

HISTÓRIA DO DIREITO

Sebenta

Ana Patrícia Magalhães

2020/2021



Nova School of Law
Prof. Ana Cristina Nogueira

Índice

IMAGINÁRIOS DA SOCIEDADE E DO PODER	4
1. Pré-modernidade e modernidade.....	4
2. Estatuto dos Universais	5
3. O imaginário corporativista.....	7
4. O imaginário individualista.....	9
DIREITO COMUM	12
1. Fatores de unificação.....	12
2. Direito romano	13
3. Receção do direito romano na Europa medieval.....	15
4. Direito Canónico	16
5. Lugar e influência do direito canónico no direito comum	17
DIREITO NA PRÉ-MODERNIDADE.....	19
SÍNTESE DO DIREITO COMUM.....	22
ESCOLAS DA TRADIÇÃO JURÍDICA MEDIEVAL.....	24
1. Glosadores.....	24
2. Comentadores.....	25
METODOLOGIA APLICATIVA DO DIREITO COMUM: A DIALÉTICA ARISTOTÉLICO-TOMISTA	29
1. Ordem natural das coisas.....	29
2. Método tópico-dialético	30
3. Razões históricas favoráveis ao desenvolvimento do método tópico-dialético na época medieval	32
4. Discurso jurídico medieval.....	34
5. O legado do <i>ius commune</i>	35
AS ORDENAÇÕES DO REINO DE PORTUGAL	37

JUSNATURALISMO	41
JUSNATURALISMO TRADICIONAL.....	43
1. Instâncias de direito natural.....	44
2. Dimensão conservadora	45
3. Espécie de utilitarismo	45
4. Síntese	47
Jusnaturalismo Moderno	48
1. Escolas importantes desta época (e de transição).....	49
2. Diferenciação com o jusnaturalismo tradicional	53
3. Dimensão individualista do jusnaturalismo moderno	54
4. Dimensão objetivista do jusnaturalismo moderno	57
5. O direito racionalista da modernidade cultural: elementos de rutura e legados para o futuro	60
FONTES DO DIREITO PORTUGUÊS NA ÉPOCA MODERNA.....	62
Positivismo.....	66
1. Superação do contratualismo	66
2. O formalismo jurídico	67
3. Positivismo e cientismo.....	67
POSITIVISMO LEGALISTA.....	69
ROMANTISMO JURÍDICO – ESCOLA HISTÓRICA ALEMÃ	72
1. Contextualização histórica do séc. XIX	72
2. Fundadores e correntes da EHA.....	74
3. Contexto filosófico e cultural – romantismo.....	75
4. Escola Histórica Alemã.....	76
5. BVB – uma breve alusão.....	81
6. Resumo.....	82
ESCOLAS ANTICONCEITUALISTAS E ANTIFORMALISTAS	83

1. Diferenças e semelhanças entre a Escola da Exegese (EE) e a Escola Histórica Alemã (EHA)	83
2. Positivismo formalista e conceitualista vs. positivismo anticonceitualistas e a antiformalista	84
3. Jurisprudência teleológica de Rudolf v. Jhering	86
4. Escola livre do Direito	88
5. Jurisprudência dos Interesses de Philipp Heck	89
6. Jurisprudência da valoração ou axiológica	90
7. Positivismo sociológico e Institucionalismo	90
ESCOLAS DE CRÍTICA SUBSTANTIVA DO DIREITO	93
1. Postulados das Escolas de crítica substantiva do direito	93
2. Principais traços do marxismo clássico	93
3. O direito no marxismo clássico	95
4. Desenvolvimentos posteriores – marxismo ocidental dos anos 60	96

IMAGINÁRIOS DA SOCIEDADE E DO PODER

1. Pré-modernidade e modernidade¹

A história do direito do último milênio divide-se em três grandes épocas – pré-modernidade, modernidade e pós-modernidade – de autocompreensão do mundo humano.

A pré-modernidade pode situar-se entre os séculos XII e XVIII. Estas comunidades visavam a manutenção da ordem existente e o respeito pela tradição. Não havia um plano global com o objetivo de orientar a sociedade, uma vez que esta não devia ser artificialmente alterada. Assim, a comunidade política não era especializada – apenas mantinham ou restauravam a ordem quando esta se afastava do que estava estabelecido. Bauman, na sua obra, designa os intelectuais desta época como sendo “intérpretes”.

“Aplicando este modelo ao mundo jurídico, os especialistas do direito, nestas comunidades, seriam bem designados como prudentes, ou seja, especialistas num saber prático, colhido da observação, de agir em cada caso concreto no sentido de manter ou restaurar os equilíbrios locais. Seriam, portanto:

- peritos no escrutínio de ordens diferentes e quase entrelaçadas;
- derivando a ordem de arranjos “naturais” existentes;
- assumindo a natureza derivada, local e limitada das suas arbitragens;
- reivindicando um papel de mediadores (tradutores, intérpretes) entre diferentes sistemas normativos (religião, piedade, graça, amizade, usos comunitários, vontade régia) através de conceitos-ponte que permitem o diálogo bilateral entre essas ordens locais”.

Ou seja, os juristas recebiam o direito tal como era, na medida em que emergia espontaneamente das coisas. Não tinham a função de criarem o direito nem de retificarem a ordem, apenas observavam e interpretavam o que já existia.

Por contraste, a modernidade, que se situou entre os séculos XVIII e XX, visa o progresso, a busca por uma sociedade ordenada de acordo com um plano global e a crença de que se evolui

¹ Hespanha, *Cultura Jurídica Europeia – Síntese de um Milénio*, pág. 91-97.

para os valores finais. Este plano é racional e imposto, pelo que é artificial – previsão científica e provisão política.

Posto isto, os intelectuais possuem legitimidade para arbitrar, proveniente do seu conhecimento que assenta em procedimentos racionais com validade universal (sem ligação com a tradição). Bauman descreve os intelectuais da modernidade como “legisladores”.

“Na verdade, os legisladores modernos – aqueles que inventaram e depois difundiram por todo o mundo a lei rígida, geral e abstrata do Estado – encaixam perfeitamente na descrição acima apresentada:

- um intelectual autoconfiante e autoritário;
- proprietário exclusivo de um conhecimento verdadeiro e geral sobre a natureza, a sociedade e a moral;
- agressivamente cego em relação a acordos normativos preexistentes ou a abordagens alternativas (nomeadamente enraizadas, tradicionais, comunitárias) à ordem social estadual;
- capaz de reafirmar a ordem das coisas (ou melhor, capaz de impor uma ordem às coisas);
- capaz de decidir controvérsias de acordo com padrões monótonos extraídos da lógica do sistema legislativo.”

∴ Na base desta divisão está uma diferença de fundo relativamente à noção de Direito (sentido) e à forma como o mesmo é determinado (método).

2. Estatuto dos Universais

Esta questão permite compreender a diferença de fundo entre os pensamentos vigentes nas duas épocas.

Os “universais” são as ideias gerais que permitem caracterizar os “particulares”, sendo estes as realidades individuais localizadas no tempo e no espaço – existem conceitos universais partilhados por todos os particulares. Por exemplo: a árvore que tenho no jardim é um particular; a ideia de árvore é um universal, que me permite reconhecer o objeto que tenho no jardim como uma árvore, bem como quaisquer outros objetos (outras árvores) que reúnam as mesmas características essenciais.

Assim, surgem duas correntes de pensamento com o objetivo de responderem à questão da existência (ou não) dos universais – o realismo (clássico ou aristotélico-tomista) e o nominalismo (franciscano).

Realismo Clássico

Esta forma reconhece, através dos elementos comuns, que há uma ordem no mundo subjacente e inerente a toda a realidade natural, pela qual cada particular pode ser entendido. Deste modo, os universais são uma manifestação dessa ordem; os universais existem realmente, ainda que de forma latente, nos particulares: *universalia in rebus* (os particulares representam os universais).

Esta ordem é teleológica: ao contemplar a natureza, os antigos constatavam que as realidades naturais estão em constante mutação, sendo essa transformação orientada por fins (“universais” que se constata pela observação de vários “particulares”). Os fins, por sua vez, são tendências que, por vezes, se realizam e, outras vezes, não (a ordem nem sempre é efetiva, mas está sempre latente, é uma potencialidade inscrita na natureza das coisas).

O fim subjacente às substâncias naturais corresponde à maior realização possível das potencialidades dessa substância: o fim é a ordem, é o Bem, a perfeição ou completude do ser.

Exemplo: um possível fim de uma flor é a reprodução; uma flor que “cumprir” todo o seu “ciclo de vida”, é melhor, mais perfeita e completa do que uma flor que morreu a meio do ciclo.

Nota: Esta corrente está na base do imaginário corporativista.

Nominalismo

Esta corrente foca-se no que há de diferente (caráter único de cada particular) e, por isso, rejeita qualquer ordem inerente às coisas. Por conseguinte, os universais são meras formas de designar (recursos linguísticos) conjuntamente várias realidades e têm apenas valor nominal, não são uma realidade comum: *universalia post res*.

Como só existem os particulares, o conhecimento humano deve incidir na sua análise, na análise dos termos concretos e imediatos em que eles se apresentam (positivismo); para tal, é útil a observação, a medição, a experimentação (relações causa-efeito).

Nota: Esta corrente está na base do imaginário individualista.

3. O imaginário corporativista²

O ser humano, de acordo com a ordem teleológica, também é dotado de fins naturais, porém, ao contrário de outros seres vivos, é dotado da capacidade de decidir o seu comportamento de forma consciente (vontade). Tal confere-lhe a possibilidade de procurar a realização dos seus fins naturais, não apenas de forma instintiva (como acontece com os animais), mas de forma ativa, através de hábitos que progressivamente visam essa realização – as virtudes.

Ao observar a realidade humana, conclui-se que o ser humano é dotado da capacidade de linguagem avançada, a um nível único entre os seres vivos. Daí decorre a sua natural sociabilidade que é um fim natural do Homem, necessário para realizar as suas potencialidades, a vida em sociedade, desde que na mesma haja harmonia, paz social.

Assim, a virtude necessária para que o Homem se ordene ativamente à vida harmoniosa em sociedade é a virtude da Justiça (hábito que leva alguém a agir segundo a escolha que faz do que é devido a cada um).

Origem e contexto

A ideia da existência de uma ordem natural pré-existente teve por base a Criação, em que Deus deu ordem ao mundo e destinos (fins) às coisas, e a filosofia de Aristóteles, para o qual o mundo estava organizado por finalidades. As coisas desenvolviam-se e encaminhavam-se para os seus lugares naturais. No caso dos homens em concreto, a sua finalidade era a vida política e, com isso, a prossecução de uma sociedade organizada em vista do bem comum.

Justiça, direito e juristas

Nesta conceção, justo era aquele que dava a cada um aquilo que lhe pertencia. A sociedade estava organizada por relações sociais interpessoais (comerciais, tributárias, familiares, de caridade, de amizade, etc.) que manifestavam a ordem essencial das coisas e das pessoas. Consequentemente, surgiu a noção de que havia algo que era devido a outrem – algo que era justo dar a outrem (pagar um preço, um imposto, respeitar os pais, dar uma esmola, ajudar um amigo, etc.) – e que tal contribuía (direta ou indiretamente) para o bem comum, para o bom funcionamento da sociedade, para uma sociedade harmoniosa e pacífica, na qual os seus membros se podiam realizar.

² Hespanha, *Cultura Jurídica Europeia – Síntese de um Milénio*, pág. 98-111.

O direito tinha um papel determinante, pois o direito correspondia à situação em que se vivia a virtude da justiça, era a situação objetiva justa, ordenada – justo por natureza. Portanto, os juristas deviam interpretar a realidade e enunciar em que consistia a ordem num caso concreto.

Esta ordem social que o direito visa manter ou reestabelecer pode ser caracterizada das seguintes formas:

- Ordem e criação – a ordem era a natureza das coisas, era uma realidade objetiva, indisponível, criada por Deus e, por isso, especialmente digna de respeito (≠ de fideísmo);
- Ordem oculta (subjacente) – a ordem era identificável pelas tendências, nem sempre efetivas (espontânea na vida das pessoas e nas suas relações);
- Ordem e vontade – a constituição natural era um critério superior para aferir a legitimidade do direito vigente; a ordem social era praticamente indisponível e não devia ser alterada, por isso o bom governo era aquele que mantinha a ordem, mas não impunha a “sua ordem” (governo ordinário);
- Ordem e desigualdade – na diversidade da realidade social, os vários membros tinham funções diferentes e próprias, mas todos contribuía(m) para a ordem, para o bem comum; as pessoas que ocupavam lugares de submissão na sociedade não eram menos dignas, apenas tinham um lugar específico;
- Ordem e “estados” – o “estado” corresponde a um lugar na ordem, a uma tarefa ou dever social; o lugar ou função na sociedade implicava um estatuto jurídico próprio, um conjunto de direitos e deveres de cada estado (homens, mulheres, agricultores, militares, religiosos...); a verdadeira pessoa jurídica era o estado e não os indivíduos;
- Ordem e pluralismo político-jurídico – da ideia acima descrita, provém a ideia de que todos os órgãos eram necessários à sociedade, pelo que o poder era por natureza repartido e traduzia-se na autonomia político-jurídica dos corpos sociais; cada corpo social tinha jurisdição para se autogovernar e, por conseguinte, existia uma multiplicidade de jurisdições e várias fontes de manifestação (pluralismo jurídico).

Ideias chave

1. A ideia de um FIM ÚLTIMO;
2. A ordem reside na DESIGUALDADE:
 - i. Diferenciação dos estatutos sociais;
 - ii. Igual dignidade das partes (complementaridade, indispensabilidade);
 - iii. Hierarquia social;
 - iv. Autonomia funcional;

- v. Natureza repartida do poder;
- vi. Autogoverno das partes (fazer leis e estatutos, constituir magistrados, julgar conflitos);
3. A função da “cabeça” é “dar a cada um o que é seu”, ou seja, realizar a justiça;
4. Ideia do carácter natural da constituição social;
5. Juristas e tribunais como guardiões da “Constituição natural” que “observam”;
6. Tirania, revolução e “inovação”.

4. O imaginário individualista³

Nominalismo franciscano – história

Começou (indiretamente) com Francisco de Assis (séc. XII-XIII). Este foi o fundador da ordem franciscana, defendia que se devia adotar o Evangelho como a única regra de vida e, nomeadamente, o conselho da pobreza. Como tal, os franciscanos não deveriam ser donos de nada, nem exigir nada de ninguém – o direito ser-lhes-ia, portanto, irrelevante (pobreza até intelectual).

Os membros da ordem não viviam de acordo com o que era defendiam. Esta ideia tornou-se assim um falhanço total, principalmente após a morte de Francisco de Assis. Na verdade, os franciscanos passaram a deter, com o apoio do Papa, grandes e valiosas propriedades (igrejas, conventos...), pelo que passou a ser necessário encontrar um direito regulador de tais bens. De forma a manter o princípio de que a ordem não possuía nada, tinham o uso perpétuo de tudo, mas não eram proprietários.

Esta situação fez com que alguns franciscanos (os “espirituais”) defendessem que a ordem deveria mudar radicalmente de rumo, passando a defender a total rejeição de qualquer propriedade, associando-a a uma vida moralmente inferior.

Tanto uns como outros foram infiéis a Francisco de Assis e as suas ideias foram condenadas pelo Papa (João XXII). Segundo este, a propriedade fazia parte da natureza das coisas (ensinamento de São Tomás de Aquino), não sendo justo separar completamente o uso (total) dos bens da respetiva propriedade, tal como os franciscanos tinham feito. Assim, queria impor-lhes o título e a responsabilidade da propriedade.

Neste contexto histórico de conflito entre o Papa (João XXII) e os franciscanos, um teólogo franciscano, Guilherme de Ockham, procurou defender as posições da sua ordem. Tendo

³ Hespanha, *Cultura Jurídica Europeia – Síntese de um Milénio*, pág. 111-114.

em vista esse objetivo, desenvolveu o nominalismo, conseguindo argumentar contra o entendimento do Papa. Para tal defendeu que, como não há qualquer ordem inerente à natureza das coisas, não há qualquer noção de justo. Daí não se pode, portanto, inferir nada quanto à forma de uso dos bens.

Se não há ordem inerente ao mundo, então deve ser “imposta” por quem tem esse poder, Deus. Através da revelação divina constante das Sagradas Escrituras (fideísmo) é possível conhecer a ordem que Deus quis impor ao mundo. Nos Evangelhos, segundo Ockham, Cristo e os Apóstolos não eram donos de nada, apenas usavam os bens. Tal seria, portanto, admissível.

Paradoxalmente, foi o fideísmo de Ockham que, posteriormente, levou à laicização do Direito.

Nota: Outra forma de impor uma “ordem” ao mundo é através da vontade dos homens, constante de contratos.

Individualismo e direito

Passa então a ser legítimo que se tente compreender a sociedade partindo do indivíduo e não dos grupos. Uma vez que não existe ordem prévia, todas pessoas são iguais. As pessoas concretas, incorporadas num grupo social, tornam-se indivíduos, abstratos e iguais.

Regular a sociedade implica, portanto, impor (externamente) uma ordem à mesma, através da imposição de uma vontade de acordo com categorias genéricas criadas “artificialmente”, categorias nominais (ex.: uma lei que determina que qualquer pessoa com certos rendimentos paga o mesmo valor de imposto, independentemente dos encargos que tenha). Posto isto, a vontade também está na origem do direito.

Pode-se encontrar neste pensamento a base da qual decorre muitas das ideias caracterizadoras do direito da modernidade (jusracionalismo, contratualismo), de matriz individualista.

O Direito de matriz nominalista-individualista, tem como características:

- Positivismo (o direito é o produto de uma vontade, manifestada, positivada) e legalismo;
- Submissão do jurídico ao político (perda da autonomia do direito enquanto saber);

- A valorização dos direitos (e deveres) subjetivos, individuais, previstos em lei geral e abstrata – a sociedade é composta por indivíduos, e é sobre eles que o direito incide, regulando-os de modo uniforme/artificial.

Correntes típicas individualistas:

- Providencialismo – vontade divina revelada no soberano (reforma protestante e contrarreforma católica); posteriormente, essa vontade laicizou-se;
- Contratualismo absolutista – vontade dos governantes, em quem o povo teria depositado definitivamente todo o poder de governar (Hobbes);
- Contratualismo liberal – vontade do povo, que elege os seus representantes para manter uma ordem social pacífica e geradora de bem-estar (Locke).

Ideias Chave

1. Individualismo: a ideia do indivíduo geral e abstrato (sociedades como conjunto de indivíduos “iguais”);
2. Laicização: a ideia da autonomia dos fins terrenos (“teoria das causas segundas”);
3. “Estado natureza” – contratualismo – voluntarismo – soberania;
4. Legalismo (O Direito é a lei do Soberano);
5. Direitos naturais do indivíduo (demoliberalismo);
6. Constituição escrita.

DIREITO COMUM

Ao direito na Europa Ocidental pré-moderna (entre os séculos XII e XVII) aplica-se a qualificação de direito comum (*ius commune*). A característica central deste direito é a de que tende para a unidade, no sentido de unificação das várias fontes de direito e na existência de um ordenamento jurídico partilhado por (quase) toda a Europa Ocidental⁴.

Apesar de se chamar comum, é um direito muito diverso, com diversas fontes: é um direito resultante de uma conceção corporativa da sociedade, que reflete a diversidade social.

1. Fatores de unificação⁵

Em grande medida, esta unificação do direito deve-se à recuperação e à influência de duas tradições jurídicas de âmbito geral: o direito romano e o direito canónico. Estes conviviam com soluções jurídica de âmbito local, os direitos próprios – ordens jurídicas reais, senhoriais, municipais, corporativas ou familiares (não se aplicavam totalmente em toda a Europa ocidental).

Razões para a existência de um direito comum:

- Reconstituições políticas do império romano, a maior unidade política que a Europa já teve, no período medieval – Império de Carlos Magno (séc. IX) e Sacro Império Romano-Germânico (séc. X);
- Existência de uma Igreja Universal (*catholica*);
- Os ordenamentos jurídicos do Império e da Igreja coexistiam paralelamente – “uma religião, um império, um direito”;
- Um saber jurídico comum (carater doutrinal do direito comum), criado por um saber universitário comum a toda a Europa Ocidental;
 - Uso de uma língua comum a toda a Europa Ocidental, o latim;
 - Mesmo horizonte de textos de referência;
 - Formação metodológica comum.

⁴ Hespanha, *Cultura Jurídica Europeia – Síntese de um Milénio*, pág. 114-115.

⁵ Hespanha, *Cultura Jurídica Europeia – Síntese de um Milénio*, pág. 115-117.

2. Direito romano⁶

Nesta parte será feita uma abordagem histórico-tópica, seguindo a divisão por períodos, com o objetivo de compreender de que forma o direito romano foi evoluindo.

Período Arcaico (753 a.C. – 130 a.C.)

Indistinção entre direito e religião, Era essencialmente consuetudinário, tendo por base poucas leis escritas e as ações (*legis actiones*) que concediam para garantir certas pretensões jurídicas. Era formalista (fórmulas “mágicas”, fórmulas estritas que descreviam as condições para obter uma pretensão,), rígido e desadaptado às novas condições sociais (cometendo-se injustiças com muita regularidade).

- Primado do costume; natureza apenas explicadora das leis;
- Caráter sacral do direito;
- Rituais jurídicos – a *emptio venditio fundi*;
- Fórmulas mágicas – a *stipulatio*;
- Inderrogabilidade e formalismo dos instrumentos jurídicos – as *legis actiones* – definiam, por exemplo, quando se aplicava certa pena, e quanto era a pena, sem preocupação de generalização, de forma muito exata;
- Saber jurídico prudencial;
- Natureza oracular do discurso jurídico-pontífices (*pontem facere*) e juristas;
- Aprendizagem do direito pela prática junto dos peritos.

Período Clássico (130 a.C. – 230 d.C.)

Nesta época há uma grande expansão militar do Império Romano com a conquista de vários territórios próximos à península Itálica, nomeadamente a Grécia. A cultura grega, muito mais avançada a nível cultural e filosófico, fez com que os Romanos repensassem o Direito. Há, então, nesta fase um aperfeiçoamento do direito.

Verificou-se um maior número de leis, mas as fontes mais marcantes são o Édito do Pretor (fonte autónoma e dotada de grande casuísmo, em reação ao anterior formalismo) e a “*jurisprudencia*” (enorme produção doutrinal). Maior casuísmo e criatividade na determinação de soluções adaptadas aos casos concretos.

⁶ Hespanha, *Cultura Jurídica Europeia – Síntese de um Milénio*, pág. 117-123.

Há, assim, uma tendência para que os juízes tivessem mais atenção às circunstâncias do caso. Os pretores (magistrados encarregados de administrar a justiça nas causas civis) criaram um direito próprio, o direito dos pretores (*ius praetorium*), que se adaptava melhor à realidade e às circunstâncias dos casos, através, por exemplo, da exclusão da aplicação de normas indesejáveis ou da possibilidade da aplicação de outras mais adequadas à justiça material do caso. A dada altura, a jurisprudência dos pretores autonomizou-se completamente das leis, passando a ser fonte imediata de direito. Este foi o efeito de adaptação contínua das decisões judiciais à realidade, funcionando como reação ao anterior formalismo, antagónica – carácter casuístico do direito, criatividade na resolução de casos concretos e liberdade para imaginar soluções específicas para cada situação.

