

FACULDADE DE LETRAS DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA  
INSTITUTO DE ESTUDOS HISTÓRICOS DR. ANTÓNIO DE VASCONCELOS

---

# Revista Portuguesa de História

TOMO XIV

HOMENAGEM AO DOUTOR PAULO MERÊA

VOLUME III



COIMBRA / 1974

# O direito subsidiário na história do direito português (\*)

## S U M Á R I O

- i — Importância do tema do direito subsidiário no domínio da história jurídica e do direito comparado. 2 — O impacto do primitivo direito português com o renascimento do direito romano e com o concomitante movimento de renovação dogmática e doutrinária do direito canónico. 3 — O direito romano-canónico como direito subsidiário nesta época. Dificuldades na utilização directa dos respectivos textos. Necessidade de textos em idioma acessível. 4 — Traduções portuguesas das obras de Mestre Jácome das Leis e do *Fuero Real* e *Siete Partidas*, de Afonso o Sábio. Provas da utilização destes textos em Portugal como fontes subsidiárias de direito. 5 — Declínio do *Fuero Real* e das *Partidas* como fontes subsidiárias. Utilização de traduções portuguesas das *Decretais*, do *Código de Justiniano*, da *Glosa de Acúrsio* e dos *Comentários de Bártolo*. 6 — A primeira regulamentação completa do problema do direito subsidiário, nas *Ordenações Afonsinas* (1446 ou 1447). 7 — O direito subsidiário na primeira versão das *Ordenações Manuelinas* (1513-1514). 8 — O direito subsidiário na versão definitiva das *Ordenações Manuelinas* (1521). 9 — O direito subsidiário nas *Ordenações Filipinas* (1603). 10 — Comportamento da jurisprudência e da doutrina perante

(\*) O presente trabalho começou por ser uma conferência proferida pelo autor, em 1971, na *Real Academia de Jurisprudência y Legislación*, integrada no Curso «*Jurisconsultos portugueses en Madrid*» (1971-72) e publicada por iniciativa da mesma *Academia*, sob a epígrafe *El derecho subsidiario en la historia del derecho portugués* (Madrid, 1971). A versão portuguesa que se dá agora a lume, além de acrescida das competentes notas de roda-pé — que se julgam importante complemento e desenvolvimento do texto —, aparece modificada em vários passos, em correspondência, por vezes, com mudanças de pontos de vista do autor acerca dos problemas abordados, substituindo integralmente, portanto, a versão anterior.

o esquema manuelino-philipino da hierarquia das fontes subsidiárias (sécs. XVI a XVIII). n —O choque do iluminismo com a tradição. A *Lei da Boa Razão* (1769). Importância da reforma do direito subsidiário para a vitória das novas ideias. 12 — A nova regulamentação do direito subsidiário na *Lei da Boa Razão*. 13 — Esclarecimentos à *Lei da Boa Razão* acrescentados pelos *Estatutos da Universidade* (1772). O recurso ao uso moderno. 14 — O destino da reforma iluminista no século XIX. Confusão jurisprudencial. *Uso moderno convertido em códigos modernos das nações estrangeiras*. Domínio absoluto destes, como fonte subsidiária, nas vésperas do *Código Civil* (1867).

I. O problema do direito subsidiário ou da integração das lacunas do ordenamento jurídico por que cada povo se rege reveste-se de primordial importância no campo da *história jurídica* e do *direito comparado*. Na verdade, sem um conhecimento exacto de qual tenha sido o direito aplicável no caso de insuficiência das fontes jurídicas imediatas, não é possível fazer uma ideia rigorosa do sistema jurídico por que cada povo se regeu em cada momento da sua evolução histórica e muito menos aquilatar das verdadeiras semelhanças e diferenças dos sistemas por que, no mesmo momento, diversos povos se regeram ou se regem.

No domínio da história do direito, o problema cresce de interesse e importância quando recuamos em data e remontamos a épocas em que a escassez e a imperfeição das fontes imediatas — e, sobretudo, o seu carácter incompleto — obrigavam a recorrer constantemente às fontes subsidiárias, que assim obtinham, não poucas vezes, no quadro dos diversos direitos nacionais, um lugar de maior relevo e de mais larga aplicação do que as próprias normas de direito pátrio. E quando com este fenómeno se conjuga o do recurso por diferentes povos a um mesmo manancial de normas subsidiárias — como sucedeu durante a baixa Idade Média e nos Tempos Modernos, em todos os países da Europa Ocidental, com o recurso ao direito romano-canónico —, é através da integração das lacunas que se esbatem os particularismos jurídicos nacionais ou regionais e que os direitos dos diferentes povos tendem a obedecer a directrizes ideológicas comuns. O direito subsidiário assume então um papel de excepcional relevo como elemento de aproximação cultural entre os povos, fazendo que os respectivos ordenamentos jurídicos man-

tenham entre si uma unidade muito mais acentuada do que pode Suspeitar-se através da diversidade das suas normas legais ou consuetudinárias.

2. Como todos os demais países da Europa Ocidental, Portugal pagou o seu tributo ao direito romano e ao direito canónico xjuase desde os alvares da nacionalidade. Se exceptuarmos, com efeito, os primeiros tempos da nossa independência — em que o País continuou a reger-se pelas mesmas fontes de direito que herdara <la Monarquia Leonesa, com larga primária para o costume

O *Primazia, mas não exclusividade*. Efectivamente, além do costume, Portugal herdou da Monarquia Leonesa como fontes de direito as leis gerais saídas das reuniões solenes (cúrias ou concílios) celebradas em Leão (1017), Coiança (1055) e Oviedo (1115), de cuja aplicação em território português no século XII, já depois da independência do Reino, há provas suficientes e cujos preceitos foram, por isso mesmo, incluídos por ALEXANDRE HERCULANO na publicação dos *Portugaliae Monumenta Historica, (Leges et consuetudines, vol. I, fase. I, Lisboa, 1856, págs. 135 a 142)*. V., por todos, MANUEL PAULO MERÊA, *Resumo das lições de história do direito português (Coimbra, 1925), pág. 54*; GUILHERME BRAGA DA CRUZ, *História do direito português (Apontamentos das lições) (ed. em ciclostilo, Coimbra, 1955), págs. 289 a 291 e 369*; e NUNO ESPINOSA GOMES DA SILVA, *História do direito português (Apontamentos das lições dadas ao i.<sup>o</sup> ano de 1971-1972) (ed. em ciclostilo da Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa. Lisboa, 1971), págs. 232 a 234*.

Sobre as leis gerais dimanadas da *Cúria de Leão* de 1017 (reinado de AFONSO V) e sua integração no texto denominado *Forum Legionensis* (ou *Fuero de León*), v. designadamente : CLAUDIO SÁNCHEZ-ALBORNOZ, *Un texto desconocido dei Fuero de León*, na *Revista de Filologia Espanola*, tomo IX (1922), págs. 317 a 323 ; L. DíEZ CANSECO, *Sobre los Fueros dei Valle de Fenar, Castrocalbón y Pajares. Notas para el estudio dei Fuero de León*, no *Anuário de Historia dei Derecho Espahol*, tomo I (1924), págs. 337 a 381; RAMÓN MENÉNDEZ PIDAL, *Fecha dei Fuero de León*, no mesmo *Anuário*, tomo V (1928), págs. 547 a 549; JOSÉ MALDONADO y FERNANDEZ DEL TORCO, *Las relaciones entre el derecho canonico y el derecho secular en los concílios espafioles del siglo XI*, no mesmo *Anuário*, tomo XIV (1942-1943), págs. 227 a 381 (sign. págs. 234 a 241 e págs. 304 e segs.); Luís VÁZQUEZ DE PARGA, *El Fuero de León (notas y avance de edición critica)*, no mesmo *Anuário*, tomo XV (1944), págs. 464 a 498; CLAUDIO SÁNCHEZ-ALBORNOZ, *En apoyo de dos viejas tesis: [...] II — Sobre la fecha del Fuero de León*, nos *Cuadernos de Historia de Espana*, tomo V (1946), págs. 136 a 139; AVELINO DE JESUS DA COSTA, «*Liber Fidei Sancta Bracarensis Ecclesia*», tomo I (Braga, 1965), págs. 3 a 5 (em nota); RAFAEL GIBERT, *Historia general del derecho espanol* (Granada, 1968), págs. 23; e, sobretudo, o exaustivo e primoroso estudo de ALFONSO GARCÍA-GALLO, *El Fuero de Leñ. Su his-*

e com a única novidade da sua concretização num avultado número de *fueros* (2) e em algumas sentenças judiciais (3) —, podemos dizer

*to ria, textos e redacciones, no referido Anuário, tomo XXXIX (1969), págs. y a 171.*

Sobre os preceitos normativos de carácter geral dimanados do Concílio de Coiança (cuja data é de 1055 e não de 1050, como antes era unanimemente aceite), v., por todos, além do cit. estudo de MALDONADO, (*Las relaciones, etc.*), ALFONSO-GARCÍA-GALLO, *El Concilio de Coyanza, no Anuário H. D. E., tomo XX (1950), págs. 275 a 633 (sign. págs. 344 a 357); e RAFAEL GIBERT, ob. cit., págs. 23-24-*

Também o Código Visigótico (sob as designações de *Lex Gothorum, Liber' Judicialis, Forum Judicum, etc.*) continua a ser citado em alguns documentos portugueses do século xii, nos mesmos termos em que o vinha sendo anteriormente nos documentos leoneses (isto é, já sob a forma duma vaga reminiscência, mantida apenas rotineiramente em formulários notariais ou com pruridos de erudição a que não correspondia uma verdadeira *vis* legislativa); mas, no século xm, essas citações desaparecem e o próprio fenómeno do renascimento do Código Visigótico operado em Castela através da sua tradução para romance (*Fuero Juzgo*) já não tem repercussões visíveis (pelo menos, directas) em Portugal. V. ANTONIO\* CAETANO DO AMARAL, *Memoria IV para a historia da legislação e costumes de Portugal, nas Memorias de litteratura portuguesa, tomo VII (Lisboa, 1806, págs. 60 a 236}- págs. 156 a 162 (nas notas 181 e 182); do mesmo, Memoria V (edição preparada, e organizada por M. LOPES DE ALMEIDA e CÉSAR PEGADO. Porto, 1945),. págs. 211-212; RICARDO RAYMUNDO NOGUEIRA, *Prelecções sobre a historia do direito patrio (ao curso de i7pj a i7p6) (ed. póstuma, Coimbra, 1866), págs. 67-68* MANUEL ANTONIO COELHO DA ROCHA, *Ensaio sobre a historia do governo e da legislação de Portugal (2.ª ed. Coimbra, 1843), pág. 75; HENRIQUE DA GAMA BARROS, História da administração pública em Portugal nos séculos XII a XV (2.ª ed., dirigida por TORQUATO DE SOUSA SOARES), tomo I (Lisboa, 1945), págs. 6 a 8; PEDRO\* MARTINS, *História geral do direito romano, peninsular e português (Coimbra, 1906), pág. 513; PAULO MERÊA, ob. cit., págs. 48-49; BRAGA DA CRUZ, ob. cit., págs. 282. a 285 e 369; MARCELLO CAETANO, *Lições de história do direito português (Coimbra, 1962), págs. 100-101; e NUNO ESPINOSA, ob. cit., págs. 214 a 218.****

(2) Várias terras portuguesas tiveram *foral* (*fuero breve*) ainda sob o domínio leonês ou durante o governo do Condado Portucalense por D. HENRIQUE e D. TERESA. Foi já, porém, após a independência — e, sobretudo, durante os reinados de D. AFONSO HENRIQUES (1139-1185) e D. SANCHO I (1185-1211) — que a outorga de *forais* se verificou em Portugal em mais larga escala. Em compensação, os *estatutos municipais* portugueses (*fueros extensos*), normalmente designados por *foros e costumes*, são todos já do século xm ou posteriores. V., por todos, MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Temas de história do direito, no Boletim da Faculdade de Direito, vol. XLIV (Coimbra, 1968), págs. 250 a 258, onde poderá, encontrar-se a indicação de toda a bibliografia mais importante sobre o assunto.*

(3) É difícil de ver nas sentenças judiciais desta época — pelo menos, em Portugal — uma fonte de direito de carácter autónomo. Na verdade, essas sentenças.

«que é já sob o signo do renascimento jurídico romano-canónico que o direito português verdadeiramente se autonomiza do direito leonês e castelhano, no decurso do século xm, ao cumprir-se o primeiro século da existência de Portugal como reino independente.

Seria despropositado entrar aqui em explanações acerca do condicionalismo em que se verificou, com fulcro na Itália e particularmente em Bolonha, a partir da primeira metade do século xii, o chamado renascimento do direito romano justinianeu e o concomitante movimento de renovação dogmática e doutrinária do direito canónico (4). Mas tem importância recordar, para o nosso objectivo, que a Península Hispânica, onde já na fase pre-irneriana tinham surgido algumas manifestações deste novo interesse pelo conhecimento e aplicação do direito romano (5), foi das primeiras

<(da cúria régia, dos tribunais municipais e dos tribunais arbitrais), apesar do peso que possuíam no estabelecimento de *correntes jurisprudenciais* e de se revestirem por vezes — pelo menos, de facto — de *força vinculativa* para a decisão vde casos similares, eram sempre tidas e havidas, tão-somente, como uma definição autorizada de *costumes* anteriormente vigentes e não como um modo idóneo e autónomo de criar direito novo. Elas próprias entravam, de resto, nesta época, no conceito amplo de *costume*, como sucede na consagrada expressão *costumes Ja corte* (e, mais tarde, na expressão «*costume he em casa JRI Rei*») para designar a *jurisprudência da cúria régia*. V. MERÊA, *ob. cit.*, págs. 49 e 54-55; BRAGA DA CRUZ, *ob. cit.*, págs. 288 e 292-293; e NUNO ESPINOSA, *ob. cit.*, págs. 220 a 224.

(4) Dispensamo-nos de citar a bibliografia fundamental referente ao tema, de tão conhecida que é. Podemos, aliás, remeter o leitor para a lista bibliográfica coligida por ALMEIDA COSTA, na *ob. e vol. cit.*, pág. 230.

(6) Queremos referir-nos particularmente aos *Usatges* de Barcelona e à *Collectio Cæsaraugustana*. Apesar de pertencerem ainda ao século xi ou aos começos do século xii, tanto os *Usatges* — que pretendem apresentar-se como «uma simples colectânea dos *costumes locais* de Barcelona — como a colecção canónica de Saragoça apresentam já nítidas influências do direito romano justinianeu, num momento em que ainda não tinha despontado na Itália a Escola dos Glosadores, sendo justamente consideradas, por isso mesmo, duas das mais expressivas manifestações do chamado pre-renascimento do direito romano. V., por todos, PAUL FOURNIER, *La collection canonique dite «Cæsaraugustana»*, na *"Nouvelle Revue historique de droit français et étranger, XLV.<sup>e</sup> année (1921)*, págs. 53 a 79; GALO SANCHEZ, *Curso de historia del derecho (Madrid, 1932)*, págs. 75-76 e 146 a 150; ROMAN RIAZA y ALFONSO GARCÍA-GALLO, *Manual de historia del derecho espanol (Madrid, 1934)*, págs. 216 e 232-233; JUAN BENEYTO, *Manual de historia del derecho espanol (Zaragoza, 1948)*, pág. no; GARCÍA-GALLO, *Curso de historia del derecho espanol*(5.ª ed., Madrid, 1950), págs. 158, 170 (com citação de abundante bibliografia sobre os *Usatges* de Barcelona, na nota 22)

zonas geográficas da Europa onde o novo credo romano-canónico\* conseguiu difundir-se, cabendo-lhe mesmo, no que concerne à renovação dogmática do direito canónico, a honra de ter sido o berço do grande jurista e grande santo (RAIMUNDO DE PENAFORTE) a quem GREGÓRIO IX deu a incumbência, em 1230, de compilar o *ius novum* da Igreja, na obra imorredoura que foram as *Decretales extra Decretum Gratiani vagantes* (6).

Ora Portugal, apesar de situado no extremo ocidental da Península, não se atrasou, neste domínio, aos demais reinos cristãos peninsulares, podendo assegurar-se que já no século XII havia, entre as figuras gradas que coadjuvavam o Rei na administração do País ou que ocupavam as cátedras episcopais, quem conhecesse as compilações do direito romano e do direito canónico e dispusesse inclusivamente de cópias desses textos na sua biblioteca particular (7)..

e 266; RAFAEL GIBERT, *ob. cit.*, págs. 91 a 95; JESUS LALINDE ABADÍA, *Iniciación histórica al derecho español* (Barcelona, 1970), págs. 159 a 161; e GARCÍA-GALLO, *El origen y la evolución del derecho* (Manual de Historia del Derecho Español I, 4.ª ed., Madrid, 1971), pág. 375.

(6) **As Decretais de Gregório IX (1234), que condensam o *ius novum* da Igreja\*, em complemento da colectânea do *ius vetus* que foi o Decreto de Graciano (1139-1145), foram inicialmente conhecidas, como se sabe, por *Decretales extra Decretum Gratiani vagantes*. Daí, o hábito dos canonistas de designarem essa colectânea simplesmente por *Extra* e de a referirem nas citações pela sigla X«**

As *Decretais*, como colectânea de *ius novum*, ocupavam no campo do direito-canónico um lugar paralelo ao do *Código* no campo do direito romano; e o *Decreto\** como colectânea de *ius vetus*, um lugar paralelo ao do *Digesto*. No estudo e interpretação desses textos e dos que em seguida se elaboraram — o *Sexto*, de BONIFÁCIO VIII (1298); as *Clementinas*, de CLEMENTE V (1313); as *Extravagantes de João XXII* e as *Extravagantes comuns* —, usavam os canonistas (*decretistas* e *decretalistas*) os mesmos métodos de exegese e de construção doutrinária de que os romanistas se serviam quanto ao *Corpus Iuris Civilis*. Daí, o paralelismo da evolução das escolas doutrinárias romanistas e canonistas nesta época.

(7) A existência em Portugal, já no século XII, nos officios palatinos ou nas cátedras episcopais, de homens de destacada cultura (quer nacionais, quer estrangeiros) que tinham feito a sua formação além-Pirenéus e que dominavam já as compilações romano-canónicas foi salientada pela primeira vez por JOZÉ. ANASTASIO DE FIGUEIREDO, na sua *Memoria sobre qual foi a época certa da introdução do Direito de Justiniano em Portugal, o modo da sua introdução, e os grãos de autoridade, que entre nós adquirio*, publicada no vol. I das *Memorias de litteratura portuguesa* (Lisboa, MDCCXCII), págs. 258 a 338. Cita, entre eles, D. JOÃO PECULIAR, arcebispo de Braga, que foi homem de grande valimento político\* junto do nosso primeiro monarca; MESTRE ALBERTO, chanceler de D. AFONSO

Mas é no decurso do século XIII, como aliás no resto da Península, que o fenómeno da recepção romano-canónica vai verificar-se no

HENRIQUES; o italiano (milanês) LEONARDO, conselheiro jurídico de D. SANCHO I e a quem, depois, D. AFONSO II enviou como seu procurador a Roma, para o defender na queixa apresentada por suas irmãs perante o papa INOCÊNCIO III; e vários outros dignitários que aparecem qualificados nos documentos da época por *Mestres* (palavra que parece querer significar então, justamente, *jurisconsultos*, antes de generalizado para estes o qualificativo de *doutores*). V. *ob. e loc. cit.*, págs. 271 a 274.

