

# História do Direito Português

Súmula das lições proferidas pelo Ex.<sup>mo</sup> Prof.  
Doutor MARCELO CAETANO  
ao Curso do 1.º ano Jurídico de 1940-41  
na Faculdade de Direito de Lisboa

**E**STAS lições podem, sob certo aspecto, constituir uma solução ao velho problema que se costuma pôr nestes termos: É certo que uma «Sexta» se impõe, seja qual fôr a cadeira de qualquer ano jurídico — confirma-o a tradição.

Mas deve esta ser o apanhado literal das lições do mestre, feito através do mecanismo do taquígrafo e enfatuado por tôdas aquelas coisas que convêm a uma aula, mas são inúteis e até prejudiciais, ao estudo intensivo, ou deve ela ser, ao contrário, o traslado de tudo o que de essencial se torna necessário?

O Senhor Prof. Doutor Marcelo Caetano decidiu-se por esta última solução e é neste sentido que vem orientando estas lições.

A êste nosso ilustre Professor todos nos confessamos grande e sinceramente penhorados pelo que êste trabalho representa de dedicação pelos seus alunos e de bom tanto didática como intelectualmente.

Cabendo-nos a nós o cuidado da impressão, assumimos a responsabilidade das falhas que nêle se contêm. Elas são o fruto das condições em que trabalhos desta natureza são elaborados, mas, plenamente certos da compreensão dos nossos distintos Colegas, não desistimos em ser-lhes úteis. Esta é a nossa finalidade — ela é suficientemente grande para nos animar.

## NOÇÕES PRELIMINARES

### 1. O que é o direito

Não é na Cadeira de História do Direito Português que se estuda o conceito e o fundamento do Direito: noutras cadeiras se fará esse ensino. Aqui temos unicamente de assentar em algumas noções sumárias sobre esses pontos que habilitem os alunos a compreender a restante matéria.

Os homens têm necessariamente de viver em sociedade, quer dizer: são forçados pela sua própria natureza a travar constantes relações entre si. Nessas relações surgem, a cada passo, choques ou conflitos de interesses: dois ou mais indivíduos pretendem para si simultaneamente o mesmo objecto, querem exercer a mesma actividade ou desejam reservar-se em exclusivo um campo de acção ou o gozo de uma vantagem. Esses conflitos podem resolver-se, ou pela brutal imposição da maior força de um deles, ou pela renúncia do mais fraco ou do moralmente mais perfeito. Mas nesses casos a vida social é uma luta, uma desordem incompatível com a índole racional dos seres humanos.

A sociedade aspira a uma harmónica disposição e actuação de todos os indivíduos que a compõem. É necessidade imperiosa da sua conservação, defesa e progresso, e essa necessidade é o primeiro traço comum dos seus componentes. Todos têm que se curvar perante ela.

Então, partindo-se do princípio de que os homens têm necessidades a satisfazer e por isso interesses a realizar, mas verificando-se que as actividades tendentes a satisfazer essas necessidades e realizar esses interesses têm de conciliar-se entre si para se tornar possível a existência ordenada e pacífica da sociedade, a Razão concebe o ideal de que cada homem só possa fazer aquilo que seja indispensável à realização dos seus interesses atendíveis, sem embargo de os outros homens fazerem o mesmo.

Esse ideal é o ideal da *Justiça*. Por êle se consegue a tal conciliação harmónica de todos os componentes da sociedade, que se deseja, e se chama *Ordem*.

Mas como obter a subordinação de tantos apetites e cobiças ao princípio da Justiça?

Definindo o que cada qual, na actividade desenvolvida nas relações com outros homens, pode fazer, deve fazer, ou não pode nem deve fazer.

Como é imprescindivelmente necessário à existência da Sociedade (e portanto à existência do homem) a Ordem e a Justiça, em cada grupo nasce por diferenciação quasi espontânea, um *Poder* — chefe ou núcleo de chefes — encarregado de definir quais as vias a trilhar para que o procedimento seja considerado justo, e de impôr a observância dessas vias àqueles que espontaneamente não queiram segui-las.

A conduta de cada homem em sociedade, naquilo

que possa atingir interesses dos outros homens, está assim sujeita a *regras*, que prescrevem qual *deve ser* o modo de agir para ser considerado justo, e que os indivíduos *são obrigados* a acatar sob pena de, não o fazendo, incorrerem em *sanções* aplicadas pela autoridade ao serviço do grupo social.

Essas regras são as *normas jurídicas*. Normas jurídicas são as *regras de conduta* que, no seio de um dado grupo social, o Poder torna eficazmente obrigatórios pelo emprego de coacção contra os desobedientes, no intuito prático de assegurar a Ordem pela Justiça.

O *Direito* (Direito objectivo) é o conjunto de todas as normas jurídicas.

Essas normas, umas vezes aparecem-nos praticadas pelo povo, como herança das gerações passadas, sem que se saiba ao certo como nasceram: temos o *costume*.

Outras vezes permanece viva a lembrança de que foram impostas pelo Poder e são observadas porque êle o quer, e temos então a *lei*.

A lei quasi sempre é conhecida através da *escrita*. Mas pode saber-se que certa norma constituiu uma lei sem todavia nunca ter sido reduzida a escrito. Hoje não é possível, mas foi-o outrora.

## 2. O Direito como produto da Razão.

Dissemos que o ideal de justiça é concebido pela Razão humana. As normas definidas com o fim prático de regular as acções livres dos homens de harmonia com as exigências desse ideal são também produto da Razão.



Entendamo-nos, porém, sobre o sentido que emprestamos a esse termo — Razão.

A Razão é uma forma da inteligência humana: é a inteligência que caminha duma verdade conhecida para outra que pretende apreender. É a inteligência activa, procedendo na conquista do conhecimento.

