, se pelo contrato social se criava direito objetivo não se criavam direitos subjetivos: 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 carácter realmente justo do poder de vontade. No entanto, o Estado e o direito podem comprimir os direitos individuais na medida em que tal seja exigido para salvaguardar os direitos de outro.
- Assim, na base de todo o direito civil vem a estar os direitos subjetivos, definidos como poderes da vontade garantidos pelo direito.

7.2.1.2. Voluntarismo

- Doutrina segundo a qual o Direito tem a sua fonte não numa ordem objetiva (da natureza, da sociedade) ou em direitos naturais, mas no poder da vontade. Apareceu com S. Agostinho e foi retomada com Scotto e Occam, depois de submergido durante séculos pelas posições jurídicas de S. Tomás.
- A restauração da tradição agostiniana está ligada ao colapso das teorias de Aristóteles e S. Tomás de Aquino. Para estes o fundamento do direito consistia numa ordem do justo inerente à comunidade humana mas desfeita a ideia de ordem natural, o direito passa a basear-se na vontade dos homens ou de Deus. Scotto funda a lei positiva na convenção dos membros da coletividade (por consenso comum, a escolha); Occam define direito natural como o direito estabelecido por Deus nas Escrituras ou como as consequências que decorrem racionalmente de uma convenção entre homens, ou de uma regra jurídica.
- Jusracionalismo moderno é paradoxal pois: insiste na razão, valorizando uma justiça objetiva e não arbitrária correspondendo ao carácter não arbitrário das proposições das ciências formais (racionalismo metodológico – método racional de atingir a natureza da sociedade e do homem e de concluir daí o tipo de ordem das coisas humanas); insiste também na liberdade e

História do Direito

autodeterminação como características do homem e fundamento da sociedade (modelo voluntarista da ordem social).

- Diferenças relativas ao modo como concebem a vontade que dá origem ao direito e as suas relações com a razão:
 - Os liberais procuram combinar a razão e a vontade, com base no carácter racional da vontade individual no estado de natureza, pois a vontade que está na origem das leis políticas é a vontade dos indivíduos, que o Estado apenas representa. Locke vê o pacto político como um pacto privado, sendo a vontade de que daí resulta o produto da soma das vontades individuais. Esta permanência da lei natural como orientadora da vontade política constitui uma limitação do voluntarismo.
 - Os não liberais subordinam totalmente a razão à vontade no sentido de que não reconhecem quaisquer limites à vontade do soberano. O pacto social daria origem a uma nova entidade, o corpo político, que era o detentor do poder de exprimir comandos sobre a comunidade. Pertencente a uma pessoa diferente, a vontade legislativa tem características diferentes das vontades particulares: deseja sempre o bem geral, logo, é racional.
- Para Hobbes e Rousseau, a vontade legislativa é soberana e absoluta: porque se impunha a todos os súbditos que não têm direitos em relação ao soberano; absoluta pois não conhece limites materiais, ou seja, não estava subordinada a nenhum preceito exterior a si mesma, estando apenas racionalmente vinculado a governar de acordo com a finalidade para que o poder civil tinha sido instituído.
- Rousseau explica coerência forçosa entre vontade do corpo político e a razão devido à vontade geral: vontade racional, dirigida para a prossecução do interesse geral e apresentando por isso uma forte componente racional, não podendo deixar de ser justa. Assim, o direito e a lei correspondem a uma vontade geral no sentido de que deriva de todos, se refere a problemas de todos, estabelece igualdade e liberdade entre todos, prosseguindo o interesse de todos.

7.2.1.3. Cientificização

- Ideia do direito como disciplina rigorosa e objetiva, submetida a regras de valor necessário (contrário à lei de voluntarismo absoluto expressa anteriormente). Tem a sua fonte filosófica nos “estóicos que submetem o mundo humano às leis cósmicas”, já que para os romanos “a definição era perigosa” e para a doutrina aristotélica-tomista o direito é uma arte. A natureza do mundo humano era desconhecida mas o mundo era todo da mesma natureza obedecendo todos os seres ao mesmo movimento.
- Os juristas, que há muito tinham em projeto a redução do direito a poucos princípios necessários e imutáveis, encontraram aqui um bom apoio teórico para considerarem estes princípios como verdadeiros axiomas da ciência do direito, a partir dos quais se pudesse extrair pela lógica as restantes regras de convivência humana. Este processo deparou-se com ceticismo mas com o otimismo cartesiano ficou basicamente estabelecido no pensamento jurídico.