- Ascensão e auge do direito pretório;
- Inventiva doutrinal.

Nota: “a *iurisprudencia* romana clássica, se contribuiu para a unificação dos direitos europeus até aos dias de hoje, não foi por causa da sua difusão pelo Império, no período do seu maior brilho, mas porque constituiu um tesouro literário em que, mais tarde, se vieram inspirar os juristas europeus”.

Período Pós-Clássico (230 – 530)

Início da decadência, perda de influência e quase desaparecimento dos Éditos do Pretor, perde-se o casuismo e a aplicação do Direito torna-se mais burocrática e formalista.

As leis imperiais foram ganhando importância em consequência do deterioramento do direito pretoriano, uma vez que, num Império tão vasto, havia poucos técnicos deste direito e o seu casuismo impedia a produtividade massiva. O direito torna-se mais geral e automático, perde rigor e profundidade de análise. Nas províncias este fenómeno ocorre de forma ainda mais expressiva, onde se forma um direito romano vulgar.

- Vulgarização – oficialização (lei e critérios oficiais de valorização da doutrina) e codificação;
- Eficácia disciplinas do direito legislado – centralização, generalidade e codificação;
- Ratificação imperial da autoridade dos juristas;
- Equiparação da doutrina à lei.

No Império Oriental, o direito é influenciado pelas culturas helenísticas e pelo direito local. Contrariamente ao ocidente, aqui manteve-se a produção doutrinal dos juristas clássicos.

- Helenização.

Época Justinianeia (530-565)

Queda do Império Romano do ocidente, mantendo-se o do oriente enquanto Império Bizantino. Em 530 inicia-se o reinado de Justiniano I.

O imperador Justiniano, admirador do período clássico, recolher e compilar as diferentes fontes da época clássica:

- Textos de juristas romanos clássicos – o *Digesto* ou *Pandectas*;
- Legislação imperial dos anteriores imperadores – *Código*;
- Um manual de introdução – *Instituições*;
- Uma compilação das leis imperiais de Justiniano – *Novelas*.

3. Receção do direito romano na Europa medieval⁷

A referida compilação de Justiniano (que se veio a designar *Corpus Iuris Civilis*), foi o canal que permitiu a preservação da memória do direito romano.

De facto, além do contexto político da chamada restauração do Império do Ocidente (Império Carolíngio, Sacro Império Romano-Germânico), o *Corpus Iuris* foi redescoberto em Itália, no século XI. Esta situação lançou a “base doutrinal” para a receção do direito romano, a tradição jurídica mais relevante na formação do direito comum.

O início do estudo do direito nas universidades que então surgiam foi largamente impulsionado pelo estudo do *Corpus Iuris* (não havia outro direito para estudar).

Além disso, o direito romano era especialmente adaptado à sociedade mercantil que então (especialmente após o século XIII) surgiu na Europa, pois era um direito único, individualista, estável e atento às especificidades das relações comerciais. O direito romano sempre teve uma visão muito favorável perante as relações particulares e as transações de propriedade privada.

No entanto, foi a crença no caráter “sofisticado” e especialmente fundamentado do direito romano que mais contribuiu para a sua influência na pré-modernidade: não se limita a enunciar

⁷ Hespanha, *Cultura Jurídica Europeia – Síntese de um Milénio*, pág. 131-136.

soluções, mas inclui as respetivas fundamentações (*ratio decidendi*), o que lhe permite ter um efeito expansivo (aplicação a casos novos).

A época medieval é caracterizada por uma sobreposição de ordenamentos jurídicos: reinos, senhorios, universidades, corporações profissionais, etc. Tal colidia com a ideia de validade universal do direito romano e surgiram tensões.

Considerava-se que os direitos locais/próprios (direito das gentes) eram mais específicos, pelo que tinham primazia sobre o direito romano, que se aplicava subsidiariamente. Ainda se reconhecia que os povos eram, naturalmente, capazes de estabelecerem o seu próprio direito.

Contudo, a primazia era relativa, pois o carácter mais abrangente e fundamentado do direito romano tornava-o um direito modelo, baseado nos valores mais permanentes e gerais da razão humana, que permitia aferir a justeza ou adequação dos direitos próprios.

Note-se que, “apesar de o princípio ser o de que o direito comum só vigorava na falta de direito próprio, o facto é que os juristas formados nas universidades só estudavam os direitos cultos (romano e canónico) e, por isso, tendiam a preferi-los aos direitos locais”.

4. Direito Canónico⁸

É o direito da Igreja Cristã.

Teve como objeto, primordialmente, regular as matérias espirituais, porém a influência da Igreja na sociedade medieval fez com que se ocupasse também de várias matérias seculares conexas (de diversos modos).

Esta progressiva expansão foi “facilitada pela derrocada das estruturas políticas, jurídicas e jurisdicionais no ocidente europeu consequente à queda do Império Romano do Ocidente (476 d.C.) e às invasões germânicas”.

Quais as suas fontes? Inicialmente apenas as Sagradas Escrituras; posteriormente, um corpo normativo muito complexo (inicialmente decretos de concílios, constituições ou estatutos das dioceses; posteriormente determinações do Papa, tais como constituições pontifícias, encíclicas ou bulas).

A produção normativa da Igreja cresceu muito, pelo que foram sendo elaboradas várias compilações, até ao século XV. Ao conjunto de tais compilações passou a chamar-se *Corpus Iuris Canonici*.

⁸ Hespanha, *Cultura Jurídica Europeia – Síntese de um Milénio*, pág. 139-142.

5. Lugar e influência do direito canônico no direito comum⁹

Dado o seu âmbito mais restrito, a sua influência na construção do direito comum foi muito menor do que a memória do direito romano. Contudo, o direito canônico teve bastante influência em várias matérias seculares.

Modos de influência do direito canônico no secular (aumentando a sua influência no direito comum):

- *Ratione peccati* – vigorava a diferenciação de objetos de aplicação do direito canônico (visava as questões espirituais) e do direito civil (visava as questões temporais) – *utrumque ius* (um e outro direito); mas se da aplicação do civil resultasse uma solução que levasse ao pecado, o canônico teria a última palavra;
- *Privilegium fori* (privilégio de foro) – os tribunais eclesiásticos, nalguns casos, eram competentes para julgar até questões civis (não espirituais), em razão de estar implicado um clérigo;
- *Denuntiatio evangelica* – aplicação de padrões valorativos da teologia moral, remetendo-se para o direito canônico, se a solução do direito civil fosse desadequada; critérios como a boa-fé ou a equidade;
- *Compromissum* – por acordo (dar partes) poder-se-ia conferir competência aos tribunais eclesiásticos (arbitragem);
- Nesta altura, na Europa Ocidental, a Igreja detinha (praticamente) o monopólio da produção de documentos escritos e da selagem desses documentos (inexistência de notariado secular).

Em que matérias mais se evidenciou esta influência?

- Aplicação de critérios da teologia moral em questões jurídicas:
 - Equidade (*aequitas*) – apelava ao sentido de casuísmo, de adaptação da solução aos contornos do caso, permitindo que não se aplicasse um direito estrito, em função de uma solução mais adequada ao caso;
 - Boa-fé (*bona fides*) – critério material de transparência contra os subterfúgios formais;
 - Honestidade (*honestas*);

⁹ Hespanha, *Cultura Jurídica Europeia – Síntese de um Milénio*, pág. 142-145.

- *Conscientia* – exemplo da definição de preços justos, recorrendo a critérios de teologia moral;
- *Misericordia* (perdão) – critério que podia levar à diminuição da gravidade das penas aplicadas; hoje em dia, não é aplicável pelos tribunais, mas pode-se encontrar uma reminiscência na possibilidade de o PR conceder indultos nas penas após o julgamento;
- Valorização da vontade no direito dos contratos e da culpa no direito penal (utilização de critérios morais em questões jurídicas) – até ao Direito Canónico, o Direito era mais objetivo, não atendendo às intenções dos sujeitos;
- Valorização de verdade material no direito processual (contra meios de prova formais ou irracionais) – averiguação dos factos.

Subsidiariedade mútua entre Direito Canónico e Direito Civil (especialmente o romano):

- Por um lado, o ordenamento Canónico, pelos referidos modos e nas aludidas matérias, influenciou o direito secular, que os tribunais estaduais aplicavam essencialmente como direito subsidiário que corrigia o Civil;
- Por outro lado, os tribunais eclesiásticos aplicavam subsidiariamente o direito romano, pois podiam ser chamados a decidir matérias temporais;
- Ambos são importantes fatores na formação do direito comum.

DIREITO NA PRÉ-MODERNIDADE

O direito na pré-modernidade caracterizava-se, portanto, por um pluralismo jurídico¹⁰, onde conviviam o direito comum temporal (identificável com o direito romano, embora reinterpretado) e os direitos próprios. Tal gerava tensões entre as várias constelações de normas.

Entre o direito canônico e o direito civil, o primeiro encontra-se num plano superior, estava ligado à autoridade religiosa e servia como critério último de validação das outras ordens religiosas. Apesar do direito canônico só dever prevalecer em assuntos relacionados com a ordem sobrenatural, ocorria muitas vezes a aplicação deste a assuntos do direito civil com base no “critério do pecado”. Ainda assim, este critério podia ser ultrapassado por razões de utilidade pública.

Entre o direito comum e os direitos dos reinos, aplicava-se o critério da subsidiariedade do direito comum relativamente ao dos reinos, na medida em que só seria aplicável se não houvesse uma disposição aplicável no direito local. Posto isto, aparentemente o direito comum tinha uma aplicabilidade menor, porém, na prática, tinha uma vigência potencialmente geral, dado que se aplicava a todas as situações não cobertas pelos direitos próprios ou particulares e “os juristas, formados na dogmática do direito comum e crentes na sua intrínseca racionalidade, tendiam a aplicar ao direito particular os cânones interpretativos e conceituais do direito comum”. Só perante o caso se poderia aferir qual deles prevalecia.

Entre direito comum e privilégios, os quais eram, por exemplo, os estatutos, considerados, nos termos da lei, como direito civil, o costume, cujo valor era equiparado ao da lei e os direitos especiais de pessoas ou de grupos particulares, reflexo de uma sociedade corporativista com vários estratos sociais. Por isso, apesar de o direito comum ser aplicável, aferia-se se era aplicável ao caso algum privilégio ou estatuto jurídico a alguma ou a ambas as partes. Este só podia ser definido perante o caso concreto.

Entre o direito anterior e o direito posterior, não havia revogação, mas acumulação. “As leis antigas sobreviviam nas mais recentes e as mais recentes deviam ser harmonizadas com as mais antigas”. No pensamento jurídico da época, as leis eram apenas uma explicação e revelação da ordem natural das coisas, pelo que todas as normas existiam desde sempre, ainda que implicitamente. Deste modo, os direitos antigo e novo representavam a mesma ordem natural. As normas acumulavam-se e podiam “ser conjuntamente chamadas a resolver um certo caso”.

¹⁰ Hespanha, *Cultura Jurídica Europeia – Síntese de um Milénio*, pág. 148-163.

Entre o direito recebido (direito romano) e o direito tradicional (que existia anteriormente, costumes, normas das cidades e dos Reinos...), também havia tensão entre duas tradições distintas, ambas com razões igualmente válidas para fornecer uma decisão adequada do caso. Só perante este se poderia decidir qual devia prevalecer.

Normas de conflito de “geometria variável”¹¹

Existiam “normas de conflito” entre os vários conjuntos normativos (“critério do pecado”, direito comum é subsidiário relativamente ao próprio, lei que visa o bem comum prevalece sobre aquela que visa o interesse privado). Todavia, só perante o caso concreto se poderia decidir que complexo normativo aplicar.

A preocupação do direito comum não era “reduzir à unidade esta pluralidade de pontos de vista normativos”, era “torná-los harmónicos na sua diversidade”.

Todas as normas relevantes eram hipoteticamente aplicáveis, dependendo da solução que cada uma implicaria no caso concreto, da sua adequação ao mesmo. “Cada norma acabava por funcionar, afinal, como uma perspectiva de resolução do caso, mais forte ou mais fraca segundo essa norma tivesse uma hierarquia mais ou menos elevada, mas, sobretudo, segundo ela se adaptasse melhor ao caso em exame”.

A esta luz, qual era, então, a função das “normas de conflito”? Guiar o julgador na descoberta da norma mais adequada ao caso, mas, como essa adequação só poderia ser confirmada perante o caso, o alcance da sua aplicação, a sua “geometria” seria sempre “variável”.

Flexibilidade do direito pré-moderno¹²

Mesmo após determinar qual a norma a aplicar ao caso, daí ainda não resultava necessariamente a decisão do caso. Isto porque a decisão, resultante da norma considerada aplicável, ainda podia ser modificada de modo a ser ainda mais ajustada ao caso, por duas vias:

- Por meio da graça – modera as exigências da solução normativa tendo em consideração uma visão mais abrangente da situação da pessoa visada em resultado da decisão (clemência que modera as penas, gratidão por favores prestados, utilidade pública de certa atuação que levava à concessão de

¹¹ Hespanha, *Cultura Jurídica Europeia – Síntese de um Milénio*, pág. 152 e 163-164.

¹² Hespanha, *Cultura Jurídica Europeia – Síntese de um Milénio*, pág. 164-169.

privilégios); não era “isenta da observância da equidade, da boa-fé e da reta razão”; “representa uma forma última e eminentemente real de realizar justiça, sempre que esta não pudesse ser obtida pelos meios ordinários”;

- Por meio da equidade – ajusta a solução normativa tendo em consideração uma visão mais abrangente de toda a situação factual envolvida no caso (norma: devolver ao dono o que foi dado em depósito; caso: o que é dado em depósito é uma arma e o dono está embriagado; solução equitativa: não devolver ao dono o que foi dado em depósito); “justiça especial, não geral e não igual, mas mais perfeita do que a justiça igual”.

Ambos os mecanismos têm em vista uma compreensão mais perfeita da ordem social humana.

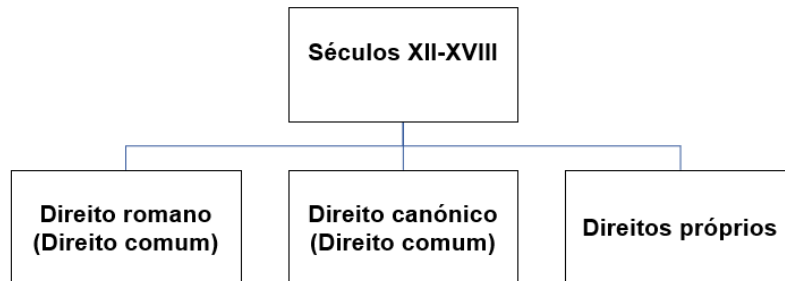
Conceção do direito da pré-modernidade vs. o direito atual

O direito atual é essencialmente entendido como um sistema (conjunto ordenado e coerente); pressupõe a possibilidade de determinar a solução para certo caso concreto de forma dedutiva. O sistema permite determinar enquadramentos para certos tipos de casos, nos quais é possível subsumir qualquer caso concreto.

O direito da pré-modernidade não era um sistema, era um conjunto de normas, muitas vezes contraditórias ou divergentes, que forneciam argumentos diversos para analisar o caso de modo abrangente. O direito não era aplicado, era “criado” /descoberto.

SÍNTESE DO DIREITO COMUM

1. Direito comum e pluralismo jurídico



2. Direito romano

- Vigora em “Razão do Império”, em virtude da submissão política à autoridade universal do Imperador;
- Vigora por “imperativo da Razão”, em virtude da crença na sua racionalidade intrínseca, na sua consonância com a “ordem das coisas”, por uma aceitação voluntária da sua razoabilidade, potenciada pelos juristas das Escolas medievais (Glosadores e Comentadores).

3. Direito canónico

- Vigora em virtude da autoridade universal do Papa;
- Vigora porque tem como fonte primeira as Sagradas Escrituras.

4. Direitos próprios

- Vigoram em virtude da lei *Omnis Populi* (Digesto, 1,1,1,9);
- Vigoram em virtude da permissão (*permissio*) ou reconhecimento tácito (*tacitus consensus*) do Imperador, no Livro da Paz de Constança (1184);
- Vigoram em virtude da submissão política à autoridade dos reis (“O rei que não conhece superior é Imperador no seu Reino”, *rex superiorem non recognoscens in regno suo est imperator*, Azo, séc. XII).

5. Direito romano e direito canónico

- Ideal de concórdia – direito romano e direito canónico formavam um único ordenamento normativo, mas com duas faces, uma temporal e a outra espiritual, resultando disso do especial parentesco (*specialis coniunctio*) que existia entre os dois poderes universais;
- Constituíam duas formas complementares de realizar a ordem querida por Deus (*utrunque Iuris*).

6. Âmbito de aplicação dos direitos romano e canónico

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

7. Âmbito de aplicação dos direitos próprios

- Em virtude do princípio segundo o qual “o particular prefere ao geral”, os direitos próprios prevaleciam sobre o direito comum. Este tinha, face aqueles, o estatuto de direito subsidiário;
- Apesar da regra anterior, a capacidade normativa dos corpos políticos “infra-reinícolas” não podia ultrapassar o âmbito do seu auto-governo (princípio da especialidade).

8. O direito comum configurava um sistema jurídico(?)

- Policentrismo – não se pode falar de uma, mas de várias ordens jurídicas, espécie de “subsistemas”, com o seu espírito próprio, com proveniências diversas, com fontes de legitimidade diversas, prosseguindo fins diversos;
- Ausência de princípios axiomáticos, de “verdades primeiras”, do princípio da “não contradição” – cada ordenamento constitui um “ponto de vista normativo” próprio;
- Abertura a outras ordens normativas – a teologia, a moral, o “senso comum”, os sentimentos;
- Flexibilidade – graça e equidade;
- A procura dos princípios comuns a todos os ordenamentos jurídicos, por indução.

ESCOLAS DA TRADIÇÃO JURÍDICA MEDIEVAL

O entendimento sobre o direito na época pré-moderna foi o resultado de uma progressiva construção doutrinal. Desta resultou a construção do discurso jurídico medieval, reflexo de uma sociedade corporativista. Tal construção doutrinal foi levada a cabo por duas escolas de pensamento jurídico: Glosadores e Comentadores.

1. Glosadores¹³

No contexto da “descoberta” dos textos de direito romano, esta escola iniciou-se na primeira metade do século XII, com o monge Irnerius, que começou a ensinar o “direito justinianeu” (*corpus iuris civilis*) em Bolonha.

As principais características desta escola são duas:

- A fidelidade ao texto justinianeu, texto que consideravam quase sagrado; interpretação literal e de captação do sentido; “a atividade dos juristas devia consistir, portanto, numa interpretação cuidadosa e humilde, destinada a esclarecer o sentido das palavras e, para além disso, a captar o sentido que estas encerravam”;
- A interpretação era essencialmente segmentada, direcionada à explicação, mais ou menos desenvolvida, de alguma passagem do *Corpus Iuris* (caráter analítico), sem uma perspetiva de conjunto (um princípio mais abrangente) que procurasse conciliar ou organizar as passagens (não sistemático).

Os Glosadores dedicaram-se essencialmente a:

- Sintetizar algum instituto;
- Formular regras doutrinárias;
- Discutir questões controversas;
- Elencar argumentos utilizáveis perante divergências jurídicas;
- Analisar casos práticos.

¹³ Hespanha, *Cultura Jurídica Europeia – Síntese de um Milénio*, pág. 188-197.

Dada a fidelidade aos textos justinianeus, os Glosadores preocupavam-se em estudá-los independentemente da sua relevância prática para a época em que vivam. Os problemas jurídicos concretos encontrariam a sua resposta simplesmente pelo seu “encaixe” nos conceitos do direito justinianeu, já que a legitimidade das soluções decorria diretamente da aplicação deste (pelo seu caráter quase sagrado) e não da adequação das suas soluções ao caso concreto.

O alcance dos seus trabalhos estava limitado pelo facto de, assumidamente, não procurarem resolver questões jurídicas práticas, mas antes o de revelar a racionalidade, o sentido do direito romano (exegese).

A sua influência deve-se não à relevância prático-judiciária. Deve-se à eficácia da autoridade intelectual do saber que cultivavam e à conveniência política das suas opiniões, já que, por influência do direito romano do baixo-império, reconheciam ao imperador (do Sacro-Império) um amplo poder de legislar.

Principais juristas desta escola, além de Irnério: Acúrsio, Azo, Odofredo, Henrique de Susa. Nem sempre concordavam entre si surgindo controvérsias, principalmente em questões de grande impacto político.

Nota: glosa – comentário à margem do texto.

Em conclusão, a escola dos Glosadores, embora tenha contribuído para o estudo e a divulgação do direito romano, não contribuiu definitivamente para a construção de um direito assente na descoberta de uma ordem social justa (o que estava em causa na conceção corporativista da sociedade).

A justiça, em si, não era o seu objetivo. Este era a fidelidade a um ordenamento que se considerava ser racional, justo e que, portanto, devia ser aplicado tão literalmente quanto possível (não atendendo às circunstâncias do caso concreto).

2. Comentadores¹⁴

Esta escola já teve maior influência na construção do direito medieval e a sua influência histórica foi bastante grande e muito mais duradoura.

Surgiu no contexto do desenvolvimento urbano e mercantil dos séculos XIII e XIV. Tal conduziu à valorização dos direitos locais, especialmente os das cidades italianas, epicentro do desenvolvimento urbano e comercial.

¹⁴ Hespanha, *Cultura Jurídica Europeia – Síntese de um Milénio*, pág. 198-207.

Consequentemente surgiu uma discrepância entre a rigidez do direito comum (cultivado pelos juristas letrados) e a adequação de alguns direitos próprios às específicas necessidades do seu tempo. Esta nova realidade social exigia que fossem encontradas soluções jurídicas mais adaptadas.

Os juristas letrados passaram então a dedicar-se também ao estudo dos direitos próprios, pelo que era necessário compatibilizá-los com o direito comum. Por outro lado, era igualmente necessário compatibilizar os direitos próprios entre si; (concordia ≠ coerência; não se visava a sistematicidade). “Vão procurar unificar o direito e adaptá-lo às necessidades normativas dos fins da Idade Média”.

Promover tal concordia foi a tarefa essencial de uma nova geração de juristas eruditos, os comentadores (também chamados pós-glosadores, práticos ou conciliadores). Faziam-no muito pela atenção que davam às necessidades dos casos concretos do seu tempo. Preocupavam-se em encontrar um direito que correspondesse às contingências sociais do seu tempo.

Foram muito influentes em praticamente toda a época pré-moderna, foram os criadores de um direito comum “mais comum”, capaz de refletir adequadamente a ordem social natural (corporativismo).

Juristas mais influentes desta escola: Bártolo de Sassoferrato e Baldo de Ubaldis (século XIV).

Para compreender esta tarefa de compatibilizar ordenamentos jurídicos diversos há um aspeto chave: a descoberta das obras de Aristóteles e, especialmente, a “cristianização” da filosofia aristotélica por Tomás de Aquino.