Assim, a regra de conduta humana nasce sempre duma operação da Inteligência.—Conhecidas as situações de facto a regular e o princípio de justiça a aplicar, procura-se definir o modo de mais perfeita e eficazmente obter no caso concreto o almejado equilíbrio a que chamamos Ordem.

Não quer isto dizer que sobre cada problema de regulamentação jurídica se faça aquilo a que chamamos uma *investigação científica*, com larga cópia de raciocínios, argumentos, crítica e conclusões.

Muitas vezes, para não dizer a maior parte das vezes, Razão trabalha rapidamente, sob a pressão dum sentimento, duma necessidade, da consciência de uma utilidade — e formula logo a regra que aparece ao espírito como solução evidente do problema surgido.

Nas sociedades rudimentares não se chega mesmo a definir a norma pela linguagem: ela traduziu-se logo num acto do chefe (simultaneamente legislador e executor), que o grupo aceitou como expressão prática da justiça e depois se repetiu indefinidamente em todos os casos idênticos.

Por outro lado, também não deduzimos da afirmação de que a Razão cria o Direito, estouta de que sendo a Razão uma faculdade de que todos os homens são igualmente dotados, forçosamente hão-de todos também formular as mesmas regras de conduta, ao menos naque-

les pontos em que se trata de regular tendências da natureza humana. Essa era a concepção de certa escola do *Direito natural*.

Admitimos a existência do *Direito Natural* como o conjunto de normas idealmente ajustadas à natureza humana. Mas essas normas formam um *dever ser*, do dever ser jurídico, do qual havemos de procurar aproximar-nos: não um pecúlio comum de normas existentes na humanidade.

É que, como dissemos, a Razão labora sobre dados já conhecidos: é um processo de conhecimento. A norma jurídica que produz depende, pois, das situações de facto que despertam a necessidade da regulamentação jurídica e do ideal de Ordem, do sentimento de Justiça, existentes no grupo.

Ora essas situações de facto variam com os tempos, os climas, os lugares, as índoles, a civilização, a cultura etc. E o modo como os dados reais existem no espírito do legislador e dos súbditos depende da maior ou menor rudeza da inteligência, da sua maior ou menor capacidade de captação da Verdade, assim como os ideais são tanto mais perfeitos quanto mais clara é a Razão.

Um povo rude e bárbaro não poderá deixar de conceber um Direito rude e bárbaro: não quer isto dizer que não tenha um Direito racional, mas apenas que a sua Razão é imperfeita e obscura.

Se esse Direito se coaduna com as condições do tempo e do grupo social, e com as concepções de Justiça e Ordem dominantes, não poderá porém dizer-se erróneo.

Pelo contrário, em povos muito adiantados sucede por vezes surgirem normas jurídicas elaboradas contra a Justiça sob a pressão de interesses particulares ou de necessidades de segurança, ou normas que não têm mesmo jus-

tificação racional: é que a Razão humana é falível, e muitas vezes erra.

Erram, porém, tanto legisladores, como juristas que criticam a legislação. Por isso, salvo em raros casos de injustiça evidente, a prudência aconselha a que nos abstenhamos de formular um juízo antes de muito ponderada e demorada meditação.

### 3. Papel da Tradição na formação dos sistemas jurídicos.

Afirmámos que o Direito é sempre produto da Razão humana, mas que esta faculdade do espírito, embora igualmente conferida a todos os homens, nem em todos atinge o mesmo grau de desenvolvimento, não representa sempre a mesma luz, e procede sob pressão de circunstâncias de facto e partindo de dados conhecidos muito variáveis, consoante os tempos, as gentes, os lugares, etc.

Isto explica a diferenciação dos sistemas jurídicos, das diversas Nações numa dada época, e nas diversas épocas duma dada Nação.

Há *analogias no espaço*: encontram-se elementos comuns nos sistemas jurídicos dos vários povos que, em certa época, têm a mesma civilização, porque esses elementos correspondem ao esforço da Razão num mesmo estágio de desenvolvimento e operando sobre dados análogos do modo de viver desses povos.

Correspondentemente há no sistema jurídico de cada Povo certas *constantes históricas*, fruto da permanência das características nacionais através dos séculos: território, índole popular, etc.

O sistema jurídico de cada Nação tem individualidade própria, não só em consequência dessas *constantes históricas* também definidoras da individualidade nacional, mas ainda por virtude do poder estabilizador dos *hábitos* que podem chegar a ser rotina.

Quere dizer: a norma que, em dada época, formulada de acôrdo com o ambiente do tempo, deu satisfação à necessidade social de Ordem e Justiça, conserva-se por espontâneo acatamento dos cidadãos ainda depois de passadas certas circunstâncias mutáveis que a justificaram e de mais esclarecida a Razão, e conserva-se porque a *certeza* dada pela experiência de que a sua observância assegura uma Ordem (embora menos perfeita) parece aos indivíduos, de maior valor que a *mera probabilidade* afirmada pela inteligência de que outra norma criará uma Ordem mais perfeita.

Por isso o sistema jurídico de cada época está cheio de instituições nascidas em épocas muito anteriores.

Quando, porém, uma instituição antiga *envelheceu*, isto é, deixou de ser elemento de Ordem social, a tendência do grupo é para eliminá-la. Haverá nesse caso certos indivíduos ou classes que, em defesa de interesses creados, procurem mantê-la: mas a instituição está condenada.

Há assim uma evolução normal do direito que flui da experiência secular como actividade viva de assimilação e dissimilação gradual e lenta: *assimilação* de todas as ideias e processos tornados necessários pelas circunstâncias, *dissimilação* daquilo que perdeu por completo a razão de ser.