Ainda no século xvm, chamou JOÃO PEDRO RIBEIRO igualmente a atenção para um documento de 1195, onde se fala dum «*Magister Deeretista Petrus, qui noviter venerat a Romana Curia adulando et policendo se obtimos detulisse rumores*», de onde se infere que havia entre nós, no século XII, quem se ufanasse do prestígio de conhecer, aprendidas na Itália, as novidades jurídico-canónicas do *Decreto de Graciano*. V. a sua *Memoria sobre qual seja a Época da introdução do Direito das Decretas em Portugal, e o influxo que o mesmo teve na Legislação Portuguesa, no tomo VI das Memórias de litteratura portuguesa* (Lisboa, 1796), págs. 5 a 34 (sign. pág. 7).

A estes nomes, recolhidos por FIGUEIREDO e RIBEIRO (e depois sempre invocados, total ou parcialmente, pelos autores mais recentes que ao assunto se têm referido), há que acrescentar especialmente o de D. FERNANDO MARTINS, bispo do Porto (falecido em 1185), por ser o primeiro de quem há notícia concreta de ter possuído, na sua biblioteca privada, ainda no século XII, cópia das colecções romano-canónicas, como se infere das seguintes passagens do seu *testamento*: «*mando Portugalsi ecclesiae decreta mea et institutiones et autenticam et nouellam sicut sunt in uno uolumine et summam decretorum et institutionum et codicis siti in alio uolumine*» e «*mando Bracharensi ecclesiae codicem meum et digestum uetus et nouum in tres partes cum isforciato et psalterium glosulatum*».

Este documento foi dado pela primeira vez à estampa em 1924, com a publicação do *Censual do Cabido da Sé do Porto*, a que pertence (Porto, 1924, págs. 385-386); mas foi MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA quem primeiro chamou a atenção para a primordial importância da passagem aqui referida, no seu livro *Origem da enfiteuse no direito português* (Coimbra, 1957), págs. 62-63, voltando a referir-se-lhe nos seus estudos *Para a história da cultura jurídica medieva em Portugal* (no vol. XXXV, 1959, do *Boletim da Faculdade de Direito*, págs. 258 a 260) e *Romanismo e bartolismo cit.* (no *loc. cit.*, págs. 20-21). NUNO ESPINOSA, ao referir-se ao mesmo documento (*pb. cit.*, pág. 285), faz notar, com razão, o que tem de interessante o facto de as colectâneas justinianeias figurarem na biblioteca do bispo testador à mistura, nos mesmos volumes, com os textos canónicos: os *decreta*, com as *institutiones* e o *authenticum* (*novellae*), «*sicut sunt in uno uolumine*»; e as *summae* dos *decreta*, das *institutiones* e do *codex* «*siti in alio uolumine*». Parece excessivo, porém, querer ver aqui uma concretização material da «unidade espiritual dos direitos canónico e romano», a que o autor, nas páginas anteriores, dá tanto relevo.

nosso País em grande escala, superabundando então os testemunhos da difusão do direito romano justiniano e do novo direito canónico no território nacional: — São cada vez mais numerosas, desde os começos da centúria de 200, as notícias da presença nos centros culturais estrangeiros, particularmente em Bolonha, de estudantes portugueses, que eram outros tantos veículos difusores do direito romano e do direito canónico no seu regresso à pátria <sup>(8)</sup>, como

(8) Além dos nomes já recolhidos por JOZÉ ANASTASIO DE FIGUEIREDO (*ob. e loc. cit.*, págs. 276 e 282), pode ver-se a indicação de muitos outros em diversos autores que, directa ou indirectamente, versaram o assunto, designadamente: ALMEIDA COSTA, *Vara a história da cultura jurídica medieva em Portugal* (no *loc. cit.*, págs. 260 a 275), onde oferece particular interesse a transcrição integral do testamento feito em Bolonha, em 1262, por um estudante português (o mestre-escola da Sé de Braga PEDRO MONIZ) (no *loc. cit.*, págs. 262 a 264); ANTÓNIO DOMINGUES DE SOUSA COSTA, *Mestre Silvestre e Mestre Vicente, juristas da contenda entre D. Afonso II e suas irmãs*, na revista *Itinerarium*, vol. VIII (Braga, 1962), págs. 87 e segs., e vol. IX (1963), págs. 249 e segs.; ANA MARIA BRACINHA DE LIMA MACHADO, *Vicente Hispano — Aspectos biográficos e doutrinários*, no *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 141 (Lisboa, Dezembro de 1964), págs. 5 a 115, e n.º 142 (Janeiro de 1965) págs. 23 a 115; e PAULO MERÊA, *Domingos Domingues, canonista português do século XIII*, no *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra* (vol. XLIII, 1967), págs. 223 a 229.

Há-de acentuar-se que, relativamente a alguns desses *legistas* e *canonistas*, fica de pé a dúvida sobre a sua naturalidade, pois aparecem referidos nos documentos apenas com o qualificativo de *Hispanos* (naturais da Península Hispânica) e só o facto de terem vindo exercer cargos palatinos ou eclesiásticos em Portugal, depois de terem feito a sua formação jurídica além-Pireneus, inculca a sua nacionalidade portuguesa. Tal é o caso de VICENTE HISPANO, cuja origem portuguesa é defendida por FRANZ GILMANN, no seu estudo *Wo war Vincentius Hispanus Bishop ?* (no *Archiv für katholisches Kirchenrecht*, vol. CXIII, 1933, págs. 99 a 107), mas contestada por JAVIER OCHOA SANZ, no seu extenso trabalho *Vincentius Hispanus — Canonista bolonês dei siglo XIII* (Roma-Madrid, 1960, págs. 19 e segs.). ANA MARIA LIMA MACHADO, (*ob. cit.*, págs. 41 a 51 do n.º 141) não toma partido.

Não queremos encerrar esta nota sem lembrar que, ainda no século xm, alguns destes escolares que foram a Bolonha cursar direito romano e direito canónico ascenderam a professores do *Fstudo Geral bolonhês*, só tendo regressado a Portugal depois de aí terem ensinado vários anos, ou tendo aí ficado como professores para o resto da vida. Tal é o caso do próprio VICENTE HISPANO, que leccionou direito canónico em Bolonha (provavelmente, entre 1210 e 1217) antes do seu regresso à Península (v. ANA MARIA LIMA MACHADO, *ob. e loc. cit.*, págs. 8 a 15); e tal é, mais expressivo ainda, o caso de JOÃO DE DEUS, destacado mestre canonista do *Fstudo bolonhês*. Sobre a vida e obra deste último, v. SAVIGNY, *Histoire du droit romain au Moyen-Âge*, trad. de CHARLES GUENOUX, tome IV

igualmente o eram os dignitários eclesiásticos no regresso das suas frequentes deslocações à Cúria Pontifícia <sup>(9)</sup>; e não faltam exemplos da presença entre nós de estrangeiros versados *in utroque iure*, alguns dos quais vêm ocupar destacadas posições, sobretudo na hierarquia eclesiástica <sup>(10)</sup>. Ao mesmo tempo, as referências documentais à presença de cópias das compilações e de outras obras jurídicas

»(Paris, 1839), págs. 175 a 177; e, particularmente, os trabalhos de ANTÓNIO DOMINGUES DE SOUSA COSTA: *Cultura medieval portuguesa. Notas sobre um Mestre português em Bolonha*, na rev. *Itinerarium*, vol. I (Braga, 1955), págs. 29 e segs.; *Doutrina penitencial do canonista João de Deus* (Braga, 1956); *Um Mestre português <em Bolonha no século XIII — João de Deus. Vida e obras* (Braga, 1957); *Animadversiones criticae in vitam et operae canonistae Ioannis a Deo* (Romae, 1958); e *Redacções do «liber dispensationum» e da «summula super decimis ecclesiasticis» do canonista João de Deus*, na *Revista Portuguesa de Historia*, vol. XIII (1971), págs. 269 a 297.

**Sobre a influência do Estudo Geral bolonhês na cultura espanhola, v. especialmente** JUAN BENEYTO PÉREZ, *La Universidad de Bolonia y la cultura española, nos Studi ememorie per la storia deW Università di Bologna, nuova serie*, vol. I (Bologna, 1956), págs. 589 e segs.

Da presença de escolares portugueses de leis e de cânones noutras universidades estrangeiras (Salamanca, Toulouse, Montpellier, etc.) é difícil encontrar notícias seguras antes do século xiv. V., para o século xiv, as exaustivas investigações de JOAQUIM VERÍSSIMO SERRÃO, nos seus seguintes trabalhos: *Portugueses no Estudo de Toulouse* (Coimbra, 1954), págs. 24 a 34 (na ed. francesa da mesma obra, Paris, 1970, págs. 31341); *Portugueses no Estudo de Salamanca*, vol. 1(1250-1550) (Lisboa, 1962), págs. 36 a 43 (primeira metade do século xiv) e págs. 43 a 50 (segunda metade do século xiv); e *Les portugais à V Université de Montpellier (XII<sup>e</sup>-XVII<sup>e</sup> siècles)* (Paris, 1971), págs. 35 a 62. Para os séculos imediatos, v., além destas obras de VERÍSSIMO SERRÃO, a abundante bibliografia citada por ALMEIDA COSTA no seu trabalho *La présence d' Accurse dans l'histoire du droit portugais*, no *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. XLI (Coimbra, 1965), págs. 51-52 (notas 9 e 10). Dessa bibliografia, merecem especial destaque as obras de LUÍS DE MATOS, *Les portugais a VUniversité de Paris entre 1300 et 1330* (Coimbra, 1950) o *Les portugais en France au XVI<sup>e</sup> siècle (Études et documents)* (Coimbra, 1952); e o estudo de GIACINTO MANUPPELLA, *Obras poéticas de Estêvão Rodrigues de Castro* (Coimbra, 1967), onde o autor consagra um extenso capítulo da *Introdução* (págs. 3 a 43) aos «lentes portugueses na Universidade de Pisa» nos séculos xv a xvii.

(9) V. ALMEIDA COSTA, *Romanismo e bartolismo*, no *loc. cit.*, pág. 22 (nota 9).

(10) V. particularmente o notável estudo de PIERRE DAVID, *Français du Midi dans les Évêchés portugais (1279-1390)* no *Bulletin des Études portugaises et de l'Institut Français au Portugal*, tome IX.<sup>c</sup> (Coimbra, 1943), págs. 16 a 70; e também os já citados trabalhos de ALMEIDA COSTA: *Para a história da cultura jurídica medievla*, no *loc. cit.*, pág. 269 (e nota 24); *Romanismo e bartolismo*, no *loc. cit.*, pág. 22 (e nota 9); *c La présence d' Accurse*, no *loc. cit.*, pág. 51 (e nota 8).

romano-canónicas em mãos de particulares, ainda esporádicas no século XII <sup>(n)</sup>, são agora correntes, no século XIII <sup>(12)</sup>; e várias dessas cópias, existentes em bibliotecas conventuais, chegaram inclusivamente até nós, a atestar a crescente atenção que lhes era prestada nos centros culturais <sup>(13)</sup>.

É neste ambiente que o direito português se autonomiza do direito leonês e castelhano, desde os começos do século XIII, através duma actividade legislativa que se inicia, praticamente, no reinado de D. AFONSO II, a partir de 1211 <sup>(14)</sup>, ainda em ritmo moderado\*

<sup>(n)</sup> Ver *supra*, nota 7.

<sup>(12)</sup> **Relativamente ao século xm, os exemplos mais frisantes, encontrados em deixas testamentarias e inventários de bibliotecas privadas, são os que MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA conseguiu recolher no seu referido trabalho *Vara a história da cultura jurídica medieva*, no *loc. cit.*, págs. 260 a 272. As mesmas ou outras notícias de obras jurídicas romano-canónicas em documentos portugueses (desse século ou dos dois imediatos) foram posteriormente referenciadas por DOMINGOS PINHO BRANDÃO, *Teologia, Filosofia e Direito na diocese do Vor to nos séculos XIV e XV* (Porto, 1960); ISAÍAS DA ROSA PEREIRA, *Livros de Direito na Idade Média*, na revista *Lusitania Sacra*, tomo VII (Lisboa, 1964-66), págs. 7 a 60; ARTUR MOREIRA DE SÁ, *Vrimórdios da cultura portuguesa — II* (nos *Arquivos de História da Cultura Portuguesa*, volume II, n.º 1 — Lisboa, 1968); e, do mesmo\*. *O Vorto e a cultura nacional nos séculos XII e XIII* (nos mesmos *Arquivos*, volume II, n.º 2 — Lisboa, 1968), págs. 6 a 9. Tem também interesse, embora já pertencente a meados do século xv, o testamento do Doutor DIOGO AFONSO MANGANCHA, de 9 de Dezembro de 1447, já várias vezes publicado e que MOREIRA DE SÁ reproduziu recentemente no *Chartularium Universitatis Vortugalensis*, vol. V (1446-1455) (Lisboa, 1972), págs. X e 49.**

<sup>(13)</sup> ALMEIDA COSTA (*oh. cit.*, págs. 258-259, nota 7) recolhe numerosos exemplos — todos, no entanto, apenas de colectâneas e obras canónicas pertencentes à livraria do antigo Mosteiro de Alcobaça, hoje conservadas na Biblioteca Nacional de Lisboa e constantes do *Inventário dos códices alcobacenses* (Lisboa, 1930-1932), publicado pela referida Biblioteca.

<sup>(14)</sup> Embora o renascimento do direito romano, com o contributo que deu para o fortalecimento do poder real, tenha sido a causa do grande incremento da actividade legislativa dos monarcas peninsulares no século xm, a verdade é que o reaparecimento da lei como modo de formação do direito, desde o século xi — depois de três séculos de domínio exclusivo do *costume* (séculos viii, ix e x) —\* foi um fenómeno, de si, independente do renascimento romanístico: — Quando AFONSO V de Leão — derrotado o Almançor, iniciado o fraccionamento do Califado de Córdoba e abertas novas perspectivas de consolidação da Reconquista — convoca para a capital do Reino a reunião de nobres e prelados de que haviam de sair as primeiras *leis gerais* da Reconquista cristã (1017), é apenas a *tradição legislativa visigótica* que se reata, depois duma paralisação de três séculos;

mas logo com a marca nítida da influência justinianeia <sup>(15)</sup> e da

e estão na linha da mesma tradição as leis saídas das reuniões seguidamente celebradas em Coiança (1055) e em Oviedo (1115).

O que o renascimento do direito romano trouxe de novo foi o fortalecimento da ideia de que a lei é um produto *exclusivo* da vontade do monarca (*quod principi placuit legis habet vigorem*) e que, portanto, o exercício da actividade legislativa por parte do rei faz parte do dia-a-dia da administração, sem necessidade do aparato da reunião solene da cúria régia. Legislar, numa palavra, deixa de ser um *acto esporádico*, exercido pelo rei depois de ouvidos solenemente os prelados e nobres do reino, para passar a ser uma *actividade corrente e normal* do exercício da soberania régia.

Em Portugal, ainda se seguiu a tradição leonesa quando D. AFONSO II reuniu solenemente a cúria régia em Coimbra, em 1211, daí saindo a quase totalidade das leis que desse reinado se conhecem (cerca de 30); mas, a partir de meados do século, com o reinado de D. AFONSO III (1248-1279), a actividade legislativa intensifica-se e *individualisasse* totalmente na pessoa do rei, a quem a cúria, neste domínio, não precisa mais, como antes, de dar *apoio político* (através do aparato dum reunião solene), mas apenas mero *apoio técnico* (em regime de funcionamento ordinário).

Antes da cúria solene de Coimbra de 1211, a lei geral, entre nós, praticamente não conta, no quadro das fontes de direito. Apenas há notícia, através da referência que lhe é feita em algumas bulas papais, dum lei de D. AFONSO HENRIQUES sobre as barregãs dos clérigos, cujo texto nos é desconhecido, e dum provisão de D. SANCHO I, que concede aos clérigos certos privilégios e regula os limites dos seus deveres militares. V. *Portugaliae Monumenta Historica, Leges* > vol. I, fase. II (Lisboa, 1858), págs. 161 e 162; PEDRO MARTINS, *ob. cit.*, pág. 528; PAULO MERÊA, *ob. cit.*, pág. 127; BRAGA DA CRUZ, *ob. cit.*, pág. 371; MARCELLO CAETANO, *ob. cit.*, pág. 101; e NUNO ESPINOSA, *ob. cit.*, págs. 235-236 e bibliografia aí citada. Sobre a Cúria de Coimbra de 1211, ver especialmente, além das obras gerais, DAMIÃO PERES, *As cortes de 1211*, na *Revista Portuguesa de História*, tomo IV (Coimbra, 1949), págs. 1 a 8.

<sup>(15)</sup> O problema da influência do direito romano na legislação de D. AFONSO II foi cuidadosamente estudado por GAMA BARROS (na *ob.*, *ed. e vol. cits.*, págs. 115 a <sup>115</sup>), que reuniu um significativo número de exemplos concretos. GAMA BARROS deixa no ar a dúvida de essa influência ser já devida ao directo conhecimento das compilações justinianeias ou ao influxo de textos antejustinianeus, através das compilações visigóticas — dúvida a que parece aderir ALMEIDA COSTA, in *Romanismo e bartolismo* cit., (na *ob. e loc. cits.*, pág. 26); mas essa dúvida, como já advertiu judiciosamente NUNO ESPINOSA (*ob. cit.*, págs. 287-288), não tem razão de ser.