“Instaura-se, portanto, uma atitude filosófica que poderemos classificar de realista e de racionalista. De realista, porque se propõe investigar não o que os textos sagrados ou da autoridade dizem das coisas, mas a própria natureza das coisas. De racionalista, porque procura levar a cabo esta investigação com o auxílio de processos racionais, processos estes cuidadosamente disciplinados por regras de pensar corretamente (lógica) aprendidas dos filósofos clássicos (sobretudo Aristóteles)”.

Na referida tarefa de compatibilização, o que está, no fundo, em causa é a concordância entre:

- A “fé” na autoridade (com diversas justificações) de certas fontes escritas “fixas” – direitos canónico, romano, os direitos próprios;
- A “razão” ou o realismo decorrente da necessidade de o direito atentar às especificidades e diversidades de cada tempo e lugar (a realidade).

Por um lado, a descoberta das obras de Aristóteles e as mudanças sociais fomentavam a possibilidade e necessidade, respetivamente, de uma análise baseada na observação realidade. Por outro lado, subsistia a ideia de que o direito, ao consistir precisamente num conhecimento sobre a ordem social natural, se traduzia nos textos que refletiam essa ordem, pelo que a compatibilização não poderia deixar de os considerar; supostamente, deveria estar sempre em causa uma atividade de interpretação dos textos.

“Portanto, a tarefa de atualização e de sistematização do direito teria de ser fundamentalmente realizada no interior de uma ordem prefixada autoritariamente, aparecendo formalmente como uma tarefa de mera interpretação”.

A “solução” passa por adotar uma arte de interpretação dos textos que fosse suficientemente inovadora para conseguir compatibilizar esses textos com as necessidades sociais da época. Os comentadores, para tal, apoiaram-se no modo de argumentar da escolástica tomística, baseada na lógica aristotélica, especialmente na tónica (remissão).

“Ao serviço da interpretação são agora colocados meios lógico-dogmáticos imponentes, a maior parte deles provenientes da renovação da lógica subsequente á redescoberta de importantes textos aristotélicos.

Foi essa rutura ao plano dos instrumentos intelectuais que permitiu aos comentadores criar inovações dogmáticas que, por corresponderam também às aspirações normativas do seu tempo, se vieram a tornar dados permanentes da doutrina posterior”.

Exercendo essa arte, os comentadores tornaram-se mestres em identificar a diversidade da ordem social corporativa e, com base nessa diversidade, criaram um modelo de pensar o direito baseado em distinções.

Com base em tais distinções, formaram novas teorias e conceitos que foram especialmente duradouros para determinar o direito, o justo aplicável aos casos (à semelhança do que acontecera com o direito romano): dividir e compor.

Exemplos:

- Como compatibilizar certos textos do direito romano que apresentavam a propriedade como *ius infinitum et individuum* com a realidade medieval que contemplava a possibilidade de, sobre a mesma coisa, diversas pessoas deterem uma “propriedade”, um *dominium*?

O dono de um terreno enquanto pessoa que tem o direito de cultivar o terreno (rendeiro, enfiteuta) e dono do terreno enquanto pessoa que tem direito a receber uma renda (senhorio, senhorio enfiteutico);

Solução criada pelos Comentadores → distinguir as várias utilidades que se podem retirar de uma mesma coisa (cultivo, receber uma renda) e ficcionar que sobre cada uma delas se aplica a definição romana de propriedade ilimitada;

Ser dono “para efeito de” cultivo ou ser dono “para efeito de” percepção de uma renda;

Teoria da pluralidade das situações reais ou do domínio dividido.

- Como compatibilizar os critérios rígidos de determinação do âmbito de aplicação da lei constantes dos direitos próprios, com as necessidades sociais de aplicação de determinada lei?

O direito dos reinos determinava que a lei do reino se aplicava, indiscriminadamente, no território do mesmo, o que fazia com que, por exemplo, se pudesse aplicar o direito desse reino a um contrato que foi celebrado fora dele;

Solução criada pelos Comentadores → considerar que o âmbito de aplicação das leis está associado ao âmbito do poder de quem as edita;

Assim, por exemplo, às questões relativas à propriedade de bens imóveis (tais como as condições de arrendamento) deve ser aplicada a lei do local do imóvel (*lex rei sitae*); mas para as questões relativas à celebração de um contrato de compra e venda desse imóvel (tais como as condições de validade) deve ser aplicada a lei do local em que esse contrato foi celebrado (*lex actus*).

Em conclusão, pelo saber jurídico criado pelos comentadores foi possível criar um direito verdadeiramente comum, no sentido de um saber jurídico comum que compatibilizava os vários ordenamentos da Europa pré-moderna.

Além disso, também se deve aos comentadores a consolidação, na pré-modernidade, da categoria social dos juristas, senhores de uma verdadeira técnica intelectual especializada cujo domínio era necessário para a boa decisão dos casos.

Inauguraram a construção doutrinal de vários ramos do direito: penal, comercial, processual, internacional privado.

Por fim, através da tipificação das especificidades dos casos, criaram uma verdadeira doutrina para a resolução de casos concretos.

METODOLOGIA APLICATIVA DO DIREITO COMUM: A DIALÉTICA

ARISTOTÉLICO-TOMISTA

Nos capítulos anteriores foi abordado, de uma forma genérica e abrangente, o direito da pré-modernidade. Viu-se como a sua diversidade refletia a diversidade da sociedade corporativista. E como essa diversidade criava um conjunto de ordens jurídicas cuja convivência nem sempre era “pacífica”; as “normas de conflito” eram sempre potencialmente “ultrapassáveis”. Neste panorama, tão disperso e desconexo (assistemático) como se determinava o direito? Qual a metodologia que os juristas da pré-modernidade seguiam?

1. Ordem natural das coisas

Na concepção aristotélico-tomista (dominante após o século XIII), o mundo natural é entendido como estando sujeito a uma ordem. O ser humano faz parte dessa ordem, da qual decorre a sua natural sociabilidade e o equilíbrio nas relações sociais interpessoais – o justo.

Porém, a ordem (incluída a ordem social justa) não é algo óbvio, não se capta simplesmente olhando para a realidade tal como ela se apresenta em certo tempo e lugar. A ordem é oculta; necessita, para ser captada, de uma visão abrangente, que considere todo o contexto de cada situação. De que forma tal se processa?

Como aferir a ordem *in casu*

Pela observação da realidade social, pode-se chegar a saber o que é o justo nas relações sociais interpessoais → é o equilíbrio em tais relações (um contrato justo, um imposto justo, um “privilégio” justo). Mas isto é uma definição geral (o “universal” “justo”). É necessário aplicá-la a um caso concreto para determinar se, nesse caso, estamos perante o justo ou o injusto.

Aplicar uma definição geral a uma situação concreta exige sempre um esforço de análise do caso à luz dessa definição. Contudo, frequentemente, não é clara qual a conclusão verdadeira, surgem dúvidas e visões diversas.

Exemplo da ordem natural – frutas e legumes:

- Ao observar a realidade, podem-se encontrar duas (entre outras) categorias de vegetais comestíveis, as frutas e os legumes:
 - Frutas – parte “externa” da planta que contém dentro as sementes pela qual se reproduz;
 - Legumes – parte integrante da própria planta (ou toda a planta) que é comestível;
- Apesar da ordem que se pode reconhecer na realidade, há certos casos em que é duvidosa a classificação como fruta ou legume – maçarocas e morangos.

Em face destas características da ordem, tem de se encontrar um método que ajude a lidar com a mutabilidade e diversidade da realidade natural.

A realidade é complexa, pelo que sobre ela não se pode ter um conhecimento total e perfeito. Como tal, é conveniente colher a perspetiva de várias pessoas sobre a mesma realidade, para assim ter uma visão mais abrangente.

2. Método tópico-dialético

Em face desta forma de conceber a realidade, o método adequado a seguir para a compreender é, segundo a tradição aristotélico-tomista, o método “tópico-dialético”.

É um método de aquisição de conhecimento baseado na discussão entre duas ou mais pessoas que idealmente apresentam visões distintas sobre o problema em causa.

Sendo o problema em causa de carácter técnico, os participantes na discussão devem ser especialistas e poder-se-á, com vantagem, recorrer a “catálogos de tópicos” usados no saber em causa, baseados nas categorias (universais) que se identificaram na realidade.

A discussão deve sempre terminar com a tomada de uma decisão fundamentada que leve em conta os pontos de vista discutidos; a decisão é provável, verosímil e não absolutamente certa.

Método tópico-dialético no pensamento medieval

Surge frequentemente a ideia de que o pensamento medieval é muito dogmático, apegado a certas verdades indiscutíveis. Sendo parcialmente verdade, o pensamento medieval, após o renascimento do século XII, apresenta-se muito diverso, capaz de considerar várias fontes – a

Sagrada Escritura, a tradição da Igreja, as fontes aristotélicas, o direito romano, a própria atenção à natureza das coisas.

O método tópico-dialético, oriundo da tradição aristotélica, é especialmente dado a considerar perspectivas diversas, sendo, por isso, o método por excelência de aquisição do saber no período medieval.

Uma prova da valorização do método tópico-dialético no discurso medieval é o facto de serem comuns, nas universidades medievais, as discussões quodlibéticas. Estas eram discussões, analisando os “prós e os contras” de certa posição sobre determinado assunto (formulado através de uma questão); no fim o professor “fechava” a discussão apresentando a sua visão sobre o assunto e rebatendo os argumentos em contrário. Várias das grandes obras medievais são escritas segundo este método, *maxime* a Suma Teológica de Tomás de Aquino; exemplo relativo à questão do *in dubio pro reo*.

Exemplo de uma discussão jurídica tópico-dialética:

- Caso: uma lei determina que as frutas estão sujeitas a um imposto (IVA) de 15%, enquanto os legumes estão sujeitos a um imposto (IVA) de 5%; como devem ser tributadas as massarocas de milho?
- Razões pró e contra;
- Conclusão.

O direito em geral e, muito particularmente, o direito medieval são áreas especialmente apropriadas ao método tópico-dialético. Neste método reside a chave para a boa compreensão do discurso jurídico medieval e da sua influência em épocas posteriores.

3. Razões históricas favoráveis ao desenvolvimento do método tópico-dialético na época medieval¹⁵

Fatores filosóficos

Até ao tratamento tomístico da obra de Aristóteles por Tomás de Aquino, predominou na Europa a concepção filosófica e Teológica de Agostinho de Hipona.

Trata-se de uma concepção do mundo muito diferente da do realismo aristotélico-tomista. Baseava-se nos seguintes pressupostos:

- Voluntarismo – a vontade de Deus é soberana, insondável e acessível pelas Escrituras; incompatível com a existência de uma ordem natural, ou seja, arbitrária para o ser humano (*mala quia prohibita*);
- Anti-intelectualismo – conhecer o justo não decorre da observação racional das coisas, mas antes do conhecimento da vontade revelada de Deus;
- Positivismo – a Providência teria colocado os governantes no seu lugar, pelo que lhes era sempre devida obediência.

O Agostinianismo é o precursor do nominalismo.

Assim, a “única atividade legítima do jurista era a leitura e obediência em relação ao direito revelado ou positivo”.

Tudo se altera com a redescoberta da obra de Aristóteles e, muito especialmente, com a obra de Tomás de Aquino (século XIII).

A teoria das causas segundas compatibiliza a ordem natural com a criação divina. Segundo esta, a capacidade de conhecer a ordem natural das coisas abria a possibilidade de encontrar um critério último e decisivo para conhecer o justo e para o distinguir do injusto num caso concreto – este é o objetivo do método tópico-dialético no discurso jurídico.

“A solução jurídica devia ser encontrada em cada momento, através de uma específica e precisa técnica de investigação”.

Ao voluntarismo contrapõe-se o realismo, ao anti-intelectualismo o “racionalismo” e ao positivismo jurídico o jusnaturalismo (observar a conformidade das leis com a ordem das coisas).

¹⁵ Hespanha, *Cultura Jurídica Europeia – Síntese de um Milénio*, pág. 207-215.

Fatores ligados à natureza do sistema medieval das fontes de direito

Já se conhece a variedade, diversidade e dispersão das fontes do direito medieval abordadas nos capítulos anteriores. Apesar de tal natureza dispersa e por vezes conflituante das fontes, subsistia a ideia de que a grande autoridade das fontes, especialmente dos direitos romano e canónico, os tornava incontornáveis, insuscetíveis de serem inconsiderados nas decisões.

Todavia, a procura do justo *in casu* era o objetivo supremo das decisões judiciais, pois tal decorria da natural ordem social (o objetivo não era seguir as fontes). Há, portanto, uma tensão entre fidelidade aos textos e procura da decisão justa, adequada ao caso.

Perante esta tensão o método tópico-dialético é especialmente dado à compatibilização entre a diversidade de perspetivas tendo em vista certa compreensão do caso, precisamente porque pressupõe essa variedade para alargar a compreensão do mesmo, para “iluminar” o aspeto que nele se procura conhecer – o justo (ou o injusto).

Fatores institucionais

O método tópico-dialético é a arte da discussão ordenada. Ordenada porque seguia um procedimento próprio (*quaestio*, discussão quodlibética). Ordenada porque recorria a “catálogos de tópicos”, todos os argumentos relevantes para analisar o caso e que se podiam colher nas várias fontes do direito medieval.

Ora, para a construção deste saber jurídico era, portanto, necessária “erudição”, o domínio de um saber técnico. Para tal, um fator institucional deste período da história foi fundamental – o surgimento das Universidades, onde o direito era estudado. Não só era estudado, pode dizer-se que aí era criado; os jurisconsultos mais influentes (escola dos comentadores) criaram uma doutrina muito considerada e citada na pré-modernidade.

Nemo jurista nisi bartolista – ninguém é bom jurista se não conhecer a opinião de Bártolo (de Sassoferrato).

“É a partir daqui que podemos considerar a fundação das universidades como um fator institucional do aparecimento do saber jurídico na Baixa Idade Média”.

4. Discurso jurídico medieval¹⁶

Procurando agora compreender melhor o “funcionamento” do discurso jurídico medieval, há um aspeto importante a ter em conta. A autoridade das fontes era tal que este discurso se apresentava sob a aparência de uma atividade de interpretação das fontes.

Tal pode parecer difícil de compreender, pois o método tópico-dialético, embora considerando os textos, encarava-os como perspetivas possíveis para encontrar uma solução adequada, justa, no caso. De facto, neste processo não estava em causa uma interpretação dos textos que visasse determinar a intenção do autor histórico respetivo, mas antes encontrar um sentido adequado ao contexto do caso em que o texto era aplicado, que permitisse conhecer o justo (embora tal não fosse assumido, se uma disposição não era adequada ao caso, era apresentada como não sendo a hipoteticamente desejada pelo legislador).

Estrutura discursiva

Assim, para manter a aparência de uma atividade interpretativa, os juristas utilizavam alguns instrumentos, os “meios” do método tópico-dialético.

Alguns eram originários da tradição aristotélica (dialética aristotélica) e visavam orientar a análise do caso concreto, para melhor perceber o que é justo:

- Procurar, nas fontes, qual o conceito ou instituto que melhor se adequa ao caso (definição); “indicação da categoria geral a que pertencia o definido, acrescida da característica que o distinguia de outras realidades pertencentes à mesma categoria”;
- Distinguir os vários sentidos que se podem atribuir a esse conceito (divisão);
- Comparar o caso com outros, procurando semelhanças em casos diferentes e diferenças em casos semelhantes.

Outros meios do método tópico-dialético eram provenientes da tradição ciceroniana (tópica ciceroniana). Só eram aplicáveis aos casos para os quais esses tópicos fossem relevantes, permitissem aferir o justo ou injusto.

Não visavam orientar a análise dos contornos do caso, mas antes simplesmente orientar a busca, nas fontes, de perspetivas (*ars inveniendi* – descobrir pontos de vista relevantes para descobrir o que no caso era justo o injusto), de pontos de vista, lugares-comuns, utilizáveis no

¹⁶ Hespanha, *Cultura Jurídica Europeia – Síntese de um Milénio*, pág. 215-227.

debate tópico-dialético (*locus, sedes argumentorum* – ideia de que a tópica ciceroniana servia como um repositório de argumentos):

- *definitio, ex similitudine* (argumento de semelhança, analogia), *ex contrario* (“se para este caso se aplica esta solução, para um caso inverso deve aplicar-se a solução inversa”), *ex consequentibus* (apelo às consequências – consequências injustas), *a pari* (igual ao argumento de similitude), *a fortiori* (maioria de razão – não há casos “iguais”, mas as diferenças entre os casos apontam no sentido de ser ainda mais justificado que, no caso em análise, se aplique a solução do caso semelhante);
- *Locus ab auctoritate* – muitíssimo relevante na pré-modernidade; argumento de autoridade; como o discurso jurídico medieval assentava em conclusões que não eram absolutamente certas (prováveis), existiam, nas fontes, nomeadamente na doutrina, posições contrárias e, portanto, muitas vezes o argumento que se utilizava para justificar uma certa resolução para o caso era o da opinião comum dos doutores.

Conclusão – interpretação maleável

Esta forma de utilizar os textos das fontes para analisar os casos permitia uma grande maleabilidade na determinação do sentido dos textos. Permitia perceber a *ratio* das soluções previstas nas fontes e determinar se a mesma seria adequada ao caso. Permitia indagar o “espírito” dos textos, o qual prevalecia sobre a “letra” – “*scire leges non est verba earum tenere sed vim ac potestate*” (saber as leis não é dominar a sua letra, mas o seu sentido e intenção), Celsus, D., 1,3,17.

Trata-se de um método aplicativo que está nos antípodas da moderna “teoria da subsunção”.

5. O legado do *ius commune*¹⁷

Esta técnica de análise de casos à luz dos textos das fontes pré-modernas, permitiu iniciar um processo de composição de novos institutos, conceitos e princípios jurídicos, inferidos a partir dos casos concretos, que conferiam alguma unidade ao direito pré-moderno.

¹⁷ Hespanha, *Cultura Jurídica Europeia – Síntese de um Milénio*, pág. 227-230.

non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est regula fiat, D.50,16,1: “da regra [genérica] não se pode extrair a solução jurídica [concreta], sendo antes destas que se deve inferir a regra”. Já foi referida esta questão ao analisar o papel dos comentadores na criação de ramos do direito específicos, com os seus conceitos próprios.

O mesmo ocorreu até com a formulação de “princípios aplicativos”, orientadores da aplicação das próprias regras, tais como a sobreposição da lei especial à lei geral, a interpretação restritiva e extensiva, a aplicação de normas por analogia, etc.

Apesar de as conclusões segundo o método tópico-dialético serem, por natureza, provisórias, sempre sujeitas a ser revistas no futuro (“Toda a definição no Direito é perigosa, e poucas são aquelas que não podem ser ultrapassadas”) os conceitos e princípios elaborados pelos juristas medievais foram, já na época moderna, fossilizando-se, tomados como verdades praticamente absolutas. Isto foi reflexo da afinação extrema desta construção doutrinal, olhando-se para ela, posteriormente, como um sistema, conjunto de conhecimento coerentes, e, de tal maneira afinados e prestigiados, podiam ser aplicados de forma dedutiva.

As escolas da época moderna, ao invés de inferirem os princípios dos casos, deduziam as soluções dos casos a partir dos princípios – caída em desuso do método tópico-dialético, e aparecimento do método dedutivo.

O direito da pré-modernidade foi “vítima do próprio sucesso”.

O método tópico-dialético na época contemporânea

A partir dos anos 50 do século XX, começa a surgir um movimento de crítica relativamente à dogmática jurídica prevalecente (direito como sistema, sob a influência da pandectística).

Autores como Viehweg, Esser, Villey ou Perelman, ao analisarem o discurso dos juristas, aperceberam-se que a técnica que eles usavam não era autossuficiente, que por detrás da aplicação dos conceitos, das regras de interpretação das normas ou de integração de lacunas estava um critério de justiça, que orientava o próprio entendimento dessas normas.

Defenderam, portanto, que assumir essa realidade implicava um regresso ao método da tópica-dialética, o qual mais não era do que o método sempre utilizado pelos juristas, ainda que sob a capa da dogmática.

AS ORDENAÇÕES DO REINO DE PORTUGAL

Era o caso das ordenações Afonsinas, Manuelinas, Filipinas (...), que eram compilações do Direito do Reino de Portugal. Eram o direito próprio do Reino de Portugal, que conviviam com outras ordens jurídicas¹⁸.

Continham as leis que os Reis portugueses iam publicando, inicialmente registadas publicamente nos livros da chancelaria régia, mas por vezes acumulavam-se e eram difíceis de identificar, então a certa altura os Reis decidiam compilar leis.

Integravam-se na comutatividade do direito comum – não havia sistematicidade, havia compilação do Direito existente.

As primeiras ordenações são as Afonsinas (1446-7, 46 [séc. XV]), iniciadas no reinado de D. João I e terminadas já na regência de D. Pedro. Foram reformadas e atualizadas no séc. XVI, durante o reinado de D. Manuel I, cuja reforma dá origem às ordenações Manuelinas (1521) – às que existiam, adicionavam outras leis que iam sendo produzidas posteriormente. O problema das ordenações era que os reis compilavam as leis todas, porém continuavam a produzir leis, que se chamavam leis extravagantes – extravagavam as ordenações, estavam para além das ordenações. De seguinte tinham sempre de fazer novas compilações para integrar essas extravagantes.

Foi o que sucedeu com D. Filipe I ao ordenar uma nova reforma das ordenações (após 1589, finalizada em 1595), que entrou em vigor em 1603, já no reinado de Filipe II. Estas mantiveram-se com o mesmo nome após 1640 (ordenações Filipinas). Não acrescentavam muito às ordenações Manuelinas, apenas integravam as leis extravagantes produzidas entre D. Manuel I e D. Filipe I.

São adotadas por D. João IV, vigorando em Portugal até 1867 (data de publicação do primeiro Código Civil Português, que derroga todo o Direito das Ordenações). Mesmo após 1820 (revolução liberal) estas ordenações continuaram a vigorar, exceto quando os liberais publicavam leis que derogavam as ordenações (derrogação casuística) e a “Lei da Boa Razão” do Marquês de Pombal.

As ordenações, sendo o direito próprio do Reino de Portugal, conviviam com outros ordenamentos jurídicos. O texto das ordenações filipinas reconhecia que, para além do Direito do Reino, vigoravam outras fontes no Ordenamento Jurídico Português.

¹⁸ Hespanha, *Cultura Jurídica Europeia – Síntese de um Milénio*, pág. 271-277.

Muitas vezes, os juristas interpretavam o direito do Reino à luz dos princípios do direito romano (ou restringiam / ampliavam as suas consequências, consoante a sua recondução aos princípios deste), consequência de estudarem apenas direito romano e canónico nas universidades. Os juízes interpretavam e solucionavam os casos, por vezes, sem tem em conta o direito do Reino, algo que “irritava” os reis. Em particular os reis reformistas do séc. XVIII, porque isto significava que os juízes e os juristas é que tinham poder sobre a aplicação da lei do reino.

Análise do excerto das Ordenações Filipinas

Ordenações Filipinas (1603), III, 64. TITULO LXIV

“(…) Quando algum caso for trazido em prática, que seja determinado por alguma Lei de nossos Reinos, ou Stilo de nossa Corte, ou costume em os ditos Reinos, ou em cada huma parte delles longamente usado, e tal que por direito se deva guardar, seja por elles julgado, sem embargo do que as Leis Imperiaes acerca do dito caso em outra maneira dispõem, porque onde a Lei, Stilo, ou costume de nossos Reinos dispõem, cessem todas as outras Leis, e Direitos.