7.2.2. A tradição do jusracionalismo objetivista

- Entre vontade e razão e/ou voluntarismo e cientificação existe um conflito: ou o Direito é o produto livre da vontade, nada tendo a ver com uma ordem natural ou racional, que a vontade não pode destronar ou existem princípios jurídicos, científica, natural e racionalmente definidos.
- Houve também correntes (principalmente as contratualistas) que defenderam a “racionalidade da vontade”, sendo esta subordinada à razão. Cientes deste dilema, derivam várias soluções para problemas recorrentes:
 - Para algumas correntes não havia problema pois a vontade surgia subordinada à razão, cooperando na realização de uma ordem natural e racional: direito é o produto de um ato livre da vontade dos sujeitos mas só a vontade racional pode criar verdadeiro direito.
 - Para outros, o fundamento do direito natural era a razão objetiva radicada na ordem cósmica ou na convivência humana:
 - Montesquieu: revaloriza o conceito da “natureza das coisas”, tendo como fundamento do direito a necessidade natural, ou seja, as consequências normativas das relações naturais e necessárias que se estabelecem entre os homens unidos numa associação política (não favorece a criação de princípios fixos)
 - Leibniz: direito natural emanado da razão divina que se imporia ao próprio arbítrio de Deus, a qualquer imposição do Estado. Seria averiguável apenas pela reflexão e contrapor-se-ia ao direito positivo (aceita pela primeira vez que as leis positivas possam ser injustas)
 - Rousseau: teoria política sobre a base de possibilidade de uma ciência certa do poder

História do Direito

- Bentham: 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 – direito como produto de um cálculo rigoroso.

7.5. O direito racionalista em Portugal

- No período pombalino, recebeu-se influência das correntes doutrinárias europeias. Estas influências do direito iluminista foram refletidas nas grandes reformas pombalinas: do sistema das fontes de direito (Lei da Boa Razão 1769), do ensino jurídico. A tradição jurídica é criticada, é reafirmado o carácter subsidiário do direito romano cuja recepção é sujeita a triagem de boa razão; bane-se o uso do direito canónico nos tribunais civis; limita-se a competência normativa dos tribunais.

8. Época contemporânea

8.1. Contexto político

- Chega a fase de institucionalização da ordem política estadualista, que se caracteriza no plano jurídico pelo movimento legalista e codificador (novos códigos instituíam a generalidade e sistematicidade adequada a uma aplicação do direito mais quotidiana e controlável pelo novo centro de poder, o Estado, o que criou certeza e previsibilidade do direito permitindo a estabilização de novos modelos sociais, políticos e jurídicos).
- Entre 1750 e 1850, implementou-se o liberalismo. No plano do direito este instaurou, por meios legislativos, a nova organização política e social. No plano dos grandes princípios, este estabeleceu a liberdade (direitos políticos e cívicos), a propriedade (direito sagrado e inviolável de dispor de todos os seus bens) e a igualdade perante a lei (fim dos estatutos discriminatórios), mas todos se depararam com limitações.

8.2. Entre vontade e razão

8.2.1. Democracia representativa e legalismo

- O princípio democrático de que o poder tem origem no povo e dever ser por ele exercido é uma consequência da ideia do contrato social (apoiou as revoluções políticas). Vem estabelecer que a única legitimidade política é a legitimidade proveniente da vontade popular, manifestada pelos seus representantes eleitos através de votações para os órgãos representativos. O princípio da soberania do povo explica a hegemonia política do parlamento, concentrando nele a capacidade de criar direito. Visto como única forma de evitar que a democracia degenerasse pois impedia que as elites concentrassem o poder e era a forma mais segura de garantir que o interesse prosseguido era o interesse geral.
- No plano das fontes de direito, a lei parlamentar era a fonte primeira pois era produto da vontade popular, vontade geral, exprimindo o interesse geral e as ambições mais generalizadas de felicidade. Perante esta:
 - Costume devia ceder: manifesta o consentimento tácito do povo pelo que não podia ser afastado mas também não podia valer contra a lei se esta fosse forma expressa e regulada do povo exprimir a sua vontade
 - Jurisprudência devia ceder: pois a legitimidade dos juízes é indireta e esta foi alvo de uma crítica política (Revolução foi feita também contra os juízes que, apoiados no carácter casuísta e flexível do direito, tornavam os seus resultados imprevisíveis e incontroláveis pelo cidadão – explica o papel de apenas aplicação da lei dos juízes na Europa, juntamente com o princípio da separação dos poderes)
 - Doutrina deixa de ter legitimidade como direito, aceite devido à autoridade técnica e doutrinária dos especialistas capazes de revelar direito – agora apenas útil para descrever, interpretar e integrar lacunas
- Direito reduz-se à lei, deixando de ser reconhecidas quaisquer outras fontes de direito ou quaisquer princípios supralegislativos a que a lei deva obedecer.

