

FACULDADE DE DIREITO

# HISTÓRIA DO DIREITO PORTUGUÊS

Vol. II

*Lições dos Profs. RUI DE ALBUQUERQUE  
e MARTIM DE ALBUQUERQUE, com a  
colaboração dos assistentes J. ARTUR  
A. DUARTE NOGUEIRA, JOSÉ ADELINO  
MALTEZ e MÁRIO LEITE SANTOS.*

LISBOA  
1 9 8 3

FACULDADE DE DIREITO DE LISBOA

# *HISTORIA DO DIREITO PORTUGUÊS*

II - VOLUME

Lições dos Profs.  
Rui de Albuquerque e Martin  
de Albuquerque com a colaboração dos Assistentes J. Artur Duarte Nogueira, José Adelino Maltez e Mário Leite Santos

Lisboa - 1983

NOTA

Não obstante estas lições terem saído no ano transacto sem revisão dos responsáveis e em alguns pontos não corresponderem já ao respectivo pensamento, a necessidade de fornecer aos alunos, antecipadamente, elementos de estudo, leva à sua reedição sem que tenha sido possível fazer a revisão dos erros dactilográficos, que aliás são patentes. Apenas na parte final foram introduzidos alguns editamentos relativos à codificação constitucional e ao movimento codificador no direito processual e penal.

II ÉPOCAI PERÍODO

AS FONTES DE DIREITO1.1. A lei. Fundamentação e teorização

Versando as fontes do direito no período que decorre de 1415 a 1820, a primeira observação a fazer respeito à importância crescente da lei no quadro dessas mesmas fontes. A actividade legislativa, cujo incremento a partir de Afonso II já se assinalou, desenvolve-se sempre progressivamente e de modo a ser possível assinalar uma tendência da lei para se impor a todas as demais fontes jurídicas.

O facto assinalado está de acordo com o alargamento da esfera da acção régia e com o fortalecimento do poder do príncipe, também já apontado quanto à primeira época abrangida nas presentes lições. Mas é <sup>por</sup> igual harmónico com o desenvolvimento do Estado como noção e realidade em si própria. Esta noção e realidade apresenta-se como a consequência lógica, o terminus final, de ideias e instituições que vinham de traz

e de que as palavras coroa, reino, república são a expressão. Só que o aparecimento do termo Estado para designar uma entidade política, juridicamente construída e diversa da pessoa do monarca em substituição progressiva das expressões anteriores, evidencia bem a emergência de algo de específico, ou, pelo menos, acentua um fenómeno pré-existente e a chegar ao ponto de maturação. De facto, as palavras aparecem depois das instituições que designam, ou a que servem de baptismo. Assim, a emergência da noção de Estado tem como pressuposto necessário o Estado instituição, o Estado aparelho. E o Estado, enquanto tal, representa um centro aglutinador e centrípeto de interesses; um polo ou catalizador da vida política e jurídica. Não é por acaso que no séc. XVI, e depois no séc. XVII, se firma toda uma nova terminologia relativa ao Estado - razão de Estado, secretários de Estado, conselho de Estado - e à política, considerada a sua área natural. Como não é por acaso que no mesmo período se perfila e aperfeiçoa a noção de soberania, isto é, do poder máximo, típico, integrador e englobador de todas as faculdades em que o fenómeno político se desdobra. A

ideia de soberania, que se prende tradicionalmente ao nome de Jean Bodin, representa na ordem política-jurídica uma tendência unitária, tal como a ideia de Estado. E se é certo que Bodin ainda concebe a soberania na titularidade do príncipe e Althusius, no século seguinte, na da comunidade, a verdade é que um e outro vêem também e respectivamente no príncipe e na comunidade os representantes naturais do Estado. Tudo isto, reflectindo a sedimentação da materialia adquiridos e a convivência do antigo e do moderno em história, logra transposição para o campo jurídico ou alcança o paralelismo. Desse modo, se a fragmentação política medieval principia a ser substituída por uma tendência convergente do poder, também o pluralismo jurídico da Meia-Idade cede passo a uma linha unitária, de que a predominância da lei é expressão.

Merece a pena determo-nos aqui para melhor se compreender a apropriação das fontes criadoras do direito pelo príncipe ou por essa realidade - chame-se-lhe coroa, reino, Estado... - de que ele é expoente.

príncipe animado, por que elles representam com vozes mortas, o que o Rei diz per sua voz viva".

Esta identificação entre a lei e a vontade do príncipe, que vai ser concebido como cabeça ou membro principal do corpo político (caput ou potissimum pars reipublicae) ou do Estado - conceito que começa, como se dissesse e se repete, a emergir no Renascimento -, não deve, porém, levar à conclusão apressada de que a lei, como emanção da vontade do governante, é um acto arbitrário. Por um lado, obsta a isso a necessidade da sua conformação a conjuntos normativos superiores ao direito positivo. Nomeadamente, ao direito divino e ao direito natural. Por outro lado, a ideia de que o poder do príncipe se deve orientar para o bem comum. Ainda a separação no príncipe de duas pessoas - a pessoa privada e a pessoa pública - destrinça que corresponde, fundamentalmente, à divisão direito privado - direito público. Além disso, a lei para ser válida ou eficaz devia obedecer a certos requisitos, cuja enumeração variava segundo os autores, mas sobre os quais, como teremos oportunidade de

A lei, para além de todas as querelas doutrinais sobre a sua natureza, fim e espécies, passará, no período agora em apreço, a ser definida essencialmente como precepto autoritário, ou seja, como norma ou regra obrigatória imposta pela vontade do superior. Este vocábulo abrangia o imperador, os reis, os príncipes e comunidades não submetidas ao império; todos aqueles que detêm o poder que não reconhece superior na esfera internacional, nem igual na esfera interna, isto é, o que depois se chamou poder soberano: "qualquier rey, principe o comunidad no subjecto al Imperio puede fazer nuevas leyes, en las quales tiene facultad o absoluto poder de añadir o amenquar como a el fuere agradable", ensinava no séc. XV o Condestável D. Pedro. É esta semelhante modo de ver em consonância com o princípio romano de que o que agrada ao príncipe tem força de lei - "quod principi placuit legis habet vigorem". Decalcando Egidio Romano, um dos mais famosos teorizadores políticos da Idade-Média, cuja lição nesta parte revela o influído romanista, Fernão Lopes escrevia já que "as leis som regra do que os sozeitos am de fazer, e som chamadas príncipe nom animado: e o Rei he

ver (1) havia um consenso de denominador comum. Acresce que algumas matérias, nomeadamente de índole financeira e tributária permanecem, em larga parte deste período, como prerrogativa legislativa das cortes. A tudo se vem juntar a ideia de que certas leis constituem o cerne da sociedade e do aparelho político pelo que não podem ser derogadas ou alteradas por motu proprio do governante e sem o consentimento dos estados do reino. Assim se vai chegar à noção de lei fundamental, verdadeiro precedente da lei constitucional e cujo âmbito está na origem da grande polémica - "formidável e esquecida sabatina" como lhe chamou o Professor Magalhães Collaço - entre os dois mais notáveis teorizadores políticos portugueses do trânsito do absolutismo ao liberalismo, Pascoal de Melo Freire e António Ribeiro dos Santos, que pretendiam, um resringir ao mínimo o número das leis fundamentais, e o outro alargá-lo a todas as matérias que se prendessem intimamente à ordem pública do Estado.

---

(1) Cfr. infra.

Obviamente, que no longo período de quatro séculos de que se vem tratando, a intensidade da potestas legis condendes do monarca variou ao sabor das vicissitudes políticas, facto que deve ser devidamente considerado e valorado pelo historiador em cada momento. Como linha evolutiva geral, todavia, nota-se uma marcha crescente para o fortalecimento da posição do legislador, que atinge o seu cume no tempo de D. João I, bastando lembrar para se fazer ideia do caminho trilhado e da diferença de posições que enquanto até ao séc. XVIII era possível defender como requisito da obrigatoriedade da lei a recepção voluntária do povo, Tomás António Gonzaga inversamente acharia tal possibilidade absolutamente inconcebível no seu Tratado de Direito Natural: "A lei de nenhuma forma carace da aceitação do povo. Esta regra universal não admite mais que a excepção de quando o rei cede o seu direito e consente que a sua lei, ~~para~~ obrigar, seja primeiramente recebida. A razão desta excepção é patente. A lei depende da vontade do legislador. Ele lhe pode pôr as condições que quiser e com que ela obrigue. Logo, todas as vezes que o soberano só quiser que ela obrigue no

mente, o no que toca à forma da redacção há que distinguir as cartas, alvarás, provisões, decretos, cartas régias, resoluções, avisos e portarias.

Sobre estes diversos tipos de leis escreve o Prof. Paulo Mérica, que se passa a transcrever por economia processual:

"As leis (sensu stricto), cartas de leis, ou cartas patentes, contrapunhem-se aos alvarás, quer na duração, visto que: segundo a Ordenação, eram leis as provisões cujo efeito devia durar mais dum ano, ao passo que as disposições do alvará em regra haviam de escluir-se dentro do ano, quer na forma, porque, embora ambos os diplomas principiassem pelo nome do soberano, só nas cartas se usava do seu nome próprio, v.g. "D. Manoel, por graça de Deus, etc.", enquanto nos alvarás se usava apenas o apelativo "Eu El-Rei".

Mas tanto as diferenças de forma como as relativas à duração sofriam na prática excepções frequentes. Como muitos al-

caso em que o povo a aceite, antes de semelhante acção não terá vigor, o que não procede de necessidade que a lei tenha de confirmação mas sim da vontade do legislador, que só quis que a sua lei o fosse, se se verificasse a condição tácita que lhe pôs de acção do povo".

#### 1.2. Espécies de leis

Sob a designação de lei caem, ou podem cair, preceitos jurídicos de diversa espécie. De facto, a vontade imperativa do superior (no elemento obrigatório reside a diferença entre o preceito legal e o simples conselho) assume pela origem, pela matéria, ou pelo modo como é reduzida a escrito aspectos diversos. Quanto à origem, recorda-se o que se disse sobre as leis fundamentais. Sobre a matéria convém ter presente que nem todas as leis continham, tal como ainda hoje acontece, regras gerais e abstractas e que mesmo quando tal acontecia se verificava, frequentemente, dispensa a favor de certa ou certas pessoas (singulares ou colectivas). Final-



varas continham determinações cujo efeito devia durar mais do que um ano, começou a adoptar-se a fórmula: "e éste me p<sup>re</sup>z que valha como carta de lei ..." ou outra semelhante, pela qual se derrogava a disposição da Ordenação, livro 2º, tít. 40. Aconteceu mesmo por se dispensar essa formalidade, reconhecendo-se ao alvará, independentemente de qualquer cláusula derogatória, a força duma verdadeira lei. Dequi derivam as designações de alvará de lei ou com força de lei. Tanto a lei como os alvarás necessitavam, para ter validade, de passar pela Chancelaria, mas também nem sempre se praticava este preceito da Ordenação. Tampouco se praticava regularmente o preceito de que as leis não podiam dorrogar as Ordenações sem doas fazer expressa menção, com declaração da sua subetância.

Antes de subirem à assinatura do soberano, deviam as leis ser referendadas pelo ministro de Estado respectivo, ou pelos presidentes dos tribunais, se eram expedidas por estes em consequência de resoluções régias.

Os decretos distinguiam-se das leis e alvarás por não levarem no princípio o nome do rei. Dirigiam-se ordinariamente a algum ministro ou tribunal, e por isso levavam no fim a fórmula: "F... o tenha assim entendido e faça executar". Em regra eram empregados para se estabelecer alguma coisa singular a respeito de certa pessoa ou certo negócio, ou interpretar alguma lei, mas havia casos de introduzirem direito novo e geral.

As cartas régias principiavam pelo nome da pessoa a quem se dirigiam, ao que em regra se seguia um formulário variável segundo a graduação da pessoa. O mais vulgar era: "F..., eu El-Rei vos envio muito saúdar". Costumavam remeter-se fechadas em aviso do secretário de Estado.

Dava-se o nome de provisões aos diplomas expedidos pelos tribunais. Muitas provisões eram expedidas em consequência de decretos e resoluções régias e constituam um meio adoptado para tornar notórias em todo o reino aquelas determinações pelo que, em rigor, não era a provi-

são que era lei, nas sim o decreto ou resolução que ele referia.

Além destas provisões, que apenas tinham a assinatura dos ministros de que dependiam, havia-as assinadas como os alvarás, confundindo-se com eles na forma e na autoridade: chamavam-lhes por vezes provisões reais ou provisões em forma de lei.

Dava-se o nome de resoluções às determinações do soberano em que ele respondia às consultas que lhe faziam os tribunais, as quais, em regra, eram acompanhadas do parecer ou pareceres dos seus membros. Apesar de serem provocadas por uma consulta sobre um determinado caso, eram muitas vezes consideradas como leis gerais, o que também acontecia com os decretos e as cartas régias.

Cumprê ainda falar das portarias e avisos dos secretários de Estado que eram ordenados por estes expedidos em nome do soberano: nas primeiras não se falava com certa e determinada pessoa, ao passo que

os avisos eram dirigidos a um tribunal magistrado ou corporação. Embora várias leis determinassem que se não devia fazer obra alguma por portarias nem cartas dos secretários, foi-se introduzindo o costume de os avisos terem força de lei."

### 1.3. A elaboração da lei

A elaboração das leis devia revestir a maior cautela e em particular entendia-se que ela devia obedecer a vários requisitos. O primeiro respeitava à observância do bem comum, im dispensável para a justiça da norma. A lei injusta não tinha valor, pelo que não coagia a consciência se lhe podia resistir.

A exigência de determinadas características para que a lei possa obrigar, pelo que respeita à Península, aparece já nas Etimologias de S. Isidoro (V, XX) e depois no Fuero Real (I, 6,2) e nas Partidas (I, 1,4; I, 1,8), para se tornar nos sécs. XV e XVI ideia comum.

No que concerne propriamente a Portugal, ainda no séc. XV, embora já no seu outono, vemos Diogo Lopes Rebelo desenvolver o tema sob influência da lição de S. Isidoro. Afirma ele que a lei deve "ser honesta, justa e possível, conforme à natureza, ou seja, segundo a razão natural, conforme aos costumes da pátria, conveniente ao tempo e ao lugar, necessária, útil e manifesta, isto é, clara".

Ainda sob a influência do Liber Ethimologiarum tratará Diogo de Sá a matéria das condições a que a lei se deve ajustar. "Que a lei para ser promulgada pelo legislador - transcrevem-se palavras suas - e ser guardada pelos subditos dez calidades ha de ter. Ha de ser honesta, justa, possível, segundo a natureza, e segundo o costume da patria, segundo o lugar, e segundo o tempo, necessária, proveitosa, manifesta e clara, sem algum privoso proveito nem proprio, mas escrita e promulgada em utilidade e proveito comum dos cidadãos e dos povos".

Aproximadamente pela mesma altura, D. Rodrigo Pinheiro, escrevendo a D. Catari a, afir-

ma que a lei obriga "em foro de consciencia, quando nalla concorrem tres couzas. a. quando he feita per pessoa, que tem poder, e athoridade para o fazer; e quando o fim della he justo. b. quando he feita em proveito commum, e da Republica; e quando he conforme a rezam".

Os requisitos anotados por O. Rodrigo Pinheiro não se afastam essencialmente das quatro condições que, por vezes, se apontavam à lei como fundamentais e a que se entendia ser possível reduzir ao doze ou mais características desta assinaladas por grande número de autores.

Vejamos quais são as quatro condições referidas, para o que se recorre à Summa Caietana Tradada em Portuguez, com muitas Anotações, e casos de consciencia e Decretos do Sagrado Concilio Tridentino, pelo Pe. Fr. Diogo do Rosário. De acordo com a obra citada, a lei injusta "he peccado gravissimo e nam merece ser chamada ley, nem estatuto, nem mandamento, se nam corrumpan de lei mandamento etc.". Quanto à justiça da lei, pode nascer de quatro causas:

"A. 1. por parte da materia, como se al-

uma ley mandasse fazer peccudos, especialmente mortaes: tal seria a lei que mandasse sacrificar a ydolos, ou fazer algum danno ao proximo. A.2. causa he, por via do forma, como semas leys que nam repartem a cada hum a carga, segundo que tem as forças, tal he o mandado com que se manda que o povo pague dez mil cruzados, e se repartem que os principaes e mais ricos paguem os mil, e os officiaes e lavradores: paguem os demais, avendo por ventura de ser o contrario, para se guardar iustiga, porem faz se esta inlusto repartimento por favores, amizadas e cousas desta tinta. A. 3. causa he, por via do que poem a ley, quando nam tem authoridade para a por, ou para a por a tal gente, por ser isenta ou ja que tenha poder, para a por sobre tal gente, porem nam na tem para a por em certo genero de cousas sobre que a poem. A. 4. causa he pelo fim, quando a verdade não se poem a lei, pelo bem comum, senam para proprio proveito do que a põe, e assido, que se a lei manqueja, por alguma destas quatro cousas, nam soo ha injusta, mas ainda nam sam obrigados os vascalos ou subditos obedecer-lhe."

Nos tratados acerca das leis o problema das normas injustas foi também versado com desenvolvimento. Segundo o De Legibus de Luís de Cerqueira, poder-se-á reconhecer quando uma norma é injusta pelas quatro condições que se requerem e são suficientes para a justiça da lei. A estas quatro condições se podem reduzir - acrescenta logo -, aquelas doze, ou ainda mais, que os jurisconsultos acumulam, e que se vêem em Silvestre e nos outros Sumistas sob a palavra lex.

As quatro condições em causa respeitam ao fim, ao agente, à matéria e à forma da lei.

Relativamente ao fim, a lei há-de ordenar-se para o bem comum; quanto ao agente, não pode exceder a autoridade do legislador; no que concerne à matéria, não deve proibir a virtude ou precavituar o vício; por último, em relação à forma, terá de fazer-se de modo a que na concessão das honras e na imposição dos encargos a lei guarde aquela proporção que se observe nos subditos em ordem à república.

No caso das leis humanas serem injustas em razão da matéria, porque contrárias ao direito

divino, quer natural, quer positivo, nos quais nenhuma injustiça pode ter lugar, não só não obrigam, como de modo algum se devem guardar. Lê-se nos Actos dos Anástalos, 5, 29, que mais vale obedecer à lei de Deus que das homens; e isto mesmo ensina S. Jerônimo sobre 2.º cap. 6.º aos Effésios; Santo Agostinho sobre o Salmo 124 e no sermão 6.º De verbis Domini; ainda S. Bernarido no livro De praeccepto et dispensatione e na Epistola 1, que é dirigida ao monge Adão.

Suponhamos, porém, que as leis são injustas pelo fim, pelo agente ou quanto à forma. Então, e embora pela sua natureza e por si não obriguem em consciência, pois não são verdadeiramente leis, acidentalmente podem vincular e devem guardar-se, quando: não se guardando, se houvesse de seguir escândalo ou detrimento da república. Assim o ensina S. Tomás e se deduz do cap. 5 do Evangelho segundo S. Mateus: "Com quem te requereu para mil passos, vai mais dois mil; e a quem te quer tirar o túnico, deixa-lhe também a capa."

De tudo isto, conclui Luís Cerqueira, po-

de deduzir-se o modo como o povo se há-de haver com a lei dos tiranos. Abre então a distinção clássica do tirano quoad titulum e quoad dominium (ou quoad regimen). Se as leis forem ordenadas por um tirano nesta segundo sentido e, todavia, forem justas, obrigam de si em consciência, do mesmo modo que as de um bom príncipe, segundo aquilo de S. Mateus, no cap. 23: "Os Doutores da Lei, e os Fariseus estão sentados sobre a cadeira de Moisés. Observai, pois, e fazei tudo o que eles vos disserem; mas não façais o que elles fazem; porque elles dizem e não fazem"; e segundo aquilo da 1.ª carta de S. Pedro, cap. 2: "Estai sujeitos com todo o temor aos senhores, não somente áquelles que são bons e razoáveis, mas também aos que são maus"; e prova-se, porque, quanto a estas leis, o príncipe comporta-se acertadamente.