A *tradição* é a continuidade evolutiva que através de sucessivas gerações mantém vivo o património cultural

da Nação, idêntico a si mesmo e todavia enriquecido e renovado por aquisição espontânea de novos elementos integrados no fundo comum e eliminação natural de quanto envelheceu.

Sucede em alguns momentos que a impaciência de um grupo se não contenta com a lenta e obscura renovação característica do processo tradicional, e procura acelerar o dinamismo da mutação, ajustando de chofre a sociedade a ideias reputadas mais acertadas com a época. São momentos em que a Razão reivindica para si a exclusividade do império normalmente repartido entre ela e a Tradição.

Se esse dinamismo atinge a intensidade máxima, a ponto de procurar subverter quanto existe, negar a Tradição e, encetando uma nova, substituir-lhe novo estilo de vida, dá-se a *Revolução*.

Mas as próprias Revoluções não nos dispensam de conhecer o passado: primeiro, porque os maiores esforços são impotentes para impedir que no novo edifício social apareçam teimosas revivências doutros tempos; segundo, porque ficariam inexplicáveis muitas leis revolucionárias, se não conhecêssemos as realidades anteriores que elas procuram negar e suplantar.

#### 4. Necessidade e importância do estudo da História do Direito.

De quanto ficou dito resalta a imperiosa necessidade que tem todo o verdadeiro jurista de cultivar a História do Direito.

Sem o estudo da História ficaria por explicar muita

coisa, e talvez o mais importante, do sistema jurídico actual da Nação.

A História do Direito revela ao jurista as constantes da vida nacional, explica a persistência de instituições antigas, e a eliminação doutras envelhecidas, justifica a sucessão e substituição das que se encadeiam, mostra-lhe como, porquê e onde se produziram as Revoluções.

E como elemento de aplicação na prática do Direito e instrumento educativo, oferece vantagens que podemos resumir assim:

a) habilita a interpretar muitas leis vigentes cujas raízes mergulham no passado;

b) instrui o legislador sobre a experiência vivida pela Nação, acautelando-o contra perigosas reincidências em erros funestos, ou aventuras intoleráveis pelo génio nacional;

c) corrige o orgulho intelectual dos legisladores e homens de ciência com a revelação do progresso atingido noutras épocas pelas leis e pela doutrina, — pois o direito está longe de seguir uma linha de perfeição invariavelmente ascensional.

#### 5. Conceito e conteúdo da História do Direito.

Podemos agora definir a História do Direito.

História do Direito é a *descrição e explicação de como se formou e transformou no passado o sistema jurídico de um dado grupo social*.

Para se conseguir reconstituir nos seus trâmites e causas a origem e evolução de um dado sistema jurídico é, porém, necessário:













Pois que é o historiador do direito senão um jurista que se desloca ao passado para aí reconstituir o sistema que outros constroem no presente? Sem saber Direito é impossível fazer História do Direito.

2. — A evolução jurídica de um povo, especialmente pelo que toca às fontes de direito, e ao direito público, está muito ligada às transformações políticas desse povo: daí a importância que o conhecimento da *História Política* reveste para o historiador do Direito.

3. — Mas o Direito é a disciplina da vida social. Só pode fazer-se bem a sua História quando se conheça a História da sociedade (modos de viver, gostos, hábitos, costumes, ciência, arte, ideais, concepções filosóficas, religião etc.) isto é, a *História social*.

4. — Enfim, um dos aspectos da vida social que mais influi no Direito, quer por exigir grande número de normas, quer pela pressão exercida sobre o legislador, é o da actividade económica, ou seja, a actividade desenvolvida pelos homens para obterem bens materiais que preencham as suas insuficiências e satisfaçam os seus desejos. Assim a *História económica* ou o estudo dos modos de produção, circulação dos produtos, distribuição da riqueza, regime do trabalho, transportes etc. através dos tempos ajuda grandemente a compreender os sistemas jurídicos do passado.

#### b) Ciências auxiliares.

1. — A *Diplomática* ou ciência da crítica externa dos documentos, para verificação da sua autenticidade.

2. — A *Paleografia* ou ciência das antigas escritas, tendente a permitir a leitura correcta dos documentos,

sua localização no tempo e no espaço e notação e correcção dos erros de escrita.

3. — A *Filologia*, ciência da linguagem e sua evolução, que permite interpretar os documentos redigidos em língua que não seja corrente.

4. — A *Cronologia*, ciência do cómputo do tempo e da verificação das datas.

5. — A *Esgráfrica* (ou Sigilografia), ciência dos selos e dos sinêthes que autenticam os documentos antigos.

6. — A *Heráldica*, ciência dos escudos e brasões.

7. — A *Arqueologia*, ciência dos monumentos figurados da antiguidade.

8. — A *Epigrafia*, ciência da leitura e interpretação das inscrições.

9. — A *Numismática* ciência da atribuição, significação e classificação das medalhas e moedas.

### 11. Sistema de exposição da História do Direito.

Reunidos os materiais, depois de depurados pela crítica externa (trabalho de erudição), e extraídos deles os factos que se julgam suficientemente comprovados para serem admitidos como verdadeiros, até prova em contrário, (trabalho crítico) é preciso agora ordenar estes factos segundo um sistema a fim de poderem ser expostos.

Qual o sistema preferível para fazer a exposição didáctica da História do Direito?

Há quem defenda o *método monográfico* e quem opte pelo *método cronológico*.

a) no *método monográfico* estuda-se a história de cada









































No estatuto dado pelos romanos às cidades indígenas aproveitaram eles da experiência que haviam colhido da submissão do Lácio e da confederação itálica.

As cidades de tipo indígena são as *cidades estipendiárias* e as *cidades livres*.