Além dos exemplos recolhidos por GAMA BARROS, já JOSÉ ANASTASIO DE FIGUEIREDO havia chamado a atenção (*ob. e loc. cits.*, págs. 274-275) para a origem romano-justinianeia dum lei que aparece atribuída nas *Ordenações Afonsinas* a D. AFONSO II. Trata-se da lei transcrita no livro V, título 70, segundo a qual a pena de morte ou de mutilação de membro determinada discricionariamente pelo

prestígio do direito canónico <sup>(16)</sup> — actividade legislativa que depois se intensifica no reinado de D. AFONSO III, já na segunda metade do século (1248 a 1279), a ponto de constituir, em algumas matérias,

monarca ficaria em suspenso durante 20 dias, «porque a sanha sooe a enbargar o coração, em tanto que nom pode homem veer directamente as cousas», só devendo ser executada «se a Nós em este cōmeos nom revogarmos» — lei que é inspirada num texto do *Código justinianeu* (C. 9, 47, 20), como já anteriormente tinha advertido MANOEL LOPES FERREIRA, *Pratica criminal*, tomo IV (Lisboa, 1761), pág. 105. V. também RICARDO RAYMUNDO NOGUEIRA, *ob. cit.*, págs. 33-34; c BRAGA DA CRUZ, *O movimento abolicionista e a abolição da pena de morte em Portugal (resenha histórica)*, in *Pena de morte (Colóquio internacional comemorativo do centenário da abolição da pena de morte em Portugal)*, vol. II (Coimbra, 1967), págs. 433-434\*

(<sup>16</sup>) O prestígio do direito canónico sobe ao ponto de se ter estabelecido, numa das leis de D. AFONSO II saídas da Cúria de Coimbra de 1211, que as leis do Reino não valham «sse forem feitas ou estabelecudas» contra «os dereytos da Santa egreja de Roma». Cfr. P. M. H., *Leges*, vol. e fase. *cits.*, págs. 163-164. V., sobre o assunto, PASCOAL JOSÉ DE MELLO FREIRE, *Historiae Juris civilis lusitani liber singularis*, § LXIII (4.ª ed., Lisboa, 1806) (a i.ª é de 1788, mas a obra estava acabada de escrever em 1777), pág. 72 (na tradução de MIGUEL PINTO DE MENEZES, *História do Direito Civil Português*, Lisboa, 1968, separata do *Boletim do Ministério da Justiça*, n.ºs 173, 174 e 175, Fevereiro, Março e Abril de 1968, pág. 97); JOÃO PEDRO RIBEIRO, *ob. e loc. cits.*, pág. 9; ALEXANDRE HERCULANO, *História de Portugal*, 8.ª edição (sem data), vol. IV, pág. 9, e vol. VIII, pág. 89; GAMA BARROS, *ob., ed. e vol. cits.*, pág. 108; MARCELLO CAETANO, *ob. cit.*, pág. 103; ALMEIDA COSTA, *Komanismo e bartolismo*, na *ob. e loc. cits.*, pág. 26 (e nota 20); e NUNO ESPINOSA, *ob. cit.*, págs. 236, 243 e 471.

Cremos que se tem exagerado o significado desta lei, quando se pretende ver nela uma total subordinação da vigência das leis pátrias ao requisito da sua concordância com o direito canónico, embora seja fora de dúvida que os canonistas — sempre com pouco êxito — pretenderam difundir e fazer valer a doutrina da subordinação total das leis civis às leis canónicas. Repare-se, com efeito, que a referida lei de D. AFONSO II não fala do direito da Santa Igreja (que poderia entender-se — então, sim — ser o direito canónico), mas dos «dereytos da Santa egreja de Roma», o que pode querer significar apenas, genericamente, as suas *regalias c. privilégios*. A ser assim, as leis pátrias só não valeriam contra os *cânones* que estabelecessem especiais privilégios em favor da Igreja; mas nada obstará à sua aplicação, de preferência ao direito canónico, nos casos de mera diversidade de regulamentações dada pelos dois direitos a problemas jurídicos idênticos.

O que é líquido é que, na prática, nunca essa subordinação das leis pátrias ao direito canónico se respeitou, salvo, como é evidente, nos casos unanimemente reconhecidos na época como pertencentes ao foro canónico (*ratione materiae* ou *ratione personae*).

como o direito processual, uma regulamentação bastante completa e com uma influência cada vez mais acentuada do direito romano-canónico (17). E o quadro completa-se no reinado imediato, com

(17) A contrastar com as escassas três dezenas de leis do reinado de D. AFONSO II (1211 a 1223) — e depois dum reinado sem especial relevo no campo legislativo, como foi o de D. SANCHE II (1223 a 1248)—, o nosso monarca D. AFONSO III, cujo reinado (1248 a 1279) coincide praticamente com o de AFONSO X de Castela e Leão (1252 a 1284), publica já mais de 200 leis, onde a influência romano-canónica se faz sentir na mais ampla escala. Essa legislação, como se sabe, foi ainda toda publicada por HERCULANO, em edição crítica, nos *P. M. H. (Leges, vol. e fase. cits., págs. 185 a 330)*, ao contrário da legislação dos monarcas posteriores, que não está já abrangida naquela publicação e que só nos é acessível através das transcrições feitas nas *Ordenações Afonsinas* ou nas colectâneas não-oficiais de legislação geral, particularmente no *Livro das Leis e Posturas* (código dos fins do século xiv ou começos do século xv, que se conserva no *Arquivo Nacional da Torre do Tombo*, recentemente editado pela Faculdade de Direito de Lisboa, com uma introdução de NUNO ESPINOSA GOMES DA SILVA, Lisboa, 1971. i vol. de XIV +509 págs.) e nas chamadas *Ordenações de D. Duarte* (código da primeira metade do século xv, que pertence hoje à *Biblioteca Nacional de Lisboa* e que se mantém inédito). V., por todos, MERÊA, *ob. cit.*, págs. 129-130.

Todos os autores que se têm ocupado do assunto — desde PASCOAL JOSÉ DE MELLO FREIRE, no século xviii, até aos nossos dias — põem em relevo a ampla romanização da nossa legislação geral a partir da segunda metade do século xiii (reinado de D. AFONSO III) (v. a citação minuciosa desses autores em ALMEIDA COSTA, *Romanismo e bartolismo*, na *ob. e loc. cits.*, pág. 21, nota 8). Cabe, porém, a GAMA BARROS (*ob., ed. e vol. cits.*, págs. 115 a 121) o mérito de primeiro ter feito um pequeno inventário de exemplos concretos da influência romanística na legislação do monarca bolonhês.

Não menos significativo, a respeito do influxo romano-justinianeu a partir deste reinado, é o facto — já salientado por JOZÉ ANASTASIO DE FIGUEIREDO (*ob. e loc. cits.*, págs. 279-280) e, depois, por GAMA BARROS (*ob., ed. e vol. cits.*, págs. 120-121 e 122-123) — de se reconhecer necessário, por vezes, afastar *expressamente* o estatuído pelas leis romanas, para fazer valer o direito nacional. É o caso dum texto, dubitativamente atribuído ao reinado de D. AFONSO III, onde se diz que «custume he en casa delRey que aquela constituïçom do Codigo que diz unde uy siquys in tantum (= C. 8, 4, 7) nom seia aguardada» (cfr. *P. M. H., Leges, vol. e fase. cits.*, pág. 328); e é igualmente o caso duma fórmula de legitimação, do reinado de D. DINIS (1279 a 1325), onde se diz que «sse alguua ley ou deryto ou custume hy a que contra esta mha legitimaçom seia mando que lhe nom enpesca nem aquella ley do Codigo que falia no Titolo dos testamentos que nom son ben feytos, que se começa *conqueritur* (= C. III, 28, 6) E o outentico que sse começa *Nouissima ect. entensso ect.*» (cfr. FIGUEIREDO e GAMA BARROS, *locs. cits.*). V. igualmente NUNO ESPINOSA, *ob. cit.*, pág. 289

a fundação, já no declínio do século XIII, do *Estudo Geral dionisiano*<sup>(18)</sup>, onde o ensino do direito romano e do direito canónico

(nota i); e cit. ed. do *Livro das leis e posturas*, pág. 128 (de onde fazemos a transcrição, com sublinhados nossos).

GAMA BARROS (*ob., ed. e vol. cits.*, pág. 123) chama ainda a atenção, como exemplo bem expressivo do prestígio do *direito romano*, para o facto de certas inovações legislativas de inspiração romanística terem sido introduzidas pelos monarcas na sequência de pedidos formulados em *Cortes* pelos representantes das classes. V. igualmente ALMEIDA COSTA, *ob. e loc. cits.*, pág. 27.

<sup>(18)</sup> A data da fundação da Universidade portuguesa pelo rei D. DINIS, na cidade de Lisboa, foi durante muito tempo considerada incerta, podendo apenas apontar-se como «*termo a quo*» o dia 12 de Novembro de 1288 e como «*termo ad quem*» o dia 9 de Agosto de 1290: o primeiro, por ser a data da expedição da carta em que vários prelados de ordens religiosas e de igrejas seculares comunicavam ao papa NICOLAU IV terem acordado com D. DINIS em que as rendas de várias igrejas que lhes estavam confiadas e de que o rei era padroeiro fossem aplicadas à fundação dum *Estudo Geral* na cidade de Lisboa, solicitando do pontífice a necessária aprovação e confirmação; e a segunda, por ser a data da bula *De statu regni Portugaliae*, do mesmo papa, dirigida «à Universidade dos mestres e escolares de Lisboa» («*universitati magistrorum et scholarium Vlixbonensi*») — que pressupõe, portanto, já juridicamente instituída e entrada em funcionamento —, a aprovar a sua fundação e a outorgar-lhe diversos privilégios. Várias vezes publicados, estes documentos devem hoje ser consultados na já citada colectânea *Chartularium Universitatis Portugalensis (1288-1537)*, organizada por ARTUR MOREIRA DE SÁ, vol. I (1288-1377) (Lisboa, 1966), págs. 6-7 e 10-11, respectivamente).

Em 1912, porém, ANTÓNIO GARCIA RIBEIRO DE VASCONCELLOS, num estudo publicado na *Revista da Universidade de Coimbra* sob a epígrafe *Um documento pretioso* (vol. I da cit. rev., págs. 363 a 392), deu a conhecer um documento recentemente adquirido pelo *Arquivo da Universidade*, datado de 1 de Março de 1290, no qual o rei D. DINIS, aludindo ao *Estudo Geral* que resolvera fundar, promete solenemente protecção e segurança «a todos os que aí estudam ou que de futuro aí queiram estudar» («*omnibus ibidem studentibus uel in posterum studere nolentibus*). Reconhece ANTÓNIO DE VASCONCELLOS que estes termos pressupõem rigorosamente a ideia de que «já houvesse alguns mestres contratados e alunos que começariam a ouvir algumas lições, como ensaio de funcionamento do instituto que se organizava»; mas impressiona-o, além do facto de o monarca usar «expressões perfeitamente decretorias», a circunstância de que o documento «não se dirige ao Estudo, nem à Universidade de mestres e estudantes», inferindo daí que «*de direito*, o Estudo apenas agora principiava a ter existência oficial, a partir do momento da autenticação deste diploma» (cfr. *loc. cit.*, pág. 372). E, na sequência desse raciocínio, exprime o ponto de vista de que «devemos daqui em diante assinar à fundação da nossa antiga e gloriosa Universidade a

e a outorga de graus num e noutro direito ocupam justamente a finalidade mais destacada <sup>(19)</sup>.

data do diploma dionisiano em que essa fundação é solene e oficialmente promulgada e publicada: 1 de março de 1290» (cfr. *loc. cit.*, pág. 373).

Esta opinião, pela grande autoridade de quem a emitia, passou a ser perfilhada sem contestação por todos quantos seguidamente se referiram ao assunto. V., designadamente, PAULO MERÊA, *ob. cit.*, pág. 115; JOAQUIM DE CARVALHO, *Instituições de Cultura*, no vol. II da *História de Portugal* (edição monumental, dirigida por DAMIÃO PERES. Barcelos, s. d. = 1929), pág. 604; MÁRIO BRANDÃO e M. LOPES DE ALMEIDA, *A Universidade de Coimbra. Esboço da sua história* (Coimbra, 1937), págs. 24 a 26; MAXIMINO CORREIA, *História breve de mm documento precioso*, no *Boletim da Academia das Ciências de Lisboa, Nova série*, vol. XXXIV (1962), pág. 37 a 53; BRAGA DA CRUZ, *Lições cits.*, pág. 335; etc.

Em 1962, porém, MARCELLO CAETANO, nas suas *Lições de história do direito português*, já aqui várias vezes citadas (págs. 143-144), veio contestar o ponto de vista de ANTÓNIO DE VASCONCELLOS, alegando que o documento pressupõe que, a essa data (1 de Março de 1290), já o Estudo se encontrava em funcionamento — o que, conforme vimos atrás, o próprio ANTÓNIO DE VASCONCELLOS reconhecia — e que, portanto, não estamos em face do diploma da fundação do *Estudo Geral*, mas apenas perante uma carta destinada a assegurar aos respectivos escolares garantias de protecção e segurança. E esta opinião foi depois perfilhada por ARTUR MOREIRA DE SÁ, in *Dívidas e problemas sobre a Universidade medieval portuguesa* (Separata da *Revista da Faculdade de Letras de Lisboa*, III série, n.º 8, 1964), págs. 31-32, e por NUNO ESPINOSA, na *ob. cit.*, págs. 250-251.

No citado estudo, desenvolve MOREIRA DE SÁ uma argumentação muito arguta e muito de ponderar, no sentido de que, antes da carta de 1 de Março de 1290, teria D. DINIS fundado a Universidade (talvez ainda em 1288, ou, o mais tardar, em 1289), através dum diploma de conteúdo idêntico ao que lhe deu com data de 15 de Fevereiro de 1309 (data que, aliás, parece estar errada), depois de a ter transferido para Coimbra (v. *loc. cit.*, págs. 35 a 38) (v. o referido diploma no *Chartularium cit.*, págs. 43 a 47).

Excede os limites deste trabalho uma apreciação cuidada do problema, que, no entanto, nos parece encontrar-se ainda ericado de dificuldades. V. ainda, do mesmo MOREIRA DE SÁ, *La fondation de V Université, à Lisbonne, en 1288 et son rôle dans le développement de la culture portugaise jusqu'au milieu du XV.<sup>e</sup> siècle*, na *Revista da Faculdade de Letras de Lisboa*, III série, n.º 12 (1969), págs. 29 a 36.

<sup>(19)</sup> É através da bula *De statu regni Portugaliae*, do papa NICOLAU IV, datada de 9 de Agosto de 1290 — já referida na nota anterior —, que temos notícia de o *direito romano* e o *direito canónico* terem sido ensinados no *Estudo Geral* de Lisboa, logo desde a sua fundação.

Ao contrário do que sucede com o diploma dionisiano de 1 de Março anterior, esta bula papal — como muito bem acentua ANTÓNIO DE VASCONCELLOS (*ob. e loc. cits.*, pág. 367) — é dirigida já à própria *Universidade dos mestres e escolares* *Je Lisboa* «como a uma personalidade colectiva, com existência jurídica», pressu-

3. Não tem que causar surpresa, num ambiente destes, que as grandes fontes de *direito subsidiário* tenham começado por ser,, em Portugal — como nos demais países ocidentais da Europa —\* logo no século XIII, o direito romano e o direito canónico, inaugurando a esse título um longo reinado de quase seis séculos, que só seria abalado na segunda metade do século XVIII com a vitória das ideias iluministas e jusnaturalistas : — Do mesmo modo que se tinham tornado a grande fonte inspiradora da actividade legislativa dos monarcas, as compilações romano-canónicas passavam a constituir o inesgotável manancial de soluções concretas dos problemas jurídicos a que os tribunais podiam recorrer para suprir as lacunas duma legislação incipiente — e, por isso, ainda extremamente incompleta — e dum direito consuetudinário cada vez mais ultrapassado\*

pondo, portanto, o *Estudo Geral* já juridicamente instituído. Nela, o papa, além de confirmar a fundação do *Estudo* e de aprovar a sua dotação com as rendas, eclesiásticas que lhe haviam sido afectadas, outorga aos mestres e estudantes\* vários privilégios e determina que nela possam os escolares obter o grau de licenciados em Artes, em Direito Canónico e Civil e em Medicina: «*Quodque Scholares in artibus et iure Canonico ac Ciuili ac Medicina [...] possint [...] in studio licentiarum praedicto*» (cfr. *Chartularium* cit., vol. I, pág. 14).

Na carta, já atrás referida (nota 18), de 15 de Fevereiro de 1309 (data duvidosa), outorgada por D. DINIS à *Universidade* após a sua transferência para Coimbra\* fala-se novamente do ensino do *direito canónico* e do *direito romano*: «...*ibidem et doctorem esse volumus in decretis et magistrum in decretalibus per quorum doctrinam uberrimam clerici nostri regni instrui ualleant [...]; preterea ad rem publicam melius gubernandam in praedicto nostro studio esse uolumus in legibus profectorem ut rectores et iudices nostri regni consilio peritorum derimere ualeant subtiles et arduas questiones*» (cfr. *Chartularium* cit., vol. I\* pág. 44).

O papel fundamental que a criação da *Universidade* teve na consolidação do movimento de recepção do renascimento jurídico romano-canónico tem sido posto em relevo por todos os autores que ao assunto se têm referido. V. designadamente MELLO FREIRE, *ob. cit.*, § LXII (na *ed. cit.*, pág. 70 a 72; e na *trad. cit.*, págs. 95 a 97); JOZÉ ANASTASIO DE FIGUEIREDO, *ob. e loc. cit.*, pág. 281; JOÃO PEDRO RIBEIRO, *ob. e loc. cit.*, pág. 12; RICARDO RAYMUNDO NOGUEIRA, *ob. cit.*, pág. 35 ; MANUEL ANTONIO COELHO DA ROCHA, *ob. e ed. cit.*, pág. 80; HENRIQUE SCHAEFER, *Historia de Portugal* (trad. de F. DE ASSIS LOPES) vol. I (Porto, 1893)\* págs. 492 e 499 a 502; GAMA BARROS, *ob., ed. e vol. cit.*, págs. 109 e 125; PEDRO MARTINS, *ob. cit.*, pág. 523; PAULO MERÊA, *ob. cit.*, pág. 115 ; BRAGA DA CRUZ, *ob. cit.*, págs. 335-336; MARCELLO CAETANO, *ob. cit.*, pág. 145; ALMEIDA COSTA\* *Romanismo e bartolismo*, no *loc. cit.*, págs. 23-24; e NUNO ESPINOSA, *ob. cit.*, págs. 323. a 329.

adquirindo, sob essa veste, um domínio de aplicação mais ampla ainda do que o das próprias fontes jurídicas nacionais.

As compilações romano-canónicas, porém, nesta primeira fase da sua vigência subsidiária, só eram acessíveis a um escasso número de eruditos que tinham tido o privilégio de formar através delas a seu espírito jurídico nas universidades estrangeiras ou, a partir de D. DINIS, na Universidade portuguesa. A sua utilização directa pouco podia ultrapassar os limites do tribunal da Corte e de alguns tribunais canónicos, já providos por juizes com formação universitária ; mas, ao longo do Reino, abundavam ainda os juizes concelhios de eleição popular, ávidos da novidade dos textos romano-canónicos, cuja fama começava a chegar-lhes, mas incapazes de navegar no *mare magnum* das suas disposições ou mesmo de compreender a língua latina em que se encontravam redigidos <sup>(20)</sup>. E, daí,

(<sup>20</sup>) Pode afirmar-se que, durante todo o século XIII, a justiça comarcã, em Portugal, continuou a ser exercida, fundamentalmente, pelos juizes municipais, de eleição popular (os *alcaldes*, *juizes* ou *alvasfs*, de que falam os forais).