Na hipótese das leis, ao invés, serem ditas por um tirano quoad titulum, apesar de justas no restante, por carecerem de legislador legítimo, não obrigam em consciência, e não ser alguma vez, por acaso, em razão do escândalo ou detrimento da república.

A justificação destas últimas palavras é levada a cabo pelo nosso teólogo da seguinte forma: sendo de direito natural que se dê a cada um o seu e se cumpram muitos outros deveres das virtudes, se tudo isso se não pode conservar na república serão obedecidos às leis de um senhor ilegítimo, então o mesmo direito natural as manda guardar sob o repto de culpa, embora o tirano, entretanto, promulgando-as, peque mortalmente, pois usurpa a jurisdição alheia.

Para certos autores não basta que a lei seja justa para obrigar. É preciso ainda que tenha mais requisitos. Assim, impõe-se que haja sido "publicada, recebida e não derogada", escreve o autor do Compendio o Sumario de Confesores. Esta ideia de que a lei deve ser recebida - que foi rejeitada na época de que nos ocupamos por outros autores, v.g., Navarro e Jorge de Cabado -, reveste uma importância excepcional. Consoante se entenda que a lei deve ser aceita ou não, assim se estará perante um afluente da supremacia do povo sobre o rei, ou desata sobre aquele.

#### 1.4. Publicação da lei. Registos de leis. Introdução da imprensa

Uma nova lei não devia ser promulgada excepto quando estritamente necessário - afim de não se afectar a estabilidade do sistema jurídico - e a sua publicação fazia-se através do registo nos livros da Chancelaria Régia e notificação a certas autoridades. Nas Ordenações Manuelinas (l. 1, t. 2, § 9) dispõe-se a obrigação do chanceler-mor publicar as leis e nas Ordenações Filipinas (l. 1, t. 2, § 10) determina-se que o chanceler-mor publique as leis no próprio dia da emissão e que sejam enviadas aos corretores. Sabemos também que até muito tarde nos livros de registos das câmaras se faziam transcrever as normas de interesse geral e de interesse local respectivo.

Da mesma forma, os principais tribunais possuíam registos próprios. Da Casa da Suplicação, além do chamado Livro de Posses ou Livro do Rolagem (códice 35 da Casa Forte do A.N. T.T.), onde se contém além de várias posses e assentos, algumas providências régias, chegaram até hoje os seguintes livros de registo: n. 2

(ou Livro velho), 3 (Livro roxo ou Livro morado), 4 (ou Livro novo), 5 (ou Livro amarelo), 6 e 7 (sem designação especial), 8 (ou Livro verde) - códices 27, 28, 29, 30, 32, 33 e 34 -, bem como um outro volume com o n. 5 (cod. 31) intitulado Tomus quintus Legum Extravagantium, contendo leis manuscritas e impressas. Existe, aliás, na Biblioteca do Palácio da Ajuda um Index dos Livros das Leis extravagantes da Casa da Supplicação até o ano de 1600 e antes da compilação da nova Ordenação, isto é das Ordenações Filipinas e um Índice das Leis extravagantes da Casa da Supplicação do ano de 1600 até o de 1655 (ms. 44-XIII-48).

Também a Casa do Cível (e depois a Relação do Porto), ademais do respectivo Livro da Posses (o, por vezes, chamado Livrinho do Cível) possuía registos privativos, denominados Livros das Esforas, parte dos quais pereceu num incêndio. E idênticos registos existiam nos tribunais ultramarinos. Assim, por exemplo, a Relação da Bafa (instituída em 1609) tinha vários livros destinados ao lançamento de providões, cartas, elvarás, requerimentos, réqios e assentos: o Livro

Dourado velho e o Livro Dourado novo, o Livro do Regimento, o Livro Verde (dois tomos), o Livro da Chancelaria e o Livro dos Assentos (cfr. ms. n.º 706-707-708-709-710 e 711 da Biblioteca Geral da Universidade de Coimbra, que contém cópias, resumos e índices deles extraídos).

Compreende-se que assim acontecesse, pois embora com o aparecimento da imprensa muitas novas passassem a ser difundidas por tal meio - contam-se dezenas que assim obtiveram circulação ainda no séc. XVI, a começar pelo Regimento dos oficiais, das cidades, vilas e lugares desastados, editado em 1504 - as tiragens eram limitadas e até muito tarde não existiu qualquer jornal oficial obrigatório, andando a legislação avulsa dispersa e recolhida, apenas, em coleções parcalares, incompletas e não raro as sistemáticas (cfr. infra).

### 1.5. Vigência da lei

Quanto à vigência das leis, o sistema era o da efectividade em todo o país decorridos

três meses sobre a publicação na Chancellaria da Corte e independentemente da publicação nas comarcas. Foi o que se dispõe no alvará de 10 de Dezembro de 1518: "Outro si determinamos portarmos algumas duvidas que disse seguião, que como qualquer nossa Ordenação for publicada na Chancellaria da nossa Corte, e passarem tres meses depois da publicação na dita Chancellaria, e assi naquellas que ja são publicadas, que logo haão effeito, e vigor, e se guardem em todo, posto que nelas diga, que mandamos que se publique nas Comarcas: por quanto as ditas palavras são postas para se melhor saberem, mas não para ser necessario, e deixarem de ter força como são publicadas na nossa Chancellaria, passados os ditos tres meses".

As Ordenações Manuelinas (I,2,9) repetiram a letra da estatuição acabada de citar, mas acrescentando: "Porém em Nossa Corte auerem effeito, e vigor, como passarem oito dias depois da dita publicação". O acrescento passou para as Ordenações Filipinas (I,2,10) e, assim, vigoraram dois prazos - o de oito dias para a corte; e de três meses para os demais lugares do

Permanecia, contudo, objecto de contro-vérsia se a lei obrigava, independentemente do prazo, aqueles que dela tivessem conhecimento e, inversamente, se era ou não possível a defesa com base na ignorância, depois deste decurso. Ainda aqui o problema da vigência e obrigatoriedade era, essencialmente, equacionado e controvertido em função da realidade actual (1).

#### 1.6. Dispensa da lei

Entre os institutos específicos da problemática da lei neste período tem a maior importância o da dispensa (dispensatio legis). Se a lei é uma manifestação da vontade do príncipe com força vinculante, este, naturalmente, pode isentar ou dispensar do seu cumprimento certa ou certas pessoas. De facto, quem pode revogar totalmente a lei, pode evidentemente derrogá-la parcialmente ou limitá-la. A dispensa como aliás,

---

(1) Cfr. supra, para o período anterior.



### 1.7. Compilações de leis. Generalidades

Vimos já que desde cedo se procedeu a recolhas das leis. O Livro da Leis e Posturas é disso exemplo. Para o período agora em causa deve citar-se as Ordenações de D. Duarte, importante manuscrito do séc. XV que se prende à pessoa do Rai floquente a cuja biblioteca terá pertencido e que lhe acrescentou um índice e um discurso sobre o bom julgador. Esta compilação - cujo original se conserva na Biblioteca Nacional da Lisboa (cod. 9164) e uma cópia do séc. XVIII-XIX na Biblioteca da Academia das Ciências (ms. 57) - contém leis dos reinados anteriores e por reinados. Preferiu-se, todavia, de ser mais tardia que o Livro da Leis e Posturas a dado D. Duarte haver começado a reinar em 1433, referi-la no período das lições que principiava em 1415. Aliás, as Ordenações de D. Duarte representam um intento de sistematização que prapancia a passagem da mera compilação de leis à codificação, que terá com as Ordenações Afonsinas o seu primeiro marco em Portugal.

Há mesmo quem sustente que tanto o Livro da Leis e Posturas como as Ordenações de D.

a revocação tinha, porém, como requisito necessário a justa causa, que se traz na racionalidade e na realização do bem comum. Assim o ensinaram os teólogos e juristas. Pedro Afonso de Vasconcelos, jurista do séc. XVI, declara que a dispensa sem justa causa "non dispensatio, sed dissipatio dicenda est". E Jorge de Cabado ensinava que o príncipe cai em pecado dispensando contra legem, mesmo naquelas coisas que eram de direito positivo, a não ser que o fizesse com justa causa, e que o pecado era mortal se a dispensa resultasse em prejuízo de terceiro (in tertio alicuius praesudicium). A doutrina não era, porém, unânime quanto à validade ou dispensa sem justa causa, embora o entendimento mais generalizado fosse o da invalidade do acto de dispensa.

Contra a dispensa se podia atacar com os institutos da subreção e da obrepção.

Quarte constituem trabalhos preparatórios relativamente às Ordenações Afonsinas. Esta opinião que recolhe os sufragios de dois grandes historiadores, João Pedro Ribeiro e Marculano, não é, porém, líquida.

Foi D. João I quem atendendo às queixas dos povos contra o estudo cadilco da legislação, já bastante considerável, em vigor no seu tempo, decidiu que se procedesse a uma sistematização legislativa. Esta prolongou-se, contudo, por vários rainados.

#### 1.8. O Regimento quatrocentista de Cosa da

##### Suplicação

Antes, porém, de tratarmos das Ordenações Afonsinas há que referir um texto elaborado depois de 1433 e anterior à entrada em vigência ou à conclusão destas - o Regimento da Casa da Supplicação. Atribuído, por vezes, ao rei D. Duarte, foi certamente elaborado sob directrizes suas ou mesmo sob a respectiva superintendência.

O seu valor para o conhecimento histórico-jurídico da época é fundamental, embora se lhe discuta a natureza - simples escr., escrito partícular, para regulamentação interna do mais alto tribunal do país ou lei no sentido próprio do termo.

O Regimento que não se nos afigura poder ser encarado como para obra literária de um príncipe encontra-se dividido em duas partes - uma concernente à competência orgânica e funcionalmente da Casa da Suplicação e uma outra intitulada alegações orais para julgar (Alequaciones generales ad iudicandum). Quanto a estas, o autor do Regimento diz-nos que o rei mandava por nas sentenças a Lei, ou dito de Bártolo, ou a sua declaração, ou a Lei do Reino, pela qual se dá uma á dada e que, por isso, entendau coligir num memorial certos direitos tirados de diversos lugares e aplicáveis aos casos mais comuns e usados, para os julgadores neles se funderem, sublinhando - logo - que nos casos especiais deve o juiz recorrer às próprias investigações, para ao quais são necessários todos os volumes", (isto é, todo o Corpus Juris Civilis e passa - depois - a enunciar preceitos coligidos do Di-

gesto, das Autênticas, do Código, das Instituições, de Acúrsio, Bártolo e Baluo.

#### 1.9.1. As Ordenações Afonsinas. Sua elaboração

D. João I encarregou da ordenação das leis o corregedor da Corte João Mendes. Falecido João Mendes no reinado de D. Duarte incumbiu este da prossecução dos trabalhos o Doutor Rui Fernandes, que veio a concluir a obra em Julho de 1446, sendo regente do reino o infante D. Pedro que nisto bastante se empenhara e que as fez rovar pelo mesmo Doutor Rui Fernandes e outros leystas ("per o Doutor Lopo Vasques Corregedor da cidade de Lisboa, e per Luiz Martins, e Fernão Hudrigues do Desembarço do [..] Senhor Rey ..."). De um documento assinalado por João Pedro Ribeiro em 27 de Agosto de 1447 já se extraem certidões das Ordenações Afonsinas, pelo que nesta data seguramente já o trabalho de revisão estava concluído.

Torna-se hoje difícil determinar a parte

da Ordenação que coube a João Mendes da que compeitiu ao Doutor Rui Fernandes. Atendendo à diferença da redacção certos autores, têm defendido que a João Mendes cabe a redacção do Livro 1. De facto, esta acha-se redigido em estilo directo e decretório, o mesmo já não sucedendo com os demais, em que as leis anteriores são referidas como tal, transcritas na íntegra e seguidas de uma especificação quanto à sua vigência, alteração, revogação ou derrogação. Esta inferência porde, todavia, algo no seu valor pela observação de que a diversidade redactorial apontada seria proveniente da novidade da matéria no Livro 1.

#### 1.9.2. Sistematização das Ordenações Afonsinas

As Ordenações Afonsinas estão repartidas por cinco livros que se subdividem em títulos, os quais geralmente se desdobram em parágrafos. O primeiro livro occupa-se dos cargos públicos; o segundo do que concerne à Igreja, clérigos, direitos do rei (regaliae), fisco, donatarias, nobreza, judeus e mouros; o terceiro do processo

civil; o quarto do direito civil; e o quinto do direito penal.

### 1.2.3. Apreciação das Ordenações Afonsinas

As Ordenações Afonsinas occupam na galeria das fontes do direito português um lugar importantíssimo não tanto pela sua vigência efectiva como pelo intuito a que obedeceram e pelo significado que revestiu a tentativa de reduzir o direito pátrio a um corpo devidamente sistematizado e ordenado. Aí reside, em verdade, parte do seu grande valor, apesar dos defeitos de estrutura e da simplicidade do método compilatório que consistiu em reunir e transcrever normas anteriores (leis, decisões da cortes, concordatas, preceitos canónicos, romanos, etc. ...).

Aliás, este mesmo defeito, como justamente anotou José Anastácio de Figueiredo, lhe confere, do prisma do conhecimento histórico do direito anterior, importância capital. Aludindo, precisamente, ao facto escreve ele: "daqui se

pôde ver, a concluir quanta he a necessidade, que ha do estudo desta Compilação, descobrindo-se por ella as razões das nossas Leis; que nella além disso se conservão por extenso, conforme se achavão na Chancellaria, designando-se os seus Autores, o tempo, anno, mez, dia, e lugar, em que se fizeram, e as razões por que se fizeram, e as representações dos Povos em Cortes, e as resoluções, que sobre ellas houve, as providencias que se tomáão, e as Leis que em consequencia dellas se fizeram e promulgação. Cujas vantagens todas se não achão e faltão nos Codões e Compilações posteriores, seguindo-se diversa ordem nelles".

Quanto à vigência real do corpo de leis de D. Afonso V, há que considerar, por um lado, a resistência suscitada em torno de tudo o que se ligasse ao Infanta D. Pedro, como era aqui o caso, e, por outro lado, a dificuldade de reprodução múltipla e disseminação de tão extensa obra, numa época em que não existia ainda a imprensa. Nestes termos, pode questionar-se e já foi questionado quando começou a vigência das Ordenações Afonsinas e até se chegaram a ter applicabi-

lidade. O número de exemplares, mesmo truncados ou de partes, das Ordenações Afonsinas que chegaram aos nossos dias parece inculcar que houve, mesmo assim, uma disseminação ampla, a qual aponta no sentido da vigência real ou efectiva.

#### 1.0.4. Fontes subsidiárias

Apesar do crescimento do acervo legislativo e mesmo depois da promulgação das Ordenações Afonsinas, o direito português não abarcava todos os casos possíveis e todas as matérias jurídicas. Daí a necessidade de utilizar, para preencher as lacunas do ordenamento nacional, uma forma de integração. Faz-se isso através do recurso a outras ordens jurídicas. Sabemos já que o grosso do direito subsidiário era constituído pelo direito canónico e pelo direito romano, os quais, por vezes, lograram mesmo impor-se com posterção ou prejuízo do direito pátrio (1).

(1) Cfr. supra.

A partir de D. João I o sistema de fontes subsidiárias vai sofrer, porém, todo um processo de redefinição que começa pela valorização da opinião de Bártolo. Num alvará de 19 de Maio de 1425, cujo teor se conhece pelo denominado Livro de Pregos (fols. 246-246 vº), o Infante D. Duarte, já ao tempo co-regente do reino por associação a D. João I, dirigindo-se ao "Corregedor e Juizes e Justicias da cidade de Lisboa. E queesquer que esto ouverem de ver" refere ter falado a el-rei seu senhor "sobre a pena que he scripta no proembo do bartallo per que percamos beens os juizes e procuradores se julgarem e procurarem fora daquello que ell ordena. E a el praz que aquella pena dos beens esse tire aos juizes e procuradores. E no all todo que este o proembo em sua força afora naquello de que ell ffez de craracom per hũa carta que sobrello enuyou a v. annes lobato a qual vos podera mostrar ...".

Como bem frisa o Professor Guilherme Braga da Cruz este alvará permite concluir que havia já um certo acatamento da obra de Bártolo, mas não qual.

Mais conclusivo é um diploma do ano imediatamente seguinte - a carta régio de 18 de Abril de 1426. Temos aí o que hoje se denomina uma exposição de motivos. Começa o rei, com efeito, por explicar as medidas tomadas para obter a unificação jurisprudencial e as que entenderia dever tomar no mesmo sentido e porquê. Havia já determinado que as causas fossem julgadas (desembargadas) por uma tradução ou trasladação das leis do Código de Justiniano, entendidas elas conforme a interpretação conferida pelas glosas de Acúrsio e pelas conclusões de Bartolo. Agora, a fim de evitar as dúvidas resultantes da tradução e sempre no sentido de tornar unívoca a jurisprudência entendia fazer acompanhar em princípio, isto é, exceptuados os casos mais claros, cada preceito (a lei, a glosa, o comentário bartoliano) de um esclarecimento ou decretação. Pelo disposto no texto traduzido e segundo o sentido que lhe houvesse sido fixado em esclarecimento, nas hipóteses em que tal se verificasse, deveriam futuramente ser decididos os feitos. Para tanto, D. João I mandava à Câmara de Lisboa dois exemplares ("dous livros") do

Código, com as glosas, os comentários de Bartolo e as respectivas declarações. A consulta das exemplares - que deviam ficar "presos per hã codex bem grande e longa" - seria facultada aos que nela tivessem um interesse directo e legítimo, como hoje se diria (às partes ou aos que eventualmente viessem a sê-lo, bem como aos respectivos procuradores).

Se a carta de 18 de Abril de 1426 se apresenta, nos seus termos, bem mais elucidativa que o alvará de 19 de Maio anterior, nem por isso deixa de suscitar dúvidas. Os comentários de Bartolo constituíam fonte principal e directa ou mera fonte subsidiária de Direito? Em que termos? Isto é, qual a posição relativa da autoridade de Acúrsio e Bartolo?

É discutível, o têm sido efectivamente discutidos, estes pontos, havendo quem entenda que nos diplomas em apreço o Código de Justiniano, a Glosa de Acúrsio e os Comentários de Bartolo (nas respectivas versões portuguesas e declarações sobre elas feitas) seriam mera fonte subsidiária. Como há quem sustente que a carta de 1426 conferia força vinculativa à glosa, mas que

to a Bártolo apenas erigir uma tradução do comentário como autêntico proibindo o uso de outro qualquer texto desse comentário que não o referido traslado.

Estas interpretações chocam-se, porém, com o valor atribuído à opinião de Bártolo no Regimento Quatrocentista da Casa da Suplicação.

Nela distingue-se, como na carta de 18 de Abril de 1426, o dito de Bártolo da declaração ou determinação -, e antecede-se, manifestamente, o direito romano ao direito pátrio. O exame das alegações compiladas demonstra-o ainda mais cabalmente. São, uma a uma, sem excepção, tiradas do direito imperial e dos respectivos intérpretes. Com prevalência da opinião de Bártolo, aliás não apenas no comentário ao Código, e com posição secundária de Acúrsio em relação ao chefe dos Comentadores.