E quando o caso, de que se trata, não for determinado por Lei, Stilo, ou costume de nossos Reinos, mandamos que seja julgado, sendo matéria que traga pecado, por os Sagrados Canones. E sendo matéria, que não traga pecado, seja julgado pelas Leis Imperiais, posto que os Sagrados Cânones determinem o contrário. As quaes Leis Imperiais mandamos somente guardar, pela boa razão em que são fundadas.

E se o caso, de que trata em prática, não for determinado por Lei de nossos Reinos, Stilo, ou costume acima dito, ou Leis Imperiais, ou pelos Sagrados Cânones, então mandamos que se guardem as Glosas de Acúrsio, incorporadas nas ditas Leis, quando por comum opinião dos Doutores não forem reprovadas; e quando pelas ditas Glosas o caso não for determinado, se guarde a opinião de Bártolo, porque sua opinião commummente he mais conforme à razão, sem embargo, que alguns Doutores tivessem o contrario; salvo se a commum opinião dos Doutores, que depois delle screverão, for contraria (…).”

- Fontes em que se deve recorrer em primeiro lugar – direito local, o direito do reino de Portugal; corresponde ao princípio do qual os direitos locais se aplicam em primeiro lugar e o direito romano é subsidiário;

- O direito do reino também é entendido num sentido plural, porque são válidas como fonte a lei do reino, o costume do reino e de cada uma das terras (direito dos rústicos), a jurisprudência dos tribunais; isto significa que não há legalismo, uma vez que a lei do reino não tem superioridade hierárquica em relação às outras fontes;
 - Se não houver solução para o caso recorrendo ao direito do reino, aplica-se o direito canónico se for matéria que traga pecado, se não for aplicam-se as leis imperiais, direito romano;
 - Por outro lado, o direito romano aplica-se por causa da sua razão intrínseca; o direito romano não vigora por causa da submissão do rei ao imperador, mas sim por causa da sua razão;
 - Todas as regras do direito comum estão aqui plasmadas e reconhecidas no direito do reino de Portugal;
 - Também se lê que, em casos de matéria de pecado, também se pode aplicar o direito canónico, mesmo sendo matéria de domínio temporal (exemplo da usura); sempre que algo no domínio terreno põe em causa a salvação, recorre-se ao direito canónico;
 - Além destes três direitos ainda considera como fonte as Glosas de Acursio (comentários feitos à volta do *Corpus iuris civilis* que foram compilados por Acursio); no entanto, se na doutrina houvesse muitas posições contrárias à glosa de Acursio, esta não deveria ser considerada;
 - Nesta situação recorria-se a Bartolo; este tinha muito peso, era um jurista prestigiado; quase que se atribui à opinião de Bartolo uma razão intrínseca;
 - A opinião de Bartolo só era derogada se os juristas mais recentes discordassem.
-

Por aqui, podia ver-se que este pluralismo jurídico era reconhecido pelo Rei de Portugal, mas causava um problema em fazer valer as leis do Reino por existirem tantas fontes normativas.

Em primeiro lugar, havia a ideia da superioridade do direito romano. Este era direito subsidiário, porque ele próprio atribuía a primazia aos direitos próprios. Este mesmo princípio também favorecia o costume face à lei.

Em segundo lugar, os juristas e os juízes aprendiam direito romano nas universidades e aplicavam o direito próprio de acordo com o mesmo.

Havia grande discórdia sobre o que deveria valer primeiro. Alguns juristas consideravam que o costume tinha primazia, mesmo que fosse *contra legem*, outros pretendiam julgar em função do direito romano por estudarem o *corpus iuris civilis*, no qual também havia esta ideia. Por exemplo, prevalecia a noção de que os rústicos deveriam ser julgados pelos próprios costumes por não saberem ler, entre outros.

1. Síntese

Direito do Reino:

- Lei Régia;
- Estilos dos Tribunais;
- Costumes do Reino.

Direito subsidiário:

- Direito romano, nas matérias temporais;
- Direito canónico, nas matérias espirituais;
- Glosa de Acúrsio (Séc. XIII);
- Opinião de Bártolo (Séc. XIV);
- “Opinião comum dos Doutores”.

JUSNATURALISMO

Jusnaturalismo ou conceito de direito natural. Quando se fala em direito natural, remete-se para os direitos que adquirimos ao nascermos num estado de Natureza, por inerência.

Nas escolas jusnaturalistas existe a crença de que o direito natural é anterior e superior ao direito positivo; o direito natural é o parâmetro da avaliação da validade do direito positivo; direito natural liga-se à ideia de universalidade – normas que são válidas para todos os seres humanos.

Se há normas naturais anteriores e superiores ao direito positivo, então este último deve ser criado a partir do direito natural, obedecendo às suas normas. Se forem contra elas, à luz desta forma de entender o direito, as normas de direito positivo podem e devem ser consideradas injustas (no limite até se pode considerar que não é direito).

Exemplo: julgamentos de Nuremberga, em que os nazis clamavam estar a aplicar o direito alemão; muita da argumentação contra eles consistiu em que dizer que não era direito, uma vez que contrariava princípios basilares superiores a essas normas.

Se estivermos num registo positivista, não há direito natural nem disposições anteriores e superiores que definam a validade ou a justiça do direito positivo – o justo é o que dizem as normas.

Estas ideias são comuns a todas as escolas naturalistas, porém a posição destas varia, na medida em que dão respostas diferentes à questão sobre a origem do direito natural. Algumas respostas passam pela razão humana capaz de intuir os princípios do direito natural, vontade divina que os revela e os impõe ou mesmo na natureza humana. Também dão respostas diferentes quanto à natureza das entidades que formam essas normas (conjunto de valores éticos ou jurídicos, ou um conjunto de direitos naturais dos indivíduos), ao modo de conhecer e descobrir este direito natural e as suas normas (ordem das coisas, a razão em si que seria autossuficiente, a razão auxiliada pela fé ou pela virtude) ou, por último, quanto a onde pode ser encontrado (no mundo exterior, no mundo interior humano).

As duas escolas que vão ser estudadas são o jusnaturalismo da escolástica tomista (ou tradicional) e o jusnaturalismo moderno.

1. Síntese

- Existe um direito natural anterior e superior ao direito positivo;
- As normas do direito positivo devem ser criadas a partir do direito natural;
- O direito positivo pode ser injusto (quando não está de acordo com o direito natural);
- Quando uma norma do direito positivo é contrária às normas/valores do direito natural, essa norma não constitui direito.

Quatro questões (com respostas diversas):

- A origem do direito natural – pode ter origem na natureza humana, na razão ou vontade divina, na razão humana ou na razão cósmica;
- A natureza das entidades que compõem esse direito – podem ser normas de natureza ética, valores jurídicos, como a justiça ('dar a cada um aquilo que é seu'), ou direitos naturais dos indivíduos;
- A forma de o conhecer – mediante a razão (racionalismo); ou a razão auxiliada pela fé, ou pela virtude (tomismo); ou mediante o sentimento;
- Onde pode ser encontrado – no mundo exterior; no mundo (humano) interior.

JUSNATURALISMO TRADICIONAL

Escola inspirada em S. Tomás de Aquino (teólogo medieval naturalista). Para este a fé era o instrumento para encontrar e compreender o direito natural. Este direito, por sua vez, estaria na natureza, na ordem subjacente às coisas, sendo por isso imanente¹⁹.

Portanto, a ordem estaria de acordo com aquilo que Deus quis, de acordo com normas que remetem para uma causa primeira que é Deus (Bíblia e Sagradas Escrituras), não obstante que tenham a sua autonomia e lógica próprias, independentes da vontade Divina (causas segundas – Deus cria a ordem, porém esta desenvolve-se com uma ordem própria, independente de Deus).

Deus atribui às coisas e ao Homem um lugar e um fim próprios. Este último faz uma investigação com base na fé e na razão sobre os fins do Homem na ordem do mundo, que funciona tendo em vista um fim – a salvação de cada um e de todos.

Como é que o Homem conhecia esta ordem natural das coisas? Não provinha diretamente de um acesso às ideias divinas, dado que o homem estava limitado pelo pecado original; há sempre esta humildade do pensamento pré-moderno – o Homem e a sua razão são limitados, não conseguindo autonomamente aceder diretamente às normas do direito natural. Deste modo conhece-o lendo os textos bíblicos, utilizando a fé e a razão, mas também observando os factos (resultado sempre imperfeito dessa observação – regularidades das coisas e da História). Esta posição é muito conservadora – direito natural enquanto conjunto de normas que presidem à ordem das coisas.

Em suma, a descoberta da ordem natural das coisas não pode provir do acesso direto às ideias divinas, nem somente da especulação abstrata – provém da observação dos factos e do resultado imperfeito dessa observação. A observação seria orientada e complementada pela elaboração intelectual (razão), a qual tinha um qualificativo moral (distinguir o justo do injusto) para ser eficaz (boa razão). O direito natural do mundo lê-se na ordem das coisas e do mundo.

S. Tomás de Aquino faz uma espécie de “hierarquia”, com várias instâncias de direito natural (subcapítulo 1).

¹⁹ Hespanha, *Cultura Jurídica Europeia – Síntese de um Milénio*, pág. 301-307.

1. Instâncias de direito natural

Mandamentos absolutos, intemporais e invariáveis

É a lei natural, constituída por normas que valem para sempre, independentemente de qualquer tempo ou lugar. São uma espécie de princípios fundamentais do direito natural.

Exemplo: não matar pessoas (instinto de conservação de todos os homens); promover o bem e evitar o mal; constituir família e educar os filhos (instinto reprodutivo); dizer a verdade e não prejudicar o próximo.

Destes mandamentos emanavam-se normas positivas justas, na medida em que proibiam o homicídio, o furto, o adultério, etc., às quais o direito positivo, para ser justo, obedecia e procurava positivá-las.

Surge o problema da imperfeição do Homem (pecado original), ordem mutável do mundo e mobilidade das coisas humanas. Todos estes aspetos juntos dificultavam o encontro de princípios universais e imutáveis (o bem e o mal variam consoante o tempo e o espaço e as próprias circunstâncias da vida). Assim, era difícil saber, de forma abstrata, o que é bem e o que é mal em todas as circunstâncias concretas, já que estas são determinações demasiado gerais para perpetuarem, de forma imediata, regras de conduta. Ou seja, não é possível estabelecer uma ciência do direito natural ou formular um código de regras gerais, permanentes e absolutas.

A lei natural é clara, mas a sua aplicação e adaptação às circunstâncias não. É claro que não se pode fazer o mal, mas não é claro o que é de facto o mal, nem como julgar e castigar quem o faz.

As leis humanas podem ser derogadas e alteradas mediante as circunstâncias que ocorrem, porém nem sempre se considera que essas leis são injustas ou não pertencem ao direito natural. Há uma série de leis intermédias, leis humanas, que nem sempre vão ao encontro destes princípios.

O direito natural obriga à paz, mas para manter a paz pode ser preciso ingressar na guerra. Será a guerra justa? Como é que se avalia se a guerra é justa? Tendo em conta as circunstâncias – porque os valores são absolutos, mas a sua aplicação varia com as circunstâncias. Princípio da guerra justa – se é justa, é de direito natural, mesmo que contrarie a ideia de paz.

Nível intermédio

São as leis humanas que concretizam o direito natural. Muitas vezes, pelas razões acima, contrariam os princípios universais do direito natural, mas não deixam de ser justas ou direito natural. Derivam de necessidades inerentes à ordem do mundo e das coisas, e da sua respetiva mutabilidade e imperfeição. Então, as leis naturais mantêm-se invariáveis, mesmo que não sejam sempre seguidas.

Considerem-se os exemplos da “guerra justa” e da escravatura – benefício que o escravo retira de trabalhar para alguém mais sábio que ele e, no caso dos que são “salvos” da guerra, podem ser escravos em vez de morrerem. Neste contexto, as leis que permitem a guerra ou a escravatura não são necessariamente injustas ou contrárias ao direito natural. Portanto, este direito não era puramente voluntarista, há uma tentativa de mediação entre os ideais cristãos e a realidade, em virtude das necessidades humanas (os mandamentos divinos não se traduziam diretamente em instituições e leis).

Tal sucede, em primeiro lugar, porque certas circunstâncias, devido à mobilidade das coisas humanas e à complexidade do jusnaturalismo tradicional, levavam a que certas concretizações em particular não convergissem com os princípios universais, apesar de serem parte do direito natural. Por exemplo, o princípio da paz era “revogado” pelo direito a pegar nas armas e lutar na guerra justa (mas iria ao encontro do princípio da paz por ser JUSTA). Em segundo lugar, o direito natural é imanente – decorre da observação da maneira como as coisas se processam historicamente.

2. Dimensão conservadora

O direito natural tem uma dimensão marcadamente conservadora desta visão corporativista. Ou seja, as fontes de direito são aquelas que revelam a ordem e aquilo que esta diz acerca do que está certo ou errado (importância dada às mais antigas). A ordem das coisas sobrepõe-se sempre à vontade humana.

3. Espécie de utilitarismo

Há algumas instituições que não possuem um caráter de necessidade absoluta (requerimento para obedecerem ao direito natural), mas que se tornam praticamente imperativas, nomeadamente por causa das transformações da vida social trazidas pelo pecado original.

Tornam-se assim instituições de direito natural, em virtude da necessidade para a convivência pacífica, a felicidade ou a utilidade das coisas.

Originalmente tudo pertencia a todos e os homens eram livres. Após o pecado original, os homens não podiam partilhar as coisas de forma harmoniosa, uma vez que todos cuidam melhor de algo que pertence a si próprio do que de algo que pertence a todos, devido à ordem natural das coisas. Assim, era legítimo e de direito natural a existência da propriedade privada, pois adequava-se mais à ideia de uma convivência pacífica. Tal não significa que seja uma realidade natural, intemporal e absoluta, até porque nem sempre foi assim.

A propriedade privada, não sendo um mandamento natural intemporal e invariável, é uma coisa necessária, sem a qual os homens não podem viver bem. Concluindo, apesar de não ser “necessária”, a propriedade privada assim se tornou graças à evolução da sociedade através do pecado original. Logo, seria também de direito natural (mesmo que num nível intermédio, que acompanha a ordem do mundo).

Por causa da imperfeição do Homem e da organização das atividades humanas, muitas coisas faltariam se o direito positivo proibisse estritamente a usura, pois entraria em contradição com a utilidade das atividades de muitos homens. Mesmo sendo injusta, firma-se a sua admissibilidade com base na sua utilidade.

Outro exemplo é o poder político. A obrigatoriedade das instituições remete à sua função na ordem das coisas e na sua importância ou necessidade para uma convivência pacífica entre os homens.

Deste modo, está-se perante um certo utilitarismo – S. Tomás estava disposto a aceitar algumas instituições devido à sua utilidade. No entanto há uma grande diferença entre São Tomás de Aquino e os utilitaristas – o primeiro está disposto a aceitar instituições por causa da sua utilidade, mesmo que injustas; os segundos consideram justo aquilo que é útil (utilidade como critério de justiça).

4. Síntese

- As circunstâncias particulares dos momentos podem fazer com que a aplicação direta da lei natural seja injusta – as coisas humanas são variáveis, no tempo e no espaço, o homem é imperfeito e a sua razão é limitada;
- É difícil derivar do direito natural princípios de justiça invariáveis; é por isso que, na cultura jurídica medieval, não havia a iniciativa de codificação e/ou unificação do direito de forma universal, uma vez que tudo é variável e dependente das circunstâncias concretas e históricas diferentes no tempo e no espaço;
- A lei humana é a tentativa de positivação da lei natural dentro dos limites que as coisas humanas e a sua variabilidade, mutação e liberdade permitem; o direito positivo não representa o direito natural na sua plenitude, constituindo apenas uma tentativa de representação deste;
- Não existe a ideia de uma ciência do direito – não é uma ciência, é “uma arte de, em cada momento, para cada caso, encontrar a solução justa” – ainda que se possa partir de princípios invariáveis, tudo leva ao casuísmo e à ponderação;
- Há leis humanas que não podem concretizar em absoluto as leis naturais; caso das leis que permitem a usura – tudo dependeria, depois, do caso concreto.

O jusnaturalismo tradicional contrapõe-se ao jusnaturalismo moderno – posição de que o direito é inferido pela razão, havendo uma certeza em relação ao direito, um olhar para o direito cada vez mais como uma coisa certa, lógica, dedutível, clara.

Jusnaturalismo Moderno

Com o jusnaturalismo (ou jusracionalismo) moderno, há um deslocamento da ideia da natureza das coisas ou da vontade de Deus para a natureza do Homem – espécie de antropocentrismo. Tal deve-se à evolução cultural do Renascimento, do Humanismo e da revolução científica, em que o “Homem é a medida de todas as coisas”, a sua razão é capaz de apreender a realidade e até pode ser fonte autónoma de criação normativa²⁰.

Maior laicização do pensamento – associa-se a ideia de vontade não à vontade de Deus, mas à vontade dos homens, uma vez que estes conseguem, cada vez mais, conhecer as coisas cientificamente e transformá-las de uma forma adequada às necessidades humanas, Então, o direito evoluiu para algo mais certo e diretamente dedutível, tendo assim um carácter mais científico. Vai surgir uma tendência para abandonar a natureza das coisas enquanto a fonte, colocando o Homem no centro.

- Maior referência ao Homem e à sua natureza – ser racional e empírico, que se movimenta por impulsos naturais e não em razão da fé ou da observação da ordem natural das coisas;
- O direito natural funda-se na razão humana;
- Direito ao serviço dos direitos naturais de cada homem e dos seus instintos;
- Direito como conjunto de normas que visam garantir e dar livre expressão a esses instintos;
- O direito reconduz-se ao Homem, quer na sua origem como nas suas finalidades.

O que levou ao aparecimento deste pensamento:

- Revoluções culturais ou de pensamento como o Renascimento ou as enunciadas acima;
- Descobrimientos (a partir do séc. XVI) contacto com outras culturas, diferentes em religião (não-cristãos) e formas de ser e ver a organização da sociedade;
- Quebra da unidade religiosa com a reforma;
- A fé já não era a mesma para todos, logo já não constituía um fundamento comumente aceite para a ordem do mundo e da justiça – necessidade de encontrar um direito que valesse independentemente das crenças;
- Associa-se à modernidade a ideia de universalidade – há um Homem abstrato e universal, assim como uma razão humana igual;

²⁰ Hespanha, *Cultura Jurídica Europeia – Síntese de um Milénio*, pág. 304-307.

- Todos os homens, através da razão, chegariam aos princípios universais do direito;
- Há princípios universais do direito natural, que são inderrogáveis, e que todos os homens podem conhecer; algo derivado desta universalidade da razão humana.

1. Escolas importantes desta época (e de transição)

Cícero e estoicismo²¹

Verifica-se a revalorização de Cícero e do estoicismo da cultura clássica (greco-romana). Começam-se a ler as obras deste autor, que surge com um protagonismo que não teve durante a época medieval.

Segundo esta escola, existe uma lei universal, a “*recta ratio*”, e existe um direito natural eterno e imutável (“em todos os lados e em todos os tempos”), o qual pode ser encontrado por todos os homens desde que usem a reta razão.

Deste modo, o direito é constituído por regras gerais, exatas, precisas e autoevidentes à razão, única ferramenta necessária para que estas sejam inferidas. O conhecimento do direito já não resulta da observação da ordem das coisas, mas sim de uma investigação da razão sobre o que é bom ou necessário para viver; depois é positivado de forma a refletir esse entendimento.

A lei verdadeira é conforme à razão, à natureza, e algo inerente a todos os seres, dado que estes são dotados de razão, levando assim todos os homens, a atingirem a lei verdadeira racionalmente. Portanto, nenhuma lei de direito positivo poderá derogar ou contrariar os princípios do direito natural (partindo do pressuposto de que é apreendido pela razão).

Hipótese de reconhecer o direito positivo como linearmente injusto: só é justo se estiver de acordo com os princípios reconhecidos pela razão. Pode, inclusive, quando se afasta da razão, nem sequer ser considerado direito.

Atendendo ao facto de ser o Homem, olhando para a sua interioridade, que extrai da sua razão as normas certas, posteriormente conformando a realidade à sua razão daquilo que é imperioso para o Homem viver bem, pode-se falar de uma abertura para o voluntarismo – ato de vontade, vontade de conformação da realidade de acordo com aquilo que a razão dita.

²¹ Hespanha, *Cultura Jurídica Europeia – Síntese de um Milénio*, pág. 304-305.

Cícero é, então, o precursor daquilo que virá a ser o racionalismo jurídico (séc. XVI e XVII) – a ideia de que o direito pode ser extraído da razão.

Outra interpretação para o jusnaturalismo de Cícero

Como o Homem é um ser racional e capaz de uma forma autoevidente de conhecer o direito natural, então pode-se supor que as leis positivas são uma concretização do mesmo. Os homens organizaram-se de acordo com aquilo que a razão lhes diz que deve ser, logo o que é real está certo, não havendo uma oposição entre os direitos natural e positivo. Assim, o direito positivo era racional e estava certo – consequência conservadora.

Na primeira perspetiva, há um direito autoevidente, que deve ser apreendido pela razão, e o que não está de acordo com ele é injusto. Na segunda, tudo o que existe está certo e de acordo com a razão, em virtude do racionalismo do Homem e da apreensão total do direito natural, pelo que o direito positivo é naturalmente racional. Tal como o Tomismo, apenas o direito positivo estaria bem, daí ser uma perspetiva conservadora.

Nota: o direito natural naturaliza sempre determinadas ideias, cristalizando a legitimação ou do que existe, ou do que deve ser mudado.

Escola ibérica do direito natural²²

“Constitui um desenvolvimento peninsular da escolástica tomista, provocado pelo advento da Contrarreforma (séc. XVI). Teve o seu epicentro em Salamanca e, em Portugal, destacou-se nas universidades de Évora e Coimbra.

Eram chamados “humanistas tomistas”, porque, apesar de partir das conceções de S. Tomás de Aquino, é também muito influenciada pelo humanismo e pelas ideias do Renascimento. Pode-se dizer que “modernizaram” o tomismo ao introduzirem neste elementos culturais e filosóficos modernos, como a “valorização da observação das coisas e o exercício da razão”.

Com base nisto, tornam o direito quase completamente laico. Levam quase até às últimas consequências a teoria das causas segundas, ao afirmarem que a natureza é de tal forma autorregulada, que essa autorregulação existiria mesmo que Deus não existisse. Então, há coisas que fazem parte da natureza e da ordem das coisas mesmo que Deus não queira (ex.: $2+2=4$ – coisas empíricas e apenas dependentes da apreensão).

²² Hespanha, *Cultura Jurídica Europeia – Síntese de um Milénio*, pág. 306-307.

“A vertente empirista decorria do facto de as tendências internas das coisas para uma certa organização serem agora consideradas como causas autónomas, de ordem natural, independentes da vontade de Deus ou mesmo mais fortes do que esta. Por outro lado, as leis naturais seriam suficientemente explícitas para serem concebidas pela razão humana, a qual passaria a ser concebida como uma primeira fonte de conhecimento do direito natural. Assim, com base na observação das coisas e com a elaboração intelectual dos resultados desta observação, podia-se construir o direito natural com meios exclusivamente humanos (observação e razão), pondo entre parênteses a existência de Deus”.