Datam do reinado de D. DINIS (1279 a 1325) as primeiras tentativas que se conhecem, da parte do monarca — ainda escassas —, para fixar nos tribunais municipais juizes de nomeação régia (os chamados *juizes de fora parte* ou *juizer de fora*); e essa política intensifica-se nos reinados de D. AFONSO IV (1325 a 1357) e de D. PEDRO I (1357 a 1367): — Primeiramente nos concelhos mais importantes (Porto, Coimbra, Bragança, Santarém, Beja, etc.) e, depois, a pouco e pouco, nos demais concelhos do Reino, foram, assim, os *juizes populares* sendo substituídos sucessivamente por juizes da confiança do Rei, que exerciam a justiça em nome do monarca e que eram já, frequentemente, *juizes letrados* que tinham feito a sua formação jurídica na Universidade.

A *justificação oficial* desta política era a de oferecer aos povos uma justiça mais recta, mais objectiva, menos sujeita ao jogo das influências ou da venalidade, como diria D. AFONSO IV, nas *Cortes de Lisboa* de 1352: «...porque os juyzes naturaes da terra de directo e de Razõ am moytos áázos pera nõ fazerê compridamente justiça que nõ hã os estranhos que hí som postos de ffora parte porque os naturaes da terra téem hy moytos parêtes e amigos e outros que cõ elles hã diuidos de cõlacia e doutros semelhauíjs e alguos. cõ outros hy malquerêças e desamor. Ou hã reçeãça deles por os quaes o directo presume que tã conpridamente nõ ffarã directo come os estranhos ã que nõ hã logar as dietas razões...» (cfr. *loc. infra cit.* das *Memo-rias de litteratura*, pág. 46). Mas, por trás desta *justificação oficial*, havia uma *razão de ordem política* — e, essa, inconfessável —, que era a vontade do rei: de meter pé dentro da administração municipal, na linha de evolução da

a necessidade de utilizar, como expressão desse *direito subsidiário romano-canónico* — antes ainda de aparecerem traduções portuguesas do *Código de Justiniano* ou das *Decretais de Gregório IX* <sup>(21)</sup> —, textos de segunda mão, em cujas disposições o direito romano e o direito canónico tinham deixado a marca da sua influência, ou que constituíam, inclusivamente, sínteses doutrinárias ou normativas do seus preceitos.

política de *centralização do poder*, que as próprias ideias romanísticas favoreciam.

A primeira razão — a da *justificação oficial* — era, dum modo geral, compreendida e aceite pelos povos; mas a segunda — a *varção oculta* — suscitava, por vezes, vivas resistências. E, daí, que esta política régia da nomeação de *juizes de fora* tenha suscitado reacções desencontradas: umas favoráveis, havendo exemplos de a nomeação dos primeiros *juizes de fora* ser bem acolhida e até solicitada por habitantes da terra; outras — mais frequentes —, desfavoráveis, como o revelam os repetidos «agravamentos» apresentados em Cortes pelos procuradores dos concelhos contra o facto de o Rei não respeitar os privilégios dos municípios de elegerem os seus próprios juizes. Na base destes protestos, aliás, não estava só o *despeito* dos procuradores do braço popular — justamente os mais atingidos nos seus interesses com a nova política régia —, mas também razões de ordem financeira, pois os *juizes de fora* representavam mais um pesado encargo para a fazenda municipal. Mas a política real levou a melhor, acabando por vencer todas as resistências.

Sobre a criação e generalização da magistratura dos *juizes de fora*, ver: JOZÉ ANASTASIO DE FIGUEIREDO, *Memoria sobre a origem dos nossos Juizes de Fóra*, nas *Memorias de litteratura portugueza*, tomo I (cit.), págs. 31 a 60; COELHO DA ROCHA, *ob. e ed. cits.*, pág. 54; HENRIQUE SCHAEFER, *ob. e vol. cits.*, págs. 480 a 482; e PAULO MERÊA, *Organização social e administração pública*, no cit. vol II da *História de Portugal* (ed. monumental), pág. 500 (onde se fazem algumas rectificações importantes ao estudo de FIGUEIREDO).

Para o problema que de momento nos ocupa, o que importa acentuar é que só numa fase já muito avançada da recepção romano-canónica os tribunais municipais começaram em Portugal a dispor de *juizes letrados* com capacidade — e não todos — para recorrer directamente aos textos justinianeus e aos textos canónicos. Durante todo o século XIII — e ainda durante o século XIV —, os nossos juizes concelhios só por outras vias, indirectas, tiveram acesso ao conhecimento e aplicação das soluções preconizadas pelo direito romano e pelo direito canónico aos problemas que lhes competia julgar. Não há-de esquecer-se que uma dessas vias era o texto dos próprios *estatutos municipais* ou *foros e costumes* (*fueros extensos*), pois que, nos de redacção mais tardia, os eruditos que os redigiram encarregaram-se de meter já bastante *direito romano*, à mistura com o *direito consuetudinario local*.

(21) V. *infra*, n.º 5 e notas 43 e 44.

Foi desse modo — e a esse título — que em Portugal foram utilizadas, logo desde o século XIII, como *fontes subsidiárias de direito*, certas obras doutrinárias de origem castelhana, como as «*Flores de Derecho*» e os «*Nueve tiempos de los pleitos*», de MESTRE JÁCOME DAS LEIS, e bem assim as duas famosas colectâneas jurídicas devidas à iniciativa de AFONSO O SÁBIO: o *Fuero Real* e as *Siete Partidas*.

Todas essas obras foram, então, traduzidas para português, com vista à sua mais fácil utilização pelos nossos tribunais municipais; e a última, particularmente, alcançou entre nós a mais ampla divulgação, quer em tradução portuguesa quer na sua versão original castelhana.

4. Tanto a tradução portuguesa das duas referidas obras de JÁCOME DAS LEIS como a tradução do *Fuero Real* chegaram até nós através duma cópia do século XIII, contida num códice conhecido pela designação de *Foros da Guarda*, porque começa justamente ;pela transcrição do *foral latino (fuero breve)* e de outros documentos pertencentes ao município da Guarda, abrangendo ao mesmo tempo uma tradução desse *foral* em vulgar, uma cópia dos *foros e costumes (fuero extenso)* da referida cidade e concelho e a transcrição de várias leis gerais portuguesas do século XIII <sup>(22)</sup>.

(22) A descrição do códice (que hoje pertence ao Arquivo Nacional da Torre Jo Tombo, onde forma o n.º 4 do maço 6.º dos chamados *Forais Antigos*) e do seu conteúdo foi feita pela primeira vez na *Collecção de ineditos de historia portuguesa*, tomo V (Lisboa, 1824), págs. 454-455 (em nota), a propósito da publicação de alguns dos textos nele contidos. Descreveu-o seguidamente, já com mais cuidado, ALEXANDRE HERCULANO, na introdução ao fascículo dos *Portugaliae Monumenta Historica* que abrange a publicação das leis gerais portuguesas anteriores a 1279 (v. P. M. H., *Reges, vol. e fase. cits.*, págs. 154-155). E descreveram-no, Enalmente, PAULO MERÊA (em 1916) e ALFREDO PIMENTA (em 1946), nos trabalhos de que já falaremos em seguida (notas 27 e 28).

Para o nosso objectivo, o que interessa frisar é que o núcleo central do códice pertence ao século XIII (situando-se, segundo PAULO MERÊA, entre as datas extremas de 1273 e 1282) e contém, pela sua ordem, os seguintes textos:

a) A versão portuguesa das *Flores de las leyes* ou *Flores de derecho* de MESTRE JÁCOME DAS LEIS (*Flores de dereyto*), que abre o texto original do códice (fis. 18 a 40);

b) A tradução portuguesa do *Foral da Guarda* (fis. 41 a 43 v.º);

c) Os *foros e costumes (fuero extenso)* ou *estatutos municipais* do mesmo concelho (fis. 44 a 60 v.º);

A versão portuguesa dos *Nueve tiempos de los pleitos*, de MESTRE JÁCOME DAS LEIS — que o tradutor designou por *Tempos dos preitos*—, foi publicada pela primeira vez em 1824, nos *Ineditos de\* historia portuguesa* (23) e reproduzida depois por HERCULANO nos *Portugaliae Monumenta Historica* (24). A tradução das *Flores de Derecho*, do mesmo autor, que já no século XVIII era conhecida do erudito^ JozÉ ANASTASIO DE FIGUEIREDO (25), mereceu depois a atenção de vários historiadores portugueses e espanhóis (26), mas só em 1917 foi

d) A transcrição de várias leis gerais portuguesas anteriores a 1273 (fls. 61 a 67 v.º);

e) A versão portuguesa (sob a denominação de *Tempos dos preitos*) da *Summa de los noue tiempos de los pleitos do mesmo MESTRE JÁCOME* (fls. 67 v.º a 70);

f) A versão portuguesa do *Fuero Real*, de AFONSO o SÁBIO (fls. 70 v.º a 149).

Este núcleo central do códice forma um todo homogéneo, da mesma caligrafia (letra gótico-francesa, em preto, com iniciais a vermelho), sendo apenas duvidoso\* se os textos que o compõem se encontravam primitivamente todos por esta ordem, pois alguns deles (designadamente a cópia das *Flores de dereyto*) formam um caderno autónomo de pergaminho e a numeração dos fólhos só foi feita depois de meados do século XV, quando ao códice original tinham sido já acrescentados, por mãos diversas e em caligrafias diferentes, mais três novos textos:

1) Uma certidão do foral latino (*fuero breve*) e de outros documentos relativos ao concelho da Guarda, tirada em 1449, a pedido daquele concelho, dos livros e registos da *Torre do Castelo de Lisboa* (Torre do Tombo), que foi acrescentada,, num caderno de pergaminho autónomo, à cabeça do códice, antes do texto atrás descrito na alínea a), ocupando os fólhos 2 a 12 v.º da tardia paginação dada ao-conjunto;

2) Uma lei de D. DINIS, de 24 de Agosto de 1282, acrescentada por «mão-diversa, mas da época» no espaço que o primitivo escriba tinha deixado em branco-entre os textos atrás descritos nas alíneas e) z f), no fól. 70;

3) Uma cópia da famosa *Lei da avoenga*, de D. AFONSO III, acrescentada no fim do códice, no espaço que o primitivo escriba tinha deixado em branco, em seguida à versão portuguesa do *Fuero Real*, atrás referida na alínea f) (fls. 149- a 150).

(23) V. citado tomo V da *Collecção de ineditos de historia portuguesa*, págs. 44\$ a 454.

(24) . V. P. Aí. H., *Leges, vol. e fase. cits.*, págs. 330 a 332.

(26) V. a sua já citada *Memoria sobre qual foi a época certa da introdução da- Direito de Justiniano em Portugal, na ob. e vol. cits.*, pág. 275-276. O autor, porém, laborou em alguns equívocos, que HERCULANO e PAULO MERÊA depois recti- ficaram. :',

(26) Designadamente SCHAEFER, *Historia de Portugal*, tradução citada, vol. I, pág. 491 (caíndo nos mesmos equívocos de FIGUEIREDO, em quem exclu-

publicada pelo então jovem e esperançoso historiador do direito MANUEL PAULO MERÊA, que a fez acompanhar dum valiosíssimo -estudo introdutório (27). E a tradução do *Fuero Real*, finalmente, só em 1946 foi dada à publicidade, por iniciativa de ALFREDO PIMENTA (28).

Coube a MERÊA o mérito de ter demonstrado que o código <designado por *Foros da Guarda*, na parte em que contém estas traduções portuguesas de duas obras de JÁCOME DAS LEIS e do *Fuere Real*, foi escrito entre os anos de 1273 e 1282 (29) e que a versão

**•ivamente se informou, o que é desculpável, porque a versão original da obra, em língua alemã, é de 1839 e anterior, portanto aos esclarecimentos dados por HERCULANO); ALEXANDRE HERCULANO, P. M. H., *Leges, fase. I (1856), pág. VI c fase. II (1858), pág. 155; TEOPHILO BRAGA, *Historia da Universidade de Coimbra nas suas relações com a instrução publica portuguesa, tomo I (Lisboa, 1892), pág. 68 e nota (repetindo os erros de FIGUEIREDO, o que já não é desculpável, à data em que escreveu); e EDUARDO DE HINOJOSA, *Historia del derecho romano según las más recientes investigaciones, vol. II (Madrid, 1885) pág. 293.*****

(27) MANUEL PAULO MERÊA, *A versão portuguesa das «Flores de las leyes» de Jdcome Ruis,*<sup>na</sup> *Revista da Universidade de Coimbra, vol. V (Coimbra, 1916), págs. 444 a 457 (apenas o estudo introdutório), e vol. VI (Coimbra, 1917), págs. 341 a 371 (texto da tradução). O estudo introdutório foi publicado novamente, com alterações e acrescentamentos, nos *Estudos de história do direito, do mesmo autor (Coimbra, 1923), págs. 45 a 65.**

Quando MERÊA publicou o seu estudo sobre a versão portuguesa das «Flores de las leyes», a única edição impressa existente do original castelhano — de que chegaram até nós numerosas cópias, a atestar a grande divulgação que a obra teve no seu tempo — era a do *Memorial historico espanol, tomo II (Madrid, 1851), págs. 137 a 248. Foi só depois disso que se fez uma edição completa e cuidada das obras de MESTRE JÁCOME RUIZ, abrangendo, além das Flores de las leyes e da Summa de los nue tienpos de los pleitos, o denominado Doctrinal que fabla delos juys.Jos. V. RAFAEL URENA y ADOLFO BONILLA, *Obras del Maestro Jacobo de las Leyes, Jurisconsulto del siglo XIII (Madrid, 1924). O apelido Ruiz dado a MESTRE JÁCOME DAS LEIS c considerado por URENA como duvidoso (v. ob. cit., págs. V-VI); e GARCÍA-GALLO faz notar que «nada sabemos de seu apelido» (v. o seu importante estudo *El «Libro de las leyes» de Alfonso el Sabio. Del Espéculo à las Partidas, no Anuário Je Historia del Derecho Espanol, tomo XXI-XXII, 1951-52, págs. 345 a 528, sign. pág. 424).***

(28) *Fuero Real de Afonso X, o Sábio. Versão portuguesa do século XIII, publicada e comentada por ALFREDO PIMENTA (Lisboa, 1946).*

(29) V. ob. cit., nos *Estudos de história do direito cits., págs. 61-62. Que o núcleo central do código, onde as traduções em causa estão transcritas (v. supra, nota 22), é posterior a n7§ mostra-o o facto de a lei geral mais recente aí transcrita pela mesma mão e na mesma caligrafia ser uma lei de D. AFONSO III, de Setembro (ou Novembro) de 1273 (v. P. M. H., *Leges, vol. e fase. cits., pág. 228;**

portuguesa das *Flores de Derecho* aí transcrita já não é o texto original da tradução, mas «uma cópia grosseira e cheia de erros» <sup>(30)</sup>, o que vem demonstrar que o famoso compêndio de direito processual romano-canónico organizado por MESTRE JÁCOME teve entre nós uma divulgação mais vasta do que o atesta a existência, hoje em dia,, duma única cópia. E o mesmo pode exactamente afirmar-se da versão portuguesa do *Fuero Real* aí contida, que também é cópia de segunda mão, a indicar a existência de outros exemplares, que não chegaram até aos nossos dias <sup>(31)</sup>.

Isto equivale a dizer que todas estas obras estavam traduzidas para português poucos anos volvidos sobre a sua elaboração em língua castelhana <sup>(32)</sup>, obtendo entre nós uma divulgação cuja ampli-

e MERÊA, *ob. e loc. cit.*, pág. 61 e nota i); e que é anterior a 1282 parece deduzir-se do facto, já registado por HERCULANO (P. M. H., *Leges*, vol. *efasc. cit.*, págs. 155-156), de ter sido aí intercalada por «mão diversa, mas da época», num espaço que o primitivo copista tinha deixado em branco, no fólio 70 da tardia paginação-que lhe foi dada (como já frisámos *supra*, nota 22) uma lei de D. DINIS, de 24 de Agosto desse ano (era de 1220).

<sup>(30)</sup> Cfr. *ob. e loc. cit.*, pág. 62.

<sup>(31)</sup> ALFREDO PIMENTA (*ob. cit.*, pág. 22) limita-se a pôr a interrogação», sem tentar dar-lhe resposta («É o original? É cópia de original perdido?»);, mas PAULO MERÊA, na *recensão bibliográfica* que escreveu acerca dessa obra para o *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra* (vol. XXI, 1945, pág. 702), não tem dúvidas em reconhecer que a existência, nesta cópia da versão portuguesa do *Fuero Real*, de «termos estranhos e frases embaraçadas, muitas vezes sem gramática, e até sem sentido» é indício seguro de tratar-se dum traslado de; segunda mão, feito sobre outro exemplar da mesma tradução, que se perdeu.

<sup>(32)</sup> Era opinião geralmente aceite a de que a versão castelhana das *Flores de Derecho* teria como data mais remota possível o ano de 1235, por ter sido nesse ano que o INFANTE D. AFONSO (futuro Rei AFONSO X, o SÁBIO) completou 14 anos\* de idade, pois teria sido para iniciar o infante, seu pupilo, no conhecimento das^ «leyes de los sábios» e para corresponder a um pedido que ele próprio lhe fizera. — como se lê na introdução da obra — que MESTRE JÁCOME compôs este pequeno manual de *processo civil*, todo ele inspirado nas compilações justina-neias e na obra dos glosadores e ainda — se bem que em menor escala — nas compilações canónicas (*Decreto e Decretais*) e no *Fuero Ju%go*. A elaboração da obra a pedido do infante pressuporia da parte deste, como é óbvio, um certo grau de formação cultural, que ele não teria antes de perfazer os 14 anos, em 1235^ V. PAULO MERÊA, *ob. e loc. cit.*, págs. 45251e, especialmente, pág. 62.

ALFONSO GARCÍA-GALLO, porém, veio demonstrar que não há qualquer fundamento para aceitar que MESTRE JÁCOME tenha sido preceptor de AFONSO X quando infante. O *prólogo* refere, efectivamente, que foi a instâncias de AFONSO X

tude hoje não se pode medir com rigor, mas que, de qualquer modo, não se confinou à existência dum único exemplar. E que estas versões portuguesas eram utilizadas como *direito subsidiário* — em razão da larga inspiração romanística que possuíam — demonstra-o de sobejo o facto de se apresentarem copiadas num códice organizado expiessamente para uso dos juízes municipais da cidade da Guarda, em conjunto com o *foral (fuero breve)* e os *foros e costumes (fuero extenso)* do mesmo concelho e com as principais *leis gerais do Reino* já ao tempo promulgadas).

que a obra foi redigida; mas não há nada que permita afirmar que AFONSO X era *infante*, e não já *rei*, quando formulou esse pedido. Pelo contrário: os termos em que MESTRE JÁCOME se refere a FERNANDO III ao dedicar a obra a seu filho AFONSO FERNANDES, chamando-lhe *bem-aventurado* (isto é, *santo* = S. FERNANDO) («*Al muy noble e mucho ondrado sennor don Alfonso Fernández fiyo del muy noble e bien aventurado sennor don Fernando [...]*») pressupõe que FERNANDO III (S. FERNANDO), a essa data, era já falecido; e isto atira para muito mais tarde (31 de Maio de 1252) o termo a quo das *Flores de Derecho*. Cfr. ALFONSO GARCÍA-GALLO, *ob. e loc. cit.*, pág. 427.

