

PAULO FERREIRA DA CUNHA  
JOANA AGUIAR E SILVA  
ANTÓNIO LEMOS SOARES

# HISTÓRIA DO DIREITO

## DO DIREITO ROMANO À CONSTITUIÇÃO EUROPEIA

Reimpressão da edição de Outubro de 2005

**Ministro Felix Fischer**  
**Presidente**  
**Superior Tribunal de Justiça**

  
ALMEDINA

**HISTÓRIA DO DIREITO**  
**DO DIREITO ROMANO À CONSTITUIÇÃO EUROPEIA**

AUTORES

PAULO FERREIRA DA CUNHA  
JOANA AGUIAR E SILVA  
ANTÓNIO LEMOS SOARES

EDITOR

EDIÇÕES ALMEDINA. SA  
Av. Fernão Magalhães. n.º 584, 5.º Andar  
3000-174 Coimbra  
Tel.: 239 851 904  
Fax: 239 851 901  
www.almedina.net  
editora@almedina.net

PRÉ-IMPRESSÃO | IMPRESSÃO | ACABAMENTO

G.C. GRÁFICA DE COIMBRA, LDA.  
Palheira – Assafarge  
3001-453 Coimbra  
producao@graficadecoimbra.pt

Setembro, 2010

DEPÓSITO LEGAL

234134/05

Os dados e as opiniões inseridos na presente publicação são da exclusiva responsabilidade do(s) seu(s) autor(es).

Toda a reprodução desta obra, por fotocópia ou outro qualquer processo, sem prévia autorização escrita do Editor, é ilícita e passível de procedimento judicial contra o infractor.

***Biblioteca Nacional de Portugal – Catalogação na Publicação***

CUNHA, Paulo Ferreira da, e outros

História do direito : do direito romano  
à constituição europeia / Paulo Ferreira  
da Cunha, Joana Aguiar e Silva, António  
Lemos Soares. – reimp.  
ISBN 978-972-40-2643-5

I – SILVA, Joana Aguiar e  
II – SOARES, António Lemos

CDU 340  
378

## ÍNDICE

<i>Preâmbulo</i> .....	7
<i>Abreviaturas de obras colectivas citadas</i> .....	9

### PARTE PRIMEIRA

#### O TEMPO JURÍDICO E OS SEUS GRANDES MOMENTOS

##### Capítulo Primeiro

#### DA HISTÓRIA, DA HISTÓRIA DO DIREITO E DO SEU ESTUDO

I. <i>A História como indagação</i> .....	13
II. <i>A História como indagação do passado</i> .....	17
III. <i>A História frente a outras propostas epistemológicas</i> .....	19
IV. <i>Diferentes destinatários dos estudos histórico-jurídicos</i> .....	23
V. <i>O Objecto "Direito" na História do Direito</i> .....	33
VI. <i>Teleologia da História do Direito para candidatos a Juristas</i> .....	37
VII. <i>A História do Direito como Ciência Jurídica Humanística e sua importância e lugar no contexto da 'Iurisprudentia'</i> .....	38
VIII. <i>História como Direito e Direito como História</i> .....	47
 <i>Pequena Bibliografia Histórica para um Jurista Aprendiz de Historiador do Direito</i> .....	 60

##### Capítulo II

#### DO PRESENTE PARA O PASSADO DIREITO CONTEMPORÂNEO: BALANÇO E PROSPECTIVA

I. <i>O Direito Contemporâneo entre extremos</i> .....	63
II. <i>Ciência jurídica e objectividade</i> .....	67

III. <i>Sociedade contemporânea e Direito actual</i> .....	68
IV. <i>Pensamento Jurídico</i> .....	84
V. <i>O Direito Positivo: aproximação a tendências e hipótese prospectiva</i> .....	89

### Capítulo III

#### NORMATIVIDADES ORIENTAIS E PRÉ-CLÁSSICAS

I. <i>Desencantamento do Mundo e Encantamento do Oriente</i> .....	97
II. <i>Filosofias Normativas do Extremo Oriente à Pérsia e à Mesopotâmia</i> .....	98
III. <i>Filosofias Normativas Judaico-Cristãs</i> .....	102
IV. <i>O Olhar Clássico sobre o Pré-Direito: Um obstáculo</i> .....	105
V. <i>A Normatividade Egípcia e o Mito: Mito e Mitanálises</i> .....	107
VI. <i>Mito e 'Maet'</i> .....	109
VII. <i>O Momento Egípcio: A Hipótese totalitária</i> .....	112
VIII. <i>O Momento Egípcio: A Hipótese Africana</i> .....	114
IX. <i>Rigidez e Flexibilidade da Normatividade Egípcia Antiga</i> .....	116
X. <i>Egipto Antigo, Ucronia e Utopia</i> .....	118
XI. <i>Faraó e Maet como "Constituição"</i> .....	121