Pode colocar-se aqui a questão de saber se no Regimento da Casa da Suplicação não se desvirtuou o pensamento de D. João I. Como quer que seja, porém, e seja qual a natureza jurídica que

se lhe queira atribuir, o texto em causa demonstra que no mais alto tribunal do país o que se entendia prevalentemente de aplicar era o direito romano, com a lição dos juristas intermédios - Bártolo à cabeça.

Face ao Regimento da Casa da Suplicação ficam prejudicadas as interpretações citadas e compreendo-se a preocupação do legislador em accentuar no prómio das Ordenações Afonsinas a prioridade do direito nacional sobre o direito romano e a autoridade dos seus cultores, como em ordenar o valor das opiniões de Acúrsio e Bártolo.

Pelo facto de D. João I ter conferido valor autêntico e carácter normativo a parte da obra de Bártolo e pelo facto da autoridade deste se ter alargado progressivamente a, v.g., ser acatada no mais alto tribunal do país, não significa isso que o jurista de Sassoferato fosse utilizado pela generalidade dos tribunais. Por um lado, impedia-o a escassa preparação jurídica da grande número de magistrados; por outro lado, a raridade e o valor dos livros. Não esqueçamos, quanto ao primeiro aspecto, que a maior

tes imediatas de direito a lei do reino, o estilo da corte e o costume antigo; como fontes subsidiárias, o direito imperial, o direito canónico, a glosa de Acúrsio, a opinião de Bartolomeu e a resolução régia, de acordo com o seguinte escalonamento hierárquico:

- direito romano, nas coisas temporais, excepto se, contrariando o direito canónico, fizesse incorrer em pecado;
- direito canónico, em matéria espiritual e temporal quo agatur de peccato, bem como nos casos em que o direito romano não estatuísse, desde que não fosse contrariado pelas grossas e Doutores das Leyx (hipótese em que se remeteria para a resolução do rei);
- Glosa de Acúrsio;
- Opinião de Bartolomeu;
- Resolução do rei.

O tradicional modo de ver tem sofrido ultimamente, porém, contestação. Para o Dr. José Artur Duarte Nogueira, há que proceder a uma restrição ao âmbito de aplicação do direito ca-

ria e emagadora dos juizes não era letreada e muito menos dotada de qualquer preparação específica em Direito; e, quanto ao segundo, que ainda se não havia inventado a imprensa e o uso do papel era restrito. Assim, uma obra só podia circular em quantidades exiguas ou relativamente poucas, já pela dificuldade da reprodução já pelo seu elevado custo.

As Ordenações Afonsinas (1446-1447), versam o problema das fontes de direito, incluindo o direito subsidiário no l. 2, t. 9, incidenter tentum. Subordina-se, de facto, à epígrafe "Quando a Ley contradiz a Decretal, qual dellas se deve guardar", epígrafe subseqüente aos títulos que versam as relações entre a Igreja e o Estado e antecedente daquelas onde se legislasse sobre os privilégios e regalias do clero. Apesar da rubrica e da colocação formal e sistemática, o alcance do t. 9 do l. 2.º é, porém, muito mais lato.

Até há pouco podia dizer-se unívoca ou uniforme a interpretação do l. 2, t. 9, das Ordenações Afonsinas. Distingua-se aí como fon-



pecato.

Em oposição à tese expandida, que se baseia na ideia de concorrência ou rivalidade entre as duas grandes ordens jurídicas medievais - a romana e a canônica - pode sustentar-se ser necessário não esquecer que se houve rivalidade de houve também simbiose, como diria sugestivamente Pierro Legendre no seu estudo sobre o significado do Utrumque Ius. Esta expressão, se avoca uma dialéctica, reconhece o mesmo autor, apresenta também uma síntese.

Ambos os fenômenos estariam presentes no 1. 2, t. 9 das Ordenações. O que aí se começa por estabelecer é que, na omissão do direito nacional ("quando o caso, de que se trata, não for determinado per Ley do Regno"), se decide conjuntamente pelo Direito Romano e o Direito Canônico ("mandamos que seja julgado, e findo pelas Leyx Imperiaes, e pelos Santos Canones"). Este o preceito base, que se alicerça na unidade e complementaridade das duas ordens jurídicas. Remete-se, em suma, para o Utrumque Ius. Dentro da previsão cabem, pois, a) todos os casos que as duas ordens jurídicas resolviam iden-

nônico, a favor da Glosa de Acúrsio e da autoridade de Bartolo: "... a remissão genérica feita no início [do 1. 2, t. 9] para as Leyx Imperiaes e Santos Canones poderia interpretar-se pelo que imediatamente se refere no artigo Liás, § seguinte do mesmo título. A lei romana teria o carácter de direito comum, dentro do âmbito subsidiário, sendo preterido pelo canônico em matérias espirituais e nas temporais de pecado, apenas. Na falta da lei romana não seria de aplicar o cânone, mesmo que este contemplasse a questão, passando-se imediatamente à Glosa de Acúrsio e à Bartoli opinio".

Assim, na interpretação proposta pelo Dr. Duarte Nogueira utilizar-se-ia a "Glosa e a 'opinio' imediatamente na falta de 'Corpus Juris'". Basicamente, pois, o problema está em saber se nos casos em que a lei romana nada dispusesse em matéria temporal fora de pecado haveria lugar à aplicação plena do Direito Canônico. É este ponto circunscrito debatido pelo Dr. Duarte Nogueira o qual nega que o Direito Canônico fosse direito subsidiário para além dos casos de matéria espiritual e temporal quo agebatur de

ticamente e, b) ainda aquelas que uma resolução e outra não. Mas o legislador nacional não ignorava, como é óbvio, a diversidade ou alteridade possível de soluções entre os dois ordenamentos. Por isso, logo a seguir (§ 1), prevenindo a contradição de soluções para o caso a resolver. (E acontecendo, que acerca de tal caso as Leyes Imperiales sejam contrarias aos Canones...) define as áreas relativas a cada um deles conforme a lição de Bartolo. De acordo com essas áreas se concederia preferência a um ou outro ordenamento. Só depois (§ 2), e na falta de "Leyx do Regno, ou estillo, ou costume suyo dito, ou Leyx Imperiales, ou Santos Canones", então (então) manda "se guardem as leyes d'Acurcio" e "quando pelas ditas leyes o caso nom for determinado [...] se guarde a opinion de Bartholo". Tudo isto se afigura bem claro. Temos, portanto, de concluir que o Direito Canónico era fonte subsidiária, antes de Acúrsio e Bartolo, em acordo com o Direito Romano, quando estatua-se nos casos nele omisso e, nas hipóteses de desacordo, sempre que se tratasse de matéria espiritual ou temporal quo ageretur de peccato. Por seu turno, o Direito Romano constituía direito

subsidiário quando em conformidade com o Canónico e para além deste, bem como no caso de matéria temporal que não fosse pecado. Só uma vez esgotadas todas estas possibilidades se recorria a Acúrsio e, depois, a Bartolo. Tal se nos afigura a interpretação correcta do prólogo e dos §§ 1º e 2º do l. 2, t. 9. A dúvida contida no § 3º é superflua - "Depois desto achamos outra duvida" -; como uma apostilha que vem destruir parte do rigor lógico da construção. Recordemos, a propósito, o que ensina o Prof. Braga da Cruz. "A hesitação do legislador, neste ponto, advém do facto de reconhecer, por um lado - como no texto expressamente confessa -, que as plenas e opiniões dos doutores, de certo modo, fazem parte ainda das próprias leis imperiais, de que constituem simples interpretações comentário, mas que, de certo modo também, são fontes distintas e autónomas - como tal tendo sido tratadas no § anterior - e podendo inclusive mente prever soluções que não estão contidas nas leis imperiais a que servem de complemento (próximo, justamente, que está em causa). A primeira consideração levaria, em boa lógica, no caso vertente, a der-lhes preferência sobre o direito

to canónico; mas a segunda consideração - a que o legislador ficou preso no § anterior - deveria levar, também, em boa lógica, a dar preferência ao direito canónico sobre elas. Para fugir à dificuldade ... remete-se o caso para a apreciação pessoal do monarca".

Importa, por último sublinhar que no l. 2, t. 9 das Ordenações Afonsinas não se encontram quadro completo das fontes de direito - basta dizer que não há qualquer alusão ao direito foraleiro e que o direito prudencial, maxime, a opinião comum dos doutores apenas aí aflora de forma indirecta e implícita (§§ 2 o 3). No § 2, ao ordenar que em certas hipóteses se guarde a opinião de Bartolo, dispõe a compilação afonsina que isso se fará não embargante "que os outros Doutores digam o contrario" ou "que alguns outros Doutores digam o contrario" (as duas fórmulas aparecem nas redacções manuscritas que chegaram até nós e vêm assinaladas na edição impressa) e no § 3 estatui-se para o caso de conflito das grossas, e Doutores das Leyx com o taxto dos Canones. Destes passos se poderá deduzir (consoante a variante entendível como a melhor)

que a opinião de Bartolo valeria mesmo que contra ela tivesse o dos demais doutores ou que vincularia se tivesse contra ela apenas alguns doutores, isto é, quando não fosse contrariada pela opinião geral ou comum dos mesmos; por outro lado, que a opinião dos Doutores constituiis fonte jurídica susceptível de ser atendida pelo real em desfavor do direito canónico. Que o direito prudencial continua sendo fonte jurídica revela-se a cada momento neste período - em cartas régias, leis, sentenças; enfim nos mais diversos documentos e actos. As próprias Ordenações Afonsinas invocam frequentemente o parecer dos Doutores (fala-se também muitas vezes nos letrados) para fundamento das suas disposições. Assimale-se, a propósito, a alusão contida no l. 2, t. 8, § 8 ("se per aqui dizem os Doutores ...", "e ainda disserem outros Doutores"), isto é no título imediatamente precedente ao que nos vem ocupando.

É expressamente invocada nos aparece também a própria opinião communis doctorum (cfr. l. 3., t. 9, § 6): "segundo communal opinião dos Doutores".

### 1.10.1. As Ordenações Manuelinas

A invenção da imprensa, como já se referiu, constituiu meio de comunicação das leis de extraordinária importância. Natural era, por isso, que fosse utilizada para difusão das leis e, nomeadamente, das Ordenações. Certamente por isso e decerto também por se reconhecer a necessidade de uma revisão da compilação afonsina, D. Manuel, confiou em 1505 a vários jurisperitos o encargo de as reformar e ampliar.

### 1.10.2. A questão das edições. Autores

Em Dezembro de 1512 e Novembro de 1513 apareceram impressos por Valentim Fernandes, respectivamente, o livro primeiro e o livro segundo das Ordenações que ficariam conhecidas por Manuelinas.

No ano de 1514 (Março-Dezembro) foram estampados por João Pedro do Bonhomini todos os cinco livros. Discute-se qual a articulação dos exemplares de 1512-1513 e 1514. V.g., se houve

uma edição integral antes de 1514, não tendo chegado até hoje exemplares dos livros terceiro, quarto e quinto dessa primeira edição, ou se a edição de 1512-1513 foi parcial e os livros terceiro, quarto e quinto viram a luz pela primeira vez em 1514. Mais: na primeira hipótese o texto da edição de 1512-1513 e da edição de 1514 seria ou não o mesmo, confiado a impressores diversos? No sentido de se tratar de textos diversos, que nos parece ser de acolher, se pronunciou Guilherme Braga da Cruz.

De qualquer forma, e quer por entretanto terem aparecido novas e significativas leis (o Regimento dos Contadores das Comarcas em 1514 e dois anos depois o Regimento e Ordenações da Fazenda), quer por os textos de 1512-1513 e de 1514 ficarem a desejar, D. Manuel ordenou uma revisão definitiva que foi impressa em 1521, dando sob severíssimas penas que se destruíssem os exemplares da "impressam velha".

Observe-se, por último, que a edição posterior de 1539 (já depois da morte de D. Manuel) contém variantes em relação ao texto de 1521.

nuel I ter morrido.

### 1.10.3. Sistematização das Ordenações Manuelinas

A sistematização das Ordenações Manuelinas segue a da anterior compilação. A divisão interna das duas é idêntica.

A principal diferença de forma reside no estilo decretório ou legislativo das Ordenações Manuelinas (lembra-se que apenas o primeiro livro das Afonsinas ostentava semelhante estilo). Relativamente ao conteúdo ou matéria, houve alterações no triplice sentido de eliminações, acrescentos e mudanças propriamente ditas. Dos cortes um dos mais relevantes é o que respeita às normas concernentes aos judeus, o que se compreende dada a sua expulsão, verificada ainda no séc. XV.

Querca dos autores das Ordenações Manuelinas têm-se mencionado os nomes dos Drs. Rui Boto, Rui da Grã e Cristovão Esteves (de Espargosa ou Esparregosa), indicando-se, ainda, como possíveis autores ou colaboradores delas os Drs. João de Faria, João Cotrim e Pedro Jorge. Em relação a estes últimos três, costuma-se retirar a prova da eventual co-autoria a colaboração da circunstância de lhes haver sido outorgado, com o Dr. Cristovão Esteves, a faculdade ou poder de autenticarem os livros das Ordenações da edição de 1521 (eram precisas duas assinaturas de autenticação), o que se reforça, para João de Faria, com o facto de Duarte Nunes do Leão dizer que três dos autores da compilação manuelina foram guindados pelo Venturoso ao cargo de Chanceler-mor e João de Faria haver desempenhado tal cargo. O valor de tais inferências é, porém, muito relativo. Quanto à primeira já Anastácio de Figueiredo observara "que na falta de monumentos não passa este assepto de simples conjectura, e que pelo mesmo princípio em que se funda se pôde com alguma razão atacar, ...". Quanto à qualidade de Chanceler-mor de João de Faria, observou-se que se a teve foi apenas já depois da D. Ma-

#### 1.10.4. Apreciação das Ordenações Manuêlinas

Sobre o mérito da compilação do Venturoso há quem entenda que, não se tratando já de uma mera recolha de leis transcritas ipsis verbis, segundo certa ordem (mais ou menos sistemática), mas de uma compilação onde as leis surgem como determinações novas, ainda quando, na verdade, proviessem de reinados anteriores, se está perante um código. Obviamente, tal asserção não pode ser tomada em termos absolutos, dependendo do conceito de código. De qualquer forma, e precisamente por isso, as Ordenações Manuêlinas representam um progresso do ângulo da técnica jurídica, um passo em frente, nas perdas interessantes como fonte histórica do ordenamento jurídico precedente. Notou-o, e sem, José Anastácio de Figueiredo.

#### 1.10.5. Fontes subsidiárias

As Ordenações Manuêlinas olulificaram o sistema de pontos subsidiários inequivocamente o va-

lor da Glossa e da Cartoli opinio à opinio communis doctorum. Lâ-se, com efeito, na versão definitiva das Ordenações Manuêlinas (l. 2, t. 5): "E se o caso de que se trata em practica non for determinado por Ley do Reyno, ou Estillo, ou costume suo dito, ou Leys Imperiaes ou Santos Canones, entam Mandamos que se guarden as Grossas de Acurcio encorporadas nas ditas Leys, quando por comum opiniam dos Doutores non forem reprovadas, e quando por as ditas Grossas o caso non for determinada, Mandamos que se guarde a opiniam de Cartoli, non embargante que alguns Doutores, que depois delle escroveram, for contra, porque a sua opiniam comumente he mais conforme as razoes".

Quis-se já ver nesta inovação um compromisso com o humanismo jurídico, frente ao bartolismo, opinio, todavia, de todo em todo improcedente. A adopção da opinio communis como critério rector subsidiário se representava uma limitação de opinio Cartoli, representava também a vênio devida à escola de que ele era cabeça e figura principal, pois traduzia um pensamento ou solução dessa mesma escola. Aliás, e em bom ri-

gor, a limitação apresentava-se menor do que poderia julgar-se prima facie. É que se fez depender a opinião do jurista de Saseoferrato apenas da opinião comum dos doutores "que depois d'elle escreveram". Quer dizer: de toda a literatura jurídica medieval precedente a Bártolo só poderia antepor-se-lhe a opinião de "côursio". Este facto, que foi, frequentemente, esquecido pelos intérpretes significa que, com exclusão da Glossa, se fez tábua rasa de tudo o que ficava para trás de Bártolo, admitindo-se contra ele apenas a opinião comum dos juristas posteriores, ou seja dos pósteros. Rejeitava-se o passado em benefício de Bártolo, mas sem se fechar a porta ao futuro.

#### 1.11.1. As Ordenações Filipinas

Durante o reinado de Filipe I verificou-se uma larga actividade renovadora no campo do Direito, de que são símbolos a criação da Relação do Porto (a que foi outorgado regimento por esta monarca), a lei da reformação da Justiça e a reforma das Ordenações.

Desta última tarefa incumbiram-se vários juristas, sendo apenas possível indicar com certeza os nomes de Jorge Cabado, Afonso Vaz Tenreiro e Duarte Nunes de Leão.

As Ordenações estavam terminadas em 1595, pois uma lei desse ano (5 de Junho) manda observá-las. A lei em referência não chegou a vigorar e já só com Filipe II de Portugal em 1603 se iniciou a vigência das Ordenações Filipinas (lei de 11 de Janeiro), que mandavam cessar todas as leis extravagantes, excepção feita às Ordenações da Fazenda, aos Artigos das Sises e às que se encontrassem transcritas em um livro da Casa da Suplicação. O preceito expresso da revogação não obsteu, porém, a que na prática se considerassem em vigor muitas outras disposições.

#### 1.11.2. Sistematização das Ordenações Filipinas

Pouco há a dizer acerca da sistematizada das Ordenações Filipinas, essencialmente idênticas anteriores. Trata-se, em regra, de uma simples actualização e adaptação da compilação de D. Ma

nuel, pelo acrescentamento das leis posteriores.

### 1.11.3. Apreciação das Ordenações Filipinas

As Ordenações Filipinas que se apresentam assim e genericamente cópia actualizada e retocada, nem sempre resultavam felizes, visto o trabalho dos compiladores haver sido, por vezes, pouco claro e não raro isento de contradições. Aos defaltes mencionados chamou José Veríssimo Álvares da Silva, em dissertação crítica intitulada Introdução ao Novo Código onde se dedicou a apontá-los, Filipismos - nome por que ficaram conhecidos. "Os Eruditos - escreve Álvares da Silva - que emendarão as faltas, cometidas por aquelles, que a mandado de Justiniano reduzirão as Leis Romanas a certa ordem, as denominarão pelo nome de Tribonianismos. Porque como esta Jurisconsulta [Triboniano] he a que entra os mais faz a principal figura, delle he que tomáráo o nome, ainda que os outros uCompiladores as commetassem [...]. Do mesmo modo no Corpo de Direito, que para uso dos Visigodos mandou formar

Alarico dos Códigos Gregorianos, Hermogeniano, e Theodosiano, as interpolações, mutilações e outros descuidos, em que cahirão os Compiladores, são donotados com o nome de Anianismos; porque Aniano, como Chanceller Mór deste Príncipe, he que tinha sobrescrito este Código [...]. No nosso Corpo de Leis, de que usamos, acabado em 1595, e promulgado em 1603, sabemos que forão Compiladores Jorge de Cabado, como elle diz na Dec. 211 da I. P. o Mendes na P. I, L. 3. C. 22. §. 4. E em huma nota da Deducção Chronologica P. 2. Dem. 6. n. 89. se diz, que forão também Compiladores Pedro Barbosa, Paulo Affonso, e Domíngio da Aguiar. Porém qual fosse delles o Triboniano desta Compilação não o sabemos; por isso as faltas, que nella notarmos, as indicaremos com o nome de Filipismos; pois que os Monarchas, que o ordenarão, forão chamados Filippes". Também aos compiladores designou Álvares da Silva do Filipistas.