8.2.1.1. Razão jurídica vs razão popular

- Reação contra o domínio exclusivo da criação do direito pela vontade popular, expressa nas assembleias constituídas pelos representantes do povo. Constante difere a liberdades dos modernos da liberdades dos antigos, a liberdade de participar na constituição da ordem jurídica mas de manter uma reserva de liberdade pessoal em relação a qualquer ordem jurídica. Pelo contrário, os modernos ocupados na sua vida privada, não tem tempo nem devoção para se dedicarem às coisas públicas se estas privassem dos seus gozos privados – vantagem de ter representação política, delegar em políticos eleitos pelo povo aquilo que a multidão não quer ocupar-se.

História do Direito

8.2.1.2. Tradição

- Uma das razões pelas quais o povo não podia constituir livremente direito era o da tradição, ou seja, da valorização da constituição e do direito como legados da tradição, apenas modificáveis pelos processos de evolução natural das sociedades. Burke: ilegitimidade de uma alteração momentânea da constituição pois tinha-se a ideia de que a soberania não era propriedade de uma geração mas antes detida apenas por uma tradição de gerações, logo a geração presente é apenas uma concretização efémera desprovida de poderes constituintes. Savigny: origem do direito proviria do espírito do povo expresso nas instituições e manifestações culturais e históricas.

8.2.1.3. Direitos individuais

- Para outras correntes, as forças que criavam o direito, resistindo à alteração livre pela vontade soberana eram valores, valores dos direitos naturais dos indivíduos, anteriores as leis positivas e cuja proteção tinha constituído a verdadeira razão de estabelecimento da sociedade civil, do Estado e da lei.

8.2.1.4. Elitismo social

- O primeiro liberalismo mostra, no modelo dos equilíbrio social, que a sociedade não era um lugar de igualdade, nem deve tornar-se nisso – a sociedade política não devia corrigir mas antes ratificar as desigualdades da sociedade civil.
- Surgem assim os sistemas constitucionais de democracia restrita, baseadas na exclusão do voto de mulheres, criados, etc; e os sistemas censitários em que a participação política estava dependente da riqueza.

8.2.2 Positivismo e cientismo

- Condicionantes do discurso jurídico oitocentista provenientes do plano das ideias sobre o saber. Convicção de que todo o saber válido se devia basear na observação das coisas, da realidade empírica; de que a observação e a experiência deviam substituir a autoridade e especulação filosofante como fontes de saber.
- O saber jurídico, se quisesse merecer a dignidade de ciência, devia partir das coisas positivas e não de argumentos de autoridade e especulações abstratas – contra a incerteza do direito tradicional; contra a vinculação do direito à religião e à moral; contra a sua identificação com especulações abstratas como as das correntes jusracionalistas.
- As várias escolas entenderam de forma diferente o que era coisas positivas: apenas as leis (positivismo legalista); direito da vida, das instituições e do espírito do povo (positivismo histórico); estudo de acordo com as regras das novas ciências da sociedade (positivismo sociológico); conceitos jurídicos, genéricos e abstratos, válidos independentemente da variabilidade da legislação positiva, obedecendo ao novo modelo de ciência (positivismo conceitual).
- Ganhava firmeza e universalidade e constitui-se como saber acumulativo, ou seja, acumulando certezas e progredindo sucessivamente para uma forma mais completa de conhecimento. O saber jurídico, recusando o subjetivismo e o moralismo, excluía todas as considerações valorativas que tinham lugar na filosofia ou política do direito mas não na ciência.
- A crença nos resultados universais e cada vez mais perfeitos teve consequências na difusão mundial do direito europeu, impondo-o aos povos não europeus (combatendo os direitos locais e a organização jurídica e política em nome da modernização).

8.3. As escolas clássicas do século XIX

8.3.1. A escola da Exege

- Desde meados do séc. XVIII que a lei estadual tendia a monopolizar a atenção dos juristas, mas era temperado pelas ideias jusracionalistas, pela crença na existência de um direito suprapositivo com origem na razão. Já nos finais deste século, alguns estados europeus tinham incorporado em reformas legislativas os principais resultados das doutrinas jusracionalistas.
- Foi na França que a codificação, produto da Revolução, mudou radicalmente a face do direito, destruindo o direito anterior e promovendo a identificação do direito com os novos códigos. Os códigos napoleónicos constituíam a consumação de um movimento doutrinário que fora enriquecido com as contribuições jusracionalistas, aparecendo como uma espécie de positivação da razão, resultando de um processo legislativo conduzido pelos órgãos representativos da nação. Contribuíram para lhes dar um carácter de monumentos legislativos definitivos, cientificamente fundados e democraticamente legitimados. Perante eles não podiam valer outras fontes de direito. A lei adquiria assim o monopólio da manifestação do direito (positivismo legal).