Francisco Vitória (nome importante desta escola) dizia que Deus não tinha um poder que lhe permitisse mudar as necessidades naturais e criou os humanos, com as qualidades que tinham, porque não podia fazer de outro modo. Dizia que o direito era aquilo que era racionalmente necessário e Deus não podia derrogar essa racionalidade.

Processo de laicização do direito – “o direito radica na razão individual” (leitura de Cícero) → as leis naturais são produto da razão humana e podem ser conhecidas por ela, independentemente de Deus (como se na razão estivessem os princípios eternos do direito) → extraíam destes princípios racionais outros métodos e regras. Assim, transformou-se a forma como se descobria o direito, caminhando-se para um sistema onde o direito se deduzia logicamente da razão. O direito “vem de cima, para baixo” ≠ direito da Pré-Modernidade que era inferido a partir dos casos concretos.

Tem-se o direito como um sistema lógico com uma estrutura racional.

Escola de transição – oscila entre a pré-Modernidade e a Modernidade, mas não é por acaso que aparecem nesta altura; são escolas da contrarreforma, o que significa que a Cristandade já estava dividida; os Ibéricos já haviam descoberto as Américas, confrontando-se com povos pagãos (outras religiões) e isso colocava um novo problema – era necessário encontrar vocabulário jurídico compreensível por todos os homens; fundamentos para o direito que pudessem ser aceites por povos com tradições, culturas e religiões diferentes; valores mais alargados do que os da fé; racionalidade e princípios fundados na razão que unificassem os homens.

Foi uma das primeiras escolas a teorizar a ideia de Direitos Humanos, isto é, direitos comuns a todos os Homens – todos os Homens são racionais e, apesar da sua religião e dos seus costumes, têm direitos (ex.: a propriedade privada e a jurisdição política autónoma valiam tanto para os cristãos como para os pagãos).

No entanto, este mesmo raciocínio acabou por levar à justificação da colonização e de tudo o que os povos ibéricos fizeram de errado nas terras que colonizaram. Esta conceção de

direito acabava por beneficiar o povo europeu nessa relação, afirmando que povos índios agiam muitas vezes contra o direito natural, o que legitimava a guerra contra os mesmos, a dizimação de algumas civilizações e até a sua escravização.

Descartes²³

Descartes contestou o conhecimento da sua época, incerto, marcado por disputas e contradições nas disciplinas filosóficas, jurídicas e políticas. Portanto, procurou para elas um método que lhes fornecesse bases sólidas como as da matemática (sensação de que a realidade é matematizável); também o direito devia ser assim.

“Para Descartes a chave da compreensão do mundo não estava na observação da realidade empírica, mas numa pura reflexão racional, isolada, independente da observação do mundo exterior, visando encontrar princípios autoevidentes para fundamentar o conhecimento”.

Através do método cartesiano (discurso do método), procede-se ao exercício da razão crítica, desconfiando da realidade e da apreensão desta pelos sentidos (que podem enganar-nos) e do conhecimento prévio, pensando as coisas através da razão (confiança absoluta nesta). Tem-se a autonomia da razão – penso logo existo (*cogito ergo sum*) – tudo poderá ser inferido pela racionalidade, abstraindo da forma como as coisas estão organizadas.

Isto é, a razão não precisa de preconceitos nem de olhar para a exterioridade do mundo, a clareza buscava-se no interior (crença na autonomia da razão); a razão pura leva o Homem ao conhecimento certo, que se deve abstrair das coisas, preconceitos e conhecimentos anteriores.

Guilherme de Ockham²⁴

Pegando na ideia da individualização do Homem, fez-se uma adaptação de uma concepção laicizada da sociedade – existência de seres humanos iguais fora das categorias que são atribuídas pela sociedade (nominalismo laicizado). Ou seja, a natureza do homem, pondo de parte as concepções atribuídas pela sociedade, será universal e partilhada por todos. Logo, quem constrói e garante a ordem não é Deus, mas o Homem.

A modernidade traz consigo a vontade de mudar de acordo com aquilo que a razão compreende, em cada momento e em cada lugar, enquanto bom ou mau, justo ou injusto – ideia

²³ Hespanha, *Cultura Jurídica Europeia – Síntese de um Milénio*, pág. 308-310.

²⁴ Hespanha, *Cultura Jurídica Europeia – Síntese de um Milénio*, pág. 314-316.

de progresso. Nesta perspectiva moderna, aquilo que a realidade é pode estar contra aquilo que é racional e correto, pelo que as normas poderão ser alteradas com o objetivo de as tornar mais racionais. Já que o direito é o resultado da pura racionalidade e razão, pode-se, a qualquer momento, considerar que as normas que existem são irracionais.

Há a ideia de que a realidade deve ser melhorada, de acordo com regras sugeridas pela razão, ou pela ideia de que no centro da vida social está um indivíduo que é movido por impulsos universais (propriedade, defesa dos seus interesses, autoconservação) e de que o direito deve estar ao serviço desses impulsos. Um direito voluntarista que pode ser mudado tendo em conta estes fins.

A modernidade jurídica faz-se recuperando ideias e tradições, mas também acrescentando novas conquistas, como a ideia cartesiana do conhecimento. Ideia de que o Homem é capaz de reconstruir a realidade através desse conhecimento e da natureza humana, abstraindo-se das convenções e dos grupos sociais típicos da Idade Média e da conceção corporativista da sociedade. Existe um Homem universal, igual em todo o lado, e é esse Homem que o direito vai servir.

2. Diferenciação com o jusnaturalismo tradicional

- Jusnaturalismo tradicional – liga-se muito à precedência da ordem das coisas ou à vontade de Deus;
- Jusnaturalismo moderno – (pelo contrário) está muito mais ligado à natureza do Homem (razão), derivando dela, e não da ordem das coisas ou da vontade de Deus, o direito.

Neste contexto, o nível intermédio do jusnaturalismo tomista (flexibilização das regras puras do direito natural) tende a desaparecer, dado que o direito positivo já não pode contrariar as normas do direito natural.

Como se funda na razão humana (imutável), o direito natural é certo e absoluto; o direito positivo deve representar essa razão na realidade, por outras palavras a realidade deve conformar-se com a razão – fazer um direito positivo de acordo com o que a razão acha que está bem ou que é justo – jusracionalismo.

Cícero introduziu a possibilidade de dizer que o direito positivo e as instituições são injustas quando contrárias ao direito natural inferido pela razão. Se o direito positivo não reflete o direito natural, é injusto.

Assim, o jusnaturalismo moderno abre a perspectiva da ideia de revolução, pois é possível mudar as coisas. Suponha-se o seguinte raciocínio: o direito reflete a razão → a razão entende que o direito não traduz corretamente o que é certo → deve mudar-se o direito. Isto esteve na origem da Revolução Francesa.

Criação do “direito das gentes” – para estar de acordo com a razão, o direito positivo não poderia criar uma instituição como a escravatura, uma vez que é contrária ao direito natural. Se a liberdade é uma faculdade natural, então a escravatura não é uma instituição do direito natural (está contra a natureza).

3. Dimensão individualista do jusnaturalismo moderno²⁵

O ambiente é favorável à recuperação da ideia do nominalismo de Ockham (séc. XIV). Na base da sociedade estavam indivíduos e não grupos sociais, cujos atributos sociais (artesão, clérigo, pai, mãe...) eram meras convenções, não fazendo parte da essência dos indivíduos. Fora destas convenções os homens eram iguais, abstratos, livres e com os mesmos direitos.

A ideia do indivíduo ganha centralidade, pelo que, também na base do direito, deveria estar o indivíduo. Por detrás da variedade, existe um indivíduo geral e abstrato e, por isso, passível de ser objeto de leis e regras gerais e abstratas.

Esta ideia foi ainda aprofundada pelo cartesianismo (indivíduo igual aos outros, que no uso da razão chega às mesmas verdades evidentes) e pelo empirismo (Homem comandado por impulsos, relacionados com a sua natureza, iguais em todo o lado) da ciência do séc. XVII.

Aplicando estas ideias ao direito, de acordo com o cartesianismo, se o Homem pode usar a razão, tem o direito de se comandar com base naquilo que deduz da sua razão. De acordo com o empirismo, se existem instintos, como o da auto preservação, deve haver direitos adjacentes (naturais), pelo que o direito deve ir ao encontro desses impulsos e satisfazê-los. Estes são os direitos subjetivos que todos os Homens têm por serem seres racionais e por terem instintos comuns (propriedade, auto preservação, etc.).

Concluindo, alcança-se a ideia do indivíduo enquanto ser racional e ser comandado por instintos.

²⁵ Hespanha, *Cultura Jurídica Europeia – Síntese de um Milénio*, pág. 314-328.

Das ideias da inclinação para os interesses da vida comum ou das lutas contínuas que seriam geradas no estado de natureza, surgem as teorias do contrato social, segundo as quais os homens teriam limitado a sua liberdade natural e entregaram aos governantes o poder político, para que estes garantissem a paz e os direitos individuais.

Por conseguinte, a sociedade seria um resultado da vontade – voluntarismo político e jurídico. A ordem social depende de vontade exterior, pois a sociedade não está organizada à partida (ideia de Ockham); deve ser criada e controlada exteriormente, neste caso, pelos homens.

Pensadores do contratualismo e voluntarismo no séc. XVII:

➤ Thomas Hobbes – absolutismo:

Os homens estavam em situação de guerra no estado de natureza devido aos instintos de propriedade, auto preservação e superiorização, colidindo;

A certa altura, a racionalidade conduziu os homens até ao contrato social, neste caso de obediência, depondo todos os seus poderes num soberano, apenas condicionado pela necessidade de governar racionalmente; tinha de garantir a paz (o fim para o qual o soberano e o poder político são criados), de tal forma a que a coexistência entre esses indivíduos seja pacífica, criando instituições como a propriedade;

A justiça vem daquilo que a lei do soberano disser e não havia outro direito se não o que era feito pelo soberano – voluntarismo levado ao seu extremo – todo o direito positivo é a vontade do soberano, orientada apenas pelo objetivo da paz; só este evita que este caia no arbítrio – despotismo iluminado (cria a ordem de forma a garantir a paz);

➤ John Locke – demoliberalismo:

Os homens respeitavam as propriedades uns dos outros mesmo no estado de natureza, mas com o crescimento populacional a propriedade vê-se ameaçada e limitada;

Para resolver este problema, os homens “assinaram” um contrato social e instituíram um poder político que garantisse os direitos dos homens; “o estado político apenas garantiria uma melhor administração dos direitos naturais, substituindo a autodefesa e a vingança pela tutela de uma autoridade pública”;

Poder político como garante de direitos anteriores dos homens – criação de constituições, leis, que protejam os interesses dos indivíduos.

O jusracionalismo desdobrou-se “em duas grande orientações: a demoliberal, inaugurada por John Locke e desenvolvida pelos jusracionalistas franceses, e a absolutista, com origem em Thomas Hobbes e com um representante de nota em Samuel Pufendorf”.

Voluntarismo

Segundo esta doutrina, a ordem social é resultado da vontade dos Homens. São os Homens que decidem viver em sociedade, para garantir melhor os seus direitos ou, até, a paz que não encontram no estado de natureza. Também o direito tem a sua fonte no poder da vontade.

Com isto, prepara-se o caminho para sistemas jurídicos fundados em princípios evidentes, dos quais se deduzem outros princípios, hierarquizados. Essa ideia começa a nascer aqui.

Há uma dimensão voluntarista na criação da ordem.

Teoria dos direitos subjetivos

A teoria dos direitos subjetivos (naturais) está na base do direito civil e “foi sendo construída pouco a pouco, até atingir a sua fase de perfeição com os jusracionalistas”. “Os direitos subjetivos são, na concepção jusracionalistas, os direitos, atribuídos pela natureza a cada homem, de dar livre curso aos seus impulsos racionais. Estão, portanto, ligados à personalidade, à sua defesa, à sua conservação, ao seu desenvolvimento”.

Deste modo, estes direitos surgem com base nos indivíduos, são inatos, poderes de vontade garantidos e protegidos pelo direito positivado – aferimento de princípios orientadores do direito positivo, baseados no direito natural (exemplo: liberdade – princípio natural absoluto dos indivíduos, liberdade de trabalho, abolição da escravatura, liberdade contratual, etc.; igualdade – princípio de igualdade nas sucessões, igualdade nas penas, igualdade perante a lei, abolição de privilégios corporativos, etc.).

Portanto, o jusracionalismo tem um concepção individualista (primado do indivíduo dotado de racionalidade e direitos inatos) e voluntarista (o direito não reside na ordem natural das coisas, mas sim da vontade dos homens) – direito enquanto vontade racionalizada:

- A vontade é racional, e a sua liberdade é a de agir racionalmente, procurando atingir objetivos superiores e comuns; haverá limites ao exercício desta vontade?
- Podem mesmo os homens contruir a sociedade à imagem da sua razão?

4. Dimensão objetivista do jusnaturalismo moderno²⁶

Esta perspectiva veio “atenuar” o excesso de voluntarismo e racionalismo da Modernidade. É contrária à ideia de um voluntarismo absoluto, na medida em que o direito estaria submetido a regras de valor necessário e objetivo, regido “por grandes princípios que podiam servir de verdadeiros axiomas da ciência do direito” – tal deve-se à tendência da época para aproximar todas as áreas das ciências naturais.

Assim, entre o voluntarismo e a fundamentação racional do direito, existe uma oposição, tal como entre vontade e razão, entre subjetividade e objetividade. Isto é, “ou o direito é o produto livre da vontade e a sua definição nada tem a ver com uma ordem natural, científica ou racional das coisas, ou existem princípios jurídicos cientificamente, naturalmente ou racionalmente válidos, e então não se descortina a legitimidade da vontade para os ignorar ou substituir”.

No desenvolvimento desta questão surgiram algumas correntes para as quais não se colocou este problema:

- Fundamento do direito na “racionalidade da vontade” – “o direito constituiria o produto de um ato livre da vontade dos sujeitos, ou de um ato livre do poder; mas só a vontade reta, racional, iluminada, possuiria a virtude de criar verdadeiro direito” (corrente de Kant, David Hume e Rousseau); “então, a antinomia entre vontade e razão desaparecia, pois a primeira surgia subordinada à segunda, cooperando na realização de uma ordem tanto voluntária como racional e natural”;
- Fundamento do direito numa razão objetiva – “radicada não nos indivíduos, mas na ordem cósmica ou na da convivência humana”:

- Montesquieu e o jus-objetivismo:

Volta a olhar “para as coisas”, encontrando novamente a diversidade. Se a razão é uma só, e os homens constroem as sociedades com base na razão, estas deveriam ser todas, pelo menos, semelhantes. Porém, os homens, sendo todos racionais e tendo, eventualmente, os mesmos direitos, não se organizam todos da mesma maneira. Conclui, então, que os homens não se conduzem APENAS pela sua vontade, não é só isso que conta para o direito, senão as sociedades, as leis e as instituições não seriam tão diversas e heterógenas.

“Não são os homens que governam as coisas, mas são as coisas que governam os homens” – há coisas objetivas para lá da razão e da vontade dos homens, que também condicionam o direito e a forma de organização das sociedades.

²⁶ Hespanha, *Cultura Jurídica Europeia – Síntese de um Milénio*, pág. 328-340.

“A razão está nas coisas” – o clima, as religiões, a história, as leis, os costumes, os usos sociais; há um espírito geral coletivo que condiciona a vida de cada um e o direito desses povos; o direito tem origem “na alma dos povos”, o espírito geral da nação, que exerce uma certa determinação no direito de cada nação.

Portanto, o direito tem o seu fundamento na “necessidade natural”, nas “consequências normativas das relações naturais e necessárias que se estabelecem entre os homens unidos numa associação política”.

Os critérios empíricos são obtidos através da observação da atividade dos homens e daquilo que os move. O espírito da lei consiste na investigação dos fatores objetivos que condicionam a vida das sociedades e o direito. Ainda assim há uma certa capacidade de manipulação destes factos pela razão e vontade dos homens – adaptação e equilíbrio.

“As leis, no seu significado mais amplo, são as relações necessárias que derivam da natureza das coisas”.

Montesquieu introduz a variável da história, em oposição ao “a-historicismo” das perspetivas contratualistas de Locke ou Hobbes, em que a vontade se sobrepunha sempre.

Congregação do racionalismo da modernidade com um certo voluntarismo, mas também um objetivismo que explica, neste caso, que em algumas circunstâncias, a escravatura (por exemplo) volte a ser admissível.

Também estas ideias se traduziam em legislação positiva.

Abertura do jusnaturalismo moderno (séc. XVIII e XIX) às condicionantes objetivas. Ex.: estatuto dos escravos na primeira Constituição portuguesa, ou das mulheres e seus direitos nas sociedades e leis destes séculos.

- Jeremy Bentham e o utilitarismo:

As leis da natureza (leis quase científicas sobre a natureza dos homens) fornecem critérios objetivos para a construção do direito, através da observação daquilo que move os homens e da consideração disso para fazer o direito.

Parte 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 e o direito surge como o produto de um cálculo rigoroso.

Parte da premissa de que todos os homens querem ser felizes, em primeiro lugar. Observando os homens, percebe-se que o comando que mais os conduz é a felicidade.

Para obter um conhecimento preciso do princípio da utilidade, é necessário elaborar uma tabela de todos os prazeres e de todos os padecimentos. São esses

os primeiros elementos, os algarismos do cálculo moral. Assim como em aritmética se trabalha sobre números que é necessário conhecer, em legislação trabalha-se sobre prazeres e padecimentos, dos quais é necessário obter uma exata enumeração.

O direito justo é o que organiza a sociedade de maneira a assegurar a maior felicidade e bem-estar possíveis para o maior número possível de pessoas.

Assim, é um princípio que orienta a análise do direito justo de forma objetiva. É um critério aplicável independentemente do tempo e do espaço para a aferição da justiça do direito – a sua conformidade com a persecução de uma vontade anterior (daí ser direito natural), a felicidade, define o seu caráter enquanto justo (ou não).

A maior felicidade para o maior número é a medida do bem e do mal. A ordem social mais justa é aquela em que o maior número de pessoas possa ser feliz.

Exemplo: escravatura. Como se caracteriza uma lei abolicionista? A sua justiça ou injustiça? Normalmente há maior número de escravos do que senhores, logo esta lei será justa pois trará maior felicidade ao maior número de pessoas.

Em suma, na corrente objetivista, os homens têm instintos naturais e abstratos, mas também são dotados de racionalidade.

Estas ideias modernas estão na base das revoluções liberais e das melhorias reformistas dos déspotas iluminados, a partir da ideia de que a sociedade pode (e deve) ser melhorada.

Deste modo, tem início o legalismo. Há um centro (soberano ou poder legislativo e executivo) na fonte da organização da sociedade e do direito – a lei – fonte voluntarista do direito. Este pensamento é contrário ao direito da pré-modernidade, o qual era baseado na observação da ordem das coisas. Aqui, a lei é a fonte principal e, em alguns casos, a única.

Outra característica da modernidade é, então, a codificação do direito (produto deste contexto), que consistiu na criação de códigos unificados, sistemáticos. Os códigos partem dos grandes princípios axiológicos da ciência do direito, partindo deles para a normatização e organização das regras subjacentes e orientando as relações humanas e as resoluções de conflitos nas mesmas. Estes textos são universais, uma vez que a racionalidade seria sempre a mesma.

“Sistematicidade e cientificidade provêm dos pressupostos filosóficos jusracionalistas: a existência de uma ordem jurídica anterior à legislação civil, à luz da qual esta devia ser cientificamente reformada”.

Há princípios racionais, universais, que devem ser respeitados por todos os Homens. Se há homens que não seguem esses princípios, esses povos estão atrasados na sua evolução ou não usam bem a razão, não conseguindo observar esses princípios – presença europeia nesses locais como missão de civilização – espécie de justificação para a colonização.

5. O direito racionalista da modernidade cultural: elementos de rutura e legados para o futuro²⁷

“O jusracionalismo jurídico inaugura, no pensamento político e jurídico, aquilo a que se vem chamando a “modernidade”, introduzindo um novo imaginário social e jurídico, muito diferente do que tinha dominado a Época Medieval”.

“Se antes dominada a ideia de que o direito repousava numa ordem natural do mundo e da sociedade, pensa-se, a partir de agora, que a comunidade – tal como, mais em geral, o mundo – é constituída por um conjunto naturalmente não organizado de elementos isolados (os indivíduos). Os indivíduos, como átomos sociais primitivos, são entidades abstratas, portadoras de razão e de vontade, mas sem qualquer caracterização quanto às suas condições concretas nas relações sociais. A ordem social que se observará é, portanto, o produto artificial da vontade desses indivíduos, que voluntariamente se organizam por meio de pactos, autolimitando assim a liberdade originária (voluntarismo)”.

“É por isso que o contrato – e não a natureza objetiva das instituições sociais estabelecidas – aparece agora como origem da ordem, quer como contrato político que salvaguarda o interesse público em que haja ordem, quer como pactos estabelecidos entre dois ou entre vários para garantir interesses particulares (contratualismo). No início da nova ordem não está, portanto, a vontade de Deus (laicismo) ou a natureza das coisas, mas apenas um projeto artificial da ordem social, baseado na vontade dos membros da sociedade, vontade que há de corresponder a um cálculo racional para alcançar a maior felicidade para o maior número de indivíduos (liberalismo). É este o projeto que orienta as políticas sociais, e também a política do direito, da modernidade”.

“Para efeitos políticos e jurídicos, os indivíduos são considerados, abstrata e genericamente, como átomos sociais “sem qualidades”, equivalentes entre si, todos apenas dependentes da vontade geral, membros indiferenciados de uma sociedade de “iguais”. A esta igualdade corresponde a liberdade individual, justamente definida como a exclusiva subordinação por igual à lei. Por isso é que a igualdade e a liberdade passarão a ser considerados como valores estruturantes da ordem política e jurídica, por isso inscritos no núcleo das constituições liberais, levando a que nelas figure a proibição de qualquer forma de discriminação jurídica ou de direitos,

²⁷ Hespanha, *Cultura Jurídica Europeia – Síntese de um Milénio*, pág. 340-357.

bem como a consagração da liberdade pessoal e de gozo e exercício de direitos como direitos fundamentais”.

“Por sua vez, a ideia de que a ordem política e jurídica tem origem na vontade dos cidadãos levou a considerar o direito como o produto da vontade geral dos cidadãos, expressa ou no pacto constitucional, ou no pacto legislativo. Como vigora, em relação a estes pactos, o já referido princípio da liberdade contratual, o conjunto dos cidadãos é soberano ao estabelecer o conteúdo da Constituição e das leis. Isto corresponde à soberania do Povo quanto ao estabelecimento do direito, um dos dogmas dos Estados democráticos. E, em consequência, ao primado da lei sobre todas as outras fontes do direito (princípio da legalidade)”.