A despeito de todos os Filipismos, as Ordenações do 1603, que não são de modo algum Filipistas no sentido de espanholizantes, tiveram longa duração, como mais nenhuma outra logrou em



Portugal, visto que D. João IV as confirmou em 29 de Janeiro de 1643.

#### 1.11.4. Fontes subsidiárias

As Ordenações Filipinas conservaram no íntegro (l. 3, t. 64) o sistema de fontes de direito subsidiário estabelecido nas Ordenações anteriores, embora deslocando a matéria para outra sede. Passa, efectivamente, da parte consagrada às relações da Igreja com o Estado e aos privilégios eclesiásticos, onde se inseria, para o livro dedicado ao direito processual.

"Quer isto dizer - transcrevem-se palavras do Prof. Braga da Cruz - que só agora, em tempos do século XVII, se rompo a última amarra que prendia o problema do direito subsidiário à ideia inicial - que dominara por completo o texto afonsino e o texto manuelino de 1513-1514 - dum conflito de jurisdição entre o poder temporal, simbolizado pelo direito romano, e o poder eclesiástico, simbolizado pelo direito canónico. O texto manuelino de 1521 [7.1.] já conseguira superar

substancialmente essa ideia, através duma nova epígrafe o uma nova redacção; mas tinha ficado ainda preso a ela pelo respectivo enquadramento formal, entre os títulos referentes às relações do Estado com a Igreja. E só agora, com a reforma filipina, o legislador tomou consciência da necessidade de cortar esse cordão umbilical, dando ao título em causa um enquadramento formal inteiramente diverso". E se, porventura, o novo enquadramento não foi o mais feliz - salienta o professor Braga da Cruz - ficou, pelo menos, bem patente, com a alteração, que se tratava de um problema independente de qualquer conflito de jurisdições".

Aposar da delimitação da autoridade de cada título pela opinião comum dos doutores, que persiste na Ordenação Filipinas, pode dizer-se que o barroquismo atinge no período da História do Direito Português que se inicia com aquela codificação jurídica um dos momentos essenciais do momento de maior intensidade. De facto, imperará então não apenas nos tribunais, i.é., no foro e na jurisprudência e até com prejuízo da opinião comum, como também no ensino, onde se intitucionalizará.

### 1.12.1. Leis extravagantes

Obviamente, o aparecimento de compilações ou sistematizações oficiais de fontes de direito, como é o caso das várias Ordenações, não impediu, nem impediu de facto, que se continuasse legislando.

As diversas leis que, por isso, não ficaram incluídas nos grandes corpos legais se deu o nome de extravagantes (no sentido de que permaneciam, vagavam, de fora ou extra).

### 1.12.2. Compilações de extravagantes. A Collecção de Duarte Nunes da Leão

Também deste núcleo de leis se procederam a várias recolhas, das quais apenas uma teve valor oficial. Referimo-nos à levada a cabo pelo licenciado Duarte Nunes de ou do Leão, por ordem do Cardeal D. Henrique, regente do reino na menoridade de D. Sebastião.

Trata-se, aliás, de uma compilação suigeneris pela metodologia seguida. Na verdade, não

se transcreveram as leis ipsis verbis, mas procedeu-se a um resumo ou relatório de cada uma - isto é, reduziram-se ao essencial - sendo a esse resumo que se conferiu valor ou força de lei.

Além das leis, extractou também Duarte Nunes de Leão nesse conjunto o essencial dos assentos da Relação.

A compilação referida divide-se em seis partes que se ocupam, sucessivamente: dos offícios e officiaes régios, das jurisdições e privilégios; das causas; dos delitos; da fazenda real de outros assuntos. Anote-se que na terceira parte se transcreve a ordem do juízo, importante lei de D. João III sobre matéria processual.

Deve notar-se, porém, que as Leis Extravagantes collecidas e relatadas pelo Licenciado Duarte Nunes de Leão per mandado do muito alto e muito poderoso Rei D. Sebastião nosso Senhor, que correm impressas (Lisboa, 1569 e Coimbra, 1796) e que acatámos de aludir, divergem notavelmente de uma compilação manuscrita que o mesmo autor concluiu já em 1566 e de que se

na casa da Supplicação, que per ordenança do Regedor Lourenço da Sylva fiz. mandandome que com muita diligencia se fizesse logo outro exemplar. E, se desse ao guarda mór Damião de gnos para se lançar na Torre do Tombo".

A colectânea manuscrita de Duarte Nunes chama José Anastácio de Figueiredo I Compilação para a distinguir da impressa, ou II Compilação. A compilação que corre em letra de forma é, aliás, mais atreviada e apresenta sistematização diversa. José Anastácio de Figueiredo chamou, precisamente a atenção para o facto de a Compilação I ser como fonte histórica superior à outra e de que por ela se poderiam "emendar varios lugares, que tanto no L.º Ord. Manuelino, como na II Compilação ou Relatório de 1569, se convencem de menos exactos, e algumas vezes defeituosos". E que Duarte Nunes procedeu inicialmente a uma recolha de textos segundo certa ordem e só mais tarde realizou o trabalho de abreviatura das leis acima mencionado. São elucidativas a tal respeito as palavras de Duarte Nunes ao Regedor da Justiça, Lourenço da Silva, insertas na Compilação I: "Como o uso das leis he tão necessario ao vi-da politica, que tam pouco se poderia conservar

conservam dois exemplares no A.M.T.T. (Casa forte, códice 26 e Núcleo Antigo, códice 19), um original e de uso da Casa da Supplicação e outro cópia autenticada pelo próprio Duarte Nunes, ordenada por D. Henrique e de que se fez entrega ao Guarda-mór Damião de Góis para se arquivar na Torre: "Entre muitas cousas dignas de muito louvor que V.A. fez no tempo de seu governo, porque seu nome se perpetuára e ficara immortal na memoria dos homens - declara em carta de 15 de Novembro de 1566 Duarte Nunes ao Cardinal Infante -, se deve contar o grande zelo que teve de com novas leis como com saudaves remedios curar as enfermidades e vícios desta republica, que per eleição e voto dos povos, destes regnos lhe foi comettida; as feitas reformar em melhor, as esquecidas suscitar, e as espalhadas recolher, e mandar ordenar para que viessem a noticia de todos. No que V.A. não sómente comprio com a obrigação de Rei cujo officio está fazendo, mas com a religião e sanctidade de sua vida e costumes, e com o zelo que tem da lei divina, de que estas humanas se derivão. Daqui veo o contentamento que V.A. amostrou quando lhe apresentei esta copilação das leis extravangantes que andavão

a republica sem ellas, como o mundo sem Sol, porque dellas depende a conservação e prosperidade della, todo o trabalho que se toma, não sómente por as instituir e ordenar, mas por as declarar, ou poer em alguma ordem, para que melhor se compreenda, se teve sempre em muito. Daqui veo o povo Romano, por Sexto Papyrio Jurisconsulto lhe reduzir em ordem e em hum volume as leis, que os Reis de Roma em desvaireados tempos fizeram, sem de seu mudar nem accrescentar nellas cousa alguma, o ter por tam grande beneficio, que para que a memoria delle durasse mais, que o uso daquellas leis, que o tempo havia de desfazer, lhe chamardo direito Papyriano. De maneira que as leis se acabard, e dura a satisfação e memoria do beneficio que se nellas fez. Mas com mais razão se deve celebrar a memoria de V.S. que tantas leis tam justamente compostas, tantas determinações dos Reis, e de homs prudentissimos deste Senado, que não somente andauão espalhadas por diversos volumes, e sem ordem, mas que stavão em esquecimento as mandou reduzir em hum corpo e ordem, e dar lhes luz para que a todos fossem notorias, assi como eraõ necessarias. E para melhor dizer as resus-

citou da morte, em que as tinha postas o esquecimento e pouco uso. Porque por as leis extragentes serem compostas em diversos tempos, e por muitos Reis, e scriptas fortuitamente, segundo se fazia, e por não andarem impressas nem publicadas, muitas dellas assi andavaõ esquecidas e derremadas, que o povo que per ellas se havia de reger e governar, e os mesmos julgadores se ignoravaõ. São tuco isto beneficios de V.S. cujo cuidado he ampliar o exercicio da justiça [...]. Mas porque não pareça, que quero comprehendar os louvores de V.S. em tão pequeno lugar, recolhermei com lhe pedir, se nesta commissão houver alguma falta, a attribue mais e minha inhabilidade, que a falta de vontade do servir, ou negligencia; porque eu trabalhei por Justificar a eleição, que V.S. fez, em me mandar que servisse nisto, havendo tantos trabalhos nesta sua casa, que ho melhor puderaõ fazer".

Encontra-se a Compilação I dividida em quatro partes que versam, sucessivamente:

1 - sobre officios, jurisdições e privilegios;

2 - causas judiciais;

3 - delitos e penas;

4 - causas extraordinárias.

A parte primeira compreende os títulos seguintes: do que pertence ao rei e a sua jurisdição e a seus reinos; do Regedor do Chanceler-mor; do chanceler da casa da Suplicação; do juiz de chancelaria, dos desembargadores do paço; dos desembargadores da casa da Suplicação; do corregedor do crime da corte; do corregedor do civil da corte; do juiz dos feitos do rei e do que a seu officio pertence; dos ouvidores da casa da suplicação, dos procuradores dos feitos do rei; do procurador da fazenda do rei; do relator; dos sobrejuizes da casa do civil; dos corregedores do crime da Lisboa, dos corregedores de Lisboa de civil; do ouvidor da alfândega de Lisboa; do juiz de Guiné e Índia; dos corregedores das comarcas e ouvidores, dos juizes e quaisquer outros julgadores; dos procuradores; dos escrivães e tabelães; contadores das custas; dos alcaides e meirinhos, do solicitador dos feitos do rei; do solicitador da justiça; do

corregedor da folha da corte; da jurisdição das causas da suplicação e do civil, e das apelações que accada uma pertença e da ordem que se terá no despacho delas; dos feitos que pertencem ao juiz da fazenda; do juiz dos feitos da rainha; do que pertence ao estado eclesiástico e dos privilégios concedidos aos prelados e igrejas; dos que se chamam às ordens e da jurisdição do capelão-mor; dos comendadores e cavalleiros das ordens; dos privilégios dados a senhores e a outras pessoas; dos privilégios dos moçaios e do seu juiz; dos privilégios das viúvas. A parte segunda: da ordem do juiz e dos autos judiciaes das causas civeis; das suspensões; das fianças; das revistas; da execução das sentenças; das assinaturas; das escripturas; das dízimas das sentenças. A parte terceira: da ordem do juiz e dos autos judiciaes das causas crimes; das devesas; das cartas de seguro, e dos que per ellas se livram; da defesa das sentenças; das armas defesas e ferimentos; dos delitos dos escravos; dos jogos que são defesos; dos furtos e roubos; dos passadores; dos negócios de Roma contra a jurdição do rei; dos regatões dos mantimentos; dos estrangeiros; das leis penais

sobre diversos malefícios; das mulheres amancebadas e de seus barregões; das mulheres solteiras que ganham por seus corpos; das penas de alguns delinquentes como se aplicarão; dos presos; dos degradados e degradados; dos coutos; das perdões que se dão aos malfeitores. A quarta parte: título do leis extraordinárias; título da revogação de algumas leis e declaração do outras; das sucessões e heranças.

#### 1.12.3. Outras colecções

Ainda no séc. XVI surgiram compilações legais (a de Francisco Correia, Leys e provisões que el Rey D. Sebastião (...) fez depois que começou a governar..., Lisboa, 1570, e a de António Ribeiro, Requimento da Casa da Suplicação e da Relação do Porto e o Petição geral com outras Leys e Provisões..., Lisboa, 1581) mas sem carácter ou cunho oficial.

Posteriormente, viram a luz da imprensa outras colecções de leis, de que se destacam as seguintes:

1. O Systema ou Collecção dos Regimentos Reais, de que há duas edições, uma de Manescal (2 tomos, 1718 e 1724) e outra de Monteiro de Campos (6 volumes, publicados de 1783 a 1791).

2. Colecção da Legislação Antiga e Moderna do Reino de Portugal, Parte II, Da Legislação Moderna. Por Resolução de Sua Magestade de 2 de Setembro de 1786. Na Real Imprensa da Universidade, Coimbra, Anno de 1790, 3 vols. In-8º.

3. Colecção da Legislação Portuguesa Desde a Ultima Compilação das Ordenações, pelo Desembargador Antónico Delgado da Silva (Legislação de 1750-1829), Lisboa, na Typografia Maior, Anno 1830 (e outras datas anteriores), 8 vols.

4. Collecção Chronologica de Leys Extra-vasantes, Posteriores á Nova Compilação das Ordenações do Reino, Publicadas em 1603. Desde esse anno até o de 1761 ..., Coimbra, na Real Imprensa da Universidade, 1819-1833, 6 vols., por Joaquim Inácio de Freitas.

5. Colecção da Leys, Alvarás e Decretos

Militares. Que desde o principio do Reinado do Senhor Rey D. José o I. Se tem promulgado até o presente anno de 1791, na officina de António Rodrigues Galhardo, Lisboa, 1791, 1. vol.

6. Colecção de Breves Pontificios e Leys Regias, Que Forão Expedidos, e Publicadas desde o anno de 1741., sobre a liberdade das Pessoas, Bens, e Commercio dos Indios do Brasil; dos Excessos que Naquelle Estado Obraram os Regulares da Companhia denominada de Jesu; das Representações que Sua Magestade Fidelissima fez á Santa Séde Apostolica, sobre esta matéria até a expedição do Breve que ordenou a Reforma dos sobretidos Regulares; dos Procedimentos que nelles praticou, ..., impresso na Secretaria de Estado, por especial ordem de Sua Magestade, Lisboa, 1755-1767.

7. Colecção de Leys, Decretos, e Alvarás, que Compreheende o Feliz Reinado del Rey Fidelissimo D. José o I. Nosso Senhor. Desde o anno de 1750 até 1776 (seguidas das de D. Maria I, de 1777 a 1807, já com a Regencia do seu filho, Principe do Brasil), 9 vols.

8. Colecção de Leys, Alvarás, Decretos e Editais, etc. da Rainha D. Maria I (a partir de 4 de Abril de 1777 até 13 de Dezembro de 1791).

9. Colecção de Leys, Alvarás, Decretos, Cartas Regias (desde 2 de Janeiro de 1804 a 16 de Junho de 1818), 3 vols.

10. Colecção de Leys, Alvaraz, etc. do Principe Regente (feitas no Rio de Janeiro, desde os vinte e oito dias de Janeiro de 1808, Primeira Lei publicada na Behia, primeiro porto de chegada ... até 28 de Setembro de 1813), 1 vol.

Asinale-se, ainda, que existem vários índices de legislação, dos quais os mais célebres e úteis são a Synopsis Chronologica de subsídios ainda os mais raros para a historia e estudo critico da legislação portugueza, Lisboa, 1790, dovida a José Anastácio de Figueiredo, obra que os Additamentos e Retoques à Synopse Chronologica, Lisboa, 1829, de João Pedro Ribeiro completam, e, deste último, o Indice Chronologico remissivo da legislação portugueza.

Por último, há que mencionar os repositó-

rios, de que têm especial relevo os devidos a Duarte Nunes de Leão, Manuel Mendes de Castro, o que acompanha as Ordenações na ed. setecentista da Imprensa da Universidade (Collecção de Legislação Antiga e Moderna) e o de Fernandes Thomaz.

## 2. Assentos. Órgãos proeminentes. Valor. Espécies

Especial interesse no quadro das fontes de direito deste período têm os assentos. Os monarcas, assim como tinham o direito de legislar, possuíam o direito de interpretar as suas leis. Faziam-no, muitas vezes, em Relação dos tribunaes superiores - a Casa da Suplicação e a Casa do Cível. No Livro de Posse da Casa do Cível, como anota João Pedro Ribeiro, acham-se 12 assentos assinados pelo rei e no livrinho da Casa da Suplicação, aparecem assentos tomados na presença do Regente do Reino o Infante D. Pedro, bem como de D. Afonso V e monarcas posteriores. Lembre-se, aliás, que as dúvidas de interpretação da lei foram remetidas para o monarca nos ter-

mos do fim do l. 2, t. 9 das Ordenações Afonsinas. Num dos assentos de Afonso V constante do Livrinho da Casa da Suplicação, diz-se expressamente, que foi tomado com o parecer dos membros das duas Casas. De 1488 aparece naquele Livro um assento tomado sem a presença do monarca. Foi D. Manuel, todavia, quem pela lei de 10 de Dezembro de 1518 delegou na Casa o poder de resolver por assento e com autoridade legal os casos dviduos. Dispõe a referida lei: "E assim havemos por bem, que quando os ditos Desembargadores tiverem alguma duvida em alguma nossa Ordenação do entendimento della, em que seião desvairados, vão com a dita duvida ao Regedor, o qual na mesma grande com os Desembargadores, que bem parecer e determinará, a segundo o que hi for determinado, se poerá sentença. E se na dita Mesa forem isso mesmo em duvida, que ao Regedor pareça que he bem de nola fazer saber, para a nós logo determinarmos, no lo fará saber, para nós provermos. E os que em outra maneira interpretarem nossas Ordenações, serão suspensos atee nossa merced". De acordo com este alvará, porém, o valor dos assentos é restrito ao processo em que a dúvida se suscita; não é arvorada, porém, a



decisão em regra para outras causas. Os assentos com valor legal genérico resultam da ampliação do disposto no alvará de 10 de Dezembro de 1518 feita pelas Ordenações Manuelinas (l. 5, t. 29, § 1).

Com a extinção da Casa do Cível e a criação substitutiva de uma Relação no Porto (1502) as dúvidas passaram também a ser de competência desta. E o estabelecimento de Relações Ultramarinas (duas no Brasil e uma no Oriente) deu origem a que estas se arrogassem, por igual, a faculdade de produzir assentos.

Adverte-se, contudo, que dos assentos das Relações ditas subalternas (Porto e Ultramar) cabia, no domínio da Lei da Boa Razão, recurso para a Casa da Suplicação. No caso dos Assentos de Suplicação ficava sempre aberto o recurso para o monarca.

O papel dos assentos, de acordo com a célebre lei pombalina, era meramente interpretati-

vo e, por isso, não constituíam via adequada para resolução dos casos omissos, que deviam ser levados ao conhecimento do soberano, para este os integrar.

Conforma os assentos tivessem por objecto a decisão particular de dúvida em certa causa, sem deliquem originar regra autêntica para outras causas, ou, pelo contrário, os seus efeitos passassem a ser genéricos, assim se chamavam assentos de autos ou assentos legais. Havia, ainda, assentos respeitantes à própria disciplina da Casa de que emanavam (antiquidade, propinas dos magistrados, etc.) que se denominavam assentos económicos. Apenas os assentos legais eram considerados leis.

### 3. Estilos de corte. Entendimentos. Valor

Nas Ordenações Afonsinas como depois nas Ordenações Manuelinas e nas Filipinas mencionasse, entre as fontes do direito, o estilo da corte.

O conceito de estilo não era unívoco, senão do certo, todavia, que se tratava de um costume de origem judiciária; isto é, apurcido em tribunal. Não estavam os autores de acordo não só quanto à sua génese em concreto - costume derivado da prática de um ou de mais de um juiz? - como quanto à matéria - para alguns, o estilo respeitava ao direito subjectivo ou como se dizia à ordem do processo (modo de ver perfilhado já por Bártolo); para outros, ao contrário, o estilo podia concernir igualmente ao fundo da causa.