História do Direito

- A doutrina apenas podia interpretar a lei, atendendo o mais possível à vontade do legislador histórico; integrar lacunas o jurista devia tentar modelar para o caso concreto uma solução que pudesse ter sido a do legislador histórico se o tivesse previsto.
- A supremacia estrita da lei sobre a doutrina e jurisprudência já fora proposta por Montesquieu, para quem os juízes apenas pronunciavam as palavras da lei, não tendo criatividade. Com a Revolução francesa, esta trouxe legitimidade política para a lei e desconfiança quanto aos magistrados e juristas – a ideia de primado da lei chega à proibição da interpretação, obrigando os tribunais a recorrer ao legislativo sempre que precisassem de interpretar uma lei.
- Assim, os juristas limitavam-se a fazer uma exposição e interpretação (exege) dos novos códigos. A Escola da Exege estava intimamente ligada ao ambiente político e jurídico francês, ou seja, a um Estado nacional revolucionário em corte com o passado, dotado de órgãos representativos e que tinham empreendido uma importante tarefa de codificação.
- A ideia de um código civil geral reflete o *pathos* da ideia de igualdade dos cidadãos, típica dos novos Estados pós-revolucionários, que os códigos pretendiam garantir pela sua generalidade e estrita subordinação dos juízes aos seus preceitos.
- A ideia de um código compacto, organizado e claro, visava facilitar a democratização do direito, pela generalização do seu conhecimento, evitando que os juristas tivessem de ser os mediadores forçados entre o direito e o povo. Além disso, as ruturas revolucionárias só podem ser institucionalizadas pela via legislativa e não pelo costume, doutrina ou jurisprudência, pois não estabelecem essas rápidas e constantes mudanças.
- A Escola da Exege impediu o desenvolvimento de um direito jurisprudencial bastante autónomo em relação aos códigos – jurisprudência muito criativa necessária para manter em vigor o Code Napoleon.
- Como ponto negativo temos a aceitação a lei como produto da vontade do povo, que pressupunha a transparência democrática do Estado, ou seja, que a lei resultasse diretamente da vontade geral dos cidadãos. Mas o carácter restrito da base social das democracias representativas, a manipulação da vida política pelos governantes destruíram estes pressupostos. Com o conhecimento do direito artificial, os cidadãos entendem que este não vai de encontro aos ideais de justiça social.
- As correntes exegéticas limitaram drasticamente a inovação doutrinal. A inovação só podia provir de modificações de vontade política e esta competia exclusivamente ao legislador (códigos como trabalho final de síntese de ciclos doutrinários, tendência para crer que não há mais a acrescentar – doutrina perde a sua função experimental).
- A inovação legislativa faz-se em grandes quantidades. A lei banaliza-se. O poder político substitui-se à autoridade científica como fundamento e legitimação do direito, que fica dependente das maiorias parlamentares, aproximando-se demasiado da política – perda de prestígio e de confiança no direito.

8.3.2. A Escola Histórica Alemã: a vertente organicista e tradicionalista

- Um dos pressupostos político do legalismo era o da existência de um Estado-nação, que os cidadãos reconhecessem como portador dos valores jurídicos da comunidade. Certas nações europeias, como a Alemanha e Itália, não conheceram um Estado nacional até ao final do séc. XIX. Nestes casos de privação de identidade política, a consciência nacional manifestou-se mais intensamente e reagiu contra a ideia de que o Estado e o seu direito legislado pudessem ser a única forma de manifestar a identidade política e jurídica. Recusam ao Estado este papel e valorizam as formas tradicionais e espontâneas de organização política.
- O Estado era uma forma universal, artificial e abstrata que não possuía qualquer particularidade nacional ou cultural, devendo ser rejeitado. A nação, intemporal, era identificável com as gerações e com os órgãos de soberania, devendo ser enaltecida. Neste sentido, o direito deve acompanhar a realidade nacional e não cristaliza-a num certo momento.
- Na Alemanha, é uma sensibilidade cultural e político-jurídica deste tipo que dá origem à Escola Histórica Alemã, fundada por Savigny. Esta procurava as fontes não estaduais e não legislativas do direito. A sua pré-compreensão da sociedade levava-a a conceber a sociedade como um todo orgânico, sujeito a uma evolução histórica em que no presente se leem os traços do passado e em que este condiciona naturalmente o que vem depois. Nesta evolução, peculiar a cada povo, manifestar-se-ia uma lógica própria, o “espírito do povo” que estaria na origem e daria unidade e sentido a todas as manifestações histórico-culturais de uma nação. O espírito do povo revelar-se-ia nas produções da sua cultura, valorizando o costume.
- As consequências deste ponto de vista:

História do Direito

- Antilegalismo e reação contra o movimento da codificação (a lei e o código introduzem um elemento sistemático no direito incompatível com a expressão e evolução do espírito do povo);
- Valorização dos elementos consuetudinários e doutrinários do direito (o papel dos juristas letrados era revelar o direito que parte do espírito do povo e não criá-lo);
- Revalorização da história do direito e do seu papel dogmático, como reveladora de um passado que, pela tradição, fecundava o presente;
- Sistemacidade e organicidade da jurisprudência.