O *Fuero Real*, por seu turno, foi elaborado entre os anos de 1252 (primeiro do reinado de AFONSO O SÁBIO) e 1255 (ano das primeiras concessões dele feitas pelo monarca a terras castelhanas). V. GALO SÁNCHEZ, *ob. cit.*, pág. 113; JÚAN BENEYTO, *Manual cit.*, pág. 100; GARCÍA-GALLO, *Curso de historia del derecho espanol*(5.<sup>a</sup> ed. cit.), pág. 253 ; RAFAEL GIBERT, *Historia General cit.*, págs. 45 a 48; E. N. VAN KLEFFENS, *Hispanic law until the end of Middle Ages* (Edinburgh, 1968), pág. 155; LALINDE ABADÍA, *Iniciación histórica cit.*, págs. 123-124; e GARCÍA-GALLO, *El origen y la evolución del derecho* (4.ª ed. cit.), págs. 393-394.

Pertencendo as cópias hoje conhecidas da versão portuguesa destes textos aos anos de 1273 a 1282 (v. *supra*, nota 29) e assente que são já trasladados de segunda mão (v. *supra*, notas 30 e 31), verifica-se quanto foi rápida a sua difusão em território português e a sua tradução para a nossa língua.

(33) V. PAULO MERÊA, *ob. e loc. cit.*, págs. 62-63. Não oferece dúvida, por outro lado, que a aplicação subsidiária das *Flores de Derecho* caiu mais depressa em desuso do que a do *Fuero Real*, o que não causa surpresa se nos lembrarmos que a matéria do *direito processual* — sobre que incidia a obra de JÁCOME RUIZ — foi das primeiras a serem minuciosamente regulamentadas pela legislação geral do Reino, dentro da mesma acentuada inspiração romano-canónica daquela obra e com mais pormenor do que nela, o que tornava dispensável a sua utilização.

A confirmar isso mesmo, dá-se a circunstância curiosíssima — para que MERÊA chamou a atenção {*ob. e loc. cit.*, pág. 60}— de alguém ter escrito, em caligrafia que parece ser do século XV, ao alto da folha do códice onde começa a transcrição da versão portuguesa das *Flores de Derecho* (fl. 18), a seguinte anotação: «*ysto sã leis ja nõ necessarias polas do Reyno*». E, no final da referida transcrição

Pelo que toca às *Siete Partidas*, pode dizer-se que a sua divulgação entre nós foi ainda muito mais vasta que a dos textos acabados de referir; e, conquanto nada confirme a velha tradição de que teriam sido mandadas verter para português pelo próprio monarca, no reinado de D. DINIS <sup>(34)</sup>, a verdade é que abundam nas bibliotecas e

(a meio do fól. 40), a mesma mão acrescentou, na mesma caligrafia, que «todo ysto destas leis nõ aproveita Ateequy». Ora a verdade é que este solícito anotador nada acrescentou de semelhante à cópia da versão portuguesa do *Puero Real*, que figura a partir do fól. 70 v.º do mesmo códice (v. *supra*, nota 22), o que parece indício seguro de que, a essa data (século XV), os juizes da Guarda já não utilizavam as *Piores de Derecho* (v. MERÊA, *ob. e loc. cit.*, pág. 63), mas continuavam a utilizar como direito subsidiário o *Puero Real*,

Apesar disso, sabemos, por uma breve informação de JOÃO PEDRO RIBEIRO — para que PAULO MERÊA (*ibidem*) chamou a atenção — que uma sentença do século XV, do Cartório da Câmara do Porto, ainda invoca as leis *Jacomeas* — «título pelo qual, sem dúvida, se pretendem designar as *Flores de Derecho*».

Sobre a versão portuguesa das obras de JÁCOME RUIZ e do *Puero Real* e sua vigência entre nós como fontes subsidiárias, ver ainda: FORTUNATO DE ALMEIDA, *História de Portugal*, tomo I (Coimbra, 1922), págs. 321-322; PAULO MERÊA, *Resumo das lições cit.*, pág. 125; BRAGA DA CRUZ, *ob. cit.*, págs. 337-338; MARCELLO CAETANO, *ob. cit.*, págs. 183-184; e NUNO ESPINOSA, *ob. cit.*, págs. 291-292.

<sup>(34)</sup> A informação de que as *Siete Partidas* foram vertidas para língua portuguesa por ordem de D. DINIS foi dada pela primeira vez, sem a fundamentar, por FREI FRANCISCO BRANDÃO, na *Quinta parte da Monarchia Lusytana. Que contem a historia dosprimiros 2. annos D'elRey D. Dinis* (Lisboa, 1650), fól. 6 v.º, i.ª col. (livro XVI, cap. III); e foi, depois, reproduzida por outros autores, sempre sem fundamentação. V., designadamente, JOSÉ VIRISSIMO ALVARES DA SILVA, *Introdução ao novo código, ou dissertação critica sobre a principal causa da obscuridade do nosso código authentic* (Lisboa, 1780), pág. 162; JOZÉ ANASTASIO DE FIGUEIREDO, *ob. loc. e vol. cit.*, pág. 283; ANTONIO CAETANO DO AMARAL, *Memoria V cit.*, pág. 213; RICARDO RAYMUNDO NOGUEIRA, *ob. cit.*, pág. 43; e HENRIQUE SCHAEFER, *ob. trad. e vol. cit.*, pág. 493.

GAMA BARROS, porém (*ob. ed. e vol. cit.*, pág. 126), depois de aludir à tradução das *Partidas* para português, já acentua que «nãõ [há] prova sufficiente para attribuir á versão o caracter de um acto official». No mesmo sentido, v. PAULO MERÊA, *ob. cit.*, pág. 125; mas, ainda dando certo crédito à tradição, FORTUNATO DE ALMEIDA, *ob. e vol. cit.*, pág. 322.

Sobre a colectânea das *Siete Partidas* em si, v., fundamentalmente, o notável estudo de ALFONSO GARCÍA-GALLO, já aqui citado, *El «Libro de las leyes» de Alfonso el Sabio*, no *Anuário de Historia del Derecho Espanol*, tomo XXI-XXII (1951-52), págs. 345 a 528; e E. N. VAN KLEFFENS, *ob. cit.*, págs. 155 a 167, 171 a 214 e 291 a 373 (com um interessante capítulo sobre a aplicação das *Partidas* nos territórios ultramarinos de domínio ou influência espanhola, de págs. 261 a 282). Podem ver-se igualmente: RAFAEL GIBERT, *Historia General cit.*, págs. 41 a 45; LALINDE

arquivos portugueses, ainda hoje, numerosos fragmentos do seu texto, quer no original castelhano quer em tradução portuguesa, a atestar a enorme aceitação que a obra alcançou em Portugal, desde o século XIII ao século XV <sup>(35)</sup>, a ponto de ter vindo a constituir

ABADÍA, *Iniciación histórica* cit., págs. 127-128; e GARCÍA-GALLO, *El origen y la evolución del derecho* (4.<sup>a</sup> ed. cit.), págs. 394 a 400.

(35) Não se conhece, no entanto, nenhuma tradução completa das "Partidas. Os fragmentos mais extensos que chegaram até nós são ainda os dois que JOZÉ ANASTASIO DE FIGUEIREDO menciona (*ob. e vol. cit.*, pág. 283) e que hoje se encontram no Arquivo Nacional da Torre do Tombo: — O primeiro é um códice com a tradução da *Primeira Partida*, que tem o n.º CCCXXIV da colecção dos códices acobacenses e que, embora pertencendo à Torre do Tombo (n.º 2 do Núcleo antigo) y vem descrito por ANTÓNIO ANSELMO em apenso ao seu trabalho *Os códices alcobacenses da "Biblioteca Nacional. I—Codices portugueses* (Lisboa, 1926), págs. 79-80. O segundo é um códice com a tradução da *Terceira Partida*, que pertenceu à livraria do antigo Convento de Santo António da Merceana e que já no tempo de FIGUEIREDO (séc. XVIII) fora recolhido no «Real Archivo da Torre do Tombo», onde ainda hoje se conserva (n.º 3 do Núcleo antigo). Este códice tem a particularidade de possuir a indicação da data em que foi começado a escrever (26 de Junho de 1341) e da data em que foi terminado (3 de Outubro do mesmo ano), por um copista de nome VASCO LOURENÇO. Aí se funda a afirmação de GAMA BARROS, referindo-se às *Partidas* no seu conjunto (*ob., ed. e vol. cit.*), de que «em 1341 é facto averiguado que já estavam trasladadas em linguagem» (e, no mesmo sentido, FORTUNATO DE ALMEIDA, *ob., vol. e pag. cit.*; MERÊA, *ob. e pag. cit.*; e MARCELLO CAETANO, *ob. cit.*, pág. 183).

Além destes códices com dois dos livros completos das *Partidas* em tradução portuguesa, são numerosíssimos os fragmentos de menor extensão que da famosa colectânea castelhana existem nas nossas bibliotecas e arquivos: — PEDRO DE AZEVEDO publicou um fragmento da *Segunda Partida* em tradução portuguesa, na *Revista "Lusitana*, vol. XVI (1913), págs. 108 a 111; PAULO MERÊA deu notícia de *Um novo fragmento das Sete Partidas em lingua portuguesa*, no *Anuário de Historia del Derecho Espanol*, tomo III (Madrid, 1926), pág. 597 (trata-se de um trecho relativamente extenso da Partida III, ao tempo encontrado no Arquivo Distrital de Braga); e AVELINO DE JESUS DA COSTA inventariou muitos outros, em português e em castelhano, vários deles encontrados em pergaminhos que servem de capa a códices de épocas posteriores), tendo dado notícia de alguns no seu trabalho *Fragmentos preciosos de códices medievais*, na revista *Bracara Augusta*, vol. II (Braga, 1950), págs. 50 a 52. De registar é a conclusão a que este autor chegou de ter havido (pelo menos, da *Terceira Partida*) duas traduções de teor diferente (v. *ibidem*, pág. 51).

Numa pequena *addenda* ao seu trabalho (no *loc. cit.*, pág. 63), AVELINO DE JESUS DA COSTA considera como referente às *Siete Partidas* uma passagem do testamento de JOÃO GONÇALVES, cónego da Sé de Coimbra, feito em 1285, que «chegou ao nosso conhecimento através do *Livro das Kalendas da Sé de Coimbra*,

uma importante fonte da primeira grande codificação portuguesa\* que foram as *Ordenações Afonsinas* (36).

Que as *Siete Partidas* foram *fonte subsidiária de direito* em Portugal — de mais largo recurso ainda do que o *Fuero Real* e as obras de MESTRE JÁCOME DAS LEIS—mostra-o não só a existência dessas numerosas cópias e traduções, cuja finalidade não podia ser outra, mas ainda a notícia, que possuímos, de certos protestos feitos, em meados do século XIV (1361), contra a sua abusiva aplicação, em detrimento dos textos de *direito romano* — que a opinião das pessoas esclarecidas já não aceitava facilmente que fossem menosprezados (37) —

cartulário existente na *Torre do Tombo* (fl. 157 v.º), em que se alude a «quemdam/ librum de VII .cm partibus glosatum per linguagium» e a «alium librum de VII .cm partibus glosatum per latinum». Este documento, que está hoje publicado por PIERRE DAVID e TORQUATO SOARES, no *Tiber anniversarium Ecclesiae Cathedralis Colimbiensis (Livro das Kalendas)*, tomo II (Coimbra, 1948), pág. 278, conteria, na primeira frase citada, uma expressa referência a uma tradução portuguesa das *Siete Partidas*. A ser assim, teríamos aqui um testemunho irrefragável de que as *Partidas* já em 1285 estavam vertidas para português, isto é, pela mesma altura em que o estavam o *Fuero Real* e as obras de MESTRE JÁCOME. atrás referidas (v. *supra*, nota 29). No entanto, apesar de tudo levar a pensar que as *Partidas* tenham sido traduzidas para português ainda no decurso do século XIII, não nos parece muito provável que a passagem citada se refira, de facto, à famosa compilação castelhana, pois parece difícil de entender como referente a ela a <segunda passagem do documento, que fala dum livro «glosatum per latinum». Aderimos, assim, às reservas já formuladas a este respeito por JOSÉ SEBASTIÃO DA SILVA DIAS, citado por ALMEIDA COSTA no seu referido estudo *Para a história da cultura jurídica medievá*, no *loc. cit.*, pág. 268, nota 23.

(8\*) A influência das *Siete Partidas* nas nossas *Ordenações Afonsinas* foi já no séc. XVIII posta em destaque por JOSÉ VIRISSIMO ALVARES DA SILVA, na *ob. e loc. cit.*; mas coube a GAMA BARROS (*ob., ed. e vol. cit.*, pág. 127 e nota 1) o mérito de ter recolhido um significativo número de exemplos em que «os redactores do nosso código affonsino trasladaram quasi litteralmente leis inteiras das *Partidas*».

(37) Foi FRANCISCO LEITÃO FERREIRA, nas *Noticias chronologicas da Universidade de Coimbra. Primeira parte, que comprehende os annos que decorrem desde 0 de 1288* até princípios de 1577 (Lisboa, 1729, págs. 151-152) (pág. 133 da 2.ª ed., organizada por JOAQUIM DE CARVALHO, Coimbra, 1937), quem primeiro chamou a atenção para uma provisão do rei D. PEDRO I, datada de 13 de Abril de 1361, na qual o monarca, dirigindo-se ao Conservador da Universidade GONÇALO ANES, dá provimento a uma queixa apresentada pelos estudantes, pelo facto de este, nos pleitos que lhe competia dirimir, se recusar a conhecer dos direitos que eles alegavam pelos seus livros, a menos que lhe mostrassem esses direitos em livros de *Partida*.

O documento foi pela primeira vez publicado por ANTÓNIO GOMES DA ROCHA MADAHIL, na versão em que se encontra no *Livro Verde da Universidade de Coimbra*\*

ou em detrimento dos textos de *direito canónico*, que se entendia deverem ser aplicados — em razão da sua própria proveniência —

(*Cartulário do século XV*) (Coimbra, 1940, págs. 53-54); e encontra-se hoje igualmente reproduzido (na versão existente no Arquivo Nacional da Torre do Tombo, Chancelaria de D. Pedro I, livro I, fl. 50 v.º, 2.<sup>a</sup> col.) no vol. I do cit. *Chartularium Universitatis Portugalensis*, coligido por ARTUR MOREIRA DE SÁ, págs. 229-230. É a seguinte a passagem que interessa : «.. .Outrossy me enujarom dizer que quando acontece que elles allegam em alguuns fectos perante uos seus djreitos per seus liuros que lhes nom queredes delles conhecer saluo se uos mostrarem esses djreitos em liuros de partida sobre esto tenho por bem e mandouos que quando uos elles alguuns djreitos mostrarem per seus liuros nos dictos fectos que lhos aguardedes auendo ante conselho com letrados que delo saybham de guisa que as partes nom recebam agrauamento sem razam vm[de] al nom façades».

Os direitos que os estudantes alegavam «per seus liuros» eram, como é evidente, os textos de *direito romano* (e, eventualmente, de *direito canónico*), acompanhados, por certo, da *Glosa* e dos *Comentários* que, nesta altura (meados do século xiv), lhes andavam sempre em apenso, em todas as universidades europeias ; e a pedra de escândalo, para os estudantes queixosos, residia no facto de o *Conservador* não querer atender a esses textos como *direito subsidiário*, preferindo-lhes os textos das *Siete Partidas*—abuso a que o monarca mandava pôr cobro.

Depois de LEITÃO FERREIRA, fizeram referência mais ou menos pormenorizada a esta queixa e ao seu significado os seguintes autores: JOZÉ ANASTASIO DE FIGUEIREDO, *ob., loc. e vol. cit.*, págs. 285-286; ANTONIO CAETANO DO AMARAL, *Memoria V cit.* (ed. de LOPES DE ALMEIDA e CÉSAR PEGADO), págs. 213-214; HENRIQUE SCHAEFER, *ob., trad. e vol. cit.*, pág. 493-494; GAMA BARROS, *ob., ed. e vol. cit.*, pág. 126; PEDRO MARTINS, *ob. cit.*, pág. 525; PAULO MERÊA, *ob. cit.*, pág. 125; CARLOS OLAVO, *João das Regras jurisconsulto e homem de 'Estado* (Lisboa, 1941), pág. 240; ALMEIDA COSTA, *Romanismo e bartolismo*, no *loc. cit.*, pág. 26; MARCELLO CAETANO, *ob. cit.*, pág. 183, e NUNO ESPINOSA, *ob. cit.*, págs. 294-295. Este último chama avisadamente a atenção para o facto de o monarca, ao ordenar ao *Conservador da Universidade* que atenda aos «djreitos» que os estudantes «mostrarem per seus liuros nos dictos fectos», lhe determinar que o faça «<auendo ante conselho com letrados que dello saybham». Isto parece indiciar que o *Conservador* era pouco letrado e que a preferência que vinha dando à aplicação das *Partidas* sobre os textos romano-canónicos estaria relacionada com o facto de o texto das *Partidas* — em tradução portuguesa ou mesmo no seu original castelhano — lhe ser mais acessível do que o latim do *Digesto* ou do *Código*.

No fundo, era a razão por que as próprias *Partidas* tinham sido organizadas no século anterior e por que obtiveram tanta difusão entre nós, nos primeiros tempos, como *direito subsidiário*. Só que essa razão — como advertiremos em seguida (v. n.º 5 deste trabalho) — começava agora, em meados do século xiv, a ser repudiada, por se entender que já não havia desculpa para utilizar o direito romano e o direito canónico através de textos de segunda mão, devendo antes

com prioridade absoluta sobre os textos legislativos do vizinho reino de Castela <sup>(38)</sup>.

5. Estes protestos dirigidos ao Rei contra a primazia dada abusivamente às *Partidas*; no campo do direito subsidiário, sobre os textos de *direito romano* e de *direito canónico*, são extremamente significativos, pois vêm confirmar que a ampla aceitação que essa famosa colectânea castelhana, assim como o *Fuero Real* e as obras de MESTRE JÁCOME alcançaram em Portugal como *fontes subsidiárias* não lhes advinha de qualquer autoridade extrínseca, mas tão-somente da autoridade intrínseca que resultava de serem *uma expressão consagrada* do novo credo jurídico romano-canónico, com a vantagem de serem — como trabalhos de síntese e redigidos em vulgar — de muito mais fácil acesso do que os textos das compilações originais em que se tinham inspirado.

Compreende-se, assim, que o seu reinado tenha começado a declinar, à medida que a bagagem cultural dos julgadores foi subindo

recorrer-se directamente aos próprios textos do *utrumque ins* e das *glosas e comentários* que os completavam e esclareciam.