O estilo (que se formava nos tribunais de última instância ou superiores) devia, como as demais fontes de direito, obedecer a certos requisitos. Nomeadamente, não devia, tal como qualquer acto judicial, contrariar a lei (havendo, porém, a este respeito assentos contraditórios, v.g. os de 10 de Março de 1649, de 20 de Dezembro de 1783 e 27 de Novembro de 1711); devia ser prescrito, ou seja existir há mais de dez anos; e ainda ser plural, quer dizer que não bastava um acto judicial para se ter um estilo, antes se impunha a multiplicidade de actos. Depois do As

sento de 20 de Dezembro de 1757, julgou-se que o estilo devia ser também conforme à bua razão.

De acordo com as Ordenações (l. 3, t. 64, pr. e § 1 e 2), os estilos da Corte legitimamente estabelecidos constituíam lei e se deviam obstar como tal (desde que aprovados por Assento). Os de Casa do Porto quando applicáveis eram mandados guardar na Suplicação que a eles se devia conformar na medida do possível (C.R. de 16 de Junho de 1609; App. de 10 de Março de 1640; C.R. de Agosto de 1645). Estes estilos foram revidados pelo Governador Henrique de Sousa (9 de Março de 1612) e reformados em 6 de Junho de 1614.

Por força da C.R. de 7 de Junho de 1605 (§ 8) só eram tidos por estilos os que fossem estabelecidos e aprovados por Assento na Mesa Grande. Embora considerado como lei e valesse como lei, carecia o estilo de ser provado, o que se fazia por atestação dos Desembargadores ou Advogados ou, nos termos do Assento de 27 de Novembro de 1711, por depoimento dos Escrivães.

Os estilos foram compilados por João Mar-

tins da Costa, mas em relação aos não confirmados por Assento não se lhes devia conferir maior autoridade que a qualquer praxista, na opinião de Corrêa-Jelles.

#### 4. O costume

Apesar de, com o advento do direito romano a lei ter ocupado o lugar de maior relevo no conjunto das fontes jurídicas, pelo menos a nível central o costume era ainda de normal utilização, conforme a inclusão nas sucessivas Ordenações ao lado do estilo da corte. O seu tratamento na doutrina incidia por isso em aspectos até certo ponto comuns, dada a interligação que as duas fontes apresentavam.

##### 4.1. Requisitos do costume

No seu estudo doutrinário prestava-se atenção a questões como o tempo decorrido desde um primeiro momento em que a sua existência fosse

comprovada, e o número de actos nos quais se demonstrasse a sua invocação, ambos como forma de dar consistência à sua alegação vinculativa.

Em relação à primeira, na inexistência de doutrina certa com sede no C.J.C., vai-se frequentemente admitir no plano do direito comum, como salienta o Professor Espinosa, a necessidade de um período de dez anos de vigência para o uso adquirir aquela natureza, senão então se distinguir em concreto qual a orientação da conduta face à lei; no direito canónico, porém, exige-se em regra, ao costume contra legem um prazo de quarenta anos. Quanto à segunda, embora com grande variabilidade de opiniões, aceita-se com frequência um mínimo de dois actos para a conduta poder ser entendida como juridicamente vinculante.

##### 4.2. O direito consuetudinário como fonte de direito comum

Foi também em articulação com o estilo, que a lei positiva previu o direito consuetudinário

nário como fonte de direito comum, fr desde que nas primeiras Ordenações que a matéria foi regulada em conjunto com o direito subsidiário, embora em sede legal sem qualquer desenvolvimento significativo.

Nas Ordenações Afonsinas (Liv. II, tit. IX) refere-se apenas o seu carácter vinculativo, "... costume dos nossos reynos anticamente usado de ...", ao lado da lei e do estilo, sem qualquer concretização dos seus requisitos. As Manuelinas (Liv. II, tit. V), também, sem se expressarem com maior clareza, levam o discurso um pouco mais longe, fazendo referência aos requisitos exigidos pelo direito comum, afinal a queles que antes se referiram, "costuma em os ditos Reynos, ou cada hũa parte dellas longamente usado, e tal que por Direito se deve guardar". A esta regulamentação não fugiram as Filipinas que, unicamente com a alteração do local onde a matéria é tratada (Liv. III, tit. LXIV), respeitaram integralmente o contido na anterior.

Outro ponto, no entanto, merece ser trazido à colação. É sabido que as Manuelinas referem

a comum opinião dos doutores, como fonte subsidiária. Confrontando-a com o conteúdo do C.J.C., que expressamente proibia as interpretações, tornou-se necessário à doutrina encontrar justificação concludente. Se, por um lado se explica a sua validade como exigência racional, por outro, seguindo indicações de Baldo, se dirá que a opinião comum vinculava porque tinha a força do costume.

Mantida a sua vigência na forma que se descreveu, apenas em 10 de Agosto de 1769 se registaram lamentações com minúcia os seus requisitos em novos moldes, introduzindo em nome da razão maior severidade na matéria. E isto, apesar do favor com que o "usus modernus" distinguia os direitos nacionais ao lado da parte do direito romano que ainda era considerada útil e actual.

Efectivamente, depois daquela data só valeria o costume em que concorresse a antiquidade de prova de mais de cem anos, a conformidade à lei, e a não opposição à lei, o que o mesmo é dizer à vontade do rei.

#### 4.3. A força vinculativa do costume face à lei

Identificado como a voluntas populi, o costume representa a força natural e dinâmica que enforma o sentimento jurídico das comunidades em que se não exacerbaram ainda os individualismos dominadores. Quando a complexidade do funcionamento social ou outros factores, apontam para a substituição do sentimento jurídico colectivo pela lei, de imediato se coloca o problema da articulação entre os dois, face à pretensão exclusivista que a segunda geralmente manifesta.

O conflito é bem antigo. No direito romano p.ex. surge patente na confrontação da posição de um jurista como Salvio Juliano, no séc. II d.C., face à constituição de Constantino de 319 d.C. em que a situação descrita é já nitidamente a da primazia da lei.

No período ora estudado o problema põe-se de igual modo, logo que o renascimento jurídico facultou ao monarca a possibilidade de brandir a lei como elemento centralizador. Confrontadas duas realidades que aparentemente se excluam,

de um lado a situação de facto decorrente da tradição consuetudinária, do outro a vontade do rei, houve necessidade de conciliar inteligivelmente a simultânea vigência dos dois. A explicação foi então tentada através da presunção da vontade régia em querer ver tal fonte aplicada.

Assim aconteceu entre nós, salvaguardando-se a primazia da primeira. Por isso dir-se-ia também que o costume tinha força de lei, considerando a manifestação da vontade tácita do monarca. Tal circunstância porém, não deve fazer esquecer que a explicação resultava da tentativa de conciliar "a posteriori" a realidade vivida - o costume -, com outra fonte que lhe fazia a concorrência.

A pretensão de redução da primeira à lei aparece assim como tentativa de todos os tempos, de sujeitar algo que aparece espúrio nos sistemas a caminho da centralização. Acontece igualmente nos nossos dias, quando se limita a validade do costume através da norma legal, nos modernos direitos. A atitude porém, esconde a fraqueza da fonte, que suficientemente afastada na sua origem da comunidade, corre permanentemente

o risco de não corresponder ao seu querer, pretendendo por isso pela força, minimizar a possibilidade de, fora do esquema estadual, ser rejeitada.

### 5.1. Os forais. Sua reforma

Passados cinco séculos sobre o início da concessão dos forais encontravam-se estas cartas de privilégio denfrazadas da realidade do século XV.

Efectivamente, pouco depois dos meados desse século começaram a chegar às Cortes os agravos dos concelhos em que se pedia ao monarca a sua intervenção. Tanto em Coimbra-Évora em 1472, como em Évora-Viana em 1481 e em Montemor-o-Novo em 1497 <sup>1</sup> se salientaram os danos que dessa situação decorria: por um lado a permanente elaboração de leis avulsas a regulamentar matérias que antes eram nulas contidas, por outro, o desuso em que muitas das suas referências ti-

nham caído. Prestações que tinham perdido a razão de ser, medidas e moedas que o tempo desatualizara, a própria linguagem dos sécs. XII e XIII que, duzentos anos depois, suscitava dificuldades de interpretação. Pediam os povos ao monarca que os mandasse recolher à Corte e corrigir, sob pena de serem mais graves do que úteis na função a que se destinavam.

O. João II em 1481 respondeu aos agravos, dizendo ter já mandado recolher os forais à Corte. Esta primeira manifestação de interesse, não foi porém, prosseguida.

Em 1497, na sequência de novos agravos nas Cortes desse ano, D. Manuel mandou recolher à corte todos os forais e demais documentação onde estivessem consignados direitos reais, começando o acervo documental a um conjunto de juristas, entre os quais Rui Botto, chanceler-mor, João Façanha, do desembargo real, Fernão de Pina e outros, como Rui da Grã, Diogo Pinheiro e João Pires, encarregando-os de proceder à sua reforma. Para tal mandou indagar junto dos concelhos as questões controvertidas, para as resolver previamente após audição da Casa da Suplicação e

do Cível. Fez ainda acompanhar o trabalho de re-  
forma, da elaboração entre 1502 e 1504 de dois  
diplomas de grande importância destinados a fa-  
cilitar o trabalho de unificação: a Ordenação e  
Regimento dos Pesos e o Regimento dos Oficiais  
das Cidades, Vilas e Lugares destas Reinas.

Em 1520 foram devolvidos os textos refor-  
mados aos municípios, haja quase integralmente  
publicados, a partir dos originais guardados no  
Arquivo da Torre do Tombo, compilados em cinco  
partes: Entre-Douro e Minho, Tra-lós-Montes, Bel-  
ra, Estremadura e Entre-Tejo e Odiana. Designar-  
-se-iam então de forais novos para os distin-  
guir dos anteriores - os antigos -, e dos conce-  
didos posteriormente, os novíssimos.

## 5.2. Conteúdo

Do texto novo foi retirado o que ao longo  
dos séculos tinha sido objecto de lei, mantendo-  
-se principalmente prestações e serviços a que  
a comunidade devia continuar sujeita. Também ali  
se encontram algumas leis gerais, como por exem-

plo a lei de vizinhança, onde, sem prejuízo dos  
usos locais, se definiam os requisitos da condi-  
ção de vizinho, bem como indicações relativas a  
funcionários e aos tabeliães de cada vila e às  
quantias que deveriam pagar. A escassa origina-  
lidade de cada um transformou-os em documentos  
talvez menos significativos para o conhecimento  
da vida e instituições locais, mas nem por isso  
de pouca importância, continuando os povos a con-  
siderá-los a carta dos seus privilégios e o sím-  
bolo de ~~uma~~ autonomia municipal. Por isso os  
transformaram algumas vezes, através de dispen-  
diosa ilustração, em pequenas obras de arte, des-  
sa forma tornando patente a dignidade que lhes  
tributavam.

## 6. Direito canónico

A relevância do direito canónico no con-  
texto das fontes jurídicas está intimamente li-  
gada com o posicionamento da Coroa frente à Igre-  
ja e ao Papado. Se o fundamento desta ordem nor-  
mativa, como já houve oportunidade de salien-

tar (1), arranca da ideia de que a Igreja pelo próprio acto fundacional de Cristo representava uma sociedade distinta da sociedade civil, da civitas, pelo que tinha (ou devia ter) a sua disciplina jurídica própria, a verdade é que a existência simultânea de duas sociedades, com direções diversas, colocava um problema de articulação entre as várias realidades em presença e também entre as normas que a elas respeitavam e que delas emanavam. Ora esta articulação sofreu ao longo dos tempos soluções divergentes ao sabor das vicissitudes políticas, dos factos e das correntes doutrinárias.

#### 6.1. Posição da Coroa perante a Igreja e o Papado

Para bem se compreender a linha evolutiva em causa, é oportuno lembrar que a monarquia portuguesa retirou originariamente da auctoritas pontifícia a sua legitimidade nos quadros inter-

nacionais da época, o que, desde logo, levou ao reconhecimento implícito da superlatividade do Papa em relação aos governantes seculares. E se é certo que a linha hierocrática ou teocrática em que tal facto se integra foi sofrendo erosão à medida em que se caminha da Idade-Média para os tempos modernos, não é menos certo também, que por parte dos nossos monarcas continuou subsistindo interesse na manutenção do papado como autoridade internacional, devido à expansão portuguesa. De facto, os direitos de Portugal sobre os mares e terras descobertas, além de outros fundamentos, como a invenção, eram sustentados com base em bulas pontifícias, cuja força provinha da autoridade política internacionalmente reconhecida ao Sumo Pontífice.

O grande movimento que ficou conhecido nos annais da história universal pelo nome de Reforma, as pretensões e interesses políticos de alguns príncipes e o orgulho nacional de vários países, conduziu, porém, como é sabido, a uma contestação da autoridade romana quer no plano espiritual quer no plano temporal. Consoante escreve o Professor Paulo Marêa, "os tempos não iam propícios à reacção ne varietur das aspira-

(1) Cfr. supra.



ções de Hildebrand, nem das fórmulas teocráticas de Inocência III". E este mesmo professor acrescenta: "Mas, por outro lado, a Igreja, criação divina, visando o mais elevado fim - o espiritual - não queria, agora menos que nunca, abdicar da sua supremacia. Habilmente, Berlarmino formulou a doutrina bem conhecida do poder indirecto, segundo a qual ao Papa era reconhecida a ingerência nas matérias temporais sempre que assim o reclamassem as conveniências espirituais da Igreja. Esta solução, que no fundo coincidia com a dos mais moderados defensores do Papado nas controvérsias da Idade-Média, scandalizou passagiramente a Santa Sé, na pessoa do papa Gregório XIII; a verdade, porém, é que ela era mais consentânea com as condições políticas do tempo, pois, sem as promessas chocantes da teoria do poder directo, continha implícitas uma série de consequências práticas, que iam até à deposição dos príncipes pelo Papa; e, tanto a própria Roma o reconheceu, que o livro de Berlarmino foi retirado do Índice e rehabilitado perante a opinião católica".

As teorias favoráveis à superlatividade

do papa receberam acolhimento em Portugal. O país, por conveniência, era obrigado a acatar, ao menos no campo teórico, a autoridade romana, embora os nossos monarcas, cielos da sua independência, na prática e quando ponderosos motivos políticos se opunham à aceitação de uma semelhante autoridade fossem prontos em lhe fugirem.

Dentro de semelhantes parâmetros, de necessidade ou acomodação e de independência, devem ser entendidas as considerações subsequentes.

Delas são, aliás, exemplo dois casos que têm jus a especial menção - o do beneficitorégio e o dos decretos do concílio de Trento.

## 6.2. O beneficitorégio

O beneficitorégio, instituto jurídico de autorização de publicação das letras apostólicas no reino, em vigor pelo menos desde o tempo de D. Pedro I (1), suscitou da parte da Igreja

(1) Cfr. *supra*.

múltiplas diligências tendentes a uma revogação pelos monarcas portugueses. Estes resistiram, porém, a todas as tentativas. Apenas com D. João II - o que não deixa de ser surpreendente dado o carácter autoritário deste príncipe e a evolução política se vir processando precisamente no sentido do fortalecimento do poder régio - foi conquistada a desejada revogação. Para o facto têm-se aventado várias hipóteses (desde a espiração do monarca da obter do Papa a legitimação do bastardo D. Jorge até ao perdão pela morte do Bispo de Évora D. Garcia de Meneses), mas a verdade é que nenhuma obtinha até hoje comprovação e a alguma se podem opor importantes reservas. O texto da carta revogatória do beneplácito datada de 15 de Março de 1487, que se encontra no Arquivo do Castelo de Santo Angelo, insere no Liber Rubeus Diversorum Memorabilium Inceptus ab anno 1460 in civit. senatarum, e que foi publicado em 1969 pelo Pe. João Dias Vicente, não contém uma exposição esclarecedora de motivos (alude apenas a causas da ordem religiosa in genere), mas atendendo ao contexto da política interna e internacional portuguesa no período em causa, como acentua o respectivo editor, enxer-

ta-se num conjunto de circunstâncias que interessavam o Papado e Portugal em uma optimização de relações. Nomeadamente, e pelo que toca ao nosso país, estava em causa a consolidação interna da realza e toda a política de expansão.

Qua a revogação do beneplácito constitui da parte de D. João II um acto ditado pelos successos políticos de momento prova-o o facto do monarca poucos anos volvidos, em 1495, embora por via indirecta, o ter restabelecido, ao fazer depender do Desembargo do Paço a execução dos rescritos apostólicos que necessitasse de ajuda do braço secular e evocando a resolução das dúvidas que os mesmos suscitassem. Este sistema foi mantido nos reinados seguintes e passou às Ordenações Filipinas. D. João V alargou e solução a outras letras apostólicas e no tempo do Marquês de Pombal o beneplácito foi frontalmente reafirmado. O constitucionalismo manteve-o em vigor.

### 6.3. Recepção dos decretos do concílio

#### Tridentino

Se a política interna e internacional ditada pelas necessidades da realza e da expansão levou à revogação do benedictino, também o alinhamento político do Portugal com as nações que desencadearam a Contra-Reforma e a tradição obediência a Roma dos nossos monarcas, bem como o cariz religioso destes e da população em geral, originaria uma atitude de acatamento da parte do ordenamento católico - a constituição dos decretos do Concílio de Trento.

Este concílio aberto em 1545 foi encerrado em 1563, havendo legislado em matéria dogmática, litúrgica e disciplinar, dentro de uma linha ideológica de defesa da ortodoxia face à Reforma. Inseria-se, por isso, na mesma orientação que levava tempos antes à criação da Companhia de Jesus. As resoluções tridentinas foram aprovadas em consistório secreto e delas dado conhecimento aos católicos pela bula Benedictus Deus (3 de Julho de 1564). Nela se apela para a ajuda dos príncipes no sentido de apoiarem a ob-

servância das disposições conciliares e na mensagem data pelo breve Sacri Tridentini Concilii era enviado um exemplar autêntico dos decretos tridentinos ao rei de Portugal. Ao breve citado outras letras apostólicas se seguiram todas com vista à recepção e aplicação das disposições de Trento no nosso país (breve Ex tuas Majestatis, de 24 de Junho, bula Sicut ad sacrorum, de 6 de Setembro). Traduzidos e impressos em português os preceitos conciliares, teve lugar a recepção solene em que foi lida e publicada a bula Renedictus Deus (7 de Setembro de 1564).

A 12 de Setembro, um alvará régio ordena às justiças que prestem ajuda aos prelados na execução das determinações tridentinas. A 24 de Novembro, duas provisões regulamentam essa ajuda. A 2 de Março de 1568, a primeira das provisões de Novembro de 1564 é revogada, fixando-se casos de competência comum da jurisdição eclesiástica e civil (mixti fori) e estabelecendo-se a regra de que a ajuda secular à autoridade espiritual nos casos em que estivesse em jogo a liberdade ou o património só devia ser concedida "após verificação da regularidade do processo eclesiástico e da legitimidade da sentença".

(Marcello Caetano). Finalmente, estatula-se no diploma sub iudice que "se nos casos mixti fori a justiça secular já tivesse sido chamada a pro-  
ceder, a jurisdição estava preventa (conforme era tradição do reino e se achava estabelecido nas Ord. Manuelinas), ficando os tribunais eclesiásticos impedidos de intervir ou julgar" (Idem).

Em 19 de Março de 1569, porém, uma nova provisão permitia às autoridades eclesiásticas a execução das suas sentenças directamente. Isto é, ficavam dispensadas de pedir a ajuda do braço secular, independentemente até de ser um caso de competência mixta. "A Provisão de 19 de Março de 1569, na medida em que permitiu aos prelados que, querendo eles, executassem as suas sentenças mesmo nos efeitos temporais que attingissem leigos - diz Marcello Caetano - constitui [...] uma grave alteração no direito português, que conferiu a D. Sebastião a primazia, entre todos os Estados católicos, na concessão de prerrogativas soberanas à Igreja".