8.3.3. A Escola Histórica Alemã: a vertente formalista ou conceitualista – a jurisprudência dos conceitos ou Pandectística

- Uma das componentes do historicismo é a construção sistemática do direito, que foi particularmente desenvolvida por um dos ramos da EHA, a pandectística ou a jurisprudência dos conceitos.
- A sistemacidade do direito decorre do facto de ele ser uma emanção de um todo orgânico, o espírito do povo. As instituições jurídicas teriam princípios orientadores que lhes dariam unidade e que, induzidos a partir da observação e descrição das normas jurídicas concretas, permitiriam que a exposição das instituições fosse feita de forma orgânica e sistemática, organizada por princípios gerais. Destes princípios extrair-se-iam também princípios inferiores e soluções para os casos concretos.
- Esta ideia de exposição e conhecimento do direito orientado por princípios gerais não se pode explicar sem referência a movimentos típicos da época: por um lado, uma evocação das novas ciências da vida que induziam conceitos a partir da observação dos seres vivos e lidavam com eles; por outro lado, este conceitualismo jurídico ligado a um novo ideal de ciência, oriunda do formalismo kantiano, que destaca a função estruturante das categorias e dos princípios gerais no conhecimento científico – o que garantiria a verdade científica seria a coerência interna das categorias do sistema de saber. O trabalho intelectual dos juristas devia consistir na construção de um sistema de conceitos jurídicos obtidos pela indução a partir das máximas do direito positivo.
- A função dos conceitos é facilitar a apreensão do direito e tornar possível a produção de novas soluções jurídicas por meio de desenvolvimento conceitual (poder genético dos conceitos).
- Ao direito não compete estabelecer padrões éticos de conduta mas garantir a liberdade que possibilita uma avaliação ética das condutas (Kant) e neste sentido, o formalismo conceitualista traduz, do ponto de vista histórico-cultural, uma posição individualista e relativista: individualista na medida em que os seus dogmas decorrem logicamente do princípio de que a sociedade resulta de uma combinação de atos de vontade de indivíduos livres e titulares de um direito originário a essa liberdade; relativista e formalista porque a pandectística se limita a atribuir ao poder a função de estabelecer uma forma de organização política que melhor possa garantir a liberdade individual, sem prescrever princípios ético-jurídicos que gerem o exercício dessa liberdade.
- Do ponto de vista sociopolítico, o formalismo da pandectística possibilitou a neutralidade do direito face aos projetos políticos contraditórios da burguesia. Esta erigia o seu formalismo e cientificidade como valores supremos, em face dos quais as soluções político-sociais contraditórias podiam ser neutral e objetivamente julgadas.
- Ao Estado e ao direito compete a racionalização social, avaliando as situações de forma neutra e objetiva, independentemente de valores políticos e da qualidade das pessoas em causa. Formalismo reagia contra a instrumentalização do direito pela política e pelo Estado. Fundando-se o saber jurídico numa ordenação formal e científica da realidade legislativa, a lei, vontade do poder político, constituía apenas o objeto de elaboração. Com isto, o direito doutrinal readquire a sua tradicional indisponibilidade perante o poder e pode legitimamente reclamar o papel de árbitro entre governantes e governados dando origem ao ideal de organização contemporâneo de um Estado dirigido por juizes.

8.3.3.1. Os dogmas do conceitualismo

- Alguns dos resultados mais característicos da doutrina pandectística:
- Teoria da subsunção: teoria segundo a qual a realização de justiça nos casos concretos seria assegurada subsumindo os factos ao direito, como um raciocínio de tipo silogístico em que a premissa maior era o princípio de direito e a premissa menor a situação de facto (reduz a atividade jurisprudencial apenas à aplicação automática dos princípios jurídicos mas combate também o arbítrio jurisprudencial)

História do Direito

- Dogma da plenitude lógica do ordenamento jurídico: embora haja lacunas o ordenamento jurídico já as cobre; assim o juiz deve entender, por dedução e combinação conceitual, o sistema normativo de modo a cobrir o caso sub judice.
- Interpretação objetivista: direito como sistema coerente de conceitos e assim o sentido de qualquer norma decorria da referência ao sistema normativo em que se integrasse.