### Capítulo IV

#### DIREITO E CIÊNCIA JURÍDICA NAS FONTES CLÁSSICAS LEGADO DO DIREITO ROMANO

I. <i>Dos brocardos jurídicos, máximas de sabedoria do Direito. Seu actual valor heurístico e metanóico</i> .....	123
II. <i>Sentido e Actualidade de trechos fundantes do Direito Romano, recolhidos no Corpus Iuris Civilis</i> .....	126

### Capítulo V

#### DO DIREITO CLÁSSICO AO DIREITO MEDIEVAL ISIDORO DE SEVILHA: SUPERVIVÊNCIA DO DIREITO ROMANO E CRIAÇÃO DO DIREITO IBÉRICO

I. <i>Isidoro de Sevilha, um clássico</i> .....	141
II. <i>Filosofia jurídica no Livro V das 'Etimologias'</i> .....	144
III. <i>Direito Público: Isidoro de Sevilha, fundador teórico das liberdades ibéricas</i> .....	153

## Capítulo VI

O RENASCIMENTO MEDIEVAL  
DO DIREITO ROMANO

I. <i>Renascimento ou sobrevivência? A presença do Digesto no séc. XII europeu</i> .....	159
II. <i>Vicissitudes do ensino jurídico na alta Idade Média (sécs. V-XI)</i> .....	160
III. <i>A escola de Bolonha do séc. XII.</i> IV. <i>O império e o direito ..</i>	162
IV. <i>O império e o direito</i> .....	165
V. <i>O corpus iuris civilis medieval</i> .....	167
VI. <i>O direito civil e os glosadores: metodologias</i> .....	168
VII. <i>A cultura jurídica medieval da interpretatio</i> .....	170
VIII. <i>Relação dos glosadores com os textos justinianeus</i> .....	171
IX. <i>Gêneros literários mais caros aos glosadores</i> .....	174
X. <i>As gerações de glosadores</i> .....	175
XI. <i>Accursius e a magna glosa</i> .....	176
XII. <i>A presença da Igreja. O direito canónico e os glosadores</i> ....	178
XIII. <i>O utrumque ius</i> .....	180
XIV. <i>De glosadores a comentadores: um processo gradual</i> .....	181
XV. <i>A vocação prática dos comentadores. Sua relação com os textos</i>	183
XVI. <i>Os comentadores e a escolástica</i> .....	184
XVII. <i>Os ultramontani como precursores dos comentadores</i> .....	186
XVIII. <i>Os comentadores e o ius commune</i> .....	187
XIX. <i>Gêneros literários mais caros aos comentadores</i> .....	191
XX. <i>O nascimento da communis opinio doctorum</i> .....	192
XXI. <i>A supervivência dos métodos comentaristas</i> .....	193

## Capítulo VII

DO NOMINALISMO JURÍDICO MEDIEVAL  
À GÊNESE DO DIREITO MODERNO E CONTEMPORÂNEO

I. <i>O Nominalismo e o Xadrez</i> .....	195
II. <i>Legados jurídicos do Nominalismo</i> .....	198
III. <i>Glosadores e Comentadores</i> .....	199
IV. <i>Fortuna do Humanismo Jurídico</i> .....	202
V. <i>Reforma e Contra-Reforma</i> .....	203
VI. <i>O Relógio. Do Jusracionalismo ao Positivismo Jurídico</i> .....	204
VII. <i>O Relógio positivista legalista</i> .....	208
VIII. <i>O Pluralismo jurídico doutrinal e metodológico contemporâneo</i> .....	211

## Capítulo VIII

CODIFICAÇÃO: ILUSÃO DO TEXTO SAGRADO?  
DA HERMENÊUTICA AO CODE NAPOLÉON

I. <i>A Codificação e os preceitos interpretativos</i> .....	217
II. <i>Centralidade da interpretação e codificação de regras hermenêuticas</i> .....	221
III. <i>Direito e Literatura: codificação de regras hermenêuticas e desconstrução</i> .....	224
IV. <i>'Code Napoléon': O Imperador e a sua Obra</i> .....	233