Uma Concórdia de 1570, as Ordenações Filipinas e a interpretação vieram, contudo, mini-

mizar os efeitos da provisão de 1569 reintegrando-se na linha de equilíbrio de que a provisão de 1569 foi expoente.

#### 6.4. O direito canónico como direito subsidiário

Durante o período de que nos vimos ocupando, o direito canónico manteve o seu carácter de direito subsidiário em termos idênticos àqueles que lhe eram reconhecidos pelas Ordenações anteriores até à Lei da Boa Razão (18 de Agosto de 1769). Esta lei veio, porém, a pretexto ou a co-recto de uma aparente contradição do L. 3, t. 64 das Ordenações Filipinas, vibrar golpe mortal no sistema vigente.

Dispõe o § 12 da Lei da Boa Razão:

"Item: Havendo-me sido da mesma sorte apresentada que se tem feito na pratica dos Julgadores, e Advogados outra grande perplexidade, e confusão com as outras palavras do sobredito preambulo da Ord. L. 3, Tit. 64. que dizem = E quando o caso de que se trata, não for determi-

nado por Lei, estylo, ou costume de nossos Reynos, mandamos, que seja julgada, sendo materia que traga peccado, por os sagrados Canones. E sendo materia, que não traga peccado, seja julgada pelas Leis Imperiaes, posto que os Sagrados Canones determinem o contrario: = suscitando-se com estas palavras hum conflicto não só entre os Textos do Direito Canonico, e os Textos do Direito Civil, mas até com os das Minhas mesmas Leis, a suppondo-se com erro manifesto para sustentar o mesmo conflicto, que no foro externo dos Meus Tribunaes, e da Minha Magistratura Temporal, se pode conhecer dos peccados, que só pertencem privativa, e exclusivamente ao foro interior, e à espiritualidade da Igreja: Quando outro sim, que a referida supposição d'aqui em diante se haja por não escripta: declarando, como por esta declaro, que aos Meus sobre ditos Tribunaes, e Ministros Seculares não toca o conhecimento dos peccados; mas sim, e tão sómente o dos delictos: e ordenando, como ordeno, que o referido conflicto fundado naquella errada supposição cesse inteiramente; deixando-se os referidos Textos de Direito Canonico para os Ministros, e Consistorios Ecclesiasticos os observa-

rem (nos seus devidos, e competentes termos) nas decisões da sua inspecção; e seguindo sómente os Meus Tribunaes, e Magistrados Seculares nas materias temporaes da sua competencia de Leis Patrias, e subdidiarias, e os louvaveis costumes, e estylos legitimamente estabelecidos, na fórma que por esta Lei tenho determinado".

A partir daqui, o direito canónico passou a ter applicação apenas em quatro hipóteses res-tritas ou residuais:

- a) nos casos em que a lei civil o mandasse expressamente applicar;
- b) nos casos em que os seus preceitos fossem applicáveis pelo uso das nações civilizadas em correção ao direito romano;
- c) nos casos de impossibilidade de recorrer a outros ordenamentos;
- d) nos casos em que os ministros dela devessesam conhecer para obviar à opressão, ou força dos juizes ecclesiasticos (o que abria recurso ao Juizo da Coroa).

### 6.5. A cultura canonística em Portugal

Quanto à situação da canonística neste período, refira-se que o ensino universitário do Direito continua distribuído por duas faculdades: cânones e leis. A faculdade de cânones conheceu as vicissitudes da docência jurídica em geral, ponto este a que teremos oportunidade de voltar.

Entre os canonistas de maior nomeada citam-se Martin de Azpilcueta Navarro, Bartolomeu Filipe, Fernando Páez, Pedro Afonso de Vasconcelos e Louyalo Mendes de Vasconcelos e Cabedo para o séc. XVI, e para o séc. XVII Agostinho Barbosa, António Cardoso do Amaral, D. Rodrigo da Cunha e Tamudo da Fonseca.

### 7. Direito prudencial

Houve já oportunidade de nos confrontarmos com o conceito de direito prudencial, pelo que não nos deteremos agora na sua definição, remetendo para o que então se disse. Interessam-

-nos aqui, somente, vincar que o direito prudencial, trabalhando principalmente sobre o direito romano, em grande parte deste período continuou a ser importante fonte jurídica.

#### 7.1. A função do direito romano-prudencial enquanto direito subsidiário

Importa, por igual recordar que a partir das Ordenações Afonsinas (1446-1447) o direito romano é relegado, legalmente, para a posição de direito subsidiário, em que se manterá até a Lei da Boa Razão (18 de Agosto de 1769). É certo que na prática do foro e da magistratura, não raro, se esqueceu o direito nacional para se adeparem soluções do direito romano ou dos seus intérpretes, isto é um direito prudencial. De qualquer forma, contudo, trata-se de um desvio em contradição flagrante com o preceituado nas diversas Ordenações. No plano legislativo, o Corpus Juris Civilis e o direito romano-prudencial permanecem admitidos apenas subsidiariamente, papel que, aliás, com a lei de 18 de Agosto de 1769 será reduzido ao mínimo.

## 7.2. A opinião comum dos doutores

As Ordenações Manuelinas (e depois as Ordenações Filipinas) guindam oficialmente a autoridade dos juristas, através da opinião comum dos doutores ("communis opinio doctorum") à categoria de fonte do direito. Só que na vigência da compilação de D. Manuel e na de Filipe II se questionou sobre o que deveria ser entendido por opinião comum. Referiu-se que numa primeira e mais simples formulação se considerava opinião comum aquela que obtivesse maior sufrágio ou maior número de pareceres dos doutores ("plurimum testimonio comprobatur")<sup>(1)</sup>. Tal era, por exemplo, o enunciado de Sáido. Contudo, e ainda na vigência da escola dos comentadores, ao lado deste critério meramente quantitativo, se utilizaram outros para fixação do conceito de opinião comum. De acordo com um critério situado em prisma completamente oposto, no plano qualitativo, a opinião comum determinar-se-ia não pelo maior número mas pelo seu peso, pela dose de

(1) Cfr. supra.

verdade que encerrasse cada um dos pareceres que a integravam (pela valor opinio). A reio caminho entre o critério quantitativo e o critério qualitativo situava-se um critério misto ou de maioria qualificada. Para além do tudo isto ainda se abriam frequentemente distinções. Assim, por exemplo, devia considerar-se na determinação da opinião comum se os pareceres haviam sido emitidos incidentalmente ou ex professo na matéria sub iudicio, caso em que valiam mais ...

Toda esta problemática encontrou eco em Portugal, mas apenas tardiamente. A corrente paritária de um critério meramente qualitativo na fixação de communis opinio ficou entre nós circuncrita a alguns autores do séc. XVI que se inseriram nas fileiras do humanismo jurídico<sup>(1)</sup> - um Manuel da Costa, um Aires Pinhel, um Heitor Rodrigues ... Por seu turno, o critério misto encontrará os adeptos em autores do séc. XVII e do séc. XVIII que escreveram na esteira da opinião de um dos introdutores do mos gallicus, Alciato, no seu tratado De praesumptionibus

(1) Cfr. infra.

(praesumptio LI) e do Manual de Confessores de Martin de Azpilcueta Navarro.

Por isso mesmo, não é aceitável o entendimento que procura ver na adoção pelas Ordenações Manuelinas da opinio communis com prejuízo da autoridade de Bartolo um compromisso entre o bartolismo e o humanismo jurídico.

A adoção de opinião comum nas Ordenações Manuelinas obedece ao espírito da escola dos comentadores da própria escola e que Bartolo permitia e era expoente máximo. Estu era o da sobrevalorização da auctoritas dos prudentes. Foram, aliás, os discípulos de Bartolo, a começar por Baldo que elevaram a communis opinio em critério absoluto. Se o próprio Bartolo sustentava que, na dúvida, se deveria recorrer à opinio communis ("communis opinio est sequenda in dubiis nisl notoria maledicat vel rationabiliter convinci possit") mas negava a obrigatoriedade da sujeição do juiz a ela, já Baldo considerava temerarium afastar-se da mesma. Por tudo isto, e como bem frisa o Prof. Draga da Cruz, "a consagração legislativa da opinio communis pelas Ordenações Manuelinas, com prioridade absoluta so

bre a Glossa Magna de Acursio e a opinião de Bartolo, ao mesmo tempo que representava o primeiro golpe sério no prestígio pessoal de que Bartolo entre nós gozara durante um século, representava também, em contrapartida, a glorificação do próprio Bartolo, através da consagração do pensamento da escola simbolizada pelos seus sequazes".

### 7.3. A cultura jurídica

Para maior clareza e melhor compreensão do papel jogado pelo direito prudencial neste período convém atrair um parêntesis sobre a cultura jurídica na época que vai de 1415 a 1820.

No longo período em referência, a cultura jurídica portuguesa conheceu momentos de grande vitalidade e momentos de crise. Uns e outros ficaram-se devendo quer a factores endógenos quer exógenos.

Entre os factores internos que assumiram relevância especial contam-se o papel desempenhado pela Universidade; dos externos há que consi-



derar os movimentos verificados por toda a Europa no campo do pensamento em geral e no campo do direito em particular. Entre esses movimentos, assumem relevância a renovação cultural que ficou conhecida na história do pensamento com o nome de Humanismo e a linha intelectual que se consignou designar por Racionalismo.

A Universidade desde 1377 fixada em Lisboa foi mudada para Coimbra por D. João III em 1537. Preocupou-se este monarca em conferir-lhe condições de prestígio, para o que além da seguir atentamente a sua vida, procurou trazer a Portugal alguns grandes mestres. No campo do Direito, porém, não conseguiu D. João III obter mais do que a vinda de juristas de segundo plano - os doutores Fábio Arcas de Wami e Ascânio Escoto - que exerceram nula ou mais que medíocre influência. Apenas o direito canónico foi servido com a vinda de Martin de Azpilcueta Navarro professor de renome e prestígio incontesteável.

Não obstante, e graças ao clima de renovação cultural do humanismo e à reforma joanina, o

ensino jurídico em Coimbra conheceu certo esplendor, mas momentâneo e sem larga projecção.

No tempo de D. João III, além da Faculdade de Cânones continuou existindo uma faculdade de Leis, sendo nesta o primeiro ano consagrado às Institutas ou Instituições, seguindo-se dois anos de Código e vindo o estudo do Digesto apenas no último ano a culminar (Regimento da Instituta de 17 de Setembro de 1539 e Regimento de Lei de 18 de Setembro do mesmo ano). Ao ensino do direito nacional não era consagrada qualquer disciplina.

O esquema de ensino continuou, na sua essência a ser o tradicional da escolástica - exposição do casus e da dúvida com enumeração de opiniões contrárias e opiniões verdadeiras. Todavia, ordena-se que se não cure "de qüester o tempo em Referir muitas opiniões dos Doutores somente Refirirão Quas ou tres Das [...]" mais "pricipaes". Da mesma forma ordena-se que se não aleguem "muitas cotas de textos e de glossas" principalmente De doctores pera huã cousa".

Houve, portanto, uma preocupação evidente

no têm textos da outra faculdade: os canonistas, Abades, e os leigistas Bártolos; e o reitor mandará sobre isto fazer diligência, como fica dito no fim do seu título".

Este sistema continuou vigente até à Reforma Pombalina, pois a reformação de 1512 que D. João IV confirmaria em 1653 não o alterou.

Convirá referir que com a reforma filipina o ensino jurídico, em latim e baseado na lei, tura e comentário de textos, continua repartido pelas faculdades de cânones e leis, havendo sete cadeiras naquela e oito nesta. Em cânones as cadeiras, parte das quais tomaram o nome das ho ras canônicas, eram a de prima e de véspera dedicada às Decretais, a de terça reservada à lei, tura do Decreto, e de nos para o Sexto, e de Clementinas e duas catedrilhas de Decretais.

Na faculdade de Leis havia oito cadeiras: - na de prima lia-se o Esforgado, na de véspera o Digesto Novo, na de terça o Digesto Velho, na de nos os três livros; ao Código consagravam-se duas cadeiras menores, igual tratamento sendo conferido às Institutas.

de minar pela raiz no ensino universitário o próprio instituto da opinião comum. O que interessa é a qualidade e não a quantidade.

Com a morte de D. João III, todavia, o período áureo da Universidade e do ensino jurídico acaba também. E a Reforma filipina não conseguiu fazer renascer o esplendor de uma e outro. Os Estatutos filipinos conhecidos por Estatutos Velhos que datam de 1591, foram publicados em 1593, foram retocados em 1597 e entraram a vigorar definitivamente em 1598, consagram de novo, por influência do lente Manuel Rodrigues Navarro, o reinado de Bártolo. Dispõe-se, de fei to, no livro 3, t. 42, § 22 desses estatutos que Bártolo é panormitano constituia texto obrigatório das faculdades jurídicas: "Todo o estudante jurista será obrigado, do princípio do seu estudo, a ter os textos da sua faculdade: e não se lhe admitirá prova do primeiro curso sem constar por testemunhas juradas como os tem seus próprios; e provando-se que houve nisto alguma falsidade ou fraude, na parte ou testemunhas, o reitor os castigará, como lhe parecer. E não se poderão graduar sem constar, pelo dito modo, co-

#### 7.4. Tendências bartolistas

Se conjugarmos o que tem sido dito até aqui quanto ao direito subsidiário, à cultura e ao ensino jurídico em Portugal, nota-se, com pequena excepção, forte tendência para arvorar Bartolo e a opinião comum em critérios retóricos de toda a vida do Direito. Assim foi, na verdade. O pretório como o ensino viveram preferentemente sob o signo dessas duas realidades. Apenas alguns juristas atraídos pelas novidades do humanismo conseguiram superar a hegemonia ou ditadura intelectual do bartolismo. Não passou tudo, porém, e ainda aqui de fenómeno efémero que, a despeito da sua luz, não teve força para alterar verdadeiramente a marcha das coisas.

Se a Portugal coube a glória de contar com alguns impulsionadores ou nomes representativos do humanismo jurídico, como Luís Teixeira, discípulo de Policiano e precursos do método filológico, Luís Álvares Nogueira, seguidor de Alciato, António de Gouveia, precursos de Cujácio, a verdade é que a nossa cultura jurídica pouco respira da escola culta ou não consegue suplan-

tar em definitivo o bartolismo. Os mais representativos autores do séc. XVI (como Manuel da Costa, Aires Pinhel ou Heitor Rodrigues) não conseguem autêntica autonomia metodológica e no séc. XVII apenas dois juristas que, aliás, exerceram a docência em Espanha - Eduardo Caldeira e João Altimirano - se podem enfileirar na nova escola jurídica.

O que se diz para o direito romano se diz para o direito canónico, onde a despeito da figura de Martin Azpilcueta Navarro, já referido, os autores mais representativos - Bartolomeu Filipo, Fernando Passa, Pedro Afonso da Vasconcelos e Gonçalo Mendes da Vasconcelos e Cabado, para o séc. XVI, e para o séc. XVII sobretudo Agostinho Barbosa - ficam aperrados à âncora de Bartolo e da opinião comum.

Quanto aos tratadistas de Direito português, distribuem-se por três grandes alíneas, nenhuma delas favorável às divagações eruditas dos humanistas - ou se dedicam eles ao comentário e remissões das Ordenações (Manuel Barbosa, Gonçalves da Silva, Amaro de Lima ...) ou se consagram a casos concretos (como casuístas se apou-

tam António da Gama, Valasco, Cabedo, Febo, Pereira de Castro, Arouca, etc., etc.) ou, finalmente, escrevem sobre a prática (praxe) forense - dos praxistas são de citar Manuel Mendes de Castro e Manuel Lopes Ferrisira.

#### 7.5. O efêmero momento humanista

Colocadas estas considerações, vamos agora tratar ex professo do humanismo jurídico, corrente que assumiu também outras designações - mos gallicus (por oposição a mos italicus, na medida em que as correntes anteriores tinham lo grado em Itália o seu florescimento e a nova corrente se prende, sobretudo, a juristas franceses), escola culta, elegante, alciateia (do nome de André Alciato, um dos seus representantes máximos), cujaciense (de Cujácio ou Cujas, sem dúvida, a figura mais representativa).

O movimento humanista teve, como era natural, também sua projecção no campo do Direito. Traduziu-se o humanismo jurídico, à partida, numa contestação da metodologia medieval, nomeada-

mente da lição de Bártolo e da escola por ele encabeçada, em nome de critérios de filologia. Deste ângulo é possível alinhar alguns grandes nomes - Ambrosio Camaldolense, Niccolò Niccoli, Maffeo Vegio, autor de um De Verborum significatione... A todos, porém, ultrapassa Lorenzo Valla, a quem se ficou devendo as Elegantiae Latinae Linguae, e que se perfilou aos olhos de contemporâneos e vindouros como o paradigma e o mais polêmico representante do antibartolismo na sua primeira fase.

Indignado, segundo se diz, com a estultícia soberba de certo jurista que ousara antepor os escritos de Bártolo - incluso o tratado De insignis et armis - a qualquer das obras de Cicerão, Lorenzo Valla deu vazão à ira numa epístola-lírico a Candido Decembrio (inicialmente a Catone Saco), onde, de mistura com outros acutilantes juízos, condena Acúrsio, Dino e vários homens do género do chefe de fila dos comentadores "qui non Romano lingua loquantur sed barbarâ". Será a partir desta acusação gramatical básica que ele e os respectivos seguidores irão desenvolver o ataque aos juristas medievais - Bártolo e bartolistas incluídos. Não se quer com

isto afirmar o humanismo jurídico como uma sim-  
ples filologia. A atitude filológica insere-se  
na renovatio (intelectual, no amor às bonae litte-  
rae, às humaniores litterae, que pressupõe, já  
de si, toda uma atitude moral e espiritual. E da  
postura filológica decorrerem, naturalmente, im-  
portantes consequências espirituais. Sucede com  
frequência assim. Os problemas de palavras coen-  
volvem muitas vezes uma filosofia de base e uma  
afirmação metodológica com profundas repercus-  
sões e implicações substanciais.

O libelo de barbarismo linguístico lançado aos medievos perniciosa, desde logo, a inferên-  
cia de que estes haviam obliterado e deturpado  
o direito romano. Daí a chegar-se à asserção de  
que o que se designara como tal não representa-  
va direito romano autêntico, constituía voo de  
andorinha. O que os juristas da Idade-Média en-  
sinavam e aplicavam como o direito romano não  
era para os novos juristas, os Noviti, - usando  
a fórmula posterior em que Gentili sintetizou o  
problema - o jus "quo utebantur romani Romae  
Constantinopolive". Era um direito formado de  
glosas a glosas - "scribunt nostri doctores mo-

derini lecturas novas in quibus non glossant glos-  
sas sed glossearum glossas" -, onde a letra da  
lei se perdia, não raro, completamente de vista.  
E mesmo quando isso não acontecia, havia-se tra-  
balhado em cima de textos legais adulterados por  
esses medievais - mais góticos que latinos, co-  
mo diria Lorenzo Valla,

Impunha-se, assim, libertar o direito dos  
escólios, glosemas, interpolações, numa palavra,  
proceder a uma restitutio, segundo cânones rígi-  
rosos, pelo regresso ao puro texto da lei. E nes-  
te prisma que Valla e Poliziano irão propugnar  
a substituição de um código por outro código jul-  
gado melhor, da chamada littera bononiensis ou  
vulgate pela littera pisana ou florentina; por  
este caminho se chegará também à conclusão de  
que o direito do Justiniano não era, ele mesmo,  
o verdadeiro direito romano, o tal que usavam os  
romanos de Roma - pecava merecedor de anátima e  
que levaria Hotman a fulminar Triboniano, o com-  
pilador do corpus justinianeu, como responsável  
pela obliteração do direito clássico.

