portanto, socializar, o que demonstra que a vida em sociedade já existia. Leon Duguit destaca assim o paradoxo que é o contrato social, sendo que o direito ~~de um contrato~~ e a sociedade brotam não de uma vontade, mas sim de uma necessidade. Também na teoria do crime se procede a uma desvalorização da ~~von~~ vontade e motivação humana. Estas escolas afirmam que o ~~do~~ indivíduo está profundamente condicionado pelos condicionantes sociais ~~que~~ que o envolvem, não existindo quase espaço para a "autonomia de vontade". ~~Neste caso~~ No que toca à liberdade contratual, ~~este~~ o positivismo sociológico procede a várias mudanças. Marcado por um período ~~de~~ posterior de capitalismo selvagem, que criou bastantes desigualdades sociais, o direito ~~surge~~ é encarado com o dever de resolver estes problemas, garantindo a manutenção da sociedade através da solidariedade. Desta forma, ~~os contratos de trabalho~~ os contratos de trabalho ~~eram~~ estavam limitados pela solidariedade social, devendo garantir as melhorias nas condições de vida das forças de trabalho, de forma a poderem reproduzir-se e assegurar ~~o~~ a base de trabalho da sociedade. Verifica-se ~~assim~~ ainda uma ideia de planificação da economia, de forma a garantir que a solidariedade social era prosseguida, não permitindo a adoção de medidas que "pisassem" os mais fracos. ~~Neste~~ Observa-se assim uma restrição à autonomia de vontade de cada um, ~~imposta~~ feita por parte do Estado que devia também ele garantir que todos os seus governados concretizavam ~~esta~~ esta solidariedade social. Daqui derivam ideias de um partido único, ~~que~~ de forma a que não fosse eleito um que ia contra esta ideia de preservação social – outra vez, limite à "autonomia da vontade" de cada um.

Também na ideia de família se verificam mudanças. Esta era vista como um ~~meio~~ facto social, sendo essencial para a inserção de cada um na sociedade. Assim, cada um devia cumprir com o seu papel – neocorporativismo. Por exemplo a mulher, deveria ficar em casa a educar os filhos, pois só assim estaria a contribuir para a solidariedade social. ~~Surge~~ Renasce esta ideia de que igualdade não é necessariamente igualdade de direitos ou de ocupação profissional, mas sim de contributo para a sociedade e manutenção da mesma.

Por outro lado, as escolas marxistas viam o direito não como uma necessidade (escolas sociológicas) nem como natural, mas sim como estruturante, servindo as classes dominantes procedendo a uma ocultação da realidade. Segundo estas, a autonomia de vontade, a liberdade contratual e a igualdade eram ~~abstrações~~ abstrações ~~da realidade~~ irreais, de uma sociedade marcada por profundas ~~desigualdades~~ desigualdades económicas. Face a estas, nem todos ~~tinham~~ usufruíam de "autonomia de vontade", ~~sendo~~ apenas as classes dominantes, que tinham liberdade para decidir como quisessem. ~~No~~ No caso das classes oprimidas,

NOVA SCHOOL OF LAW

N.º Exame: 374899

Ass. Professor(a):

Cód. Disciplina: 27128 Disciplina: História do Direito

Ano Letivo: 2019-20 Data: 16/06/2020

Classificação: ~~Negativa (13)~~ Negativa (19)

I 1) 85↑ I 3) 95↑ II 90↑

(1) O Direito Canónico encontrava-se de certa forma, numa posição concorrencial com o direito romano, dentro das fontes do Direito comum.

Visualizava-se estes dois direitos ~~em~~ em dimensões distintas, o romano numa dimensão terrestre, e o canónico pertencente a uma dimensão espiritual. No entanto, seria da harmonia destes dois que resultaria a organização na sociedade, alcançando assim a ordem querida por Deus. ~~Assim~~, sendo de diferentes dimensões, muitas vezes estes direitos ofereciam diferentes soluções para cada situação. Por exemplo face a um rei tirano, o direito romano apelaria imediatamente à destituição deste, ~~estando~~ pretendo forte contestação. Já o direito canónico, apesar de apelar ao fim deste mal, defende antes a resiliência de cada um, que deve aguentar este infortúnio enquanto não possa, e visualiza-lo como a cruz que poderá levar à salvação ~~e~~ alcançando assim a vida eterna.

Face a estas diferenças, ~~existência de casos~~ foi necessário definir critérios para ~~a aplicação~~ saber quando a aplicação de um direito ou do outro. É então que surge o critério do pecado. Este afirma que sempre que ~~o direito civil conduzir a~~ da aplicação do direito romano resultar uma situação de pecado, colocando assim os objetivos finais espirituais ~~da vida eterna~~ em perigo, deverá antes proceder-se à aplicação do direito comum.

O direito canónico preocupava-se com a parte subjetiva e interior dos atos, dando importância às intenções do individuo, verificando se ele ~~age~~ age ou não

em boa fé. Exemplo disto seria a questão da usura, que consistia na cobrança de juros de um indivíduo a outro, por determinado produto. Segundo o direito romano, este poderia ocorrer, tendo em conta que regulava as relações comerciais no mundo terrestre. No entanto, o direito canónico condenava este acto, sendo que Deus criou o dinheiro associado à troca de bens, não devendo este ser utilizado para cobrança do tempo ou do nada. Sendo que da aplicação do direito civil resultava uma situação de pecado, devia antes proceder-se à aplicação do direito canónico.