## Capítulo IX

A CONSTITUIÇÃO EUROPEIA  
BALANÇO TEÓRICO E PERSPECTIVAS PRÁTICAS

I. <i>Construção Constitucional Europeia: Brevíssima história recente</i> .....	249
II. <i>Transcendência histórica do novo paradigma constitucional</i> .....	252
III. <i>Constituição Codificada e Revolução</i> .....	254
IV. <i>Constituição, Estado e outras Formas Políticas</i> .....	257
V. <i>Constituição ou Tratado?</i> .....	259
VI. <i>Poder Constituinte, Povo e Cidadania</i> .....	260
VII. <i>A Falsa Questão Confessional</i> .....	265
VIII. <i>Federalismo, Soberania e Autonomia</i> .....	266
IX. <i>O Princípio dos Princípios da Constituição Europeia: A Subsidiariedade</i> .....	270
X. <i>O Direito no Espaço Europeu, entre os princípios do Primado e da Subsidiariedade</i> .....	271
XI. <i>A Constituição Europeia e o Futuro</i> .....	273
<i>Bibliografia Geral da Primeira Parte</i> .....	277
<i>Algumas Obras Clássicas citadas</i> .....	323

## PARTE SEGUNDA

ORIGINALIDADE DO TEMPO JURÍDICO PORTUGUÊS  
ESTUDO DAS LIBERDADES

## Capítulo Primeiro

## AS LIBERDADES IBÉRICAS TRADICIONAIS

*Sua gênese nos tempos da monarquia visigoda.**Influências possíveis na História do Direito Português*

- |  |     |
|--|-----|
| I. Breve introdução histórica ao período de ocupação visigótica da Península Ibérica .....   | 333 |
| II. O modelo de liberdades ibéricas tradicionais e os factores sócio-políticos da sua emergência e consolidação. Possíveis influências na História do Direito Português..... | 338 |
| III. A questão da sucessão do rei na monarquia visigoda. Reminiscências na História portuguesa ulterior .....  | 342 |
| IV. As liberdades ibéricas tradicionais e os Concílios de Toledo   | 346 |
| V. A legislação visigótica e as liberdades ibéricas tradicionais   | 355 |
| VI. S. Isidoro de Sevilha. O edificador teórico das liberdades ibéricas tradicionais .....   | 360 |

## Capítulo II

AS LIBERDADES IBÉRICAS TRADICIONAIS  
NOS FOROS E NOS FORAIS PORTUGUESES*A permanência das liberdades em legislação ulterior  
de pendor romano-canónico*

- |  |     |
|--|-----|
| I. A circunstância Hispânica medieval .....  | 365 |
| II. O costume jurídico. Fonte principal de Direito da Idade Média Peninsular .....   | 367 |
| III. Foros e forais na Idade Média peninsular .....  | 370 |
| IV. Foros e forais. Distinções e proximidades .....  | 372 |
| V. Unidade na diversidade .....  | 374 |
| VI. As liberdades ibéricas tradicionais e o Direito português.....   | 378 |
| VII. Os foros e os forais portugueses e as liberdades ibéricas tradicionais .....  | 380 |
| VIII. A progressiva afirmação do Direito Romano-Canónico. As Sete Partidas e o Fuero Real. A permanência dos foros e dos forais e das liberdades ibéricas tradicionais ..... | 396 |

## Capítulo III

AS CORTES PORTUGUESAS  
NO CONTEXTO DAS LIBERDADES IBÉRICAS TRADICIONAIS

I. <i>Absolutismo ou Absolutismos</i> .....	403
II. <i>As liberdades ibéricas tradicionais na Idade Média portuguesa</i> .....	406
III. <i>A origem das Cortes tradicionais</i> .....	409
IV. <i>A participação do braço popular nas Cortes portuguesas</i> ....	411
V. <i>Superação do problema definitório</i> .....	412
VI. <i>As funções das Cortes Tradicionais</i> .....	414
VII. <i>A representação política nas Cortes</i> .....	420
VIII. <i>O fundamento jurídico das Cortes</i> .....	422
IX. <i>As várias reuniões das Cortes portuguesas</i> .....	426
X. <i>A decadência das Cortes</i> .....	428
XI. <i>As liberdades ibéricas tradicionais e as Cortes. Algumas das reuniões das Cortes portuguesas</i> .....	432
XII. <i>As Cortes do futuro</i> .....	451