As cidades de tipo romano são as *colônias* e os *municipios*.

## 25. Cidades de tipo indígena: A) Cidades estipendiárias.

Começando pelas comunidades que estavam em pior situação, trataremos primeiro das *cidades estipendiárias*.

Sob esta designação compreendemos:

- as cidades que tinham sido conquistadas violentamente, por *occupatio bellica*, e
- as cidades que, embora tivessem resistido, negociaram a tempo o seu tratado de capitulação, rendendo-se à discrição do povo romano (*deditio*).

Em qualquer dos casos o general vencedor assumia a plenitude do poder e abolia a constituição política da cidade.

Mas, como o general não podia ficar a governar cada cidade conquistada nem dotá-la de chofre com novas leis, instituiu um *regime provisório* até o povo romano decidir definitivamente.

*Regra geral*, esse regime provisório consistia em manter os magistrados e as leis que havia, reservando-se o general a jurisdição em última instância e a fiscalização política.

Algumas vezes creava novos magistrados.

Este regime provisório prolongava-se, porém, por muito tempo.

Todo o território passava a ser considerado *domínio do povo romano*. Se a cidade tinha sido conquistada, as terras eram confiscadas para o domínio público, e depois arrendadas aos antigos proprietários mediante o pagamento anual por cada um da respectiva renda aos cobradores romanos: — *vectigal*. — Se a cidade se tinha rendido, o tratamento era mais benévolo: os proprietários conservavam a posse das suas terras, mediante o pagamento por toda a cidade de uma soma global, correspondente primitivamente ao soldo (*stipendium*) das tropas de ocupação.

Assim, enquanto o *vectigal* era cobrado de cada possuidor pelos publicanos (cobradores romanos), o *stipendium* era uma soma fixa que todos os anos a cidade tinha de juntar, cobrando-a por intermédio das suas autoridades próprias para depois a entregar na totalidade ao fisco romano.

Sobre o solo provincial não se podia exercer direito de propriedade individual visto que a propriedade pertencia ao povo romano.

## 26. Cidades de tipo indígena: B) Cidades livres.

Outras cidades indígenas conseguiram ficar em melhor situação, e ser consideradas *libri populi*.

Os romanos chamavam *cidades livres* às *comunidades urbanas que se governavam sob a forma republicana, conservando as suas próprias leis e instituições*.

Estas cidades, por qualquer motivo, conservavam na aparência a sua soberania: eram *independentes*.

























































































cristãos. Para marcar esta posição de domínio o rei de Leão intitula-se, por vezes, a partir de Afonso III, o Magno (866-910) -- *magnus imperator, imperator legionensis*.

Era, pois, segundo o Direito visigodo que os reis leoneses compreendiam o poder. Não esqueçamos, então, as profundas influências eclesiástica e romana que tinham actuado no sentido de transformar o rei, de *chefe de pessoas*, em *exponente da comunidade*.

O rei era querido por Deus para desempenhar uma *função*: a função de procurar o bem comum dos súbditos, fazendo justiça, defendendo a fé, protegendo a Igreja, assegurando a paz pública interna e guerreando os inimigos externos. Para isso tinha o poder, cujos imperativos devia servir, sendo responsável perante Deus pelo uso que fizesse das prerrogativas régias.

Essas prerrogativas ou direitos só eram portanto concedidos ao rei como meios ou instrumentos necessários ao desempenho da sua alta função. Por isso também se compreendia que pertencessem exclusivamente ao monarca os poderes correspondentes aos deveres que só a ele respeitavam (direitos regalgengos, *jura regalia*). Tais prerrogativas consistiam, em especial, na suprema jurisdição, no direito de cunhar moeda, na chefia militar e na faculdade de cobrar certos tributos ou de exigir certos serviços.

Acentue-se bem, pois, que inicialmente o reino de Leão ficou fiel ao conceito visigótico da monarquia nacional indivisível: isto é, à ideia de que o Estado é a organização política soberana destinada a realizar o interesse geral dos membros da mesma Nação, e que o rei é o

órgão dêsse interesse, o símbolo da unidade e da continuidade do grupo social através dos tempos.

## 69. Influência das ideias feudais na realeza das monarquias neo-góticas.

Ora as ideias dominantes além-Pireneus eram já outras. Em consequência dos progressos do sistema feudal tinham-se radicado, a respeito do poder real, dois princípios fundamentais:

a) o rei é um suzerano cujo poder só se exerce sobre os vassallos, isto é, sobre os senhores que, em troca das terras recebidas e da protecção dispensada, lhe juram *fidelidade pessoal*, auxílio e conselho;

b) a soberania está pois ligada, na raiz, ao poder de conceder terras aos vassallos — é um atributo da propriedade ou domínio do rei sobre o território do reino, e os direitos soberanos são da mesma natureza dos direitos do proprietário, isto é, são avaliáveis em dinheiro, transmissíveis por herança, doação ou venda, pertencem ao *património* do príncipe (*concepção patrimonial da soberania*).

A contiguidade do reino de Navarra com a França explica a penetração de tais ideias nesse novo Estado da reconquista, de onde passaram depois (embora atenuadas) aos outros.

Assim quando os navarreses proclamaram a sua independência, os nobres alçaram o rei erguendo-o sobre os seus escudos em sinal de apoio e fidelidade.

Quanto ao conceito patrimonial da soberania a sua influência manifesta-se especialmente nas partilhas de



















Mas, assim mesmo, estamos em condições de compreender agora como se coloca o problema da natureza jurídica da concessão do condado portugalense ao Conde D. Henrique.

É sabido que D. Henrique neto de Roberto, Duque de Borgonha, e sobrinho de D. Constança, segunda mulher de D. Afonso VI — imperador de toda a Espanha, — desde 1085 —, veio à Península, por 1087, numa expedição de nobres franceses contra os almorávidas.