O direito canónico reconhecia que o mundo terrestre, considerado imperfeito em comparação com o divino, teria também de regras imperfeitas a regular relações entre homens imperfeitos. Dito isto, poderia suceder-se que permitisse por vezes que a usura ocorresse, sendo que era favorável às relações humanas, e poderia ainda ser considerado uma acção de caridade por parte do devedor - apelo aos sentimentos, que poderiam conduzir à salvação.

3. O positivismo legalista marcava-se pela máxima voluntarista que lhe conferia um cariz democrático. No entanto, este era de certa forma, enganador, e apenas realizado na teoria, deixando na prática, algumas imperfeições.

A única fonte do direito era agora a lei, legitimada na vontade do soberano, povo soberano - soberania popular. Desta forma, é dada uma grande importância ao parlamento, sendo que seria aqui que o povo afirmaria a sua vontade através do voto. Destaca-se este como um dos primeiros momentos de democratização, sendo que seria o povo a criar as leis, sendo a sua vontade absoluta, sem qualquer limite supralegislativo. No entanto, da mesma situação brotam características de desdemocratização. Esta deve-se ao facto de que, apesar de assente na vontade do povo expressa no voto, o sufrágio não cobria a totalidade da população. As mulheres, os analfabetos, os escravos e os pobres - sendo que o voto era censitário - não tinham acesso ao direito. Verifica-se assim um elitismo social, afastando-se propositadamente partes do povo consideradas ignorantes e irracionais.

Já quanto ao intenso movimento de codificação que se verificou com as escolas legalistas, se destacam tanto elementos de democratização bem como de desdemocratização. O primeiro deve-se ao facto de que estes códigos eram feitos de forma clara, simples, possível de ser entendida, constituindo-se assim pelo acesso de todos ao direito. Esta situação não se verificava por exemplo na época da modernidade, em que o direito era revelado de forma complexa e muito técnica pelos juristas.

No entanto, estes códigos do positivismo legalista, eram simultâneamente elemento de desdemocratização, cristalizando valores considerados superiores, que não podiam ser alterados de certa forma entroquelando a força legislativa do povo. Também aqui se observa um certo elitismo social, sendo estes códigos escritos por juristas que falam pelo povo, decididos por seu critério, tendo como único critério a sua vontade e razão, para proceder à codificação de determinados valores. Estes ficariam assim vedados à vontade popular, que já não os poderia mudar se fosse essa a sua vontade.

Por último, destaca-se ainda um último elemento de desdemocratização, observado no difícil acesso aos cargos políticos, sendo os valores a pagar para tal ainda mais elevados do que para votar. Desta forma, os ideais democráticos que este positivismo apresentava (igualdade, liberdade, soberania popular) não eram totalmente executados, encontrando várias falhas na sua execução.

II

2. Ideais liberais como "autonomia da vontade", "liberdade contratual" ou "igualdade" eram "abstrações metafísicas" que se consideraram nas escolas sociológicas, prejudiciais à solidariedade social, e nas escolas marxistas, uma forma de ocultação da realidade.

Começando pelo positivismo sociológico, é importante resolver que este visualizava a sociedade composta por um corpo orgânico, composto por complexas relações entre os indivíduos. Isto brotava da ideia de que os indivíduos eram dependentes uns dos outros, existindo desde sempre em sociedade e nunca enquanto indivíduos separados, ideia que era uma mera abstração metafísica. Surge daqui uma primeira crítica ao contratualismo e ao seu teor voluntarístico, afirmando que para se proceder a um contrato é necessário discutir e

NOVA SCHOOL OF LAW

N.º Exame: 374899

Ass. Professor(a):

Cód. Disciplina: 27128 Disciplina: História do Direito

Ano Letivo: 2019 / 2020 Data: 16 / 06 / 20

Classificação:

II

(2) estes ~~[illegible]~~ não detinham "autonomia de vontade", estando condicionados pelas más condições económicas em que viviam face à exploração feita pela vontade dos mais poderosos.

~~As~~ A principal crítica marxista feita ao direito residia no facto de acreditarem que este servia como instrumento das classes dominantes, que o usavam como ~~[illegible]~~ forma de ocultar a realidade. Esta sua função é explicada em dois níveis: conteúdo e forma. Quanto ao conteúdo, ~~[illegible]~~ Consideravam que apenas serviam os interesses dos opressores, debruçando-se em assuntos e leis que eram do seu interesse. Por exemplo a questão da liberdade contratual, era dirigida apenas aos interesses ~~[illegible]~~ das classes dominantes, que teriam total liberdade sobre as condições de contrato, subjugando-se depois as classes operárias a isto, independentemente delas, uma vez que necessitavam trabalhar.

Quanto à forma, a principal crítica era quanto ~~[illegible]~~ à generalidade e abstracionismo das leis. Sobre esta igualdade formal, escondia-se uma desigualdade material, ou seja, o direito aplicava leis ~~[illegible]~~ para todos, a indivíduos claramente diferentes. Era então sob a capa do carácter legal e abstrato das leis que se escondia o papel ~~[illegible]~~ opressor do direito. Era ao criar uma ideia de igualdade formal que se escondia uma ~~[illegible]~~ desigualdade existente na sociedade.