8.4. As escolas anticonceitualistas e antiformalistas

- Na segunda metade do séc. XIX, surgem várias mudanças. O formalismo epistemológico kantiano cede perante o empirismo e experiencialismo. Quebra-se a unanimidade do primeiro liberalismo: manifestam-se movimentos socialistas, desenvolvimento da capitalismo faz surgir a questão operária.
- O ideal pandectístico de construir um direito separado da sociedade começa a desmoronar. A não correspondência entre o discurso e o contexto prático, acompanhada pela ascensão de um novo modelo de discurso científico criam as condições favoráveis para que o saber jurídico passe a ser abordado como as ciências naturais.
- O naturalismo jurídico trata o direito como um facto social, desvalorizando os seus desígnios normativos e procurando explicá-lo a partir da realidade psicológica ou social envolvente de acordo com os modelos utilizados nas ciências da natureza.

8.4.1. A jurisprudência teleológica

- Produto da sensibilidade vitalista é a segunda fase da obra de Jhering, dominada pela ideia de que a finalidade e o interesse são as entidades geradores do direito. A vontade é a causa genética dos atos humanos de que se ocupa o direito, mas a avaliação e disciplina jurídica desses atos parte, não deste momento de vontade, mas sim da consideração dos interesses subjacentes, quer dos proseguidos pelos interesses individuais dignos de proteção, quer pelos interesses sociais objetivos.
- O direito seria uma criação orgânica da sociedade, como um organismo vivo que espontaneamente aspira pelo equilíbrio de interesses que promove a harmonia e a preservação da vida social. Transita-se para uma conceção de direito em que este serve para garantir interesses socialmente úteis – lógica voluntarista e contratualista substitui-se por uma lógica utilitarista e transindividual.
- Esta corrente marca um retorno à ideia de uma ética material, propondo uma tábua de valores ligada a dados sociais objetivos, neste caso interesses gerados por arranjos objetivos e típicos de interesses sociais – institutos jurídicos.
- Jhering foi importante ao introduzir a noção de interpretação teleológica, de acordo com as finalidades ou interesses presentes. No entanto, nunca negou ao Estado o monopólio de edição do direito, o que se explica pelo papel que o pensamento organicista (corporização da sociedade e garantia da sua solidariedade) e o pensamento hegeliano (síntese racionalizadora das contradições sociais) atribuíram ao Estado.
- Mais tarde, vem a criar duas correntes: Escola do Direito Livre (desliga o direito do Estado) e Jurisprudência dos interesses (domínio da teoria da interpretação).

8.4.2. A Escola do Direito Livre

- Movimento de contestação mais radical do positivismo conceitual e lógico, defendendo a atribuição ao juiz de uma maior liberdade de aplicação do direito. Na sua origem está a constatação de que o juiz, no processo de busca da solução jurídica, parte do seu sentido de justiça e não da lei. Vários autores contribuíram para uma maioria consistência teórica das propostas de abandono do modelo estadual, legalista e racional do direito, em detrimento de uma fundamentação livre, fundada na sensibilidade jurídica comunitária, aplicada caso o caso pelo juiz.
- O extremismo das posições desta escola foi a limitação desta liberdade de criação do direito aos casos em que existissem lacunas na lei (lacuna como sempre que a interpretação da lei não fosse clara e inequívoca). Por isso, este movimento foi considerado como subversivo para a certeza e segurança jurídica do direito e da comunidade jurídica.
- Este movimento deu ênfase à natureza política da decisão do juiz insistindo na responsabilização pessoas que lhe está inerente e no compromisso ético e social deste quando decide.

8.4.3. A jurisprudência dos interesses

- Aceita os pressupostos do positivismo legal e tenta resolver o limitado problema das lacunas do ordenamento jurídico, trazidas pelas mudanças sociais e políticas.

História do Direito

- A sua proposta base é a de que, constituído qualquer caso jurídico um conflito de interesses, a decisão a atingir deve ser basear numa ponderação desses interesses e não a partir da dedução conceitual. Os conceitos teriam apenas uma função didática e constituiriam fórmulas sintéticas com o auxílios das quais poderia ser descrita a forma usual de obter a correta ponderação dos interesses num determinado tipo de casos, sugerindo uma abordagem do problema a resolver. No entanto não teria nenhuma função decisiva na busca de solução jurídica.
- Crítica o conceitualismo mantendo-se nos quadros do legalismo, pois a adequada ponderação dos interesses é feita equivar à ponderação que se guie pelos critérios de avaliação feitos pela lei. Embora não se esteja a decidir de acordo com a letra da lei, está-se a respeitar a avaliação de interesses legalmente estabelecidos e a partir dela para um construtivismo de outro tipo, de análise das valorações legais e da sua extensão a casos não previstos (não deixa de reconhecer a lei como única fonte de direito e de insistir no dever de obediência dos juizes à mesma).