Uma vez aqui, casou com D. Teresa, bastarda do rei, e recebeu depois o condado portugalense, formado pelas terras situadas no extremo ocidente, ao sul do rio Minho, e desintegrado do governo da Galiza antes confiado a seu primo Raimundo.

Ora, em que qualidade, com que direitos e deveres, recebeu D. Henrique o seu condado?

Não se conhece o texto do acto pelo qual foi feita a concessão. Apenas podemos, por conseguinte, formar juízo por referências incidentais à situação do Conde.

E as referências conhecidas dizem o seguinte:

... «quam (filiam) rex... dedit maritatum Enrico comiti, et dotavit eam magnifice, dans Portugalensem terram *jure haereditario*...» (*Cronica Adefonsi Imperatoris*, na «Espana Sagrada», tomo XXI).

... «Ego enim Comes Domnus Henrichus una pariter com conjugia mea nomine Tarasia prolis Adefonsi Principis totius Spanie, placuit nobis, asto animo, integroque nostro consilio, ut ad tibi vassallo fideli nostro Suario prolis Menendiz, facimus tibi cartam, vel commissorium.

de ereditates, vel de omnes, quos habemus in territorium Portugalensem quos nobis dedit genitori nostro Rex Domnus Adefonso pro nostram ereditatem...» (Doc. n.º 864, ano 1097, publicado nos P. M. H., *Diplomata et Chartae*, vol. I., pag. 512).

«Vere scitum est ad cunctis, et divulgatum ab universis, eo quod in tempore Adefonsi Imperatori regnante in civitas Toleti suo nomine gener verum suus comes Anrichus sedente cum filiam ipsius Imperatori nomine Tarasia et tenente de illo terra de Portugal pro sua hereditas...» (doc. n.º 914, ano de 1099, P. M. H., *Diplo. et Chartae*, I, pag. 542).

Como se vê, os três textos condizem na afirmação de que a terra portugalense foi doada ao Conde D. Henrique — *pro sua hereditas, jure haereditario*.

Tais expressões parecem excluir a simples *tenência amovível*, isto é, a nomeação do Conde para o mero exercício de um governo que o rei lhe podia tirar a todo o momento, como pretendia HERCULANO (*História de Portugal*, I, pag. 454 da 8.ª ed. de.; Carta III sobre a história de Portugal no vol. V dos *Opúsculos*).

Também já vimos que não era assim que se designava a concessão de terras em benefício, feudo ou préstamo.

Inclinamo-nos, por isso, com o Prof. PAULO MEIRELA para a hipótese de ter havido uma *doação do senhorio* do território, com o domínio das (propriedades da Corôa) e das terras a ocupar, tudo transmissível por herança, doado não como dote, — pois o direito da época não admitia o dote da mulher, e sim do marido, — mas































dade obtida pela precisa definição dos direitos e dos deveres do concelho em face da Corôa ou do senhor.

e) As instituições municipais não nasceram só na cidade, ou só no campo: sob a pressão de circunstâncias análogas e num mesmo ambiente de ideias, é natural que se tenham manifestado um pouco por toda a parte, onde quer que o meio fôsse favorável à eclosão do fenómeno.

f) É possível também que o novo movimento municipal tenha aproveitado certas manifestações autonomistas e localistas antes existentes, em especial o *concillium* ou assembleia judicial e o *conventus publicus vicinorum*.

## 87. Organização municipal.

Dissemos que as características de cada concelho, neste período, variam muito em relação aos outros. Cada comunidade municipal tem os seus direitos, os seus deveres, a sua organização interna: não há uma *regra geral*, uma *medida única*.

Essas diferenças reflectem as circunstâncias peculiares de cada concelho: a sua situação geográfica, o seu regime jurídico anterior (se se tratava de povoação ou agregado já antigo), a sua vitalidade no momento em que conquistava as instituições municipais, a missão que lhe era entregue de arroteamento da terra ou de defesa militar...

A fórmula municipal uma vez descoberta, foi-se generalizando por *política dos reis ou senhores* (para povoar territórios incultos, fixar homens que haviam conquistado a liberdade e se tentavam a emigrar para outros concelhos, para recompensar dádivas ou serviços...) ou por *conquista do povo* que pede insistentemente, lutando durante anos em sucessivos conflitos ou com armas diplo-

máticas, ou se revolta. Estas revollas entre nós foram raras: casos esporádicos a que não pode dar-se a categoria de *revolução comunal* (1). Não foi, em todo o caso, a revolta o processo normal da aquisição dos privilégios municipais.

Quando se pretenda, portanto, expor em resumo a organização municipal d'este período, só pode apresentar-se uma «organização típica» ao redor da qual variavam, com maior ou menor amplitude, os casos concretos.

O concelho era constituído unicamente por aquêles homens livres que reunissem certas condições para serem considerados arreigados ou *vizinhos*. Por via de regra era necessário ter casa e família no lugar, não bastando o facto da convivência accidental, pois os que morassem sem permanência ou estivessem de passagem eram *homens de fora parte* estranhos ao grémio municipal.

Só os vizinhos podiam participar da *assembleia dos homens bons*, também chamada *concillium*, e que reunia regularmente, às vezes todas as semanas, para julgar pleitos, legislar por meio de *posturas* e *degreços*, eleger os magistrados quando tivesse tal atribuição, intervir ou testemunhar em certos actos jurídicos mais importantes e participar noutros negócios graves da vida colectiva.