Aqui, o historicismo ilícito na resti-  
tuição filológica sobrepõe-se ao cânone grama-

tical. De filologia passou-se a Clío.

Seja qual for o vector utilizado e o ponto a que se almejassem chegar - o texto original de Justiniano ou o direito clássico -, tinha-se operado, como diz Clavero, uma "subversão dababse textual" do ius commune de procedência media val. Pós-se em causa o Corpus Juris "como livro autoritário e quase sagrado" para empregar uma forma de Koschaker. De facto, o ritorno alle origine, aos modelos culturais da antiguidade clássica, implicava um juízo sobre a compilação justinianeia; e a restituição do texto autêntico de Justiniano - via moderada - importava, pelo menos, uma atitude exegética. De um ou outro modo, ficava questionado o texto que era o suporte de todo o ordenamento jurídico. Abria-se a porta à discussão e valoração crítica. A autenticidade era substituída, assim, pela liberdade frente ao texto, pela caixa. Com subtil perspicácia, Wieacker comparou o processo humanista de regresso às fontes jurídicas autênticas ao retorno à pura escrita do texto bíblico grego que preparou cientificamente a Reforma. São, na verdade, dois espíritos idênticos presidindo a

evoluções análogas.

O humanismo teve, desde cedo, reflexo nos juristas portugueses. Vem a propósito recordar que alguns dos nossos estudantes em Itália, viveram no círculo de relações dos iniciadores do movimento no campo do direito. Citam-se, nomeadamente, Luís Teixeira, Henrique Caiado e Martiinho de Figueiredo, o primeiro, discípulo de Poliziano, o segundo, aluno de Bartolomeu Socino e o último, de autos. Deixando de parte o caso de Martinho de Figueiredo que nos legou apenas a Epistola Plinij Secundum Veram Lectionem ... (1529), a qual (opinião do Prof. Pina Martins) "reincarna a introdução no nosso meio científico dos métodos do humanismo italiano, especialmente florentino", mas passa ao lado do jurídicoo, sem quaisquer considerações a ele atinentes, os outros dois merecem uma referência. Henrique Caiado, na sua oração e epístola a Bartolomeu Blanchio (Veneza, 1504), não citando Bartolo, reprodur a essência dos juízos de Lorenzo Valla sobre os comentadores: "Não vos admireis sapientíssimos senhores de os filósofos do nosso tempo ignorarem esta nobreza de estilo e linguagem

pois vivem sempre mergulhados nas trevas da barbárie e não podem em sua ciência gloriar-se de nenhum autor latino. Vão buscar tudo aos gregos mas recorrendo a tradutores ignorantes tanto da nossa língua como da grega. Tudo olos, os miseráveis, invertem, citam, trocam e lêem o falso pelo verdadeiro, o escuro pelo claro, o adulterado pelo legítimo. E, se alguns entre eles (e poucos são) se dedicam às belas letras e frequentam os livros gregos, são espantosamente desconhecidos, como àquela que quiser filosofar se já de todo necessitaria a barbárie. Porém se o es tudo do direito nada mais nos desse além da eloquência e pureza da língua latina não haveríamos [só com isso] de ser antepostos aos homens de qualquer ordem? Pois não é que o direito nos subministra não apenas as palavras exactas, mas também opiniões tão notáveis e razões tão verdadeiras proferidas de forma tão lapidária que se fica a duvidar se promanam de um filósofo se de um orador? Umito muitas coisas que neste lugar costumam todos os anos ser ditas pelos mais illustres oradores em louvor desta ciência humana: a constituição das cidades, a defesa de fortalezas só possíveis mediante a lei, assim como

o lugar que coto a alguém ocupar, os campos que cultivar e as muralhas com que se defender da injúria dos ladroes".

Por seu turno, Luís Teixeira compartilha da metodologia filológica de Poliziano, sendo de reter que, além de alterar com Bartolo e seus continuadores, de reclamar a liberdade pública o que escrevia e a verdade como critério, de frisar a indiferença ou até a aversão dos juristas pelas bonas litteras, se orienta na direcção filológica de substituição, através do confronto entre a littera bononiensis e a littera florentina. Assuam, pois, o papel do pioneiro desta orientação.

De qualquer forma, e a despeito destes primórdios tão prometedores, o Humanismo jurídico ficou entre nós extremamente limitado. Por um lado, os juristas portugueses educados na prática dos humanistas e na sua vivência directa, ou tiveram nula influência em Portugal, pois se des-nacionalizaram e não regressaram ao país de origem (ó o caso de Henrique Calado, Luís Álvares Nogueira ou António de Gouveia); ou perderam, uma vez regressados ao país da naturalidade e em

contacto com a vida prática, todas as ilusões filológicas, historicistas e racionalistas (assim aconteceu com Luís Teixeira); ou, ainda, se desinteressam definitivamente do Direito (nesta situação se pode apontar Martinho de Figueiredo). Isto e o facto de Bártolo continuar legitimamente consagrado como fonte jurídica explica que os ataques do humanismo jurídico a Bártolo não revestissem, entre nós, a virulência que assumiram, por exemplo, em Itália ou na França.

Os próprios chefes de fila do movimento em Portugal apresentaram a sua discordância através de um cerimonial prudente. Revestem-se de moderação. Pode-se dizer que a sua cor predilecta é o cinzento; os seus tons esbatidos. Bártolo e seguidores ficavam sempre (no mínimo) os intérpretes do Direito "quibus nos omnia debemus", na fórmula de Aires Pinhal. Ela podia coexistir com os expoentes dos mos gallicus nas páginas de um mesmo autor. Dos exemplos mais frisantes deste fenómeno é o Tractatus in forensi actione de Fernando Paes (Lisboa, 1559) - obra que vale a pena referir aqui, já que até hoje não foi ob-

jecto de atenção por parte dos estudiosos. Fernando Paes enfileira decididamente na longa corrente alcíateia. Sucedam-se no Tractatus as provas de reconhecimento e confessada admiração por Alcíate: "ubi Alcíatus post antiquiores omnes declarat, idcirco non insistimus"; "Odofredus et pulchrius Andreas Alcíatus"; "doctissimus Alcíatus"; "Alcíatus vir omni laude dignissimus". Mas com as citações de Alcíate multiplicam-se as invocações a Bártolo, para não falar já de outros comentadores, como Baldo por exemplo.

E a medida que se caminha ao longo do século XVI, os louvores de Bártolo retomam toda a sua força. Seguindo Tiraqueaux, Pedro Afonso de Vasconcelos chama a Bártolo "legalis scientiarum principium" e o autor dos Comentários às Ordenações Manuclinas existentes na B.N.L. (F.C.1777-1779) - docerto o Dr. Luís Correia - repete os elogios de Caccialupi, Jassão, Paulo de Castro, Fulgêcio e Tomás Grammatico a Bártolo, entre os quais os de "iuris lucerna" e "supremus doctor".

O balanço da polémica dos humanistas contra Bártolo pelo que respeita a Portugal é-nos dado pelo bom senso de Gaspar Barreiros na Chor-



Se da produção estritamente jurídica passarmos à literatura em geral ou às fontes não jurídicas de Quinhentos, o quadro não é diverso. Bártolo ressaltava delas como a figura mais representativa do mundo do Direito. Decerto, outros nomes de grandes juristas acompanham, por vezes, o seu - Acúrsio, Saldo, Paulo de Castro, Jusão, Folino, Nicolau de Tedeschi ... Mas com menos frequência e variando, enquanto o de Bártolo permanece o ponto inutável em que assenta a agulha móvel da bússula. É significativo o papel que assume na própria literatura satírica. Isso foi já notado, por exemplo, quanto à obra de Gil Vicente e parcelarmente quanto a Jorge Ferreira de Vasconcelos.

#### 7.6. O racionalismo jurídico. Verney

Depois do breve surto humanístico e ensinosa cultura jurídica em Portugal caíram num período progressivo de decadência contra o qual apenas iria reagir o séc. XVIII. Nesta centúria confluíram, apareceram ou cruzaram-se várias linhas de força e de pensamento importantes: a escola racionalista do direito natural, o us

rographia. As suas palavras correspondem a uma opinião comum entre nós. "Faz mêçam destas armas de Milã, Louraço de Valla em hũ epistola que screueo à Candido, contra hũ tractado que Bartholo cõpos. intitulado de Insignijs & armis, em que se ve claramente à grande arrogancia de Valla, sua pouco modestia e muita descortesia, nas palauras que contra este tam excellentemente usam usa, em que ó reprehenda acerca das leis e regras, que quer dar às cores & animaes dos brasones, q os nobres trazẽ em suas armas. Porq aindã Bartholo nã tevesse muita erudiçã na lingua Latina por andar n'aquelle tempo apagaada, nem muita noticia de tymbres e paquifes, nam se segue por isso, q no direito civil teuassee tam pouca sciencia, como Valla diz que elle taue, chamandolhe nomes que eu me envergonho de ler quanto mais referir, nem sei como elle podia fazer cẽsuras da sciencia de Bartholo, tendo tam pouco studado n'ella, & sabendo mais em materia de perũdios e aduerbios locais, que de cõtractos & vltimas vôtades em que Bartholo per comũ sentimento de todos os que d'isso entẽdẽram & entendem tão excedeo, que tegora nenhum engenho nen iuizo chegou ao seu naquella faculdade".

modernus pandectarum, o iluminismo ... A escola racionalista de direito natural com Hugo Grócio e outros juristas defendia a existência de um direito natural eterno e imutável, baseado na razão humana, na recta ratio, e que era a forma a que se deveria moldar o direito positivo. Por seu turno, o usus modernus Pandectarum com Carpzové, Heineccio, Struvs, Stryk, Bohmer, partia da ideia de que o direito das Pandectas - isto é, o direito romano - devia ser utilizado naquilo que tivesse de essencial à luz do direito natural, de válido face ao direito estatutário ou nacional. Ou seja: separava entre o vivo e o morto no direito romano, entre o perene e o caduco; ajustava-se aos tempos modernos, em suma. Finalmente o iluminismo (lumières, Aufklärung) reconduzia-se genericamente à luz da Razão.

Como expoente desta renovação intelectual costuma ser apontado o nome de Verney, o autor do Verdadeiro Método de Estudar, cuja crítica ao ensino do Direito em Portugal para além de repetir todo o receituário de acusações dos humanistas contra Cártilo e a opinião comum, contra a silogística jurídica, o amor pedantesco às cita-

ções, a exiguidade ou mesmo ausência de conhecimentos históricos, o excessivo romanismo dos juristas, revela o novo ideário do racionalismo e do iluminismo.

#### 7.7. Reforma dos estudos de direito

Neste contexto se insere a Reforma da Universidade no tempo de Pombal. Em 1770 foi criada a Junta da Providência Literária; em 1771 aparece o Compêndio Histórico do Estado da Universidade de Coimbra ao tempo da invasão dos denominados Jesuítas; em 1772 os Estatutos da Universidade ...

A Reforma Pombalina orientou-se decididamente pelo jusnaturalismo racionalista, dando lugar predominante às cadeiras do Direito Natural e das Gentes, ao encino do direito pátrio, à história do direito; ostenta a marca das ideias cujacianas e do usus modernus Pandectarum.

### 8. A questão do novo Código

#### 8.1. O Decreto de 31 de Março de 1778. A Junta de Ministros

Um ano depois da morte de D. José I e do consequente afastamento de Pombal, D. Maria I, por decreto de 31 de Março de 1778, nomeava uma "Junta de Ministros" com a missão de proceder à reforma geral da legislação vigente.

A comissão era presidida pelo Ministro e Secretário de Estado dos Negócios do Reino, Visconde de Vila Nova de Cerveira, D. Tomás Teles da Silva, dela fazendo parte o Desembargador do Paço (Pereira de Castro), o Desembargador dos agravos da Casa de Suplicação (Gomes Ferreira), o Procurador de Fazenda do Ultramar (Geraldas de Andrade) e o Procurador da Coroa (Azevedo Coutinho).

Além destes cinco notáveis da hierarquia judicial eram agregados à comissão dez juristas, colaboradores na especialidade. A Junta tinha como missão estabelecer a "clara certeza e indubitável intelligência das Leis, a qual ho-

je se tem feito mais difficil, tanto pela multiplicitude de humas, como pela antiguidade de outras que a mudança dos tempos tem feito impracticáveis".

Estabeleceram-se, desde logo, balizes metodológicos: "os Membros desta comissão sigão a divisão das matérias adotadas no Código actual" pelo que os juristas consultos agregados se repartem por subgrupos de análise para cada um dos cinco livros das Ordenações.

O que se pretendia era averiguar: "Primeiro: quædas Leis se achão antiquadas e pela mudança de coizos inúteis para o presente e futuro. Segundo: quædas estão revogadas em tudo ou em parte. Tertio: quædas das que na practica forense tem soffido diversidade de opiniões na sua intelligencia causando variedade no estilo de julgar. Quarto: as que pela experiencia pedem reforma e invocação em beneficio publico para que sendo elle presente tudo eu determine estabeleça o que deve constituir-se no novo Código".

## 8.2. A participação de Melo Freire nos trabalhos da reforma

Esta comissão de hierarcas não produziu os esperados frutos. Francisco Freire de Melo, sobrinho de Melo Freire e seu biógrafo e apologeta, considera mesmo que "nada fizeram".

Vai então entrar em cena Pascoal José Melo Freire dos Reis que, por Resolução Régia de 10 de Fevereiro de 1783, passa a integrar a comissão revisora, abandonando Coimbra para se instalar em Lisboa - e aqui é que a partir de 1799 vai publicar sob a égide da Academia das Ciências as suas Institutiones Iuris Civilis Lusitanae e Institutiones Iuris Criminalis Lusitanae.

Seis anos depois Melo Freire apresenta os projectos de que fora incumbido quanto à reforma dos Livros II (Direito Público) e V (Direito Criminal) das Ordenações. "Concluiu não ensaios, mas um verdadeiro Código de Direito Público, e Criminal Portuquez", como refere Freire de Melo.

Saliente-se que, além dos projectos de Melo Freire, de trabalho útil de revisão apenas se conhecem fragmentos da reforma do "Direito testamentário", da autoria de Duarte Alexandre Holbach.

## 8.3. A Junta de Censura e Revisão

Apesar disso, por Decreto de 3 de Fevereiro de 1789, é nomeada uma Junta de Censura e Revisão dos trabalhos efectuados, composta por uma comissão de cinco membros e de uma conferência superior de mais dez membros maioritariamente recrutados entre os hierarcas da Junta de 1778.

Convém reforçar que nesta década de "vira-deira" face ao consulado de Pombal, a classe política de então vive um período de especial convulsão onde as vindictas sanesadoras se misturam com os receios revolucionários.

Ora, Melo Freire, um dos principais executores das reformas de Pombal e por ele cumulado de cargos e honrarias, teria de sofrer as conse-

quências da "despombalização". Um dos seus inimigos é precisamente o Secretário de Estado dos Negócios do Reino de D. Maria I, José de Seabra da Silva, o autor do Decreto de 3 de Fevereiro e urdidor das malhas da censura que vão impedir a promulgação do novo Código. Seabra da Silva (1732-1813), que durante três anos foi adjunto de Sebastião José de Carvalho e Melo, vem por este a ser demitido, preso e depois degradado, voltando a ser ministro do Reino, de 1788 a 1799.

Saliente-se que os ventos da mudança política até num Melo Freire provocaram "viradeiras" vocabulares. Não afirma ele expressamente na introdução às Institutiones Iuris Criminalis Lusitani que "sob o governo de D. Maria I e de D. João, Príncipe Filósofo e humaníssimo, é permitido aos escritores emitir livre e impunemente o seu juízo, tanto sobre as coisas públicas como sobre as particulares, contanto que o façam com a maior descrição e dentro dos limites próprios dum bom cidadão"? Mera cláusula de estilo ou capacidade de adaptação às novas realidades políticas?

Refira-se que a própria História Juris Civilis Lusitani (já redigida em 1777, mas apenas impressa em 1788) fora objecto de uma censura que vera conduzida pelo oratoriano António Pereira de Figueiredo, académico e Deputado da Real Mesa Censória, que quase fez perigar a respectiva publicação.

#### 8.4. A censura de Ribeiro dos Santos

Dos jogos de bastidores da "viradeira" de que o Novo Código foi vítima, conhecemos apenas alguns fragmentários indícios que, se levantam pontas do véu, não mostram as verdadeiras linhas de força. um disputa.

Mas para a história jurídica portuguesa valeu a pena todo o processo.

Para além dos trabalhos de Melo Freire ficaram-nos uma das nossas mais célebres polémicas jurídicas, entre o autor dos projectos e o lente de Cânones António Ribeiro dos Santos (1745-1810) responsável pela principal censura a Melo Freire. A outra censura surgida, de autoria

do também canonista Francisco Pires de Carvalho, incide apenas sobre aspectos formais relativos à arrumação dos títulos, não merecendo particular destaque.

As críticas de Ribeiro dos Santos e as respostas de Melo Freire ficaram felizmente registadas em letra de forma para a posteridade (edição de 1844), havendo também várias edições dos projectos de Melo Freire. É que a polémica não se limita à mera discussão de abstractas escolas do pensamento jurídico ou de meros permeanos casuísticos do direito positivo. Constituído, bem pelo contrário, uma disputa jurídico-constitucional sobre as causas da crise nacional dessa alvorada do séc. XIX, uma contradita de argumentos jurídicos, onde, lado a lado com os monstros sagrados do iluminismo estrangeiro, se invocam os nossos prudentes e os nossos documentos fundamentais desde a fundação da nacionalidade, numa tentativa de superação do impasse institucional então existente. "Eram a própria organização política da Monarquia e o próprio direito divino que eram chamados ao crivo da revisão crítica perante a consciência culta do país" (Ca-

bral de Monçada).

De facto, o terramoto político pombalino significou o ruir da última pedra do edifício institucional do "ancien regime" português que até então vivera num equilíbrio instável balouçando entre um despotismo estrangeirado e os restos da representatividade medieval. As circunstâncias da época exigiam, na verdade, uma profunda revisão legal e constitucional que adaptasse o Estado e o Direito às novas realidades políticas, sociais e económicas.

O tempo dos "déspotas iluminados" chegava ao fim. A reconstrução já não se compadecia com conjunturais soluções de força exigindo uma nova filosofia estrutural, como o prenunciavam as recentes "revoluções" iluministas.

Tal como os "legistas" na transição do séc. XIV para o séc. XVI, cabe agora aos "juristas", neste final de setecentos, a missão de fazer descer à cidade as ideias dos filósofos transformando as abstracções em concretos normativos.

### 8.5. Linhas gerais da disputa ideológica

Uma perspectiva simplista da polémica pode tender a reduzi-la a uma simples luta entre um adepto do despotismo esclarecido, Melo Freire, e um simpatizante do liberalismo, Ribeiro dos Santos. A questão afigura-se-nos bastante mais complexa, porque cada um dos dois juristas é um pouco mais que essa adjectivação ideológica a posteriori.

O último quartel do séc. XVIII, de que ambos os autores são típicos representantes, cons titui um cadinho de "luzes" contraditórias, que não se reduz à mera tensão entre "revolucionários" e "contrarrevolucionários" avant la lettre. É que entre um adepto do despotismo esclarecido e um jacobino vai apenas a distância estratégica que separa dois irmãos inimigos.

De facto, entre o liberalismo vintista e Jacobino e o despotismo esclarecido de Pombal há o mesmo objectivo estadualista: neste é o princípio iluminado a uniformizar a variedade pluralista das comunidades, naquele são os parlamentos e as respectivas "vontades gerais" absolutas.