“A interpretação democrática está na base da ideia do princípio da “constituição dirigente”, do “primado da lei”, da identificação do direito com a lei, da vinculação estrita do juiz à lei, do entendimento de que o saber jurídico não é mais do que a interpretação da vontade dos legisladores. A interpretação liberal, em contrapartida, subjaz à ideia de que a Constituição está condicionada por uma ordem de valores anterior e não explícita, de que também as leis têm de respeitar princípios superiores ou necessários, de que os juízes podem afastar a lei para realizar esses princípios, de que a doutrina jurídica é um saber dirigido a descobrir esse direito inscrito ou na natureza ética dos homens ou na força das coisas, podendo ter de afastar o direito querido pelo legislador, desde que este ofenda esse direito imposto pela natureza”.

FONTES DO DIREITO PORTUGUÊS NA ÉPOCA MODERNA

A figura proeminente nesta época é o Marquês de Pombal, sobre o qual se coloca a questão de se encarnava, na sua literalidade, os poderes reforçados do déspota iluminado. Esteve na corte austríaca em meados do séc. XVIII e tinha a sensação de que o Reino de Portugal estava atrasado relativamente aos ideais iluministas e jusnaturalistas, com os quais havia contactado e concordava.

Sucedem que “o juracionalismo casa-se com a ideia de “polícia”, dando origem a medidas, também jurídicas, de reforma da sociedade e do Estado”²⁸. Assim, depois do terramoto de Lisboa, inicia-se uma nova reforma, começando pela substituição do pessoal dirigente, constituído essencialmente por cortesãos e juristas, por “burocratas enérgicos e tecnicamente preparados para pensarem e executarem reformas sociais”.

Assim, cabe agora ao Soberano construir ou, melhor, reformar a ordem social. A função do Estado é organizar racionalmente a sociedade – simbolicamente representada na reconstrução da baixa de Lisboa e a reformulação urbanística de Lisboa, ou na condenação dos Távora, em 1759.

Como se traduz esta vontade racionalizadora no plano jurídico?

- Lei da Boa Razão (1769) – revê as fontes de direito, enfraquecendo o pluralismo jurídico; o primado da lei régia é reafirmado:
 - Descrédito no direito romano – é visto como um emaranhado de direitos que não permitia uma organização, reduzido a algo quase sem valor (confronto com a “boa razão” atribuída ao direito romano pelas ordenações Filipinas, onde o direito valia por causa da sua razão intrínseca);
 - D. José queixava-se de que como as ordenações admitiam a boa razão do direito romano, os juristas aproveitavam-se e julgavam sempre de acordo com o mesmo, “esquecendo” as leis do Reino;
 - Para além disso, clamava a aplicação do direito do Reino indiscriminadamente – afirmava a irracionalidade do direito romano, sendo algumas incompatíveis com a razão; agora, a boa razão é aquela razão humana que permite ver quais os textos

²⁸ Hespanha, *Cultura Jurídica Europeia – Síntese de um Milénio*, pág. 358-363.

que são racionais e quais os que não são, pois a razão não está nas coisas e nos textos, mas sim na mente humana;

Afirma muito claramente a subsidiariedade do direito romano e, ainda, apenas a aplicação deste (quando for passível de ser aplicado) quando for racional, ou seja, quando firmada na boa razão racionalista, moderna, firmada em princípios imutáveis conhecidos pelos humanos, ou indo buscar as leis codificadas dos países organizados, iluminados e polidos;

- Proibição das Glosas de Acúrcio e os Comentários de Bártolo – retira a estes a autoridade antes dada como adquirida. Condena-os como ignorantes, não têm conhecimentos sobre as regras dos princípios naturais e divinos, não são iluminados nem se conduzidos pela razão e escrevem sobre aquilo que desconheciam. Considera-os irracionais e que não funcionavam, sendo por isso as suas opiniões abolidas enquanto juízos, revogando a parte das ordenações que dirigia em contrário;
- Revogação da tradição – a atitude de reforma e de racionalização da legalidade entrava em confronto com o costume. Se se quer mudar, não se pode dar especial preponderância ao costume enquanto fonte de direito, sofrendo este algumas restrições, até porque se considerava que os juristas e juízes se serviam dos costumes para fugirem à aplicação das Leis do Reino – centralização da lei face aos costumes, que só são válidos caso aprovados pelo Tribunal Central; Estabelecem-se, ainda, requisitos para a validade dos costumes: têm de ser conformes às mesmas boas razões “(...) que constituem o espírito das Minhas Leis”, não podem ser a elas contrários em coisa alguma e têm de ser tão antigos, que excedam o tempo de cem anos;
- O direito canónico deixa de ser aplicado nos Tribunais Seculares – deixa de ter critérios que o permitissem interferir nas questões temporais (como o critério do pecado);
- Sai o direito romano, entra o direito racional das nações polidas da Europa – que é passível de ser aplicado no Direito Nacional de Portugal, uma vez que tem o seu carácter universal; os códigos destas nações eram válidos em Portugal.

➤ Direito do Reino:

- Lei Régia;
- Os assentos da Casa da Suplicação (Tribunal Central) são fonte autónoma de direito; os assentos dos outros tribunais são válidos depois de confirmados pela Casa da Suplicação;

- Costumes do Reino (desde que não sejam contrários à lei e sejam conformes à “Boa Razão”).
- Direito subsidiário:
- Direito romano, desde que conforme à “Boa Razão”;
 - Leis das Nações “polidas e civilizadas” da Europa;
 - Direito canónico, somente nos tribunais eclesiásticos;
 - Glosa de Acúrsio, opinião de Bártolo e “opinião comum dos Doutores” banidas do sistema de fontes de direito.
- Outras reformas do Marquês de Pombal:
- Algumas coisas que fez apontavam no sentido de uma maior igualdade;
 - Presença colonial portuguesa – monarquia com territórios espalhados por vários continentes – havia, em todos eles, portugueses. Também nestes territórios não-europeus o Marquês de Pombal procurou reformar as coisas, no sentido de igualizar os vassallos do Reino, acabando com algumas distinções que davam a alguns povos nativos, como os de África, um estatuto inferior ao dos outros súbditos. Esta igualização concretizou-se, entre outros:
 - Numa carta régia enviada para a Índia e para Macau (1758) que proibia a escravização de chineses;
 - Decretos favoráveis (embora limitadamente) à liberdade;
 - Em 1755, considera que os Índios Africanos têm direitos iguais aos outros súbditos do Reino;
 - Fim de discriminações religiosas;
 - Tenta eliminar preceitos africanos aplicados nos tribunais locais, privilegiando a aplicação do direito português, para proibir a fabricação judicial de escravos;
 - 1761 – proíbe a vinda de escravos para o Reino e diz que todos os escravos que pisarem Lisboa serão automaticamente livres;
 - 1773 – abolição gradual da escravatura do Reino – a partir dali todos os escravos que nascessem no Reino eram livres;
 - Aboliu, também, as categorias intermédias de liberto e de cristão-novo, que condicionavam algumas liberdades e direitos destas pessoas;
 - Este alvará, que se manifesta mais uma vez contra o direito romano e a tradição anterior, acabando com estatutos discriminatórios, igualizava os libertos com todos os outros vassallos;

- Este alvará não era, porém, aplicado nos domínios Imperiais, mas apenas no território do Reino – se o Reino queria ser igual às nações polidas e civilizadas da Europa, devia abolir a existência de escravos em Lisboa.

POSITIVISMO

O jusnaturalismo (tradicional ou moderno) comporta a ideia de que há um direito natural que se sobrepõe ao direito positivo, sendo o segundo derivado do primeiro. O direito positivo só pode ser válido e justo se estiver em concordância com o direito natural.

Com o laicismo, sistematização e universalização decorrentes do jusracionalismo, abrem-se as portas para o positivismo – não há direito natural nem disposições anteriores e superiores que definam a validade ou a justiça do direito positivo – o justo é o que dizem as normas.

Na sequência das revoluções também há uma tendência para tornar positivas as doutrinas que lhes deram origem e, por isso, fazer da lei a primeira e única fonte do direito, já que é o instrumento jurídico que permite reformar o direito e melhorar a sociedade.

1. Superação do contratualismo²⁹

O direito passa a ser legitimado, não pelo contratualismo, mas enquanto “produto de um saber especializado”. “Isto podia justificar-se desde que se cresse que o direito era mais do que uma vontade. Ou seja, desde que se admitisse que o direito era, antes de tudo, uma ideia (uma ideia de justiça) e, portanto, algo cuja descoberta requeria um saber específico”.

“O direito igual (a lei) torna-se a linguagem que os detentores da soberania têm de falar para a exercerem legitimamente. E, com isto, a “razão” dos juristas volta a recuperar a hegemonia sobre a “vontade” dos detentores da soberania”. “Consiste em defender que a legitimidade do direito decorre do seu método de abordar as questões, da forma racional de as resolver, independentemente de qualquer relação das normas jurídicas com o contrato social”.

- Kant – “a constituição política, mais do que de uma vontade popular, era o resultado da reflexão teórica dirigida a encontrar a mais correta combinação do princípio da liberdade, que autorizava cada um a procurar a máxima felicidade compatível com a máxima felicidade dos outros, com o princípio da igualdade, segundo o qual todos deviam estar igualmente sujeitos à lei”.
- Hegel – “a razão jurídica teria uma legitimidade própria para gerar direito válido, independentemente de uma legitimação contratualista. Essa legitimidade decorreria do facto de a razão jurídica ter a capacidade de sintetizar os interesses contraditórios que

²⁹ Hespanha, *Cultura Jurídica Europeia – Síntese de um Milénio*, pág. 390-393.

ocorriam na sociedade, exprimindo um interesse superior, próprio do todo social – o interesse do Estado, ou interesse público”. “O direito (sobretudo, na forma de lei estadual) haveria de valer não por ser o produto da vontade geral, mas por traduzir a “vontade” do Estado, como portador e representante exclusivo do interesse público”.

2. O formalismo jurídico³⁰

O direito público “passa a aparecer, então, não como o desenvolvimento do contrato social, mas como emanção da soberania do Estado e do correspondente direito deste de regular a vida social em função do interesse público, impondo deveres e criando direitos. Correspondentemente, a Constituição não é já a emanção de uma soberania popular constituinte, mas apenas o estatuto jurídico do Estado”.

3. Positivismo e cientismo³¹

“A evolução das ciências naturais, a partir dos finais do século XVIII, e a sua elevação a modelo epistemológico criaram a convicção de que todo o saber válido se devia basear na observação das coisas, da realidade empírica (“posta”, “positiva”)”. Também o direito, “se quisesse merecer a dignidade de ciência, devia partir de coisas positivas e não de argumentos de autoridade (teológica ou académica, como no período do direito comum) ou de especulações abstratas (como no período do jusracionalismo)”.

“Proclamava-se a necessidade de um saber dirigido para “coisas positivas””. Diferentes escolas entenderam de forma diferente o que eram “coisas positivas”:

- Positivismo legalista – “positiva era apenas a lei, pelo que o saber jurídico tinha de incidir unicamente sobre ela, explicando-a e integrando-a”;
- Positivismo culturalista – “positivo era o direito plasmado na vida, nas instituições ou num espírito do povo que se objetivava nas formas quotidianas observáveis de viver o direito”;
- Positivismo sociológico – “positivo era também o seu estudo de acordo com as regras das novas ciências da sociedade”;
- Positivismo conceitual – “positivos eram os conceitos jurídicos, genéricos e abstratos, rigorosamente construídos e concatenados, válidos independentemente

³⁰ Hespanha, *Cultura Jurídica Europeia – Síntese de um Milénio*, pág. 394-398.

³¹ Hespanha, *Cultura Jurídica Europeia – Síntese de um Milénio*, pág. 398-400.

da variabilidade da legislação positiva, obedecendo ao novo modelo de ciência como discurso de categorias teóricas, estabelecido pelo kantismo”.

“Todas estas formas de positivismo têm em comum a recusa de quaisquer formas de subjetivismo ou de moralismo. O saber jurídico (agora, a ciência jurídica) deveria cultivar métodos objetivos e verificáveis, do género dos cultivados pelas ciência “duras”, dela devendo ser excluídas todas as considerações valorativas (políticas, morais)”.

“Por outro lado, o cientismo promovia, como se disse, a crença em que os resultados do saber são universais e progressivamente mais perfeitos”.

POSITIVISMO LEGALISTA

O jusracionalismo está relacionado com a ideia de reforma e de melhoria da sociedade. Criou os institutos do despotismo iluminado (com o exemplo concreto do Marquês de Pombal) e também se percebe que esta ideia reformadora acaba, no limite, por conduzir à ideia de revolução (tentativas de reconstruir a ordem social à luz dos novos valores de igualdade e liberdade)³².

Logo após as revoluções, há uma grande tendência para que estas doutrinas se tornem positivistas – tendência para transformar a lei na primeira e única fonte do direito, por ser o único instrumento jurídico que permite reformar o direito e melhorar a sociedade. Deste modo, tudo o que a lei diz está certo e a lei é autónoma, relativamente a qualquer quadro de valores anterior. Passa-se, assim, do jusracionalismo para o positivismo.

Após as revoluções, a única legitimidade jurídica é a que vem da vontade popular, que cria a lei. O poder tem origem no povo e é exercido por este, através da sua vontade geral (Rosseau) e é isso que legitima o direito (a lei). Portanto, o direito já não é legítimo por estar de acordo com a razão, nem por defender direitos anteriores, mas sim por refletir a vontade do povo. O justo e o injusto são definidos pela vontade do povo – “tudo o que o povo quer, está certo”. É neste ponto que o voluntarismo se junta ao positivismo – legitimidade do princípio democrático.

Neste contexto das revoluções liberais também surgiu o princípio da separação e interdependência dos poderes. A função legislativa deve caber exclusivamente aos parlamentos eleitos (sem interferência do poder judicial) – enquanto representantes da vontade do povo, cabe-lhes dizer o direito, na manifestação da vontade popular. Por conseguinte, a jurisprudência perde validade enquanto fonte de direito, uma vez que os juízes não são representantes do povo – os juízes apenas podem aplicar a lei, não criar direito. Verifica-se uma preocupação em que as leis sejam claras e que os juízes apliquem essa lei.

Também a doutrina perde valor – espera-se que esta descreva a lei tal como ela está. Já não são os juristas que revelam a ordem das coisas (como no direito Pré-Moderno) através da observação, ou que investigam os princípios racionais do direito; apenas interpretam de forma submissa a lei (em casos extremos, proibia-se a interpretação da lei – havendo dúvidas, seguia para o Parlamento, que faria a interpretação autêntica da mesma), à luz da vontade do legislador histórico e preenchem as lacunas, propondo as normas que teriam sido as que o próprio legislador histórico formularia, se tivesse previsto aquele caso.

³² Hespanha, *Cultura Jurídica Europeia – Síntese de um Milénio*, pág. 401-409.

Não há princípios extralegais à luz dos quais a lei possa ser interpretada e integrada.

Aparecem os Códigos (séc. XIX) para proteger a uniformização e sistematização do direito e garantir que a lei é cumprida (consagra os valores jurídicos da revolução).

Princípios jurídicos consagrados nos novos códigos:

➤ Liberdade:

- Garantia da liberdade pessoal (direitos civis e políticos);
- Liberdade de trabalho e indústria – fim da escravidão e da servidão; fim das limitações impostas pelo corporativismo e pelo mercantilismo à iniciativa privada; fim do poder doméstico do senhor sobre o aprendiz (corporações profissionais), sobre o criado(a), sobre o escravo;
- Liberdade contratual – fim das “limitações éticas e comunitárias ao poder de conformação da vontade sobre os conteúdos contratuais”: permissão da usura, da desproporção das prestações contratuais, da livre fixação dos preços e salários; consagração do princípio da autonomia da vontade individual;
- Liberdade de circulação;
- Liberdade de comércio;
- Liberdade de expressão;
- Liberdade religiosa;
- Liberdade de associação;

➤ Propriedade:

- Construção jurídica da propriedade como direito ilimitado e inviolável;
- Propriedade individual e privada “ilimitável por direitos dos senhores, da comunidade ou dos parentes”;
- Supressão dos direitos de foral – fim das obrigações “feudais”;
- Supressão dos usos comunitários (direitos de pastagem, rotação de culturas, etc.);
- Supressão das reservas hereditárias e da vinculação (morgados, etc.);

➤ Igualdade:

- Divisão igual das heranças pelos herdeiros;
- Unicidade do sujeito e abolição dos privilégios corporativos – fim da distinção entre livres e escravos, homens e mulheres, clérigos e nobres, cristãos novos e cristãos velhos, etc.;
- Abolição de estatutos discriminatórios em matéria política (supressão da exigência da limpeza de sangue para acesso a cargos públicos);
- Acesso de todos à participação política (sufrágio universal (?)) – nem todos vão ser iguais politicamente);

- Igualdade na aplicação da lei:
 - No domínio processual – abolição dos foros privilegiados;
 - No domínio penal – igualdade das penas, independentemente do estatuto do criminoso;
 - Supressão dos castigos privados – do *pater família*, do senhor de escravos;
- Primado da lei;
- Sistematicidade e universalidade.

Ao mesmo tempo que se veem estes valores e princípios codificados, também se tem a ideia de que a lei reflete a vontade popular. Os códigos são “democráticos”, pois todos os que quisessem podiam conhecer o direito (o povo podia sempre saber qual era a lei).

Porém, ao consagrarem estes direitos e princípios, levantavam-se outros problemas: e se o povo quisesse outros direitos e outros princípios?, e se estes valores fossem “ameaçados” pela vontade popular?, e se essa vontade se tornasse “arbitrária” (povo nem sempre é racional)?. Assim, a codificação do direito surge a dimensão de proteger os princípios racionais das brutalidades e “exageros” do povo – deve haver uma certa estabilidade. Diz-se que há uma ambivalência – por um lado, os códigos são a consagração em lei da vontade popular; por outro lado, são limite ao exercício da vontade popular, porque, uma vez positivado esse direito, ele aparece como sendo ciência e razão, não suscetível de ser alterado pela mera vontade (fala-se em “desdemocratização do direito”, salvaguardando, com isso, os valores da revolução).

1. Síntese dos traços da política legalista do direito

- “Redução do direito a produto de vontades (convenções, leis), na linha da filosofia política de J.-J. Rousseau;
- Identificação do direito com a lei, como vontade do legislador, e o conseqüente absolutismo desta última, de acordo com uma linha que corria desde o final do séc. XVII;
- Desconsideração da doutrina jurídica, com o fechamento das Faculdades de Direito e com as medidas antijudiciais da primeira onda revolucionária;
- Funcionalização dos juristas, convertidos em explicadores das leis”.

Denomina-se, portanto, Escola da Exegese, porque “os juristas deveriam limitar-se a fazer uma exposição e interpretação (exegese) dos novos códigos”.

ROMANTISMO JURÍDICO – ESCOLA HISTÓRICA ALEMÃ

1. Contextualização histórica do séc. XIX

O séc. XIX é o século do positivismo jurídico. Como já foi mencionado, está-se perante a época da ciência, a qual utiliza o método indutivo (do particular para o geral). O direito não é indiferente ao ambiente que o rodeia, seguramente a forma como os cientistas olham para a ciência também vai alterar a forma como os juristas estudam o direito.

Dá-se, portanto, o desenvolvimento do método jurídico (desenvolvido a partir do século XIX), que visava descobrir como resolver os problemas da vida das pessoas, perante o direito. Tem três fases: 1) interpretação da lei (determinação do sentido e alcance de determinada norma jurídica), 2) integração de lacunas e 3) argumentação.

No séc. XIX também há preocupação com a questão do método, porque há autores que querem descobrir o método jurídico, principalmente a fonte originária do direito (formas de manifestação e expressão do direito). Qual a “fonte das fontes” do direito? Ocupa Savigny, Hans Kelsen, o positivismo sociológico, etc. É a questão da validade jurídica – quando é que uma norma existe e o que é que essa norma tem de preencher para ser conforme, para ser válida. Nem todos os autores têm a mesma opinião (para uns, é o costume, para outros, uma Grundnorm e, para outros ainda, a necessidade).

É, também, a época da História – em todo o séc. XIX, esta é utilizada para integrar e explicar o próprio direito.

Para além disso, a forma como se olha para a sociedade (enquanto organismo) também ajuda a compreender o direito – Teoria Organicista do Direito (os papéis de cada membro estão claramente divididos e definidos, que somados, constituem a sociedade) vs. Teoria Mecanicista do Direito (a sociedade forma-se a partir da junção de indivíduos, que agem de forma independente, com autonomia e liberdade). A primeira tem mais adeptos e foi mais seguida – o direito é “um fenómeno vivo”. O direito visa ir ao encontro de determinados objetivos a alcançar – o “ser” e o “dever ser” (“o direito deve ser justo; poderá ele ser justo na prática?”) – organicismo articula-se com o vitalismo (precisa-se de vitalidade para avançar).

Século da Revolução Industrial (segunda metade) e, com isto, vai aparecer, na centralidade, uma nova classe – a classe operária. E, com esta classe, surge Karl Marx.

As novas descobertas vão influenciar profundamente a sociedade. O telégrafo permite a disseminação das notícias com muita velocidade, nomeadamente das guerras – a sociedade civil

começa a ser mais envolvida. Também leva aos movimentos pacifistas dessa época, contra a escravatura.

O séc. XIX é um século “explosivo”, muito vivo e dinâmico, que vai suscitar muitos problemas sociais;

Será que o direito vai conseguir todas essas modificações sociais, tão céleres? Sim, porque é nesta altura que surgem dois grandes ramos do Direito: o direito internacional público (as relações entre Estados, a comunidade internacional, as alianças entre Estados) e, com o desenvolvimento do comércio internacional, o direito internacional privado (relações jurídicas entre particulares, plurilocalizadas, que mexem com vários ordenamentos jurídicos) e, por último, o direito internacional humanitário (em relação às guerras e aos conflitos armados).

- Período de grande instabilidade a vários níveis, em parte, devido às guerras ocorridas entre alguns Estados;
- Importantes países, como a Alemanha e a Itália, ainda não tinham as suas fronteiras definidas;
- No Congresso de Viena (1815) constituiu-se a Confederação Germânica (Deutscher Bund) composta por 38 Estados:
 - Surge a Santa Aliança, por 3 países: Rússia, Prússia e Áustria;
 - Nele predominou uma determinada corrente ideológica do Romantismo assente no organicismo, conservadorismo e cristianismo;
 - O Congresso defendeu ideais conservadores de restauração – legitimidade monárquica e solidariedade, ou seja, contra o ideário da Revolução Francesa;
 - A Prússia Bismarckiana, para quem Savigny prestou serviços, era muito influente;
 - Pelo que Savigny comungava das ideias conservadoras e daquela ideologia;
 - Assina-se a ata que estabelece a Confederação Germânica – unificação da Prússia – liderada por Bismarck;
 - Alemanha feudal, não emancipada, que só se unifica em 1870, após a Guerra Franco-Prussiana.

“Um dos pressupostos políticos do legalismo era a existência de um Estado-Nação que os cidadãos reconhecessem como portador dos valores jurídicos da comunidade. Acontece que certas nações europeias, algumas das quais – como a Alemanha e a Itália – ocupavam lugares centrais no panorama do saber jurídico europeu, não conheceram um Estado nacional até ao terceiro quartel do século XIX. Nestes casos de privação de identidade política, a consciência

nacional não apenas se manifestou de forma mais intensa, marcando muito fortemente todas as áreas da cultura, como 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 de um povo”³³.