Os *magistrados municipais* tinham, sobretudo, a função de administrar justiça. «Existiam concelhos com um único juiz eleito; em regra, porém, eram em número de dois e não faltam também exemplos de serem três e mais. Nalguns lugares denominavam-se *juizes (judices)*, noutros

(1) Em sentido contrário, o P.<sup>o</sup> LUÍS GONZAGA DE AZEVEDO, *História de Portugal*, vol., III, pág. 43.





em termos de obrigatoriedade geral e de modo a regular tôdas as relações jurídicas.

A confusão da Reconquista afrouxara, forçosamente, a energia com que o Poder, na monarquia visigótica, procurava impor as leis do Código. Se a Côrte e as cidades onde os senhores e as autoridades régias exerciam mais eficazmente a sua acção continuavam a observar, mais ou menos fielmente, a antiga lei, a maior parte dos núcleos populacionais gozava de liberdade na forma de se reger, tornando-se impossível discipliná-los e impedi-los de dar livre curso às suas naturais tendências de adopção dos velhos costumes tradicionais.

## 90. Leis gerais.

Os quatro primeiros reis portugueses, como já dissemos, não se esforçaram muito por contrariar a liberdade de que cada grupo ou classe fruíra para se reger por normas privativas.

Ocupados na guerra, na organização do território, na administração da justiça, não foram grandes legisladores.

De D. AFONSO HENRIQUES apenas há notícia de ter feito uma lei, cujo texto se desconhece, mas se referia às barregãs dos clérigos.

Seu filho D. SANCHO deixou-nos unicamente uma provisão.

D. AFONSO II é que procurou disciplinar, por meio de legislação nova, diversas relações sociais do reino. Na Cúria de 1211 foram elaboradas algumas leis gerais.

Do reinado seguinte, de D. SANCHO II, não se conhece nenhuma lei.

Portanto, a legislação geral escrita não podia deixar de ser a vigente na monarquia leonesa à data da nossa independência: o Código Visigótico, e as leis emanadas dos concílios ou cúrias de Leão (1020), Coiança (1050) e Oviedo (1115).

Estas leis obrigavam em todo o reino, mas sem embargo das imunidades de classe e dos privilégios locais, isto é, a sua generalidade era limitada pelas isenções senhoriais e municipais que o rei respeitava.

## 91. Direito canónico.

O clero era uma das classes que estavam isentas da autoridade régia. A Igreja considera-se sociedade perfeita — com suas leis e seu governo próprios, capaz de se reger e bastar sem intervenção de autoridade externa. Na disciplina eclesiástica, quer no tocante ao clero, quer aos deveres dos fiéis, applicava-se, portanto, a legislação privativa da Igreja, cujas sanções eram de ordem espiritual (penitência e excomunhão das pessoas, interdito dos lugares).

O Estado respeitava as leis eclesiásticas e as suas sanções e impunha mesmo aos fiéis o acatamento das normas canónicas.

Na Cúria de 1211 o rei manda guardar «as suas leis e os direitos da Santa Igreja de Roma».

Já vimos que as leis eclesiásticas eram, fundamentalmente, os *canones* dos concílios ecuménicos e nacionais.

Com a maior importância do Papado e a centralização dos negócios da Igreja, multiplicaram-se as *constitui-*















penhou, neste primeiro período, um papel do maior relevo na regulamentação das relações sociais. Mas observávamos, então, que os costumes variavam de terra para terra, eram *locais*.

Ora o concelho, uma vez constituído, era um meio especialmente propício ao desenvolvimento de um Direito consuetudinário peculiar da comunidade municipal.

Os seus magistrados privativos tinham de julgar as questões surgidas entre os vizinhos e, em geral, como frisámos, desconheciam o direito privado contido no Código Visigótico.

Inspiravam-se, portanto, no costume corrente que já vimos ser resultante de velhas usanças ibéricas, e de influências romanas, germânicas, eclesiásticas, moçárabes e francêsas.

Mas os magistrados municipais não se limitavam a aplicar normas consuetudinárias já existentes: muitas vezes, desconhecendo costume aplicável ou compreendendo a aspiração popular de que ele fôsse modificado, inspiravam-se na *equidade*, no sentimento de *justiça*, na necessidade social de *segurança*, para dar as suas sentenças nos julgamentos ou *façanhas* em que intervinham.

Ora, como em casos iguais o juiz tem tendência para proferir sentenças iguais (a igualdade de quantos se encontram nas mesmas condições faz parte da justiça), daí o tornar-se a jurisprudência dos magistrados municipais em norma consuetudinária.

Além disso, a assembleia dos homens bons tomava deliberações que posteriormente tinham de ser observadas, os magistrados também podiam fazer leis (*posturas*) para regular certas matérias da vida civil, e os próprios

reis decidiam casos da vida dos concelhos que lhes fôsem submetidos, elaborando verdadeiras leis especiais.

Os costumes ou foros municipais (direito consuetudinário de cada Município) eram, pois, resultantes destas diversas fontes. Regulavam relações privadas: eram direito privado e não direito público, embora as fronteiras destes dois ramos sejam incertas e, por isso, a confusão fôsse freqüente.

No século XIII e XIV foram compilados e reduzidos a escrito os foros ou costumes de alguns concelhos, que se encontram publicados nos P. M. H., *Leges et Consuetudines*, pág. 745 e segs.

Codificados os foros, aconteceu que por vezes a concessão a um novo concelho do foral de um município já existente fôsse acompanhada da concessão dos costumes ou foros do mesmo município: o concelho novo recebia, assim, todo o Direito por que se regia o antigo.

## 96.— Documentos de actos jurídicos.

Além das fontes de Direito, deve fazer-se referência a uma classe de fontes da História jurídica que, relativamente a esta época, reveste a maior importância: a dos documentos dos actos jurídicos, lavrados como seu elemento essencial (*ad substantiam*) ou, como mais geralmente acontecia, para prova ou testemunho futuro da sua prática (*ad probationem*).