8.4.4. O positivismo sociológico e o institucionalismo

- A ideia de que o direito está indissolúvelmente ligado à sociedade não era nova no saber jurídico. No entanto, a primeira manifestação de um positivismo sociológico que obedece aos modelos epistemológicos das novas ciências sociais no que respeita à adoção de modelos mecanicistas ou funcionalistas de explicação, foi o sociologismo de Comte.
- Para Comte, as ciências sociais devem explicar o todo social, orgânico das relações entre indivíduos, pelo que o indivíduo deixa de constituir o principal objeto do saber social, tornando-se inexistente. Real, geral e positiva era a sociedade, respondível pela positividade das ciências do saber social.
- O positivismo sociológico constitui uma crítica direta ao individualismo, voluntarismo e contratualismo da pandectística.
- O indivíduo não era livre e autodeterminado mas um ser dependente, que só sobrevivia da solidariedade social. Assim, a sociedade não passava de um conjunto de relações forçadas entre indivíduos, baseadas no carácter incompleto e na sua necessidade de estabelecer essas relações. Por fim, a ordem social e política não se fundava num acordo de vontades que melhor garantissem os direitos naturais mas nas condições e exigências objetivas da vida social, concretizadas em instituições.
- Entretanto, o Estado representava o cume da organização social. Este, como instituição orgânica, não era só um garante de direitos e liberdades individuais mas um portador dos interesses do organismo social mais elevados e, por isso, um agente de racionalização social.
- No domínio do direito, o aplicador da metodologia de Comte é Durkheim, que leva a cabo a crítica à pandectística sob o ponto de vista da sua teoria social implícita (individualismo contratualista) e da sua teoria do conhecimento jurídico (formalismo).
- Considerava que a ordem social, política e jurídica, não repousava nem no acordo das vontades individuais (jusracionalismo) nem da vontade disciplinadora do Estado (legalismo e estadualismo) mas nas solidariedades sociais objetivas geradas pela especialização e pela divisão das funções sociais. As normas jurídicas corporizadas em instituições seriam objetivas.
- A crítica positivista à pandectística teve consequências importantes na configuração do saber jurídico. Por um lado (antiformalista), ao aproximar o saber jurídico em relação às ciências sociais dá origem a disciplinas jurídicas novas, como a sociologia e antropologia jurídicas, que permitem compreender o lugar do direito nos processos de normação e de disciplina sociais. Também chamou a atenção para a importância do conhecimento das circunstâncias concretas da vida do direito no estabelecimento das soluções jurídicas ou legislativas.
- Por outro lado (antilegalista e antiestadualista), recusou a identificação entre direito e lei chamando a atenção para um direito surgido das próprias instituições sociais, existente para além da vontade estadual expressa na lei e num plano que lhe era superior.
- Por fim (antividualista), o positivismo armou metodologicamente a crítica aos fundamentos ideológicos individualistas e contratualistas da pandectística, no domínio do direito público (crítica da forma individualista, democrática e liberal do Estado, baseado no sufrágio e nos direitos naturais, propondo formas de organização dos grupos em corporações) e do direito privado (moderar o primado do princípio da vontade e reintroduz estruturas normativas objetivas).
- O positivismo sociológico teve apropriações politicamente contraditórias: valeu como um movimento de ideias no critico das instituições e valores estabelecidos que cria no dever necessário das sociedades e, por isso era contrário a todo o conservadorismo; por outro lado, dissolvendo o indivíduo da sociedade, permitia extrapolações antidemocráticas como a negação do sufrágio, servindo de base a reações antiliberais e regimes autoritários fascistas, além disso facultava justificações ao sexismo, racismo e expansionismo.

História do Direito

- Também no que respeita às fontes de direito, o sociologismo valoriza, por um lado, a pluralidade de instâncias normativas da sociedade e reage contra o monopólio estadual da edição do direito (legalismo). Mas, por outro lado, ao insistir no papel regulador do Estado, acaba por atribuir à lei a categoria de fonte última e decisiva do direito.

8.5. As escolas críticas

- As escolas críticas defendem que as normas jurídicas não constituem proposições universais, necessárias ou politicamente neutras. Assim, importa compreender o funcionamento do direito em sociedade para desvendar os seus compromissos sociais e políticos, bem como a violência e discriminação a elas inerentes.