<sup>(38)</sup> Por uma passagem dos capítulos das Cortes de Rivas de 1361 conservada nas Ordenações Afonsinas, sabemos que também o direito canónico era por vezes desprezado pelas justiças do Rei — que o deviam aplicar a título subsidiário, entenda-se —, em benefício das *Siete Partidas*. Queixam-se, de facto, aí ao Rei D. PEDRO I os representantes do braço eclesiástico de que as Justiças «muitas vezes nom querem guardar o Direito Canonico, o que todo Chrisptaão devia guardar, porque era feito polo Padre Santo, que tinha as vezes de Jesu Chrispto, e era mais ra^om de 0 guardarem em todo o nosso Senhorio pola dita razom, que as Sete Partidas feitas por EIRey de Castilla, ao qual o Regno de Portugal nom era sobgeito, mas bem livre, e izento de todo». Cfr. *Ordenaçoes do Senhor Rey D. Affonso V, Livro II, título 5.º*. (Dos artigos, que foram acordados em Rivas antre EIRey D. Pedro, e a Clerisfa), artigo 24, a págs. 78 e 79 da ed. de Coimbra, 1792; e também Livro V, tit. 27.º, a pág. 97 da mesma ed. O sublinhado é nosso).

Este texto tem sido sempre invocado, em testemunho da aplicação que as *Partidas* continuavam a ter entre nós como fonte subsidiária, desde JOSÉ ANASTASIO DE FIGUEIREDO, *ob., loc. e vol. cits.*, pág. 285. Referiram-no seguidamente: ANTONIO CAETANO DO AMARAL, *ob. e ed. cits.*, págs. 213-214; HENRIQUE SCHAEFER, *ob., trad. e vol. cits.*, pág. 493; GAMA BARROS, *ob., ed., vol. e págs. cits.*; PEDRO MARTINS, *ob. e pág. cits.*; PAULO MERÊA, *ob. e pág. cits.*; CARLOS OLAVO, *ob. cit.*, págs. 239-240; ALFREDO PIMENTA, *ob. cit.*, pág. 2; ALMEIDA COSTA, *ob. e loc. cits.*, págs. 25-26; MARCELLO CAETANO, *ob. e pág. cits.*; e NUNO ESPINOSA, *ob. cit.*, págs. 294 e 316-317.

de nível e que o acesso directo às compilações romano-canónicas e às glosas e comentários sobre elas feitos pelos eruditos se foi tornando mais fácil <sup>(39)</sup>. E não causa surpresa, por isso mesmo, que em meados do século XIV comecem a surgir esses protestos contra a utilização abusiva das *Partidas*, com menosprezo do recurso directo aos textos do *Corpus Iuris Civilis* e da *Glosa*, ou do *Decreto* e das *Decretais*. Os litigantes, numa palavra, tinham já tomado consciência de que o verdadeiro *direito subsidiário* não era o das *Partidas*, como tais, mas directamente o contido nos textos romano-canónicos; e já não estavam dispostos a aceitar que, pelo menos certos julgadores com mais responsabilidades — como era, num dos protestos apresentados, o próprio *conservador da Universidade* <sup>(40)</sup> —, recorressem rotineiramente à compilação castelhana, sem atenderem, como deviam, directamente às fontes romanas e canónicas e aos textos doutriniais em que essas fontes eram explicadas e comentadas <sup>(41)</sup>.

(39) A relação existente entre o declínio das *Partidas* como *fonte subsidiária de direito*, entre nós, e o prestígio crescente dos próprios *textos legislativos* romano-canónicos e dos *textos doutriniais* que ajudavam a sua interpretação já foi *posta* em relevo no século xviii pelo erudito JOZÉ ANASTASIO DE FIGUEIREDO (*ob., loc. e vol. cit.* pág. 296).

(40) V. *supra*, nota 37.

(41) Como já frisámos na nota 37, a alegação dos «*seus djreitos per seus liuros*», que os estudantes, na queixa de 1361, querem que prevaleça sobre o texto das *Partidas* e a que o Rei manda dar a preferência pretendida, não se reduziria, com certeza, à invocação dos *textos legislativos do Digesto e do Código ou do Decreto e das Decretais pertinentes aos casos sub iudice*, mas abrangeria também a *exegese desses textos feita pela Glosa e o seu comentário doutrinal feito pelos grandes mestres da escola bartolista, agora em plena difusão nas universidades peninsulares. Tudo isso, na verdade, fazia parte genericamente, ao tempo, dos livros que andavam na mão dos escolares de Leis e de Cánones.*

Que a *Glosa de Acúrsio* ou *Glosa magna* (circa 1250) e outros trabalhos de exegese e comentário aos textos romanos e aos textos canónicos estavam já difundidos entre nós no primeiro terço do século xiv — e devem tê-lo estado ainda mais cedo, com certeza —, mostra-o um documento de 1331, pertencente ao *Censual do Cabido da Sé do Porto* (ed. Porto, 1924, págs. 463 a 491), para que já JOÃO PEDRO RIBEIRO chamara a atenção (*Dissertações chronologicas e criticas*, tomo V, Lisboa, 1836, pág. 86 a 89) e que ALMEIDA COSTA parcelarmente transcreveu no seu trabalho *Para a história da cultura jurídica medieva* (no *loc. cit.*, págs. 272 a 275) e em *La présence d'Accurse dans Whistoire du droit portugais* (no *loc. cit.*, págs. 54 e nota 14). Trata-se duma «*donatio siue ordinatio domnj valasci episcopi portucalensis postea ulixbonensis*», onde se descreve em pormenor uma

É preciso, justamente, ter em conta a formação, ao longo do século XIV, desta nova mentalidade, para compreender o alcance do aparecimento, a partir desta época, de traduções portuguesas dos próprios *textos legislativos* romanos e canónicos e de alguns dos mais importantes *textos doutrinários* em que se fazia a sua exegese e o seu comentário : — Ao espírito do tempo repugnava cada vez mais aceitar que os tribunais recorressem a título subsidiário às *Sete Partidas*, em vez de recorrerem directamente aos textos romano-canónicos <sup>(42)</sup>; mas era forçoso reconhecer que estes textos, sendo

das mais ricas bibliotecas medievais de que há notícia e onde se faz referência a «*duo digesta uetera cum glossa accursij et vnum infortiatum cum glossa accursij [...] Item vnum Codicem cum glossa accursij [...] Item vnum digestum nouum cum glossa accursij*». E aí se mencionam ainda outras importantes obras, quer de direito romano, como a obra do glosador ODOFREDO («*vnum odofredum super infortiato et digesto nouo et super tribus libris codicis*»), quer de direito canónico, como os trabalhos de JOHANNES MONACHUS e do famoso JOHANNES ANDREAE (GIOVANNI D'ANDREA), cujo nome ocupa na canónica do século xiv um lugar paralelo ao de BARTOLO no direito romano («*Item vnum uolumen in quo erant quidam sextus liber cum apparatus Archidiaconi et Iohannis andree [...] et Clementinae cum apparatu iohannis andree*»). (Os sublinhados são nossos).

Extremamente significativo também sobre o prestígio de ACÚRSIO entre nós, já nos começos do século xiv, é o facto de um tal ANDREAS IOHANNIS, de origem lombarda, que foi cónego da Sé de Coimbra (1317) e professor de direito *<ivil e canónico>*, se vangloriar de ser sobrinho ou neto de ACÚRSIO e, tendo morrido em 1345, se ter consignado esse parentesco no seu epitáfio. V. ALMEIDA COSTA, *Um jurista em Coimbra, parente de Acúrsio, no Boletim da Faculdade de Direito*, vol. XXXVIII (1962), págs. 251 a 256.

<sup>(42)</sup> Contra a aplicação das *F ar tidas*, não deixava de haver também um certo preconceito de ordem política, que se pressente bem latente na queixa apresentada pelo Clero nas Cortes de Eivas de 1361, a que atrás aludimos, quando se afirma que há mais razão para respeitar o direito canónico «que as Sete Partidas feitas por EIRey de Castella, ao qual o Regno de Portugal nom era sobgeito, mas bem livre, e isento de todo» (cfr. *supra*, nota 38).

Tal preconceito não existia contra a aplicação do direito canónico, pois era puramente religiosa a razão do seu acatamento (direito «que todo o Chrisptão devia guardar, porque era feito polo Padre Santo, que tinha as vezes de Jesu Chrispto» — cf. *ibidem*), nem contra a aplicação do direito romano, na qual nunca entre nós se viu o risco de poder ser interpretada como expressão duma eventual subordinação de Portugal à *iurisdictio Imperii*. V., sobre o tema, PAULO MERÊA, *Direito romano, direito comum e boa rasgão*, no *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. XVI (1939-1940), págs. 539 a 543; e especialmente MARTIM DE ALBUQUERQUE, *Portugal e a «iurisdictio Imperii»*, na *Revista da Faculdade de Direito de Lisboa*, vol. XVII

redigidos em *latim* — e em latim que, mesmo para os próprios letrados, nem sempre era fácil de entender—, não podiam competir em acessibilidade com o texto da famosa compilação castelhana se não fossem devidamente traduzidos para vernáculo. E, daí, o começaram a difundir-se, desde meados do século XIV, em tradução portuguesa.

As notícias que temos a esse respeito, conquanto precárias e por vezes confusas, são suficientes para podermos afirmar que as *Decretais de Gregório IX* já em 1359 se achavam vertidas para português<sup>43</sup> e que, no reinado de D. JOÃO I (1383 a 1433) — em data incerta, mas, de qualquer modo, antes de 1426 —, foi feita por ordem do próprio Rei uma tradução portuguesa do *Código de Justiniano*, bem como da respectiva *Glosa de Acúrsio* e dos respectivos *Comentários de Bartolo*, tendo o monarca mandado que esses textos fossem acatados nos tribunais como direito subsidiário<sup>(44)</sup>.

>{1964), págs. 303 a 353 (sign., págs. 316 a 339). V. também NUNO ESPINOSA, *ob. cit.*, págs. 249 a 267. A demais bibliografia sobre o assunto pode ver-se nos referidos trabalhos de MARTIM DE ALBUQUERQUE e NUNO ESPINOSA.

A razão de ser do respeito devido ao direito romano como direito subsidiário será mais tarde objecto de particular atenção nas nossas Ordenações. V. *infra*, n.º 6 e notas 53, 54 e 55; n.º 8 e notas 68, 69 e 70; e n.º 10 e notas 92, 93 e 94.

(43) A informação procede dum documento de 23 de Fevereiro de 1359, que pertenceu ao cartório do antigo Convento de Pendorada e onde, a propósito da partilha dos bens da herança dum tal VASCO DE SOUZA, cidadão do Porto, se fala de vários livros, entre os quais «humas *Degrataes em lingoagem*». V. JOÃO PEDRO RIBEIRO, *Memoria sobre qual seja a Época da introdução do Direito das Deeretaes em Portugal*, no cit. vol. VI das *Memorias de litteratura portuguesa*, págs. 12-13; e *Reflexões historicas*, parte I (Coimbra, 1835), pág. 9.

(44) Vinha de remota data a tradição de que D. JOÃO I mandara traduzir para português o *Código de Justiniano*, acompanhado da *Glosa de Acúrsio* e dos *Comentários de Bartolo*, apontando-se inclusivamente o ano de 1425 como data desse empreendimento. A notícia dessa tradição parece ter sido dada pela primeira vez por DUARTE NUNES DE LEÃO, nas *Censura in libellum de Regum Portugalice origine, qui Fratris Iosephi Teixera nomine circumptur. Item de vera Regum Portugalice Genealogia liber* (Olisipone, anno MDLXXXV), onde atribui a autoria dessa tradução ao chanceler JOÃO DAS REGRAS: «Florebat enim tunc in Portugalia Ioannes ab Aregis, toga militiaq; clarus, & iuris scientissimus, qui Bartoli auditor fuerat. Huius opera instituit Rex, Codicem Iustiniani in patrium sermonem verti, additis nonnullis Accursij, et Bartholi doctrinis, opus utile & optime cōcinnatum: quod legum Regiarum vigorem habere edixit» (cfr. fis. 25 v.º e 26 da 2.ª parte). E volta a falar no assunto nas *Crónicas delRey Dõ Joam de gloriosa memoria 0 I. deste nome, e dos Reys de Portugal 0 X. e as dos Reys D. Duarte*,

Começava assim, em Portugal, desde princípios do século XV, a adquirir contornos definitivos uma nova panorâmica, a respeito

e *D. Affonso. o V* (Lisboa, 1643, ed. póstuma, pág. 383), onde acrescenta que «isto tudo foi por a grande affeição, que o Doctor João das Regras tinha a Bartolo, cujo discípulo fora em Bolonha».

A informação foi depois transcrita por vários outros autores, designadamente: MANOEL DE FARIA E SOUZA, *Europa portuguesa*, tomo II (Lisboa, 1679), pág. 325; JOSÉ SOARES DA SILVA, *Memórias para a historia de Portugal, que comprehendem o governo d'el-rei D. João o I, do amo de 1383 até o de 1433*, tomo I (Lisboa, 1730), pág. 267; DIOGO BARBOSA MACHADO, *Bibliotheca Lusitana*, tomo II (Lisboa, 1747), pág. 733; e THOMAZ DA ENCARNAÇÃO (DA COSTA LIMA), *Historia Ecclesiae Lusitanae*, tomo IV, Coimbra, 1763), pág. 435.

Esta tradição começou, no entanto, a ser posta em dúvida na segunda metade do século xviii, quando as exigências da crítica histórica passaram a adquirir maior peso no espírito dos nossos escritores; e já os *Estatutos da Universidade*, de 1772, ao fixarem o programa da cadeira de *História do Direito Pátrio*, tomam a este respeito uma atitude de prudente reserva, quando se limitam a dizer que «ensinará [o professor da cadeira] o que mais se ajustar à verdade sobre a Ordenação,, que se attribuiu ao Senhor Rei Dom João o I, de que se dá por Author o Doutor João das Regras» (cf. Liv. II, tít. III, cap. IX, § 4, na ed. de 1772, in 4.º, pág. 360. O sublinhado é nosso). Apesar disso, MELLO FREIRE, ao publicar em 1788 a sua *Historia Iuris Civilis Lusitani*, ainda dá pleno crédito à tradição, louvando-se na autoridade de DUARTE NUNES DE LEÃO e de FARIA (v. §§ LXVII e LXXIII, na ed. cit., págs. 77-78 e 84; e na trad. cit., págs. 103-104 e 110-111).

Foi JOZÉ ANASTASIO DE FIGUEIREDO quem, uns anos mais tarde (1792)\* tomou a seu cargo escarpelizar esta crença, gastando nada menos de 12 páginas da sua *Memoria* já repetidas vezes aqui referida (na *ob. e vol. cit.* págs. 291 a 301) a demonstrar — com minuciosa e especiosa argumentação — o nulo crédito que DUARTE NUNES DE LEÃO deveria merecer neste ponto e a censurar asperamente o servilismo com que a notícia foi reproduzida pelos autores que se seguiram.

O tempo, porém, encarregou-se de demonstrar que a tradição, no essencial, era fundada, pois veio a descobrir-se posteriormente um documento régio, de 18 de Abril de 1426, em que D. João I se refere extensamente àquela tradução do *Código de Justiniano*, com os seus naturais complementos: a *Glosa de Acúrsio* e os *Comentários de Bártolo*.

Do longo arrazoado de FIGUEIREDO só ficou de pé o argumento de que «no anno de 1425 (atribuído à tradução) já João das Regras era morto havia 21 annos» (cfr. *ibidem*, pág. 293), o que torna pouco provável — mas não impossível — que tenha sido ele o autor da referida tradução; e ficou de pé também... a lição de que as *tradições orais*, em história, não podem repudiar-se *in limine* só por não estarem devidamente comprovadas, a menos que haja contra elas argumentos decisivos.

Não é natural, portanto, que JOÃO DAS REGRAS tenha sido o *autor* da tradução, embora possa ter sido ele quem remotamente tomou a *iniciativa* de acon-

do problema que nos ocupa : — Definitivamente ultrapassada a fase da aplicação das fontes castelhanas como direito subsidiário—que

selhar o monarca a ordenar que ela se fizesse (o que, aliás, está mais de acordo com a notícia dada por NUNES DE LEÃO: «*huius opera instituit Rex etc.*»). E não tem fundamento — isso, sim — que JOÃO DAS REGRAS tenha sido discípulo de BÁRTOLO, como já vários autores observaram. V. ALMEIDA COSTA, *Romanismo e bartolismo*, na *ob. e vol. cit.*, pág. 32, e autores aí referidos; NUNO ESPINOSA GOMES DA SILVA, *Bártolo na história do direito português* (na *Revista da Faculdade de Direito de Lisboa*, vol. XII, 1958, págs. 177 a 221), pág. 180; e do mesmo, *João das Regras e outros juristas portugueses na Universidade de Bolonha (1)78-1421* (na mesma *Revista* e vol., págs. 223 a 253). Mas, à parte isso, a tradição veio a confirmar-se inteiramente — até, de certo modo, no que respeita à data, pois o documento joanino de 1426, como já vamos ver, refere-se à tradução do Código como um facto passado, bem podendo ter sucedido que tal tradução tenha sido feita, como sempre se disse, em 1425.

Foi RICARDO RAYMUNDO NOGUEIRA, nas suas *Prelecções de 1795-96*, quem primeiro saiu à estacada a defender a tradição contra as investidas precipitadas de FIGUEIREDO (v. *ed. póstuma cit. dessas Prelecções*, págs. 103 a 107). Mas coube a JOÃO PEDRO RIBEIRO, já no século XIX, o mérito de poder apresentar o primeiro (e também mais antigo) testemunho histórico em favor da mesma tradição, que é a famosa *Carta de Bruges* dirigida pelo INFANTE D. PEDRO ao seu irmão D. DUARTE, entre Dezembro de 1425 e Abril de 1426, quando este era ainda príncipe herdeiro.

RIBEIRO tinha publicado essa carta (até então inédita), em 1810, no tomo I das suas *Dissertações chronologicas e criticas* (págs. 385 a 397); e alguns anos mais tarde, na *Parte II das Reflexões historicas* (Coimbra, 1836), chamou a atenção para uma passagem dela onde o INFANTE D. PEDRO faz expressa referência à tradução da obra de BARTOLO que «o Senhor Rei» (D. JOÃO I) mandara fazer, acentuando que «deste lugar se conclue sem hesitação [...] confirmar-se o testemunho de Duarte Nunes, em quanto diz feita uma versão do Codigo Theodosiano (*lapsus calami y por Codigo de Justiniano*) com as notas de Accursio e Bartholo pelo Doutor João das Regras, por Ordem do Senhor D. João I» (cfr. *loc. cit.*, págs. 132-133).