“O Estado, tal como surgira dos movimentos políticos contratualistas, era, de facto, uma abstração. Produtos de um contrato idealizado, realizado entre sujeitos puramente racionais, cujo conteúdo decorria das regras de uma razão a-histórica, o Estado (e o Código) não tinham nem lugar, nem tempo”. “Era isto que uma cultura de raízes nacionalistas, ancorada nas especificidades culturais dos povos, não podia aceitar”.

“Na Alemanha, é uma sensibilidade cultural e político-jurídica deste tipo que está na origem da Escola Histórica Alemã”.

“O programa da Escola Histórica era, justamente, o de buscar as fontes não estaduais e não legislativas do direito. A sua pré-compreensão da sociedade – subsidiária da filosofia da cultura organicista e evolucionista de Herder e do ambiente cultural e político do romantismo alemão – levava-a a conceber a sociedade como um todo orgânico, sujeito a uma evolução histórica semelhante à dos seres vivos, em que no presente se leem os traços do passado e em que este condiciona naturalmente o que vem depois. Em toda esta evolução, peculiar a cada povo, manifestar-se-ia uma lógica própria, um espírito silenciosamente atuante, o “espírito do povo” (*Volksgeist*), que estaria na origem e, ao mesmo tempo, 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”.

As consequências disto para a teoria do direito foram 1) a do antilegalismo e, sobretudo, a da reação contra o movimento de codificação (polémica entre Savigny e Thibaut), 2) a valorização dos elementos consuetudinário e doutrinal do direito, 3) a “revalorização da história do direito e do seu papel dogmático, como reveladora não de um passado morto e separado do presente (antiquarismo), mas de um passado que, pela tradição, fecundava o presente”, e 4) “a da sistematicidade e organicidade da jurisprudência, a que se dedicará o número seguinte”.

2. Fundadores e correntes da EHA

Principais fundadores da EHA – Friedrich Carl von Savigny (1799-1861) e Gustav Hugo (1764-1844). Georg Friedrich Puchta (1798-1864) foi um importante discípulo de Savigny e foi o mentor da jurisprudência dos conceitos.

³³ Hespanha, *Cultura Jurídica Europeia – Síntese de um Milénio*, pág. 409-413.

Esta escola é influenciada pelas correntes do Romantismo, pelas convulsões internas alemãs (tese conservadora contra a progressista, “ganhando” a primeira).

A origem da EHA remonta ao início do séc.. XIX e nela formam-se duas importantes correntes do pensamento. Têm respostas diferentes em relação a uma mesma questão – qual é o papel que se quer atribuir ao direito romano em relação ao direito germânico:

- Os romanistas – dedicavam-se ao estudo do direito romano, mais concretamente, à segunda parte do *Corpus Iuris Civilis Justinianeu*, designado por *Pandectas* ou *Digesto* e dela fizeram parte Savigny, Hugo, Puchta e Bernhard Windscheid. Defendiam que o direito romano é um direito importante e que, se não se o estudasse, não se podia entender o direito germânico. Também ficaram conhecidos, mais tarde, pela Escola Pandectista ou a Escola dos Pandectas;
- Os germanistas – dedicavam-se ao estudo das tradições germânicas anteriores ao período romano. Dela fizeram parte Eichhorn; Jacob Grimm, Georg Beseler e Rudolf von Jhering. Defendiam que o direito romano não fazia parte do direito germânico – para conhecer este último, teriam de estudar as tradições germânicas anteriores à ocupação pelo Império Romano.

Num primeiro momento, as escolas conviviam pacificamente e, até, se complementavam. Porém, mais tarde, entre romanistas e germanistas não houve consenso.

A influência da EHA, na Alemanha, fez-se sentir até aos inícios do século XX.

Os seus estudos influenciaram, profundamente, o *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB) – Código Civil Alemão, pela mão de Bernhard Windscheid (romanista), e que entrou em vigor em 01/01/1900 (para assinalar um novo milénio). O BGB influenciou, ainda, outros Códigos Civis, entre eles, o Código Civil Português de 1966.

3. Contexto filosófico e cultural – romantismo

A génese da EHA coincidiu com o florescimento do Romantismo e foi fortemente influenciada por este movimento. O Romantismo contemplava várias correntes de pensamento, o que, por sua vez, está na origem da existência das duas correntes de pensamento da EHA.

A filosofia romantista de Johann Gottfried von Herder influenciaram Savigny, Hegel e, naturalmente, o próprio direito. Herder destacou a importância da História e defendia as teorias organicistas.

Traços comuns do romantismo

- O primado não é a razão, mas a emoção – indivíduo com a sua subjetividade, irracionalidade, emotividade e criatividade;
- Ritos e procedimentos formais passam a ser relegados para segundo plano (o que conta é a criatividade);
- Grande interesse pela cultura popular, origens culturais, étnicas, nacionais e, principalmente, pela Idade Média (o que conta é a Individualidade, inserida num grupo – corporativismo da Idade Média);
- O grupo é expressão dessa Individualidade, cultivada pelos ancestrais, pela transmissão das suas regras, vivências e num determinado espírito (Geist) comungado, por isso, de uma identidade grupal;

Há duas correntes do Romantismo com impacto na EHA:

- Romantismo Nacionalista e Democrático – colocava a sua centralidade no passado germânico e alemão, concretamente, na sua cultura popular, tradições autênticas e consideradas expressão da sua história (nacionalismo). As ideias democráticas liberais fizeram-se repercutir nesta corrente (democrático). Corrente seguida pelos germanistas tais como, Jacob Grimm, Georg Beseler e Rudolf von Jhering;
- Romantismo Conservador, Organicista e Cristão – ideologia dominante no Congresso de Viena, nasceu nas guerras de libertação conduzidas contra Napoleão de Bonaparte. O seu principal objetivo era restaurar o Antigo Regime;
Seguido pelos romanistas, foi, ainda, o sentimento predominante na Confederação Germânica;
Ditou o fracasso de alguns movimentos democráticos na Confederação favoráveis à adoção de uma Constituição e à unidade alemã.

4. Escola Histórica Alemã

Johann Gottfried Herder (1744-1803) – história e organicismo

Dedicou-se ao estudo da filosofia e, mais concretamente, à filosofia da linguagem, história, mente (psicologia) e política.

Defendeu duas ideias importantes e com repercussão na EHA:

- Primeira ideia – na sua obra *Ideas for the Philosophy of History of Humanity* (1784-1791) e no *On the Change of Taste* (1766), defende que os conceitos, crenças, valores, sentimentos variam em função do período histórico em presença;
- Segunda ideia – a sociedade é encarada com um organismo vivo, um todo orgânico de que faziam parte o indivíduo e o grupo em que se insere (identidade grupal).

O indivíduo, por fazer parte deste organismo vivo, enquadra-se num grupo, com determinada identidade, por partilharem certa cultura, história e linguagem. Os ancestrais, naturalmente, alimentaram este grupo com as tradições, regras transmitidas até à geração presente.

Com efeito, o seu peso, considerável, está sempre presente, tratando-se de uma história genética. A história fecunda, por isso, o presente.

O “cimento agregador” desta identidade cultural e histórica é o Geist des Volkes – espírito do povo (Voksgeist) – materializado na linguagem, na literatura, nas artes e nas instituições do grupo.

Friedrich Carl von Savigny (1779-1861) – um primeiro diálogo com Herder e a determinabilidade do que é o direito para Savigny

Exerceu vários magistérios e foi, seguramente, um dos pensadores e civilistas mais importantes daquela época. Estudou na Alemanha, nas Universidades de Göttingen e de Marburg e licenciou-se, nesta última, em Direito. Foi jurista, professor, Ministro da Justiça e historiador do direito. Lecionou nas Universidades de Landshut, Baviera, Berlim e Marburg várias matérias e, entre as quais, se destacou o direito romano.

Obras importantes:

- 1802/1803: Curso sobre Juristische Metodologie (metodologia do Direito);
- 1814: *Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Jurisprudenz* (profissão do nosso tempo para a legislação e jurisprudência), onde discute sobre a relevância e pertinência da codificação do direito;
- 1848: *System des heutigen Römischen Rechts* (sistema do direito romano atual) – no qual aprofunda o organicismo e o direito romano.

Na obra de 1814, Savigny opor-se-ia às ideias de Julius Thibaut sobre a codificação (e o ideário francês) vertida, por este último, na sua obra *über die notwendigkeit eines Allgemeinen*

Bürgerlichen Rechts für Deutschland (sobre a necessidade de um direito civil geral para a Alemanha) de 1814, expressamente opondo-se a uma codificação:

- É de uso reconduzir-se a génese do BGB a esta discussão conhecida na Alemanha pelo *Kodifikationstreit zwischen Savigny und Thibaut* (discussão entre Savigny e Thibaut sobre a codificação);
- Para Savigny, o direito é a história de uma cultura comum assente numa certa tradição cultural revelada e unida pelo espírito de um povo (*Volksgeist*) – consciência popular;
- Por isso materializa-se na linguagem, cultura popular, arte, folclore de determinada sociedade;
- A sociedade é, ainda, um fenómeno vivo, orgânico e em constante movimento (devir);
- Devido a estas características, o direito não pode ser codificado – a codificação vai estagnar o direito e representar um corte com o passado (argumento usado por Savigny contra as ideias de Thibaut que apoiava a codificação napoleónica);
- O direito é expressão da sua história, linguagem, cultura popular, alicerçado em e unido pela consciência de determinada Nação (*Volksgeist*) não assentando, por isso, na vontade de um legislador soberano por não ser uma construção da razão.

Assim, a fonte originária do direito é o costume. O costume revelaria a dita consciência popular (determinada intenção), nos atos externos em que se manifesta, concretamente, nos hábitos, usos e costume.

Costume – prática reiterada com a convicção de cultura.

A referida exteriorização torna-o, por isso, uma “coisa positiva” por passar a ser apreensível pelos sentidos humanos. Recorre-se a um raciocínio indutivo (do particular para o universal). Costume para Savigny é a formação do direito (pelo tempo e sua história).

No mundo do direito, o costume exterioriza-se (manifesta-se) pela sua História e nas decisões judiciais dos tribunais populares:

- História – por mostrar o sentido das instituições de dado grupo e à volta das quais gravitam todas as relações juridicamente relevantes – preponderância das Instituições como fonte reveladora do direito;
- Decisões judiciais dos tribunais populares – por atribuírem um carácter rigoroso ao direito aquando da resolução de litígios;

- Exemplos de Instituições – matrimónio, pátria potestas, propriedade privada e compra e venda.

Pela observação das Instituições (método da observação) extraem-se as regras jurídicas que regem a comunidade. E porque estas regras jurídicas carecem de unidade e organização é concebido um sistema jurídico assente em princípios gerais (influência do pensamento sistemático kantiano). As regras jurídicas seriam reconduzidas a princípios gerais que determinavam as grandes diretrizes das instituições. Portanto, tem-se um pensamento sistemático assente em princípios gerais e presente no BGB.

Estes princípios gerais alicerçam as matérias clássicas do direito civil por se manifestarem nas suas instituições históricas, mais concretamente, as formuladas pelo direito romano. São matérias clássicas do direito civil os sujeitos, contratos, família, propriedade privada, responsabilidade civil e sucessões entroncadas em princípios gerais. Importava, por isso, para a aplicabilidade do direito, identificar, conhecer o conteúdo e hierarquizar aqueles princípios gerais.

Ao despender este raciocínio Savigny não abandonou o jusracionalismo ao qual o Romantismo tanto se opunha. Savigny parte de um raciocínio indutivo para ir para um dedutivo (Kant) – crítica à escola histórica alemã, porque supostamente iam contra o raciocínio jurídico.

Problemas:

- Savigny não define o que são instituições e não explica como se formulam os princípios gerais (a dinâmica);
- Desta matéria ocupar-se-ia, mais tarde, Puchta, socorrendo-se do método dialético de Hegel.

Os elementos de interpretação, para Savigny, seriam:

- Elemento gramatical – linguagem, palavra por expressar um determinado pensamento do legislador histórico;
- Elemento lógico – como se estrutura determinado pensamento, ou seja, qual a relação lógica entre as partes individuais (como se dá a coerência das ideias);
- Elemento histórico – visa configurar a situação jurídicas em causa, determinada por regras jurídicas, ao tempo da vigência da lei em questão – interpretação histórica pela revelação da intenção do legislador histórico – visão conservadora da interpretação;
- Elemento sistemático – determinação da conexão interna entre os institutos como se de um organismo vivo se tratasse assente, por isso, num nexos orgânico.

A interpretação deveria ser feita pelos professores do direito (Professorenrecht) e juristas, cuja principal incumbência seria estudar, compreender e explicar a história do direito nacional.

Em síntese: 1) o direito passaria a ser tarefa de uma elite (elitista), 2) a fonte do direito passa a ser o costume em detrimento da lei (antilegalismo), 3) a história ocupa uma centralidade no direito.

Nota: esta é a vertente organicista e tradicionalista.

Georg Friedrich Puchta (1798-1846) – a jurisprudência dos conceitos³⁴

Nota: foi discípulo de Savigny.

Afasta-se da ideia do costume expressar-se em instituições e do nexu orgânico. O costume passa a revelar-se em conceitos jurídicos interligados por um nexu lógico. Identifica, determina o conteúdo e hierarquiza os conceitos à luz do material histórico (tradição cultural) e empírico.

Elabora uma pirâmide conceitual mediante um método dedutivo e lógico – genealogia dos conceitos – método dialético de Hegel – olhar para todo o material empírico existente (romanos, costumes, por aí fora) e através da análise desse mesmo material, determinar esses conceitos. O conceito superior ditaria todos os restantes assente num rigor lógico e numa coerência conceitual (Kant), o que permitiria, ainda, a plenitude do direito.

“A sistematicidade do direito decorria do facto de ele ser uma emanção de um todo orgânico, o espírito do povo. As instituições jurídicas teriam uma “alma” (a “alma do povo”, *Volksseele*), sentidos ou princípios orientadores que lhes dariam unidade. Princípios esses que, induzidos a partir da observação (descrição) das normas jurídicas concretas, permitiriam que a exposição dos institutos – e, no fim, de todo o direito nacional – fosse feita de forma orgânica e sistemática, organizada por princípios gerais. Destes princípios se extrairiam depois, agora por dedução, outros princípios inferiores – a tal “pirâmide conceitual” –, bem como soluções para casos concretos”.

Método formal e conceitualista – são conceitos jurídicos abstratos que passam a ditar o direito.

A teoria da subsunção mediante um raciocínio silogístico ditariam a aplicabilidade do direito. Esta teoria “constituía mais uma tradução do ideal de uma regulação geral e abstrata,

³⁴ Hespanha, *Cultura Jurídica Europeia – Síntese de um Milénio*, pág. 413-422.

segura e económica, realizada, porém, à custa da não consideração das particularidades de cada caso”.

Isto “garantiria, daqui em diante, a verdade científica, não seria mais a adequação do pensamento a uma realidade externa, mas a coerência interna das categorias do sistema de saber”.

A interpretação passa a ser em conformidade com um sistema conceitual assente em conceitos jurídicos, logicamente concatenados entre si, supostamente plenos e, por isso, de feição objetiva. O legislador histórico (subjetivo) dá agora lugar ao legislador razoável (objetivo).

Todavia este sistema mostrou grandes debilidades:

- Os conceitos jurídicos estavam divorciados de qualquer tipo de considerações sociais, religiosas, políticas, culturais ou económicas;
- Tinham um conteúdo fixo e rígido, o que impossibilitaria a sua aplicabilidade prática aos casos da vida;
- Rudolf von Jhering critica a jurisprudência dos conceitos e formula a jurisprudência teleológica.

5. BVB – uma breve alusão

- A unificação alemã (1871) e a importância, em crescente, da burguesia intensificaram o desejo pela codificação do direito civil alemão;
- Processo moroso;
- Código de feição romanista e no qual Bernhard Windscheid desempenhou um papel preponderante;
- É de uso referir-se que o BGB é a obra de Windscheid – Lehrbuch des Pandektenrechts – Manual do Direito dos Pandectas – divididos em parágrafos;
- Tem uma linguagem científica, abstrata e muito complexa.

6. Resumo

- Era romanista – estudava direito romano, era conservador porque seguiu um romantismo conservador, cristão;
- Ser romanista – dar ênfase ao *digesto* ao livro dos *pandectas*;
- Muda de ideias mais tarde – 1948 – fonte originária passa a ser o costume, as comunidades caracterizam-se pelo seu organicismo;
- Instituições de cariz orgânico inspiradas num direito romano;
- Era um organicista;
- À volta das instituições desenvolviam-se as relações jurídicas;
- Elementos da hermenêutica jurídica que ajudam a interpretar: gramatical, lógico (lógica e forma de pensar), sistemático (como é que as instituições se interligam), histórico (qual a intenção do legislador histórico);
- Questões em aberto: não define o que são instituições e como se criam/moldam estes princípios jurídicos gerais;
- Entra Puchta – não vou pôr em causa o meu mestre e mudar as fontes (Savigny), vou encontrar outro personagem: os conceitos jurídicos, formo-os socorrendo-me do método histórico de Hegel – posso fazer hierarquia de conceitos;
- Nexos orgânico de Savigny é substituído pelo nexo lógico (saber interpretar conceitos).

ESCOLAS ANTICONCEITUALISTAS E ANTIFORMALISTAS

1. Diferenças e semelhanças entre a Escola da Exegese (EE) e a Escola Histórica Alemã (EHA)

- A EE e EHA são expressão do positivismo jurídico;
- A EE é expressão de um positivismo legalista – coisa positiva é a lei;
- A EHA é expressão de um positivismo culturalista – coisa positiva é a cultura, tradição expressa, por excelência, no costume e revelado pela História;

Principais diferenças entre a EE e a EHA:

DIFERENÇAS	
ESCOLA DA EXEGESE FRANCESA	EHA
Existência de um Estado soberano (unidade política estadual);	Vários Estados e autoridades dentro da Confederação Alemã (fragmentação política);
Ideia da Nação assente na teoria contratualista estadual de Rousseau (produto de vontades; primado da vontade do legislador (que era absoluta) e rompimento com o passado;	Ideia da Nação assente nas teorias organicistas e tradição (primado da tradição; costume assente no espírito do povo – <i>Volksgeist</i>) e em que a História fecunda o presente;
Estado e Nação coincidem;	Estado e Nação não coincidem.
Positivismo Legalista (<i>Gesetzpositivismus</i>);	Positivismo Culturalista;
Fonte originária do Direito: Lei geral e abstrata constantes em Códigos que são a concretização da <i>volonté general</i> da nação francesa.	Fonte originária do Direito: Costume materializado na cultura, folclore, língua à luz de um determinado espírito e revelado pelo estudo da História .
Interpretação: Legislador histórico interpretação subjetivista. Doutrina com um papel subordinado àquele legislador histórico.	Interpretação: Legislador coerente e razoável, mas imaginário. Objetivista por ser assente em conceitos jurídicos e com coerência sistemática. Juristas e Professores de Direito teriam de estudar a História para declarar o Direito.

Semelhanças:

- Os dois Códigos são influenciados pelo Direito Comum (Direito Romano) e costumes;
- Assentam em princípios gerais socorrendo-se de uma linguagem abstrata, técnica e de difícil compreensão;
- Prosseguem o ideário moderno da separação de poderes, proteção da propriedade privada, autonomia da vontade, liberdade contratual e igualdade das partes.

Nota: geralmente, diz-se que o sinónimo de formalismo jurídico é a determinada forma externa, ditada pela lei. Quando, em TGDC se diz que o positivismo jurídico é formal, quer-se dizer que

não faz juízos morais nem juízos de valor (não é subjetivo) porque assenta em factos. Quando AMH fala em formalismo e em positivismo formalista ou antiformalista, quer dizer que o positivismo formalista é o que não se preocupa com as questões sociais, éticas, religiosas, dissociando-se da realidade (jurisprudência dos conceitos, EHA e Hans Kelsen). Quando diz que o positivismo é antiformalista, diz que teve em atenção, ao elaborar as suas teorias, às questões sociais, políticas e éticas.

2. Positivismo formalista e conceitualista vs. positivismo anticonceitualistas e a antiformalista

Positivismo formalista de Hans Kelsen

Para Hans Kelsen “coisas positivas” são as normas jurídicas – factos jurídicos normativos (positivismo normativo). A fonte originária do direito é a norma fundamental (*Grundnorm*) vertida na Constituição. Todas as normas têm de obedecer a uma determinada forma, ser elaboradas de acordo com determinados procedimentos e encontram-se organizadas, entre si, segundo uma determinada hierarquia normativa. Disso depende a validade de todas as normas jurídicas que integram o sistema normativo. No topo dessa hierarquia está a norma fundamental.

Kelsen utiliza uma ficção para supor que a primeira Constituição (lei fundamental das leis fundamentais) existiu, em algum momento no tempo. A primeira norma fundamental expressa na Constituição histórica é pressuposta.

Apenas o Estado tem o poder de criar normas jurídicas (visão imperialista do direito).

Por a centralidade deste sistema normativo assentar na norma jurídica estaria, por isso, depurado da moral, política, sociologia, filosofia, história etc. (formalismo).

Esta visão do direito foi apresentada por Hans Kelsen na sua obra Teoria Pura do Direito.

Positivismo antiformalista e anticonceitualista³⁵

Na segunda metade do séc. XIX, aparecem outro tipo de posições científicas, nomeadamente a teoria da evolução de Charles Darwin (as espécies tendem a evoluir e só as mais fortes sobrevivem – seleção natural), trazendo o determinismo (nascemos com o destino “reservado”?) que surgia para justificar, por exemplo, a escravatura.

³⁵ Hespanha, *Cultura Jurídica Europeia – Síntese de um Milénio*, pág. 452-456.

“No plano do ambiente social e político”, “começa a impor-se a imagem de uma sociedade percorrida por conflitos de interesses e de grupos”.

“A serenidade olímpica da pandectística – no seu ideal formalista de construir um direito “separado da sociedade” e atento apenas ao rigor construtivo – começasse a chocar os espíritos mais atentos ao devir da sociedade e às prementes exigências “da vida””.

Características do naturalismo jurídico:

- O naturalismo jurídico “importa” do naturalismo (em geral) a cientificidade assente no experimentalismo e observação;
- O direito é agora um fenómeno empírico cuja apreciação incide sobre os fenómenos sociais;
- O naturalismo acentua ainda mais o positivismo – todas as coisas se revelam através da observação e do empirismo;
- Junta-se ao naturalismo o vitalismo, em virtude das teorias de Darwin – possibilidade de, efetivamente, se poder ir em direção a um determinado projeto – do “ser”, posso ir para o “dever ser”;
- Estes constituem a “matéria a colher”, primacialmente, pela observação para depois serem feitos, em sentido figurativo, os respetivos ensaios clínicos com o objetivo de serem aplicados ao caso concreto;
- O direito parte de fora para dentro, pelo que “coisas positivas” são os factos sociais com relevância jurídica.