8.5.1. O sociologismo marxista

- Karl Marx foi o principal inspirador da crítica ao pensamento jurídico dominante. Não foi jurista mas um cientista social e político que, numa interpretação global da sociedade, fortemente critica o status quo.
- Marx empreendeu um estudo científico das sociedades humanas do qual concluiu que o processo histórico era explicável pela oposição dos grupos sociais, cuja existência conflitual era justificada pelo facto de o controlo da produção dos bens estar desigualmente repartido entre os homens. Do facto de uns possuírem esses meios de produção e outros estarem deles privados decorria uma luta de classes na qual a classe dominante tentava manter a sua posição e a dominada emancipar-se. Esta situação só acabaria com uma repartição igualitária do controlo dos meios de produção, garantida por uma apropriação coletiva dos mesmos – socialismo – proibindo a exploração do homem pelo homem e, assim, atingindo uma sociedade sem classes. A ascensão máxima do marxismo era a extinção do direito e do Estado.
- Marx forneceu ainda uma teoria sobre o estado atual da sociedade, o capitalismo caracterizado pela privatização dos meios de produção e pela distribuição dos bens através do mecanismo do mercado. Do ponto de vista político, o marxismo é uma proposta política e social revolucionária, centrada na crítica da sociedade capitalista e no objetivo da sua substituição pela sociedade socialista.
- É neste quadro geral que se insere a crítica que o marxismo dirige ao pensamento jurídico estabelecido, considerando dois aspetos: a crítica à explicação social do direito e a crítica ao direito capitalista.
- Quanto à natureza social do direito, o marxismo defende que todas as manifestações da vida social são determinadas pela organização social da produção, ou seja, pelo modo como os homens se relacionam para levar a cabo a produção de bens. O direito, como infraestrutura das classes que detinham os meios de produção, refletiria esse nível fundamental da organização social, defendendo os interesses e exprimindo os pontos de vista das classes dominantes, ou seja, não seria algo de natural ou de ideal mas uma ordem socialmente comprometida e um instrumento da classe.
- Também o idealismo e o formalismo das escolas de pensamento clássico são postos em causa por Marx, que define o direito como um facto essencialmente classicista por meio do qual os grupos dominantes exercem o seu poder sobre os demais. Este carácter revelar-se-ia em dois momentos: por um lado, o direito estabelece diretamente o domínio de classe ao impor normas de conduta que favorecem os dominantes e subjugam os dominados; por outro lado, o direito capitalista funciona também como ideologia de cobertura, ou seja, cria uma imagem falseada das relações de poder, ocultando sob a capa da igualdade jurídica as reais desigualdades sociais.
- Critica o jusnaturalismo porque diz que os homens não são livres e iguais e não existe direito natural porque este depende da organização política e social da sociedade.
- A crítica marxista dirige-se ao conteúdo e à forma do direito capitalista, apresentando alternativas. Quanto ao conteúdo, propunha um direito que protegesse as classes trabalhadoras e os mais desprotegidos – foi surgindo por influência do movimento operário no âmbito do direito do trabalho e, mais tarde, com o advento da URSS criou-se um direito que protegia os interesses que o Partido Comunista definia como dos trabalhadores e que sujeitava os inimigos da classe à ditadura de proletariado. O direito passa a ter um carácter instrumental, ao ser uma arma política ao dispor da classe operária na sua luta pela construção do socialismo. Quanto à forma, a insistência das características da generalidade e abstração da norma jurídica fez com que se tendesse para considerar o direito como um modelo capitalista de regular a sociedade, explicando a desconfiança dos regimes socialistas perante a formalização jurídica genérica e a sua preferência por uma regulação casuística e decisionista, baseada em diretivas concretas provenientes da ponderação política de cada caso individual.

8.5.2. O marxismo ocidental dos anos 60

- Marxismo ocidental distanciou-se do determinismo economicista – o Estado e o direito seriam instrumentos de classe servindo interesses dos grupos dominantes. Mas a sua funcionalização político-social não foi absoluta devido à sociedade complexa e mesmo contraditórias no que toca aos interesses dominantes.
- Existência de um relativo pluralismo político-social devido a um novo entendimento da determinação da vida social pela lógica das relações económico-sociais: ideia de que a par do nível económico podem ser desenvolvidas nos outros níveis outras lógicas de organização; ideia do modo de produção aplicado individualmente a cada um dos níveis de produção social; relativa autonomia própria dos níveis antes designados de supra-estruturais (como o direito).

8.5.3. A crítica do direito

- Nova preocupação de compreender o modo como o direito cria sistemas de classificação e hierarquização, normas e imagens, que condicionam relações de poder na sociedade – escolas críticas do direito: influenciados pela crítica marxista do direito e pela Escola de Frankfurt (desmontagem sistemática dos pressupostos ideológicos da cultura do mundo ocidental).
- Ao nível político, os níveis de produção do poder são concebidos como produto de uma organização local da realidade social levada a cabo por grupos sociais num certo momento histórico – também o direito é uma produção arbitrária, local e histórica de grupos sociais, mas também um instrumento de construção de representações, de categorias e das hierarquias sociais correspondentes.
- A função crítica do direito é desvendar o que está na raiz das representações jurídicas, desmistificando o direito como uma ordem racional, neutra e fundada objetivamente na realidade social mas também lhe compete revelar os processos pelos quais o direito colabora na construção das relações de poder.