A *Carta de Bruges* foi depois novamente publicada por OLIVEIRA MARTINS, na sua obra *Os filhos de D. João I* (v. 5.<sup>a</sup> ed., Lisboa, 1925, págs. 383 a 391) e, em edição crítica, por ARTUR MOREIRA DE SÁ, em 1952 (*A «Carta de Bruges» do Infante D. Pedro*, na revista *Biblos*, vol. XXVIII, 1952, págs. 33 a 54), podendo hoje igualmente ser consultada nos *Monumenta Henricina* (publicação dirigida por ANTÓNIO\* JOAQUIM DIAS DINIS, vol. III, 1421-1431, Coimbra, 1961, págs. 140 a 149) e no já cit. *Chartularium Universitatis Portugalensis* (vol. III, 1409-1430, Lisboa, 1969., págs. 311 a 319). A passagem em causa é do teor seguinte: «... e parece me: senhor que pera abreyamento dos feytos aproueitara muyto seguyr se a maneira que o senhor rey ordenou sobre o bártolo contanto que o liuro seja bem orde-

não tinha tido outro fundamento, repita-se, senão o duma maior acessibilidade, através delas, ao direito romano-canónico —, está

nado e corrydo por dous bos doctores afora aquele que o treladou...» (cfr. cit. vol. III do *Chartularium*, pág. 317).

A ilação que RIBEIRO tirou desta passagem da famosa *Carta de Bruges* — vendo nela, «sem hesitação», a confirmação de tudo o que DUARTE NUNES tinha noticiado sobre a tradução do *Código de Justiniano* «com as notas de Accursio e Bartholo» (cfr. *supra*) — é manifestamente excessiva, pois a única coisa que deste documento se pode inferir é que à data em que o INFANTE D. PEDRO escreveu ao irmão (entre Dezembro de 1425 e Abril de 1426), já existia uma tradução (trelado) da obra de BARTOLO e que D. JOÃO I a mandara fazer «pera abreyamento dos feytos» — tradução que, no entender do INFANTE D. PEDRO, carecia de ser revista por dois bons doutores, além do tradutor, para lhe poder ser dado o acatamento (e não se diz qual) que D. JOÃO I tinha pretendido que se lhe desse. Que D. JOÃO I tinha, de facto, imposto anteriormente um certo acatamento (não sabemos qual) da obra de BARTOLO, mostra-o um interessantíssimo documento para que NUNO ESPINOSA pela primeira vez chamou a atenção e que em parte transcreveu nas suas *cits*. *Lições* (pág. 342, nota). Trata-se dum *Alvará* de 19 de Abril de 1425, dirigido pelo Príncipe herdeiro D. DUARTE ao «Corregedor e Juizes e Justiaças da çidade de lixboa E a outros quaaesquer que esto ouverem de ueer» e em que lhes dá conta de ter falado «a el Rey meu Senhor sobre a pena que he scripta no proemio do bartallo per que percam os beens os juizes e procuradores se julgarem e precurarem fora daquello que eil hordena. E a el praz que aquella pena dos beens sse tire aos juizes e procuradores. E no all todo que este (leia-se este = esteja) o proemyo em sua força afora naquello de que eil ffez de craraçom per hũa carta que sobrello enuyou a p. annes lobato a qual uos poderá mostrar...» (*Livro dos Pregos*, fis. 246 e 246 v.º. Os sublinhados são nossos).

Apesar da importante chegada de JOÃO PEDRO RIBEIRO para o esclarecimento da questão, a verdade é que as dúvidas acerca da tradição narrada por DUARTE NUNES só se desvaneceram por completo alguns anos mais tarde, com a publicação, em 1857, nos *Annaes do Municipio de Lisboa* (n.º 31, pág. 250), dum importante documento conservado no *Livro dos Pregos* (fl. 216v.º), que se refere expressamente à tradução portuguesa do *Código de Justiniano* mandada fazer por D. JOÃO I e às «grossas[...] dacursio» e «conclussoes de bartallo», que lhe serviam de complemento: a *Carta Régia* de 18 de Abril de 1426, dirigida ao «corregedor e comçelho e homês bõos do (sic) nossa muy noble leall çidade de Lixboa», a que já atrás fizemos alusão. HERCULANO, no ano imediato (1858), já citaria a recente publicação desse documento, como prova definitiva da veracidade da tradição (P. M. H., *Leges*, vol. I, fase. II, pág. 148, nota 3); e, depois disso, foi a referida *carta régia* reproduzida parcelarmente por EDUARDO FREIRE DE OLIVEIRA, nos *Elementos para a historia do municipio de Lisboa*, Parte I, tomo I (Lisboa, 1882), pág. 312, e publicada de novo na íntegra por vários autores, designadamente: GAMA BARROS, *ob. ed. e vol. cit.*, págs. 123-124 (nota 4); FORTUNATO DE ALMEIDA, *ob. cit.*, vol. III (Coimbra, 1925), pág. 10 (nota 1); ALMEIDA COSTA, *Romanismo*

ragora formado um novo quadro em que já não se concebe a aplicação de outras fontes subsidiárias que não sejam directamente

*ibartolismo*, no *loc. cit.*, págs. 30-31 (nota 30); o mesmo, *La présence d'A.ccourse*, no *loc. cit.*, pág. 13 (nota 16); NUNO ESPINOSA, *Bdrtolo na história do direito português*, JIO *loc. cit.*, págs. 181-182; e o mesmo, *Lições cits.*, págs. 337-338.

Refere-se D. JOÃO I, nesta importante carta régia, ao facto de, no sentido de uniformizar a jurisprudência, já anteriormente ter ordenado (sem dizer quando) «que os feitos fossem desembargados por uma tradução (tralado) das leis do Código de Justiniano, esclarecidas pelas «glosas de Acúrsio» e pelas «conclusões de Bdrtolo»: «Bem sabêes O tralado que nos tomamos per que os feitos de nossos Reignons fossem desenhargados por huit termo soo O qual foy outoriado pella força das leix do codigo, e decraradas e outorizadas pellas entenções finaaes das grossas de sua final entêcom dacursio que sobreello escrepveo, ora fosse per hũa grossa ou per duas ou per três ou mais segundo he escripto, nos liuros. E esto quissemos que as conclusoes de hart alio, que de sobellas leix do código ffe%, que estas sejam autêticadas, Ca esta he nossa Vontade, de os feitos nom seerem desembargados se nõ per hũa entêcom e openyõ, segundo ja he escripto». (Os sublinhados são nossos).

Depois de se ter referido, assim, a certas medidas de uniformização jurisprudencial anteriormente tomadas, passa o Rei a falar do que vai agora determinar e legislar de novo e das razões que a tal o conduziram: —Relata que, receando haver pessoas menos cultas que pudessem encontrar dificuldades em entender os textos traduzidos (por a tradução nem sempre estar perfeita), deliberara fazer acompanhar cada lei — e bem assim a respectiva glosa e o respectivo comentário de Bdrtolo — dum esclarecimento (decraração), só o não fazendo quando lhe pareceu que era desnecessário, por os textos serem suficientemente claros; e determina que os feitos sejam sentenciados, daí em diante, pelo disposto nesses esclarecimentos (ou directamente pelo disposto nos textos que foi julgado supérfluo esclarecer), sempre que se trate de assunto s abrangidos nos dois livros que nesse momento para o efeito remete ao Corregedor e conselho dos homens bons de Lisboa: «...E porque estas leyx e estas grossas e Leitura de bartallo a no nom parecia que per elas ouuessem de Sentêciar, porque os tralados de tirar de latim em linguaem nom som tam cr aros, que os homes que muyto nõ sabem os podessem bem entender, por esto nos trabalhamos de fã'jer hũa decraração em cadhũa ley e na grossa e no bartalo que de sobreello he escripto pella qual mandamos aos nossos desembargadores que per aquella decraraçom façam liurar os feitos e dar as Sentenças agora per os feitos que perdante elles correrê que caibham nas leix e titulos, que em esses dous livros que uos lia mandamos som contheudos. E ainda mais por que nos possemos em algũas leix que nos pareciam que eram muyto craras que estauam bem. Assi o Julgaae pella guissa que he escripto posto que em ellas nom seja outra decraração segundo mais compridamente verees per o proemyo destes dous liuros que uos agora mandamos». (Os sublinhados são nossos).

Finalmente, determinado isto, recomenda o monarca que os dois livros fiquem na Câmara de Lisboa presos por uma cadeia, para não serem roubados, não devendo ser mostrados senão àqueles que tiverem ou estejam para ter pleitos

os *textos legislativos* do direito romano e do direito canónico — quer na sua versão original latina, quer, para os menos doutos, na sua tradução para vernáculo — e, a seu lado, como *textos doutriniais* esclarecedores, a *Glosa de Acúrsio* e os *Comentários de Bártolo*, com primazia sobre os textos de quaisquer outros doutores <sup>(45)</sup>.

a dirimir, ou a seus procuradores: «E vos poee estes liuros na Camara desse: Conçelho presos per hũa cadea bem grande e longa. E nom os leixees veer a ninguem salvo aaquelles que feitos ouuerem ou a seus procuradores ou sse temerem dauer algüus feitos. E esto seja presente o escripuam na dita camara. Ende al nõ façades. Dante em aaluerca XVIIIº dias dabril Lopafonso a fez., ano de 1426» (cfr. GAMA BARROS, *loc. rit.*).

Somos de opinião — embora os textos sejam pouco claros a esse respeito — que tanto a *Carta de Bruges*, como o *Alvará* de 19 de Abril de 1425, como a *Carta Régia* de 18 de Abril de 1426 se referem à aplicação do *Código de Justiniano*, da *Glosa de Acúrsio* e dos *Comentários de Bártolo* (nas respectivas versões portuguesas e «decrar ações» sobre esses textos feitas pelo monarca), como fontes meramente subsidiárias. Com efeito, é difícil de aceitar que, no grau de desenvolvimento já atingindo pela legislação nacional, se fizesse tábua rasa de toda essa legislação para passar a acatar o direito romano como *fonte imediata*; nem isso estaria de acordo com o zelo pela conservação e aperfeiçoamento da leis nacionais — patente também na *Carta de Bruges* — e com o respectivo movimento codificador, cuja iniciativa foi tomada pelo próprio D. JOÃO 1, quase no mesmo momento em que promulgou aquelas medidas, pois só reinou até 1433 (V. também o que dizemos *infra*, nota 50).

Sobre os problemas que nos ocuparam nesta nota, ver, além dos autores, já citados, mais os seguintes: PAULO MERÊA, *ob. rit.*, pág. 123; CARLOS OLAVO, *ob. rit.*, págs. 22-23 e 231 a 240; WALDEMAR FERREIRA, *História do direito brasileiro*, tomo II (1952), págs. 277 e 285-286; BRAGA DA CRUZ, *ob. rit.*, pág. 377; ALMEIDA COSTA, *Rara a história da cultura jurídica medieva*, no *loc. cit.*, pág. 273; NUNO ESPINOSA, *Lições cits.*, págs. 337 a 344; ANTÓNIO MANUEL HESPANHA, *Apontamentos de história do direito português* (ed. em ciclostilo, Coimbra, 1970-71), pág. 8, nota 1; e JOSÉ GOMES B. CÂMARA, *Subsídios para a história do direito pátrio*, tomo I (2.ª ed., Rio de Janeiro, 1973), págs. 52.

(4) A primazia absoluta dada a ACÚRSIO e a BÁRTOLO sobre as opiniões, de quaisquer outros *glosadores* e *comentadores* está bem patente no teor da *Carta Régia* de 18 de Abril de 1426, a que nos referimos na nota anterior. A tradução (*tralado*) desses textos foi feita, como expressamente declara o Rei, «per que os feitos de nossos Reignos fossem desenbargados por huí termo soo», isto é, com a intenção de afastar a aplicação de outras obras doutriniais:

a) Quanto à *Glosa Magna*, levantava-se, no entanto, um problema especial, derivado do facto de ACÚRSIO normalmente transcrever uma selecção de *glosas* de outros *glosadores*, terminando por formular o seu próprio ponto de vista, ou, então, limitar-se a transcrever *glosas* de outros autores, não se vinculando expres-

Todo o problema agora, no século XV, já não era, pois, como mm século antes <sup>(46)</sup>, o da primazia entre esses textos e o das obras castelhanas cuja aplicação a tradição consagrara, mas o do eventual conflito dos próprios textos íomanos e textos canónicos entre si e dos textos outrinais de ACÚRSIO e de BÁRTOLO com os de outros autores de larga difusão e aceitação. Esse problema, sim, preocupava agora os espíritos, gerando hesitações na jurisprudência dos tribunais; e tornava-se urgente uma intervenção legislativa no sentido de o esclarecer, estabelecendo uma ordem hierárquica de valores, no campo «das fontes subsidiárias de direito.

Foi o que veio a ser feito, em meados do século, com a promulgação das *Ordenações Afonsinas* (1446 ou 1447) <sup>(47)</sup>.

samente a nenhuma posição. Era corrente, nesta hipótese, tomar-se como filha por ACÚRSIO a última glosa por ele transcrita (v. SAVIGNY, *ob. e vol. cit.*, pág. 149); e foi essa a solução que igualmente se pretendeu consagrar entre nós, de modo a que, num caso ou noutro, prevalecesse sempre a opinião de ACÚRSIO «obre a de qualquer outro glosador. Como bem acentuou NUNO EPINOSA */Lições cit.*, págs. 338-339), não é outro o sentido da carta régia de D. JOÃO I, ao falar das leis do Código «decraradas e outorizadas *pellas entençaes finaes das .grossas de sua final entençaom dacursio que sobre llo escrepveo, ora fosse per húa .grossa ou per duas ou per três ou mais segundo he escripto, nos liuros*».

b) Quanto às *Opiniões de Bartolo*, o problema era mais simples, bastando insistir, de modo expresso, na sua *exclusividade* em relação às obras dos demais •comentadores. E foi o que fez o Rei, ao declará-las *autenticadas*, com o fundamento— mais uma vez alegado — de os pleitos deverem ser apreciados à luz *duma só opinião* : «E esto quissemos que as conclussoees de bartallo, que de sobellas leix do codigo ffez, que estas sejam autenticadas, Ca esta he nossa Vontade, de os Jeitos nom seerem desembargados se nõ per húa entençaom e openyõ, segundo ja he escripto» (cfr. GAMA BARROS, *loc. cit.* Os sublinhados são nossos). É a esta preferência *absoluta* de BÁRTOLO sobre as opiniões dos demais doutores, assim consagrada por D. JOÃO I na *Carta Régia* de 18 de Abril de 1426 (e com certeza já antes •desta data estatuída), que manifestamente se quer referir o passo das *Ordenações Afonsinas* (II, 9, 2) a que adiante nos reportaremos (*infra*, n.º 6 e nota 56), onde o legislador, ao reafirmar o mesmo princípio, declara fazê-lo porque «assy foi sempre usado, e praticado em tempo dos Reyx meu A voo, e Padre da gloriosa memoria».

(46) V. *supra*, n.º 4, *in fine* e n.º 5; e notas 37, 38, 41 e 42.

(47) É muito extensa a bibliografia sobre a história, conteúdo e índole das mossas primeiras *Ordenações*, que nos dispensamos de citar aqui, remetendo o leitor interessado para a *lista bibliográfica* que serve de complemento ao artigo *Ordenações*, redigido por ALMEIDA COSTA para o *Dicionário de História de Portugal*, vol. III (Lisboa, 1968), págs. 205 e segs., e reproduzido na colectânea *Temas de*

6. Aproveitou-se efectivamente o ensejo da elaboração da primeira grande codificação nacional — monumento legislativo

*história do direito*, no *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. XLIV (1968), págs. 259, a 270. A essa lista bibliográfica devem acrescentar-se as *Lições* de NUNO ESPINOSA GOMES DA SILVA, já repetidas vezes aqui citadas, págs. 345 a 363.

As informações dadas pelos autores acerca da história do código afonsino assentam sempre, fundamentalmente, no relato que consta do próprio preâmbulo\* das *Ordenações* e que pode ler-se na edição — ainda hoje única — que delas se fez, em fins do século xviii, após a criação dos estudos de *história do direito pátrio* pela Reforma Pombalina da Universidade e integrada na *Collecção da legislação antiga e moderna ao Reino de Portugal: Ordenações do Senhor Rey D. Affonso V* (Coimbra. Na Real Imprensa da Universidade. Anno de MDCCLXXXII. Por resolução de S. Magestade de 2 de Setembro de 1786 — 5 volumes). Esta edição deve-se aos cuidados do lente de Leis Luís JOAQUIM CORRÊA DA SILVA, que para ela escreveu uma importante *prefação*.

O problema da data das *Ordenações Afonsinas* não está ainda inteiramente esclarecido. Sabe-se que Rui FERNANDES terminou a obra na Vila da Arruda, em 28 de Julho de 1446, e que a compilação foi seguidamente revista e emendada por uma comissão constituída pelo próprio Rui FERNANDES e mais três juriconsultos, tendo sido por fim publicada ainda durante a Regência do INFANTE D. PEDRO, em nome de D. AFONSO V (o mais tardar, portanto, nos começos de 1448). Mas há um documento, para que já chamaram a atenção JOSÉ ANASTASIO DE FIGUEIREDO e JOÃO PEDRO RIBEIRO, que parece demonstrar que a revisão já estava concluída — pelo menos até ao livro II, inclusive — em 27 de Agosto de 1447: uma certidão de alguns regimentos e títulos passada ao alcaide-mor de Santarém Rui BORGES DE SOUSA e extraída, segundo nela se declara, «do primeiro Livro das Ordenações e do 3.º das Reformaçoens das Ordenações que anda na nossa Chancellaria». Cfr. JOSÉ ANASTASIO DE FIGUEIREDO, *Synopsis chronologica [...] da legislação portuguesa*, tomo I (Lisboa, 1790), págs. 42-43; J. P. RIBEIRO, *Memoria sobre as Ordenações do Senhor D. Affonso 1.º* (publicada, por ANTÓNIO CRUZ, no Apêndice I do seu *Breve estudo dos manuscritos de João\* Pedro Ribeiro*, saído a lume no *Boletim da Biblioteca da Universidade de Coimbra*, Suplemento ao vol. XIV, Coimbra, 1938, págs. 121 a 132), págs. 122-123; e PEDRO MARTINS, *ob. cit.*, pág. 537.

Pode assim dizer-se que as *Ordenações Afonsinas* adquiriram vis legislativa, ainda em 1446 ou, mais provavelmente, em 1447. Em todo o caso, como diz ALMEIDA COSTA, «parece verosímil — dada a inexistência duma prática definida sobre a publicação e entrada em vigor das leis — que [...] só progressivamente tenham sido divulgadas e utilizadas nos vários pontos do território, à medida que se foram tirando sucessivas cópias». Cfr. *ob. e loc. cit.*, pág. 261. No mesmo sentido, e mais extensamente, MARCELLO CAETANO, *Prefácio à edição facsimilada do Regimento dos officiais das cidades, vilas e lugares destes reinos, de 1104* (Lisboa, 1955), págs. 12 a 15; do mesmo, *História do direito português cit.*, págs. 257-258; e NUNO\* ESPINOSA, *ob. cit.*, págs. 346-347.

que honra a cultura jurídica portuguesa de quatrocentos e que seria bastante, só por si, para dignificar o reinado de D. AFONSO V (1438 a 1481), ainda que muitos outros sucessos não tivessem vindo imortalizar o nome desse monarca — para estabelecer pela primeira vez entre nós uma regulamentação cuidada e minuciosa do problema do direito subsidiário. E a primeira nota que logo impressiona quem se debruce sobre o texto respectivo é a de a questão ser aí apresentada, fundamentalmente, como um problema de conflito de jurisdições entre o *direito romano* e o *direito canónico*, ou, em certo sentido — e mais profundamente ainda —, como um problema de conflito entre o *poder temporal* e o *poder religioso*.