## Capítulo IV

AS LIBERDADES IBÉRICAS TRADICIONAIS  
NAS COMPILAÇÕES DE DIREITO PORTUGUÊS*Particular análise das Ordenações Afonsinas*

I. <i>Razões do estudo</i> .....	453
II. <i>As compilações não oficiais</i> .....	454
III. <i>As Ordenações de Dom Duarte. Breve Nota</i> .....	456
IV. <i>As primeiras Ordenações oficiais de Direito Português</i> .....	461
V. <i>A ausência das Cortes nas Ordenações e a matéria constitucional</i> .....	468
VI. <i>As liberdades ibéricas tradicionais na Ordenações Afonsinas</i> .....	470

## Capítulo V

A RESTAURAÇÃO PORTUGUESA DE 1640  
E AS LIBERDADES IBÉRICAS TRADICIONAIS

I. <i>Prolegómenos</i> .....	483
II. <i>O reino de Portugal e a monarquia de Castela no período anterior a 1580</i> .....	485



III. <i>Alcácer Quibir</i> .....	490
IV. <i>O reinado do Cardeal D. Henrique. A crise de sucessão</i> .....	492
V. <i>O Governo dos Habsburgo em Portugal. D. António Prior do Crato e o Sebastianismo</i> .....	497
VI. <i>A Restauração portuguesa de 1640. Seus fundamentos jurídicos, políticos e doutrinários. A possível influência do acervo das liberdades ibéricas tradicionais</i> .....	503
VII. <i>A Justa Aclamação do Sereníssimo Rei D. João IV</i> .....	514
VIII. <i>A importância da parenética para a causa da Restauração</i> .....	518

## Capítulo VI

### AS LIBERDADES IBÉRICAS TRADICIONAIS, O SÉCULO XVIII E A POLÉMICA DO NOVO CÓDIGO DE DIREITO PÚBLICO

I. <i>O século XVIII em Portugal. Dúvidas, paradoxos e espanto</i> .....	521
II. <i>O Estado das Ordens. Sua dissolução</i> .....	523
III. <i>As últimas reuniões das Cortes do antigo regime</i> .....	528
IV. <i>D. João V</i> .....	533
V. <i>Sebastião José de Carvalho e Melo. A ascensão ao poder</i> ...	534
VI. <i>Os novos tempos</i> .....	537
VII. <i>A lei de 18 de Agosto de 1769</i> .....	538
VIII. <i>A Dedução Cronológica e Analítica</i> .....	540
IX. <i>Um balanço quanto às liberdades tradicionais</i> .....	543
X. <i>O Pombalismo. Alfobre de uma revolução futura?</i> .....	545
XI. <i>A Viradeira</i> .....	549
XII. <i>O Novo Código de Direito Público de Portugal</i> .....	551
XIII. <i>Mello Freire e Ribeiro dos Santos. As visões da História</i> .....	553
XIV. <i>Os aspectos principais da polémica</i> .....	556

## Capítulo VII

### O LIBERALISMO PORTUGUÊS NO CONTEXTO DAS LIBERDADES IBÉRICAS TRADICIONAIS

I. <i>Introdução</i> .....	571
II. <i>A Revolução francesa. Repercussões em Portugal</i> .....	573
III. <i>As invasões</i> .....	575
IV. <i>A súplica de 1808</i> .....	577
V. <i>A resistência</i> .....	578
VI. <i>A Revolução e as Cortes</i> .....	579

VII. <b>D.</b> João VI e as liberdades ibéricas tradicionais .....	588
VIII. O regresso do rei Clemente. A Revolução acelera .....	592
IX. A Constituição de 1822.....	594
X. A separação do Brasil.....	603
XI. A Contra-Revolução .....	605
XII. O <i>projecto</i> falhado de Carta Constitucional .....	607
XIII. A Abrilada e a promessa de Cortes .....	608
XIV. A morte de <b>D.</b> João VI e a <i>questão</i> da sucessão .....	610
XV. A Carta Constitucional de 1826.....	613
XIV. O tradicionalismo da Carta .....	617
<i>Para Uma Conclusão</i> .....	621
<i>Bibliografia Citada na Segunda Parte</i> .....	625
<i>Índice</i> .....	641