Os documentos revelam-nos como decorria realmente a vida jurídica, o entendimento que se dava ao direito objectivo (lei ou costume) e elucidam-nos sobre o funcio-



























já D. FERNANDO, «*de nossa ciência e poder absoluto*», ou mais enérgicamente ainda, com D. JOÃO I, «*queremos e mandamos de nossa certa ciência e poder absoluto e próprio movimento*».

O «poder absoluto» de que os reis falam nesta fase significa, apenas, *poder próprio* cujo exercício é independente da vontade de qualquer outro poder humano.

No prólogo das Ordenações Afonsinas (que acusa enorme influência da Constituição pela qual Justiniano confirmou o seu Código e que começa pelas palavras *Summa rei publicae*) escreveram os legistas que as compilaram: «E pero que o Rei tenha principalmente o regimento das mãos de Deus e assi como seu vigário, e logotenente, *seja absolto da observância de toda lei humana*, e esto não embargaute, por ser criatura racional e subjugada à razão natural, se honesta, e submete sob governança e mandamento dela, assi como cousa santa que manda e ordena as cousas justas e defende as cousas contrárias».

Temos pois que :

a) o poder dos reis vem de Deus, de quem elles são vigários na terra ; (1)

b) o rei não está obrigado a obedecer às leis humanas, pois elle é a própria lei viva ;

c) mas deve guiar-se no governo pela lei divina e pela lei natural (o Direito natural inerente à Razão) ;

d) assim, o exercício do poder real só será legítimo

(1) A idéa da origem divina do poder dos reis é corrente nesta fase e encontra-se claramente afirmada em diversos passos das Ordenações Afonsinas. Ver especialmente, V, tit.<sup>o</sup> 67.

— juntam os escolásticos — quando orientado pelo bem comum da Nação, pois a missão do Rei é servir o reino : *regnum non est propter regem sed rex propter regnum* : um poder que não se exerça ao serviço do povo é tirânico ;

e) de resto, os legistas haviam reforçado, pela invocação da *lex regia* ou *lex de imperio*, o conceito medieval da existência de um pacto entre a Nação e o Rei, por virtude do qual aquela se submete ao Soberano em troca do compromisso que este assume de regê-la rectamente (*pactum subjectionis*).

Já vimos que o poder do Rei estava limitado pela lei de Deus e pelo Direito natural, e ainda pelos foros da Nação e privilégios das classes (clero, nobreza e povo).

Durante a fase que estamos a tratar, verifica-se a tendência constante para o robustecimento do poder real, graças sobretudo à posição de árbitro assumida pela Corôa nas desavenças entre os membros das diversas classes e, em especial, ao apoio procurado nos legistas e no povo para restringir, sempre que a oportunidade surgia, os grandes privilégios da nobreza e do clero por estas classes constantemente opostos ao poder real.

Assim «os progressos do poder real» revelam-se no fortalecimento da função legislativa, no desenvolvimento dos impostos gerais, na limitação dos poderes senhoriais, na afirmação do poder civil em face da Igreja, no avigoramento e desenvolvimento dos organismos da administração central, na interferência e fiscalização do monarca, por meio de delegados seus, na administração local, no























Começou a luta por uma enérgica defesa dos direitos da Corôa contra os abusos que os potentados cometiam, alargando os seus domínios por usurpação de terras que não lhes pertenciam e exercendo poderes que não lhes haviam sido concedidos.

O rei defendeu-se por meio das *confirmações* e das *inquirições*.

As *confirmações gerais* consistiam na obrigação imposta extraordinariamente pelo monarca a todos os donatários da Corôa de apresentar os títulos das doações feitas nos reinados anteriores a fim de serem examinados, mantendo-se apenas as que o rei entendesse que deviam ser prorrogadas.

Houve confirmações gerais (nesta época e na anterior) nos reinados de D. Afonso 2.º, de D. Afonso 4.º, e de D. João 2.º. (1)

As confirmações afirmavam a soberania régia, permitiam fiscalizar os títulos dos donatários e demonstravam serem os bens da Corôa inalienáveis. Além destas extraordinárias ou *gerais*, firmou-se o princípio de que à morte de um Monarca o seu sucessor tinha o direito de confirmar as doações existentes: eram as chamadas *confirmações de rei a rei*.

Mais eficazes, porém, foram ainda as *inquirições gerais*, que consistiam em inquéritos feitos por uma comissão ou *alçada* enviada pelo rei para apurar quais eram os bens e direitos da Corôa existentes no reino e quais as usurpações cometidas à custa dêles pelos poderosos.

(1) *Memória para a história das confirmações régias*, publicada sob a direcção de JOÃO PEDRO RIBEIRO, 1816.

As averiguações, em geral, eram feitas por interrogatório de algumas pessoas de cada lugar, escolhidas pela sua idade e probidade. Se os testemunhos provavam a existência de alguma usurpação, não se ouvia o acusado: o rei, ou até a própria alçada, resolvia reivindicar os bens ou direitos para a Corôa e o interessado só podia protestar em demanda perante o tribunal da Côrte.

Fizeram-se inquirições gerais nos reinados de D. Afonso II (1220), D. Afonso III (1258), D. Diniz (1284 e 1288) e D. Afonso IV (1335). As actas de algumas inquirições estão publicadas na IV parte dos P. M. H., consagrada às *Inquisitiones*. (1)

Das inquirições gerais (assim chamadas por oposição às *inquirições particulares* que o rei ordenava sempre que era preciso averiguar directamente algum facto relativo só a determinado lugar, senhorio ou herdade) resultaram providências enérgicas no sentido de restituir à Corôa o que ilegítimamente lhe fôra tirado e de coibir os abusos dos donatários. Essas providências nem sempre deram todo o resultado desejado, o que forçava a novas inquirições gerais e a novas lei rigorosas.