O mesmo tipo de razão iluminando dois processos apenas instrumentalmente contraditórios. Porque o real inimigo de ambos é a sociedade pluralista gerada na Idade Média onde o poder dos reis nasceu ou cresceu através do consenso das ordens.

De outro modo, não se compreenderá por exemplo, o culto prestado a Pombal pelos nossos liberais que leva a que um pombalista como Melo Freire venha a ser indicado como mestre da geração de um Borges Carneiro ou de um Fernandes Tormaz.

Diga-se de passagem que este "pombelismo" dos liberais foi especialmente criticado por Camilo Castelo Branco que no seu Perfil do Marquês de Pombal, precisamente de 1882, por ocasião do primeiro centenário da morte do cônsul, lhe acen tava a vertente despótica. Camilo considera que a democracia dos ultraliberais do seu tempo "tem uma ideia, um simbolismo a que chamou - Marquês de Pombal - adulterando-o até às condições fabulosas do mito" ... "aplaudindo incondicionalmente o titular e o despota, desautorizou-se. Quando se queixar das providências coagentes da po-

lício, modificará o seu credo".

Já Ribeiro dos Santos revela um outro tipo de mentalidade oitocentista. Iluminista, sem dúvida, mas marcado pela humanitarismo não agnóstico e defensor de formas reformistas à anylo-saxónica, Ribeiro dos Santos é, na verdade, o contrário tanto da mentalidade "revolucionária" como da mentalidade "contra revolucionária" procurando reformar a partir das raízes, esse meio termo não absolutista mas consensualista, que a partir de Pombal foi herdado da família portuguesa e que só cerca de cinquenta anos depois parece renascer no estilo de certa regeneração herculanista que aberta aos ventos da mudança procura enraizar-se culturalmente no próprio corpo nacional.

Abra-se uma especial referência à multifacetada personalidade de António Ribeiro dos Santos. Este portuense, lente de Cânones em Coimbra de 1779 a 1795 repartiu o seu labor intelectual por várias áreas culturais. Ele é o poeta neo-clássico "Elpino Ourionense", que também traduz Horácio e Homero; é o filólogo que estudava

origens da nossa língua; o biógrafo de Pedro Nunes e D. Francisco Manuel de Melo; o membro da Academia das Ciências de Lisboa que se ocupa da história da literatura sagrada dos judeus em Portugal, das origens da nossa tipografia, da cartografia e da astronomia. Um típico homem do Iluminismo oitocentista pré-pombalino que espera não só um biógrafo à sua altura como também a publicação dos seus inúmeros manuscritos existentes na Biblioteca Nacional de Lisboa, de que foi bibliotecário-mor desde 1796.

O pretensão liberalismo de Ribeiro dos Santos se enraíza no jansenismo dominante, mas sempre as suas raízes no tradicionalismo português, seja nos praxistas pré-pombalinos, seja nos velhos foros medievais. Como ele próprio diz:

"Em um governo que não é despótico, a vontade do Rei deve ser a vontade da lei. Tudo o mais é arbitrário; e do arbitrio nasce logo necessariamente o despotismo ... o Príncipe e a lei devem mandar uma mesma coisa, porque o throno e as leis têm a mesma origem, e dirigem-se a um mesmo fim".



- segundo, "em Portugal não ha lei alguma ... que limite o poder do Rei e que dê parte no seu governo por alguma maneira ao povo, nobres, ou ecclesiasticos; e por consequencia, que sendo pure esta monarchia, a majestade só reside na pessoa do Rei, como é da natureza do principado"
- terceiro, a successão do reino deve decidir-se pelas actas das Cortes de Lamego e não "pelos principios de Direito Publico universal, e das Gentes"
- quarto, "o reino de Portugal, como não veio ao Rei por doação ou translação dos povos, mas pelo direito do sangue e da conquista, ficou desde o principio pertencendo ao seu livre império e administração", considerando contudo que isto não quer dizer "que o reino está no dominio e propriedade do Rei, e que pode usar e abusar dele como qualquer senhor particular do que é seu; mas só que o Rei tem uma livre, geral e privativa administração sobre todos os bens e pessoas do Estado, e auctoridade para de

"Ribeiro dos Santos era apenas, sob a capa do censor official do Projecto de novo código, o crítico moderado dos inconvenientes da Monarquia absoluta. Não citava ainda Rousseau, nem Montesquieu nem os discursos inflamados dos oradores da Assembleia Constituinte. Mas sob ascensuras por vezes acerbas do crítico sentia-se, como num eco longínquo, a voz doutrínaria de Vaz de Gouveia e dos juspublicistas da Restauração, de mistura com algo das ideias do novo avangardismo político dos jusnaturalistas do século XVIII e das Constituições inglesa e americana" (Cabral de Moncada).

#### 8.6. A "monarquia pura" de Melo Freire

Na resposta à primeira Censura de Ribeiro dos Santos, Melo Freire confessa explicitamente os princípios que o nortearam:

- primeiro, "os nossos Principes não devem a sua autoridade ao povo, nem dele receberam o grande poder, que hoje e sem pre exercitaram"

tudo dispôr, segundo a exigência da causa pública".

Mais adiante Melo Freire concretiza melhor o seu pensamento dizendo não querer "um Rei tyrano e despótico". "Eu quero um Rei humano, que conheça, que elle foi feito para a república, a não a república para elle; que ame os seus vassallos; que lhes administre justiça sem accephão de pessoas; que os contonha nas suas respectivas obrigações; que os premie e castigue depois de os ouvir, que lhes faça guardar os seus privilegios, que não forem prejudiciaes aos povos; que respeite o sagrado direito da propriedade; que não abuse do seu poder; e que não prive o homem e o cidadão da sua liberdade natural e civil, senão no caso de assim o pedir a causa publica, e o bem universal da sociedade".

Diga-se de passagem que nestas "confissões" de Melo Freire há uma cedência dialáctica às críticas de Ribeiro dos Santos que contrastam com outras respostas mais agrestes: "se eu não me engano, o censor ou quer fundar em Portugal uma monarquia nova e uma nova forma de governo, ou

quer temperar e acomodar a actual aos seus desejos e filosofia" ou "... parecem-me um sonho to dos estes artigos de privilégios da nação de Portugal", ou ainda "... o chamado pacto social é um ente suposto que só existe na cabeça e imaginação alambicada de alguns filósofos ...".

Quanto a outras "cedências" de Melo Freire, Cabral de Moncada refere as enigmáticas palavras do § I do título I do Projecto: "e aos nossos vassallos, como tais, e como membros do corpo político do Estado, de que nós temos a dírecção e o governo, estão igualmente inerentes e competem certos e determinados direitos; uns e outros fazem o objecto do direito público de Portugal". Moncada questiona se "o pensamento político de Ribeiro dos Santos não teria acabado por exercer alguma influência no espírito do jurista" (Melo Freire) ?

#### 8.7. A monarquia consensualista de Ribeiro dos Santos

Ribeiro dos Santos faz particular questão

em especificar o que entende por leis fundamentais tais resultantes da "convenção expressa ou tácita entre o povo e o príncipe", que "longe de deixar ficar em arcano e confusão, devem ser as primeiras, que mais se declaram, e se põem em maior luz". Diga-se que para o autor estas eram, além das actas das Cortes de Leamego, as que garantiam os direitos invioláveis, as foras e privilégios do corpo da nação e dos diferentes estados do reino.

"O bem do Estado pede, que depois de se haverem posto neste Código os sagrados direitos de majestade do príncipe, não esqueção os direitos invioláveis da nação", porque haveria de "considerar os vassallos como corpo da nação".

"Os direitos que competem aos vassallos como tais, podem ser de dois géneros: 1º direitos públicos, devidos a todos os vassallos em razão das leis fundamentais, ou naturais ou positivas; 2º direitos particulares que podem resultar a cada um deles em razão dos seus serviços feitos à Coroa para obterem mercês e recompensas. Os primeiros pertencem ao direito público universal, ou ao direito público constitucional da Nação ...".

Se ainda não diz que o poder dos Príncipes vem dos povos diz claramente "que os povos, constituindo os reis, lhes não transferirão absolutamente tudo o poder a auctoridade, que têm, mas só lhes darão o poder de administração, fazendo-os primeiros magistrados e mandatários da nação; e a ella inteiramente sujeitos e responsáveis no seu governo".

Noutro lugar e criticando a Melo Freire o facto de estabelecer ao príncipe o direito de privativamente fazer leis, Ribeiro dos Santos, invocando os antigos privilégios das Cortes que considera como não prescritos, considera a questão do seguinte modo: "Este antigo conselho legal das cortes não era uma instituição arbitrária e dependente da vontade dos nossos príncipes, como muitos têm seguido nestes últimos tempos, mas um estabelecimento constitucional, fundado nos nossos antigos usos e costumes ... que exigiam a concorrência da nação, ou dos seus representantes, no exercício do poder legislativo".

E mais adiante: "eu não ousa resolve-la (a questão) contra o Príncipe; mas também me não atrevo a decidil-a contra a nação: suspendo o

quinte às interpretações, que fazem partes del-  
las: ora os povos pelo commum respeito mais a  
lei a declaração, que emana immediatamente do sa-  
grado consistorio do Principe, do que a inter-  
pretação, que provem immediatamente do magistra-  
do, por mais autorizado que o considere".

O conceito da lei em Ribeiro dos Santos  
adquire precisos contornos: "as leis devem ser  
simplices mandamentos, que determinem as acções  
dos subditos, e não lições académicas, em que se  
exponhão as razões e motivos em que ellas são fun-  
dadas" porque "dando-se as razões das leis, se  
abre francamente a porta a desvaltraes dúbidas  
e interpretações".

Também sobre a codificação não deixa Ri-  
beiro dos Santos de clarificar o seu pensamento:  
"praticar a arte de distribuir methodicamente ao  
bre um plano bem formado as leis e os seus di-  
versos artigos, reduzindo as espécies aos seus  
verdadeiros principios e dispondo as cousas por  
uma ordem tão gradual e sucessiva, que umas  
se deduzissem das outras, e se fossem enlaçando  
entre si: isto é, que faria as leis geraes

meu Juizo em reverencia a ambos".

Era em síntese, a defesa de uma monarquia  
consensualista e representativa, conformada por  
uma constituição histórica e limitada pelos fo-  
ros tradicionais e por um direito superior aos  
povos e aos reis.

8.8. O monismo legalista - Se, quanto à teoria do  
Estado Ribeiro dos Santos é um nítido consensua-  
lista, no tocante à teoria do Direito, assume-se  
inequivocamente como um radical legalista defen-  
dendo o monismo legiferante e a necessidade da  
codificação uniformista.

Melo Freire, propõe, por exemplo, que os  
Assentos da Casa da Suplicação mantenham força  
para resolver dúbidas "sobre a intelligência da  
lei e a sua applicação, isto é autoridade de in-  
terpretação autêntica. Ribeiro dos Santos, pelo  
contrário, considera isto como inconveniente: "é  
conferir-lhe uma porção considerável do poder le-  
gislativo, que nunca convem deixar sair das  
mãos do Príncipe, para a delegar e repartir pe-  
los súbditos". "É necessario inspirar aos povos  
confiança, respeito e amor às leis, e por conse-

simples, claras e breves".

Dai o desejo de unidade e uniformidade: "a sabedoria das leis depende da uniformidade dos principios, que as constituem: uma legislação, para ser boa, deve ser fundada na sua totalidade sobre os mesmos principios, edificada sobre a mesma base, e trabalhada sobre um mesmo plano seguido e uniforme: ora esta uniformidade não se pode achar no meio de uma legislação composta sucessivamente, e nos diversos períodos de diferentes e encontrados governos, e por diferentes legisladores".

Dai o radicalismo da proposta: "um edificio destes, irregular e defeituoso, é melhor demolir-o todo e reedificá-lo de novo, do que concertá-lo".

8.9. Direito romano - Tanto Ribeiro dos Santos como Melo Freire, na esteira da Lei da Boa Razão, estão de acordo em não se considerar o direito romano como direito subsidiário. Mas o lente de cânones vai mais longe criticando tanto o próprio sistema de ensino do direito onde ainda predomina o romanismo: há "oito cadeiras

de direito romano, e uma só de direito pátrio em todo o curso jurídico", além de que "succede pelo commun, que aquelle é alvo principal das lições dos professores, e este apenas se toca perfunctoriamente". Ora o estudo, que se faz na mocidade, é o que causa maiores e mais frequentes impressões no curso da vida".

Refere também que as Ordenações são "fundadas em grande parte nos principios de direito romano" pelo que "verdadeiramente se não podem muitas vezes entender, nem applicar exactamente sem o profundo conhecimento daquelle direito, e sem a sua allegação na prática". O que até leva a que as "leitura dos bocheiros no Desembargo do Paço" incidam "sobre textos de direito romano".

8.10. Direito criminal - Também quanto a matéria criminal Melo Freire e Ribeiro dos Santos entram em contenda. De facto, Melo Freire, que tão severamente criticou o direito criminal das nossas Ordenações, na esteira do humanitarismo de Beccaria, no seu projecto de Código Criminal ficou aquém da filosofia que o norteava e que tão

cessaria na republica".

E depois de referenciar quase uma dezena de autores abolicionistas, conclui: "todos estes seguem que esta pena não pode ser, senão uma guerra da nação contra um cidadão, cuja morte se tem por util e necessaria à conservação da sociedade, e que nunca pode verificar-se no estado ordinario da república". "Imponha-se o princípio, se ainda quizer, no seu Código mas não dogmatize sobre a sua necessidade".

longamente expende nas Institutiones Iuris Criminalis Lusitani.

No projecto, por exemplo, mantém a pena de morte para vários delitos, aceitando, no caso da alta traição, crueldades como o esquarteramento post mortem, a incineração das vísceras do executado, o selgamento das terras, etc., um pouco à semelhança do que acontecera com o processo dos Távoras.

Ribeiro dos Santos, pelo contrário, "pode com razão considerar-se o primeiro abolicionista, plenamente convicto, do pensamento criminalístico português" (Braga da Cruz). Se considera a pena morte como lítica, demonstra exaustivamente a respectiva inconveniência, superando, em termos jurídicos, o próprio discurso de Becaria.

Ribeiro dos Santos declara expressamente a este respeito: "não tracto aqui da sua moralidade, nem da sua utilidade, o que não pertence a este logar, nem pretendo que Sua Magestade haja de abolir esta pena: digo sómente que não convêm hoje propor no Código este principio = que a pena de morte no estado ordinario é ne-

tos constitucionais à concreta sociedade que visavam ordenar.

Saliente-se que a ideia de constituições-crita constitui mera parcela de um sistema político ao lado de outras como as de direitos individuais naturais do homem e do cidadão, liberdade e igualdade de todos os homens perante a lei, soberania popular e nacional, governo representativo, separação de poderes e monarquia constitucional, conforme a lição de Cabral de Moncada no seu estudo: Origens do moderno constitucionalismo.

Nunca, na verdade, poderemos entender a floresta liberal se continuermos apenas a analisá-la sem ver as suas árvores.

b) A história das constituições escritas tem, pois, de ser reduzida à sua verdadeira dimensão de mero capítulo de um processo mais vasto. O constitucionalismo do século XIX é uma resultante da eliminação do pluralismo do ancien-régime, e dos consequentes monopólios da lei - como modo de criação do Direito -, e monopólio do Estado-como criador e aplicador do Direito.

## 2ª ÉPOCA

### 2º Período

#### 9. A codificação constitucional do século XIX

9.1. O Constitucionalismo novocentista e o movimento da codificação - a) As correntes dominantes do nosso constitucionalismo historiográfico, teoricamente normalmente a perspectiva do processo de instauração do liberalismo em Portugal através da óptica restrita da sucessão das constituições escritas.

Mas os textos constitucionais portugueses e respectivos actos adicionais, longe de constituírem marcos separadores do percurso liberal, são meros epifanómenos de um movimento mais fundo de ideias e de alterações políticas, sociais e económicas que só uma perspectiva redutoramente positivista pode sacralizar.

Importa, sobretudo, atender aos respectivos antecedentes factuais e ideológicos procurando determinar a adequação dos sucessivos tex-

As constituições desse período, inserem-se, pois, no grande movimento da codificação, devendo ser entendidas como meros códigos de direito público, ao lado dos códigos de outros reinos de direito. O Código Civil de Napoleão (1804) ou o nosso Código Civil de Seabra (1867) por exemplo, são marcos tão importantes da codificação jurídica novacientista quanto uma das muitas constituições escritas francesas ou portuguesas.

Até porque entre as sucessivas constituições há uma continuidade textual quer quanto a princípios quer quanto a mecanismos institucionais, que faz com que em muitos países, entre os quais o nosso, se possa dizer que há apenas várias edições actualizadas de uma única constituição.

9.2. Confronto entre as constituições antigas e as constituições liberais - Importa salientar que as constituições liberais, se constituem as primeiras das constituições formais, não são a única forma histórica de constituição material.

Sempre que há um Estado duradouro tem de existir um estatuto fundamental, formalizado ou não, de sociedade politicamente organizada.

Das leges datae e leges provinciarum dos romanos à Magna Carta Inglesa de 1215; desde alguns forais medievais portugueses às cartas coloniais dos séculos XVII e XVIII, são inúmeros antecedentes das constituições escritas liberais.

A luta pela Constituição, em sentido amplo, perde-se, na verdade, nas raízes da própria civilização graco-romana. Desde a aristotélica "polis ordenada segundo a Justiça" à societas de Cícero, vários são os pontos de partida para a procura de uma ideia de Constituição, "a procura de um fundamento para o poder, indagação que anda sempre associada à necessidade da concreta limitação dele" (Francisco Lucas Pires).

Se na ideia Média esse ideia constitucionel se concretiza no dualismo contratual Rex-Regnum, com o estatalismo da Idade Moderna chega-se ao monismo absolutista seja o despotismo esclarecido (L'Etat c'est moi) seja o do jacobinismo democrático da volonté générale.



O que as Constituições liberais, contudo, manifestam de novidade, são, segundo MAURION, os seguintes caracteres:

- caracter de fundação efectuada por um poder constituinte qualitativamente diferente do mero poder legislativo;
- especial formalização dos textos constitucionais, bem distinta do exercício do poder legislativo ordinário;
- caracter de estatuto fundamental do Estado, decretado ex novo pelo poder constituinte.

Como escreve Cabral de Moncada, enquanto que "as constituições políticas antigas eram que se sempre um produto muito lento de condicionamentos complexos, actuando na sua formação como causa eficiente, as dos Estados modernos são geralmente um produto repentino da vontade soberana de uma raça, actuando sob a representação de causas finais e de certas representações ideológicas, saídas de um facto de um assembleia, como Minerva da Cabeça de Júpiter, quando não o produ-

to calculado da liberalidade de um príncipe que se arvora, ele, em architecto desta espécie de construções políticas e sociais".

Por outro lado, "ao passo que as constituições antigas eram, as mais das vezes, o resultado de um acordo ou contrato firmado entre os dois poderes, soberano e povo, dotados ambos de direitos autónomos e independentes, visando o bem comum, como nas leis fundamentais, as Constituições modernas resultam também de um contrato político, como as anteriores, mas tal contrato não é celebrado apenas entre duas partes contratantes: é celebrado entre todos os membros da comunidade".

9.3. As principais constituições liberais - O movimento liberal das constituições escritas tem origem nas revoluções americana e francesa que levam ao aparecimento de dois estilos de liberalismo e de textos constitucionais.

a) O liberalismo anglo-saxónico radica numa postura consensualista que retoma as teses do dualismo medieval. Considera que há sempre um grupo de direitos individuais e naturais que