Contexto social e noção objetiva de direito subjetivo:

- No campo do direito desperta-se o interesse pelo direito do trabalho devido à questão social – as partes negociais são muito desiguais;
- A propriedade privada, assente em plenos poderes (soberanos) de usar, fruir e dispor, viria a conhecer de restrições em função dos interesses coletivos a atender na sociedade (ideias liberais postos em causa);
- Neste particular, à noção de Savigny e Windscheid do direito subjetivo ser sinónimo de um poder de vontade concedido e protegido por uma ordem jurídica (de feição subjetivista e voluntarista) iria contrapor-se uma outra noção, apresentada por Rudolf v. Jhering, em que o direito subjetivo passaria a ser “um interesse diretamente protegido pelo direito” (de feição objetivista);

- Levée en masse – representa a unidade do povo, o levantamento em massa do povo. Começa-se a discutir se o povo se pode insurgir (em virtude do surgimento de novas classes e da Primeira Comuna de Paris);
- A finalidade primária do direito passa a ser um interesse coletivo a ser tutelado (garantido e protegido) pelo direito.

Necessidade e função do direito:

- Face ao clima de instabilidade vivido, o direito passa a ser encarado como necessário (critério da necessidade) para a vida em sociedade;
- À luz de certas teorias sociológicas e institucionalistas a necessidade chega mesmo a ser elevada à categoria de fonte originária do direito (assim o refere, expressamente, Santi Romano);
- O direito tem agora uma função social, com uma missão positiva, por passar a dirimir os diferentes conflitos de interesses (sociais) em presença;
- Distinta desta visão será, como veremos, a de Karl Marx, que vê no direito um instrumento posto ao serviço da classe dominante (capitalistas) para dominar a classe dominada (operariado).

3. Jurisprudência teleológica de Rudolf v. Jhering³⁶

Num primeiro momento, Rudolf v. Jhering, foi um admirador confesso da jurisprudência dos conceitos de Puchta. Todavia, na sua obra *Das Zweck im Recht* (1877-1883) – A finalidade do Direito – mudou de opinião. Jhering passa a assentar o seu novo pensamento em dois importantes conceitos:

- Finalidades ou fins do direito (são usadas como sinónimos);
- Interesse do direito.

“Produto de uma sensibilidade antirracionalista – em que ao rigor conceitual das soluções jurídicas se prefere a sua correspondência com a lógica da vida (vitalismo)”. Domina a ideia de que a prossecução de fins e o interesse são as forças geradoras do direito”.

³⁶ Hespanha, *Cultura Jurídica Europeia – Síntese de um Milénio*, pág. 456-457.

Assim:

- Os fins humanos justificam, por isso, a criação do direito. Pelo que o seu fundamento (do direito) assenta na prossecução destes fins humanos;
- Como podem existir vários fins, havia que determinar, entre os existentes, quais seriam os que constituiriam as causas primeiras do direito, ou seja, as causas originárias do direito;
- Para Jhering, o fim humano primário do direito é a prossecução de um determinado interesse (interesse primário), mais concretamente, um interesse coletivo (e não apenas os interesses individuais);
- O direito atende aos interesses coletivos por serem úteis para a sociedade e para os grupos sociais e isto, independentemente, de serem ou não queridos pelos Indivíduos;
- Os interesses coletivos justificam-se por razões de justiça social e, por isso, devem ser tutelados (garantidos e protegidos) pelo direito;
- Como exemplos desses interesses Jhering aponta a boa fé contratual, na dimensão coletiva da propriedade;
- Consequentemente, a sua noção de direito subjetivo é um interesse diretamente protegido pelo direito;
- Deste modo, no direito a vontade individual e contratual (Savigny e Windscheid) passa a dar lugar a uma vontade social por se prosseguirem, agora, interesses socialmente úteis;
- Por se atender, ainda, aos interesses de determinada coletividade assiste-se à transindividualidade da Pessoa Jurídica.

Em matéria de hermenêutica jurídica Jhering destacou a importância da interpretação teleológica – finalidade social que se visa prosseguir, que vai articular os diferentes interesses em presença.

Agora, para a determinabilidade do sentido e alcance do direito, importava atender às finalidades sociais (objetivos sociais) que a norma ou o negócio jurídico pretendiam prosseguir para, nessa conformidade, serem determinados e ponderados os diferentes interesses em presença – “no sentido de uma ponderação adequada dos interesses em presença”.

Uma teoria interessante, mas com limitações por não responder a importantes questões como: a) o que são interesses socialmente úteis?; b) quem e como se determinam?; c) qual ou quais os critérios para a sua hierarquização?; d) quem os deve arbitrar? O legislador? O Juiz? A Doutrina? Outros?.

Jhering, inspirado em Hegel, entendia tal ser tarefa do Estado que também devia ditar o direito.

Às questões referidas seriam dadas respostas diferentes pela Escola livre do Direito, de Eugen Ehrlich e Hermann Kantorowicz, e pela Jurisprudência dos interesses de Philip Heck razão pela qual serão agora abordadas.

4. Escola livre do Direito³⁷

Dois nomes importantes da Escola Livre do Direito são Eugen Ehrlich (1862-1922), sociólogo, e Hermann Kantorowicz (1877-1940), historiador.

É de uso citar-se a seguinte passagem da obra de 1912, da autoria de Eugen Ehrlich, *Grundlegung der Soziologie des Rechtes* (Fundamentos da Sociologia do Direito):

“A regra do agir humano e a regra de acordo com o qual o juiz decide controvérsias jurídicas podem, no entanto, ser coisas muito diversas, pois com certeza os homens nem sempre agem segundo as regras que são aplicadas nas decisões referentes às suas querelas”.

Dialoga com o positivismo legalista, dizendo que existem regras, mas a verdade é que, ao olhar-se para o direito vivo e que brota do dia-a-dia da sociedade, as pessoas nem sempre seguem as regras previamente estatuídas.

O direito resulta de uma ação silenciosa das forças sociais e que se materializa nos comportamentos habituais da sociedade e não na ordem coerciva estadual – o direito vale não por ser uma força coerciva estadual, mas por ser seguido e aceite pela sociedade. Por isso, o julgador deve estar atento à realidade social, interpretando-a nessa conformidade.

As fontes do direito eram, primacialmente, os hábitos, práticas, costumes e os usos sociais sendo, por isso, irrelevante saber se estavam conformes com a lei.

O juiz ocupa a centralidade neste pensamento, goza, por isso, de elevada discricionariedade e pondera todos os interesses sociais em presença. É-lhe permitida a interpretação *praeter e contra legem* (interpretação para além e contra a lei) privilegiando-se a interpretação atualista. A análise empírica da realidade pelo juiz poderia ditar a inaplicabilidade de normas injustas perante o caso concreto.

³⁷ Hespanha, *Cultura Jurídica Europeia – Síntese de um Milénio*, pág. 457-459.

Escola acusada de algum extremismo e subjetividade. No entanto, prestou importantes contributos para a interpretação de determinados conceitos, como o da boa fé, e ajudaria, ainda, a desenvolver a equidade.

5. Jurisprudência dos Interesses de Philipp Heck³⁸

A conceção clássica da jurisprudência dos interesses tem em Philipp Heck (1858-1943) o seu mentor. Foi discípulo de Jhering, no entanto, o seu pensamento ficou muito aquém por comparação com a jurisprudência teleológica e a Escola livre do Direito.

Heck apenas pretendeu responder à questão da resolução das lacunas pelo direito. Ou seja, existe um vazio jurídico. Como resolvê-lo?

Autor da teoria da inversão (Umkehrungstheorie), criticou a ideia de que as soluções dadas pelo direito resultassem de um raciocínio lógico-dedutivo e assentes em conceitos jurídicos abstratos e distantes da realidade social (jurisprudência dos conceitos).

Não é o conceito jurídico que deve ditar a solução do caso, mas, antes, a ponderação dos diferentes interesses em presença. As ponderações dos interesses poderiam, quanto muito, ajudar a identificar o conceito jurídico em apreço e auxiliar o aplicador do direito a encontrar respostas ou, eventualmente, transmitir ensinamentos. Consequentemente, estes deveriam estar, quanto muito, no final do processo metodológico a seguir para a resolução das lacunas e não no início (teoria da inversão).

Os conceitos “constituiriam fórmulas sintéticas com auxílio das quais poderia ser descrita a forma típica ou usual de obter a correta ponderação dos interesses num determinado tipo de casos. E, por isso, sugeririam provisoriamente uma solução para o problema a resolver. Mas – ao contrário do que pretendia a jurisprudência dos conceitos – não teriam qualquer função decisiva ou final no achamento da solução jurídica”.

Assim, a chave para a determinação do direito aplicável assenta na ponderação dos diferentes interesses em presença e, por isso, são eles que vão ditar o preenchimento das lacunas.

Para Heck era o Estado (lei) que deveria definir, identificar e ponderar os interesses em presença (positivismo legalista), por isso “não se deixa de reconhecer na lei a única fonte de direito”.

³⁸ Hespanha, *Cultura Jurídica Europeia – Síntese de um Milénio*, pág. 459-460.

6. Jurisprudência da valoração ou axiológica

A obediência cega à lei e em que os interesses do Estado foram colocados ao serviço da ideologia nazista levaram Heck a justificar a aplicabilidade dessa legislação. Assim, a jurisprudência dos interesses deu lugar à jurisprudência da valoração ou principiológica (segunda geração da jurisprudência dos interesses).

Como representantes indicam-se Karl Larenz (também defensor do Nazismo); Artur Kaufmann, Robert Alexy, Ronald Dworkin, Claus Wilhelm Canaris.

Continuam, por isso, em aberto todas as questões anteriormente endereçadas com relação à jurisprudência teleológica e dos interesses, desta feita, substituída por valores ou princípios.

7. Positivismo sociológico e Institucionalismo³⁹

A centralidade dos pensadores, até aqui abordados, foi dar uma resposta, direta ou indiretamente, à jurisprudência dos conceitos. Agora vai-se analisar o Positivismo Sociológico e o Institucionalismo como teorias societárias que acentuam, ainda mais, a indissociabilidade entre direito e sociedade.

O direito encontra o seu fundamento na necessidade. A sociedade, também aqui, assenta no organicismo e vitalismo. O ser humano não consegue sobreviver fora da sociedade, conseqüentemente, depende da solidariedade dos seus pares (determinismo). A função social do direito é, por isso, reger a sociedade em conformidade com a solidariedade social. É através dela que o direito garante o bem-estar da coletividade e justiça social, finalidades que, de resto, devem ser prosseguidos pelo direito.

A coletividade passa a ter um maior peso por comparação com a Individualidade. A perda da individualidade conduz à transindividualidade. As necessidades individuais, apenas serão atendidas, na medida em que não atentem contra o bem-estar coletivo. A satisfação das necessidades coletivas passa, por isso, a ter primazia com relação às individuais.

O ente coletivo é distinto do Indivíduo e, por isso, dotado com uma alma e espírito capaz de cumprir com os desígnios postos pela solidariedade social. As Instituições sociais, como expressão do ente coletivo, são movidas pelo espírito oculto.

³⁹ Hespanha, *Cultura Jurídica Europeia – Síntese de um Milénio*, pág. 460-473.

Algumas ideias defendidas por August Comte, Émile Durkheim e Léon Duguit, referentes ao positivismo sociológico e elucidativas do indicado

- A paternidade do positivismo é atribuída a Auguste Comte (1798-1875):
A sua teoria dos três estados, para explicar o desenvolvimento do conhecimento, assenta no determinismo, naturalismo (evolução das espécies) e organicismo;
Quando alcançada a última fase do conhecimento entrar-se-ia no estado positivo científico por o conhecimento ser cingido às leis da natureza em que as verdades absolutas são substituídas por verdades relativas;
Esta relatividade passa a ser o principal traço caracterizador do positivismo;
O método positivo adota, ainda, formas diferentes em função da ciência em que é aplicado – na astronomia é a observação, na física a experimentação e na biologia a comparação;
A ciência social (sociologia) passaria a ter um duplo estatuto, para além ser elevada à categoria de ciência era ainda “a” ciência com a missão de coordenar todo o conhecimento, agora enciclopédico;
O ser humano integra-se em coletividades que, por sua vez, se materializam em Instituições, tais como a paróquia e a família;
O Homem não sobrevive fora daquelas pois depende da sua solidariedade;
O bom funcionamento das Instituições garante-se pela racionalização do trabalho assente na divisão, especialização e coordenação laboral;
Para Comte, o fundamento do direito encontra-se na necessidade e solidariedade social.
- O Comtismo, assim posto, influenciou Émile Durkheim (1858-1917) e Léon Duguit (1859-1928).
- Émile Durkheim verteu, esta ordem de ideias, na sua obra *De la division du travail social* (1893) e é havido, ainda, como um dos pais da sociologia moderna.
- Léon Duguit adaptaria as ideias de Comte ao direito público, mais concretamente, na sua teoria do Estado vertida, principalmente, no *Manuel de Droit Constitutionnel*;
- E, ainda, em escritos no qual reflete sobre o direito objetivo:
O direito objetivo é o direito social que garante a vida em sociedade;
“Seria a o direito objetivo que criaria e instituiria os direitos subjetivos, concebidos agora como os direitos (derivados) de cada um a realizar aquilo que lhe compete no quadro da divisão de tarefas instituído, em cada sociedade, pela solidariedade social”.
A realidade empírica deste direito social, alcançada pela observação, é a consciência do homem dos objetivos sociais a alcançar em prol de determinada coletividade;

Os direitos e obrigações são, por isso, de natureza coletiva e apenas existem direitos individuais na medida que não comprometam a vida em sociedade.

- À autonomia da vontade individual sucede uma vontade social, de natureza coletiva, que passa a ditar a pauta dos direitos e obrigações em função do bem-estar coletivo e da justiça social.

Algumas críticas à vertente conservadora do sociologismo notadas por Hespanha:

- Anti-parlamentarismo e autoritarismo;
- Racismo e machismo;
- Estatização dos sindicatos;
- Classificação e instrumentalização do homem.

ESCOLAS DE CRÍTICA SUBSTANTIVA DO DIREITO

1. Postulados das Escolas de crítica substantiva do direito⁴⁰

As Escolas de Crítica substantiva do direito atentam contra os postulados do formalismo – visam a igualdade material e defendem o direito não ser imune às pressões políticas. Por conseguinte, privilegiam uma análise prática, dinâmica, social e política do direito.

“O direito não é uma pura forma, universal, eterna e neutral, de organizar as relações sociais, mas uma regulação local, tecida em funções de conjunturas políticas também locais e acionada por estas”.

Analisa as diferentes dinâmicas entre os grupos sociais numa determinada comunidade política. Determina as causas das tensões existentes entre os grupos sociais e faz uma apreciação crítica do modelo societário (nela se incluindo o direito).

2. Principais traços do marxismo clássico

Karl Marx (1818-1883) foi um pensador político, sociólogo, mas não desenvolveu nenhuma teoria do direito. Foi crítico do modelo societário capitalista e, por isso, refuta o legalismo liberal (ideário liberal) assente, ainda, no formalismo. Opôs-se à centralização da produção dos bens materiais, essenciais para a sobrevivência do ser humano, que se encontravam nas mãos da classe Industrial (capitalistas), o que conduzia à exploração da classe operária.

Desenvolveu, por isso, todo um estudo científico que gravitou em torno desta luta de classes.

O processo histórico, assente no materialismo histórico, passa a ser explicável pela dinâmica gerada pela oposição de grupos sociais (luta de classes) e à luz de um determinado pensamento económico.

Materialismo histórico – para conhecer o Homem e a sua História importava analisar como é que os Homens se relacionam para produzir bens materiais (atividade produtiva).

A Economia é, por isso, para Marx, a infraestrutura da sociedade em que assentariam as superestruturas políticas e jurídicas (ideologia e direito). A Economia dita os desígnios sociais pelo que, no caso, o direito passa a estar ao serviço da Economia (determinismo económico

⁴⁰ Hespanha, *Cultura Jurídica Europeia – Síntese de um Milénio*, pág. 487.

extremado), por ser um instrumento posto ao serviço daquela. Ela (Economia) fá-lo pelo modo de produção dos bens materiais. Esta última dita a própria organização social e a estrutura das classes sociais.

O modo de produção assenta nas forças de produção (matérias primas, infraestruturas, instrumentos de produção) e relações de produção (relações entre operários e industriais). As forças de produção e relações de produção estão muito interligadas, pelo que não devem ser separadas sob pena de conduzirem à alienação humana (teoria da alienação) com graves repercussões na sociedade.

Expressão desta indesejável alienação era a sociedade capitalista por separar o trabalho do capital.

Esta alienação está na origem da luta de classes. Os Industriais, tidos como classe dominante, controlavam a produção dos bens materiais, conseqüentemente, dominavam toda a infra-estrutura (economia) e dispunham, ainda, das superestruturas como instrumento da economia (direito, ideologia etc.). Por isso, dominavam e queriam manter o mesmo estado de coisas com relação à classe dominada (os operários). Esta última, tentava emancipar-se, mas era difícil pois encontrava-se em grande desvantagem.

Apenas se poria termo ao conflito (tensão) pela apropriação coletiva dos modos de produção. Esta garantiria uma igual repartição dos modos de produção.

Socorrendo-se do método dialético (tese, antítese e síntese) e a lei da contradição de Hegel, Marx defenderia que o modo de produção capitalista teria de, por isso, dar lugar ao socialismo.

Por os modos de produção serem coletivos passaria a existir uma sociedade sem classes (a estratificação social deixava de fazer sentido). A inexistência de classes ditaria, ainda, a extinção do fundamento estadual e, conseqüentemente, do próprio Estado com o seu aparelho burocrático e judiciário (Direito e Estado deixariam de existir).

Enquanto para Hegel o Estado, que personificava a Nação, constituiria a última síntese do método dialético, já com Marx, Estado e Direito desaparecem para dar lugar a uma sociedade sem classes.

3. O direito no marxismo clássico⁴¹

Segundo Alan Hunt o marxismo clássico defende as seguintes premissas com relação ao direito:

- 1) O direito não é indissociável da política pois constitui uma das suas formas possíveis de execução;
- 2) Direito e Estado encontram-se em estreita conexão porquanto o Direito ter pouca (ou nenhuma) autonomia com relação ao Estado;
- 3) O Direito é o espelho ou expressão das relações económicas dominantes;
- 4) O Direito é potencialmente coercivo por o monopólio do uso da força residir no Estado;
- 5) O conteúdo e procedimentos do Direito (formas e/ou formulações) expressam, direta e indiretamente, os interesses da classe dominante – veja-se, neste particular, o artigo: “Tratamento dos conceitos oitocentistas de cidadania: Liberalismo e Igualdade da Professora Cristina Nogueira da Silva” por ser elucidativo dos diferentes estatutos jurídicos pessoais existentes, numa determinada época histórica, e que fomentaram a exclusão social;
- 6) O direito não vive dissociado da ideologia acabando por legitimar, através dela, os valores da classe dominante e o controlo da classe dominada.

“O direito – quer as leis, quer as proposições doutrinárias –, tal como a cultura ou a arte, refletiria esse nível fundamental (“infraestrutura”) da organização social, defendendo os interesses e exprimindo os pontos de vista das classes aí dominantes. Ou seja, o direito não seria algo de natural ou de ideal, mas antes uma ordem socialmente comprometida, um instrumento de classe”.

“Por um lado, o direito estabelece diretamente o domínio de classe, ao impor normas de conduta que favorecem diretamente os dominantes e subjagam os dominados”. “Por outro lado, o direito burguês funcionaria também como ideologia de cobertura. Ou seja, criaria uma imagem falseada das relações de poder, ocultando sob a capa da igualdade jurídica – garantida, nomeadamente, pela generalidade e abstração da lei – as reais desigualdades sociais”.

⁴¹ Hespanha, *Cultura Jurídica Europeia – Síntese de um Milénio*, pág. 487-492.

4. Desenvolvimentos posteriores – marxismo ocidental dos anos 60⁴²

As novas concepções distanciaram-se do determinismo económico (atentaram contra o reducionismo) e resgataram o determinismo moderado de Engels.

O Estado e o Direito continuam a ser havidos, na sua globalidade, como um instrumento ao serviço dos grupos dominantes, mas estava-se ciente que os grupos dominantes não conseguiriam alcançar todos os recônditos da sociedade – “a sua funcionalização político-social não seria, porém, absoluta”.

Como exemplo apontam-se determinados movimentos culturais, artísticos e políticos que se opõem ao *status quo* da ideologia dominante (movimentos feministas; cultura underground, maio de 68).

A sociedade não assenta num único sistema rígido, mas é constituído por uma pluralidade de sistemas sociais, com a sua própria lógica de funcionamento e que interagem num mesmo espaço social.

O Direito e a Política passam agora a ser dotados de mais autonomia por passarem a estar condicionados (e não determinados) pela Economia.

Não é encarado apenas, segundo alguma doutrina, como sendo uma expressão dos interesses da classe dominante, pois tal faria ignorar o papel desempenhado, pelas classes dominadas, ao longo da História. Se a História fosse apenas contada pela perspectiva do domínio da classe dominante (dando-a sempre como adquirida) restringiria, em muito, a própria análise da dinâmica da luta de classes.

“O “nível económico” apenas exerce uma determinação “em última instância”, permitindo que, nos restantes níveis (como o político, o jurídico, o cultural, o da relação entre os sexos), se desenvolvam lógicas de organização ou imaginários sociais relativamente autónomos e, até, provisoriamente contraditórios com a lógica global do sistema. O sistema social global seria determinado pelo “económico”, mas sobredeterminado (i.e., suplementarmente, ulteriormente, localmente determinado) pelas relações sociais específicas que se desenvolveriam em cada um dos restantes níveis da prática humana”.

Esta visão é posta por Keila Grinberg quando refere, nas ações de escravatura, alguns libertos e escravos, pese embora serem uma minoria os que acediam aos meios judiciais, terem obtido ganho de causa.

⁴² Hespanha, *Cultura Jurídica Europeia – Síntese de um Milénio*, pág. 492-494.

Se por um lado, o Direito contribuiu para manter a propriedade dos Senhores sobre os seus escravos por outro lado, previu mecanismos aos escravos e libertos para atentarem contra aquele poder.

Já no texto de Thompson, com relação à Lei Negra, mostra-se como as concessões da classe dominante (da burguesia) e os esforços despendidos pela classe dominada estão presentes aquando da feitura das normas jurídicas, condicionando-as.

Entre muitos argumentos o autor refere o Direito sentir, por vezes, a necessidade em dar razão, embora de forma muito controlada, aos dominados para poder continuar a manter o *status quo* da classe dominante. Tal explicaria um desfecho inesperado por a classe dominada conseguir fazer valer as suas pretensões perante o Direito.

Por outro lado, a classe dominante é, também ela, complexa por prosseguir uma intrincada rede de interesses em projetos muito diferenciados sendo, por isso, difícil reconduzir o Direito a uma única classe social dominante.

O Direito passa a ser explicado por uma “sobredeterminação jurídica” dos modos de produção do Direito o que, por sua vez, está associado a uma forma diferente de conceber o método dialético de Hegel. Enquanto para Hegel a contradição ocorria entre ideias simples, agora a contradição passa a ocorrer entre ideias complexas que, por isso, passam a integrar fatores diferentes, em constante interação e constante alteração recíproca – Luis Althusser.

Assim, podem encontrar-se, em processo dialético e ao mesmo tempo, fatores do meio físico, da organização produtiva humana e da ideologia em constante interação e construção.

NOTAS FINAIS

Esta sebenta foi feita com o auxílio de apontamentos de alguns colegas e das aulas, bem como com recurso à bibliografia recomendada pelo professor.

Bibliografia principal:

- Hespanha, António Manuel (2012), *Cultura Jurídica Europeia, Síntese de um Milénio*, Lisboa, Almedina.