Nesta luta, um dos pontos mais disputados era o reconhecimento da supremacia da jurisdição real. Vimos que os senhores podiam nomear juizes para os seus senhorios; quando nestes instituíam concelhos, a entrada em exercício dos juizes eleitos dependia ainda da sua confirmação. Das sentenças dêsses juizes apelava-se para

(1) Ver também as *Memórias para a história das inquirições nos primeiros reinados de Portugal*, publicadas sob a direcção de JOÃO PEDRO RIBEIRO, 1815.



































Mas em 1614 determinou-se que os corregedores só mediante provisão do Desembargo do Paço poderiam entrar nas terras senhoriais. E dos meados do século XVII aos do século XVIII foram numerosos os privilégios de isenção concedidos pelo rei, em virtude dos quais era vedado aos corregedores, com provisão ou sem ela, penetrar nas terras isentas.

Assim se regressou de novo nesta importante matéria.

Continuaram as grandes doações ultramarinas: no Brasil, no tempo de D. JOÃO III, e em Angola, sob D. SEBASTIÃO. Mas também aí chegaram os corregedores do rei, que vieram a transformar-se nos *capitães-generais* e *governadores*.

## § 2.º

### Fontes do Direito

#### 133 Ordenações Manuelinas.

Logo no começo do século XVI, el-rei D. MANUEL ordenou a três juristas da sua corte que revissem as Ordenações Afonsinas. Estas não tinham sido impressas: a invenção da imprensa permitia agora uma maior divulgação das leis gerais do reino e por isso o monarca mandou proceder à revisão.

Estas ordenações revistas foram impressas de 1512 a 1514, mas o Monarca não ficou satisfeito com o traba-

lho produzido, pelo que determinou que se fizesse nova revisão e remodelação do código.

Entretanto, em 1516, terminava-se a compilação oficial denominada «*Livro dos Regimentos e Ordenações da Fazenda*», compreendendo 243 capítulos, com muitas matérias compreendidas na versão das Ordenações Manuelinas de 1514. (1)

A 2.ª versão das Ordenações Manuelinas, aliviada da legislação da fazenda e aumentada com outras leis, foi publicada em 1521, ano do falecimento do monarca.

A compilação tem o mesmo sistema e divisão que a anterior. Mas o estilo é todo *decretório*, isto é, as leis são apresentadas como se fôsem nessa data impostas por autoridade régia.

Quanto ao *directo subsidiário*, é-lhe consagrado o tit.º 5.º do liv.º II, e mantem-se a doutrina das Ordenações anteriores com pequenas alterações.

Essas alterações são:

a) As leis imperiais são observadas «*somente pela boa razão em que são fundadas*»;

b) A glosa de ACÚRSIO só se aplica «quando por comum opinião dos doutores não fôr reprovada» e na mesma se dispõe quanto ao comentário de BARTOLO: portanto, dá-se predomínio à chamada *communis opinio*, ou autoridade concorrente dos melhores autores. (2) o

(1) Podem ver-se as *Ordenações da Fazenda* publicadas na íntegra no *Sistema ou Collecção de Regimentos Reaes*, vol. I, in principio.

(2) Um italiano contemporâneo definiu a *communis opinio*: «*quae plurimorum doctorum testimonio comprobatur*», quae



















## CAPÍTULO 5.º

## PERÍODO DO INDIVIDUALISMO

## 146. Caracteres gerais do período

Como ficou dito, o período do individualismo começa em 1834.

Em rigor, os monumentos jurídicos que assinalam o advento do novo sistema são anteriores, datam de 1832 em que veio a lume a legislação da *ditadura da Terceira* na maior parte inspirada pelo Ministro JOSÉ XAVIER MOUSINHO DA SILVEIRA; mas como só após a Convenção de Évora Monte essas leis começaram a ser efectivamente applicadas a todo o país, melhor será escolher a sua data para balizar o período.

O sistema individualista e liberal dominou até 1926, data da Revolução Nacional.

Os caracteres d'este sistema são :

a) a concepção do individuo como centro da ordem jurídica, visto que,

b) os homens têm direitos naturais, invioláveis e sagrados e o Direito positivo deve limitar-se a garantir o seu exercicio ;

c) por Direito Natural os homens nascem livres, e

sendo todos creaturas racionais, são todos iguais qualquer que seja a sua raça ou condição.

Vejamos como estes princípios se reflectem na legislação e quais os monumentos que convém destacar na História das fontes de direito d'este período, que se destaca por ser o período da *codificação moderna*.

## 147. Direito constitucional.

Este período é a época das constituições escritas, — e não já meramente consuetudinárias ou históricas.

A autoridade política era considerada como produto da renúncia que cada individuo fazia, pelo *contrato social*, de uma parte minima da sua liberdade cujo sacrificio se tornava necessário à existência ordenada e pacifica da sociedade.

Deste modo, cada qual cedera uma fracção bem determinada da sua liberdade para se formar o poder do Estado: o Estado não tinha mais poder senão esse, nem devia exigir mais dos individuos do que o que elles lhe tinham dado.

O objecto das constituições escritas era *definir e garantir os direitos individuais* e estabelecer a *organização dos poderes do Estado* dentro de limites precisos.

Para que o Estado nunca exorbitasse em prejuizo dos individuos era necessário que ninguém possuísse a totalidade do Poder: daí a *doutrina da separação dos poderes* segundo o qual a Soberania, que residia essencialmente na Nação, era exercida por diversos órgãos de igual autoridade, independentes e harmónicos entre si e que reciprocamente se limitavam e fiscalizavam. Esses órgãos



