Ressalta isso, na verdade, não só da epígrafe que o compilador resolveu dar ao texto das *Ordenações* onde o problema é ventilado — «Quando a Ley contradiz aa Degratal, qual delias se deve guardar» — como da sua colocação no esquema formal das mesmas *Ordenações*, no título 9.<sup>o</sup> do Livro II, a estabelecer a ligação entre os 8 títulos anteriores, que tratam das relações entre a Igreja e o Estado, e os 14 títulos imediatos, que regulam os demais privilégios e regalias reconhecidos ao clero pelo poder civil (48).

(48) O Livro II das *Ordenações* é, como se sabe, o mais heterogéneo dos 5 livros que as compõem. Enquanto os demais livros tratam cada qual duma matéria bem definida (abrangendo o Livro I o regimento dos diversos cargos públicos, o Livro III o direito processual civil, o Livro IV o direito civil e o Livro V o direito criminal e o respectivo processo), o Livro II foi utilizado para meter nele, indiscriminadamente, tudo o que não tinha perfeito cabimento nos outros: relações da Igreja com o listado e privilégios da classe eclesiástica (títulos 1 a 23); direitos reais (no sentido de régios) e administração fiscal (títulos 24 a 58); privilégios da classe nobre e jurisdição dos donatários régios (títulos 59 a 65); e, finalmente, legislação especial para judeus (títulos 66 a 98) e para mouros (títulos 99 a 121), havendo ainda mais dois títulos (121 e 122) que são um acrescentamento de data posterior.

Pois bem: — O problema do direito subsidiário é versado no título 9.<sup>o</sup> deste heterogéneo Livro II, a estabelecer a ligação entre os títulos que tratam das relações entre o *poder temporal* e o *poder religioso* e os que fixam as regalias reconhecidas pelo Estado à classe eclesiástica : — Os primeiros 7 títulos do Livro II são integralmente dedicados à transcrição das *concórdias* ou *concordatas* celebradas entre os nossos monarcas (D. DINIS, D. PEDRO I e D. JOÃO I) e as autoridades religiosas, seguindo-se-lhes um título (o título 8.<sup>o</sup>), também de primordial importância nas relações entre o Estado e a Igreja, que trata «Dos que se coutam aa Igreja, em que casos gouvirom da imunidade delia, e em quaaes nom»; e é a coroar toda esta problemática da *tensão Igreja-Estado* que surge,

Não quer isto dizer, como já veremos em seguida, que a regulamentação aí dada ao problema do direito subsidiário não extravase amplamente os limites duma pura questão de conflito entre o *direito do século* e o *direito da Igreja* ou entre *os dots poderes* de que esses ordenamentos jurídicos são a expressão; mas não há dúvida que é assim que o problema é posto, a demonstrar que era nisso que residia, segundo o espírito da época, o verdadeiro cerne da questão.

Por singular contraste com a *epígrafe* do texto em causa e com o seu *enquadramento formal* no contexto — que acabamos de pôr em relevo —, o primeiro problema de que aí se trata começa logo por ser uma questão que nada tem que ver com o conflito de jurisdições entre a Igreja e o Estado : o da *prioridade absoluta* que deve ser dada, nos pleitos a julgar, ao disposto nas *leis, estilos da Corte* <sup>(49)</sup> ou *cos-*

com idêntico espírito, a regulamentação do problema de saber, «quando a Ley contradiz aa Degratal, qual delias se deve guardar» (título 9.º).

Fechado este *sector de problemas, seguem-se imediatamente os títulos referentes aos privilégios do clero e aos respectivos limites perante o poder civil* : «Que os Clérigos ajam servidores» (título io.º); «Que fação penhora nos bees dos Clérigos condampnados pelos Juizes d'El Rey» (título ii.º), etc., até ao título 23.º («Dos privilégios dados aos Caseeiros das Igrejas, e Moesteiros, em que forma se ham de dar»).

<sup>(49)</sup> Conquanto os *estilos da Corte* sejam um conceito de contornos mal definidos, cuja noção e requisitos variavam bastante segundo os autores, talvez nenhuma definição quadre melhor ao verdadeiro sentido aqui dado à expressão do que a de CORREI A TELLES: «Chamava-se *Estilo* o uso ácerca do modo de praticar o que as Leis mandão» (cfr. JOSÉ HOMEM CORREIA TELLES, *Commentario critico á lei da boa razão, em data de 18 de Agosto de 176p*: 2.ª ed., Lisboa, 1845, pág. 15). Os *estilos da Corte* serão, assim, a jurisprudência uniforme e constante dos tribunais superiores quanto à praxe de julgar (embora não quanto ao conteúdo das decisões). É esse o sentido, aliás, que melhor se adapta ao texto da *Carta Régia* de 7 de Junho de 1605, que mandou definir por *assentos* «os estilos antigos da [...] Casa da Supplicação» (como veremos *infra*, nota 109, n.º III) e que o comentador das nossas *Ordenações* MANUEL GONÇALVES DA SYLVA teve presente ao dizer que «*stylus Curiae* est consuetudo judiciaria continens ordinem, & seriem rerum gerendarum». Cfr. EMMANUELIS GONÇALVES DA SYLVA [...] *Commentaria ad Ordinationes Regni Portugallia, [...] continuando scilicet ex lib. III & tit. XIII. ad perficiendum opus commentariorum ab Emmanuele Alvares Regas* (cuja i.ª ed. é de 1732), *tomus secundus, Ad Ord. lib. 3. titul. 64. ad princip., n.º 13* (na 2.ª ed., Ulyssipone, 1742, pág. 285, i.ª col.). V., sobre o tema, MANUEL BORGES CARNEIRO, *Direito Civil de Portugal contendo três livros L. Das pessoas: II. Das cousas: III. Das obrigações e acções*, tomo I (Lisboa, 1836), § 14, págs. 54 a 56; e também a extensa exposição de NUNO ESPINOSA GOMES DA SILVA, nas suas *cits. Lições*, págs. 407 a 413, assim como, do mesmo autor, o bem elaborado estudo *O direito subsidiário num Comer-*

*tumes do Reino*, ainda que, porventura, seja diversa a solução perflhada a esse respeito pelo *direito romano* — aí designado simplesmente pela expressão *leis imperiais*—, «porque onde a Ley do Regno dispõem, cessam todalas outras Leys, e Direitos»<sup>(50)</sup>.

tário às Ordenações Manuelinas atribuído a Ruis Correia (nos *Estudos de direito público em honra do Professor Marcello Caetano*, Lisboa, 1973, págs. 253 a 294), págs. 263 a 267.

O Comentário a que se reporta este trabalho de NUNO ESPINOSA é constituído pelos manuscritos inéditos do *Fundo Geral da Biblioteca Nacional de Lisboa* n.ºs 1777 a 1779. Cabe ao jovem e distinto professor da Faculdade de Direito de Lisboa o mérito de ter retirado esse manuscrito do esquecimento, utilizando-o repetidas vezes na sua dissertação de doutoramento (*Humanismo e direito em Portugal no século XVI*, Lisboa, 1964) e nas suas citadas lições de *História do Direito Português* »(Lisboa, 1967; e hoje, em 2.<sup>a</sup> ed., Lisboa 1971). O Comentário em causa é atribuído por ANTONIO RIBEIRO DOS SANTOS — numa nota que deixou escrita na respectiva capa — à autoria de Luís CORREIA, «Lente de Prima de Canones na Universidade de Coimbra pellos annos de 1586», figura de relevo na nossa história cultural quinhentista, cuja vida, obra e biblioteca foi estudada exaustivamente por ANTÓNIO DE OLIVEIRA, no seu trabalho *A livraria dum canonista do século XVI* (na *Revista da Universidade de Coimbra*, vol. XXII, Coimbra, 1970, págs. 61 a 155). Debruçando-se sobre esse problema, NUNO ESPINOSA chega à conclusão de que a atribuição da autoria do *Comentário* a Luís CORREIA se reveste de «altíssimo grau de probabilidade», embora não possa aceitar-se em termos definitivos sem conferir os elementos que RIBEIRO DOS SANTOS utilizou (outros papéis de Luís CORREIA, com a mesma letra) e cujo paradeiro se ignora (v. *loc. cit.*, págs. 256 a 260).

No estado em que chegou até nós, o manuscrito não forma um comentário completo às *Ordenações Manuelinas*, pois incide apenas sobre os livros II, III e IV dessas *Ordenações* e não abrange vários títulos desses livros (v. *loc. cit.*, nota 3). NUNO ESPINOSA GOMES DA SILVA publicou, em apêndice ao seu estudo (págs. 281 a 294), toda a parte do *Comentário* referente ao título 5.<sup>o</sup> do livro II, onde vem tratada a matéria do *direito subsidiário*.

(60) «TITULO VIII. Quando a Ley contradiz aa Degratal, qual delias se deve guardar: Estabelecemos, e poemos por Ley, que quando alguü caso for trazido em pratica, que seja determinado per algüa Ley do Regno, ou estillo da nossa Corte, ou custume dos nossos Regnos antigamente usado, seja per elles julgado, e desembargado finalmente, nom embargante que as Leyx Imperiaaes acerca do dito caso ajam desposto em outra guisa, porque onde a Ley do Regno dispõem (sic), cessam todalas outras Leys, e Direitos; ...» (cfr. *ed. cit.*, págs. 161-162).

É digno de particular registo o facto de o legislador afonsino ter sentido necessidade, neste *proémio*, de acentuar a *prioridade do direito nacional sobre o direito romano*, o que significa, evidentemente, que havia a esse respeito, ao tempo, um *problema em aberto*. Que problema? Possivelmente, apenas o *abuso*, por parte de alguns tribunais — por sua iniciativa ou a invocação das partes litigantes —, «de aplicar o *direito romano* com menosprezo do *direito pátrio*, pois esse abuso

O problema do *direito subsidiário* surge só deste ponto em diante,, isto é, quando o caso de que se trata não for regulado pelas *fontes imediatas* acabadas de apontar (as *leis do Reino*, os *estilos da Corte* e o *costumê*) \ e — nesse momento, sim — surge em toda a sua acuidade a questão do conflito entre o *direito romano* e o *direito canónico*, entre as «Leyx Imperiaees» e os «Santos Canones», para onde o legislador remete directamente o preenchimento das lacunas do ordenamento\* jurídico pátrio<sup>(61)</sup>.

**verificou-se durante todo o Antigo Regime, apesar do texto explícito das Ordenações. V. infra (n.º 12 e nota 113) a referência feita a esse abuso, para o condenar,, pelo § 9.º da Lei da Boa Raão; e v. também RICARDO RAYMUNDO NOGUEIRA, ob. cit., pág. 255 ; MERÊA, Resumo das Lições cit., pág. 148; BRAGA DA CRUZ, Lições cits., pág. 414; do mesmo, Formação histórica do moderno direito privado português e brasileiro {Comunicação ao II «Colloquium» Internacional de Estudos Luso-Brasileiros, São Paulo, 1954), na revista Scientia Iuridica, tomo IV, 1955, págs. 237 e 241-242.; ALMEIDA COSTA, Romanismo e bartolismo, no loc. cit., págs. 34-35; do mesmo, La présence d\*Accurse, no loc. cit., pág. 57; e ANTÓNIO MANUEL HESPANHA, ob. cit., pág. 7 (em nota). Mas não é de pôr de parte a hipótese de se ter desejado marcar posição contra qualquer recente interpretação da Carta de Lei de 18 de Abril de 1426\* (v. supra, nota 44), cujo teor pouco claro podia dar lugar a pensar que foi desejo de D. JOÃO I ordenar a aplicação do tratado do Código justinianeu (e da Glosa de Acúrsio, das Opiniões de Bártolo e das «decrarações» sobre estas feitas pelo monarca)\* como fonte imediata — com prioridade, portanto, sobre o direito nacional — o que não fora sua intenção.**

De registar é também que o legislador só tenha sentido necessidade de acentuar a prioridade do direito nacional sobre o direito romano e não sobre o direito canónico, o que significa, como é óbvio, que não havia, a este respeito, um problema em aberto, como a respeito do direito romano. Isto dá certa probabilidade à segunda das hipóteses atrás assinaladas, isto é, de haver necessidade de pôr cobro a qualquer interpretação abusiva da Carta de Lei de 18 de Abril de 1426, já que esta só à aplicação de fontes romanas ou romanísticas se refere; mas, além disso,, vem confirmar que não havia nem nunca houvera entre nós qualquer espécie de dúvida acerca da prioridade das leis pátrias sobre o direito canónico (salvo, evidentemente, nos casos reservados ao próprio foro canónico, *ratione materiae* ou *ratione personae*) e que, portanto, a lei de D. AFONSO II de 1211, atrás referida (supra, nota 16), não teve o objectivo de subordinar a vigência das leis pátrias à condição da sua concordância com o direito canónico, mas apenas — conforme sustentámos (na nota citada) — do seu respeito pelos direitos e privilégios da Igreja. Em sentido-contrário, v. NUNO ESPINOSA, ob. cit., págs. 236, 243 e 353.

<sup>(61)</sup> É o que diz a parte final do *proémio*, a seguir à parte já transcrita na nota anterior: «... e quando o caso, de que se traeta, nom per determinado per Ley do Regno, mandamos que seja julgado, e findo pelas Leyx Imperiaees,, e pelos Santos Canones» (cfr. loc. cit.).

Estabelece-se, então, um rigoroso critério de prioridades entre os dois sistemas normativos, se porventura preconizarem soluções diversas para o caso *sub iudice* : — Nos problemas jurídicos *de ordem temporal*, a prioridade pertence, em princípio, ao *direito romano*, excepto se da sua aplicação *resultar pecado*; e nos problemas jurídicos *de ordem espiritual* ou nos problemas *de ordem temporal* em que a aplicação do direito romano possa *implicar pecado*, deve dar-se a preferência ao *direito canónico*. E, a propósito da aplicação deste *critério do pecado*, exemplifica o legislador com o caso da prescrição aquisitiiva em favor do possuidor de má fé, que o *direito romano* admite e o *direito canónico* repudia <sup>(62)</sup>, dizendo que, «se em tal caso se guardassem as Leyx Imperiaaes, guardando-as, necessariamente trizeria pecado ao possuidor, o que nom devemos a consentir», e acrescentando a isso uma curiosa justificação complementar, qual seja a da obediência que em tal caso é devida «ao Padre Santo, e aa Santa Igreja, de que os Canones procedem» e que «nõ devemos em nenhuí caso aos Emperadores, de que as Leyx Imperiaaes procedem» <sup>(M)</sup>

<sup>(62)</sup> **Como fizeram notar** ALMEIDA COSTA (*Romanismo e bartolismo*, no loc. cit., pág. 32), e *La présence d'Accurse dans l'histoire du droit portugais*, no loc. cit., pág. 56), e NUNO ESPINOSA (*Bártolo na história do direito português*, no loc. cit., págs. 186-187, e *Lições cits.*, págs. 354 a 356), a **disposição filia-se directamente no ensino de BÁRTOLO, até no invocado exemplo da prescrição de má fé**: «... Tu dic aut loquimur in spiritualibus & pertinentibus ad fidem, & stamus canoní [...]. Aut loquimur in temporalibus & tunc in terris subiectis Ecclesiae, & sine dubio stamus decretalibus. Aut in terris subiectis Imperio, et tunc, aut servare legem est inducere peccatum, ut quod prescribat possessor malae fidei, & tunc stamus canonibus[...] Aut non inducit precatum, & tunc stamus legi». Cfr. BARTOLI a SAXOFERRATO *omnium iuris interpretum antesignani Commentaria. Tomus septimus, In primam Codicis partem* (Veneza, 1615)—(*Ad primum lib. Cod., tit. De sacrosanct. eccl., lex XII = C. I. 2, 12*), fól. 13 v.º, i.ª coi.

**Sobre este passo de BÁRTOLO e sua projecção na doutrina da época**, v. CECIL WOOLF, *Bartolus of Sassoferrato. His position in the history of medieval political thought* (Cambridge, 1913), págs. 72 e segs. e 99 e segs.; J. L. J. VAN DE KAMP, *Bártolo da Sassoferrato, separata dos Studi Urbinati*, anno IX (Urbino, 1935), págs. 143 e segs.; ERMINI, *Corso di diritto comune*, vol. I (Milano, 1946), pág. 145; WALTER ULLMANN, *The medieval idea of law as represented by Lucas de Tenna* (London, 1946), págs. 90 e segs. ; FRANCESCO CALASSO, *Medio Evo del diritto*, vol. I — *Le fonti* (Milano, 1954), págs. 488 e segs.; e ANTÓNIO MANUEL HESPANHA, *ob. cit.*, págs. 14-15, nota 1.

<sup>(63)</sup> **Eis o teor completo do § i.º do título das Ordenações Afonsinas que estamos a apreciar (II, 9): 1. E acontecendo, que acerca de tal caso as Leyx**

Trata-se, como se vê, duma justificação extremamente curiosa, não só por ser uma afirmação solene da doutrina da isenção da <*jurisdictio Imperii*>, sempre defendida pelos pensadores hispânicos em relação aos reinos cristãos da Península (64), como pelo contraste que oferece, ao invocar uma *razão positiva* da observância do direito canónico (a obediência devida ao *Papa* e à *Igreja*) contra uma *razão meramente negativa* do acatamento do direito romano (o não dever Portugal obediência ao *Imperador*), mas deixando sem explicar por que motivo, afinal, deve o direito romano ser observado como direito subsidiário — e com preferência, até, na generalidade dos casos, sobre o próprio direito canónico —, explicação que só será tentada mais tarde, como veremos, no preceito correspondente das *Ordenações Manuelinas de 1521* (55).

Se o caso omissis não puder ser resolvido directamente pelos textos do *direito romano* ou do *direito canónico* nos termos que ficam

Imperiaes sejam contrairás aos Canones, mandamos que assy nas cousas temporaes, como espirituaaes, se guardem os Canones, se o caso tal for, que guardando as Leyx Imperiaaes, traga pecado; pode-se poer enxemplo no possuidor de maa fe, que segundo as Leyx Imperiaaes per trinta annos possoido sem titulo, prescrepve a cousa alhea, e segundo Direito Canonico, o possuidor de maa fé nom pode prescrepver per nenhuü tempo: se em tal caso se guardassem as Leyx Imperiaaes, guardando-as, necessariamente trazeria pecado ao possuidor, o que nom devemos a consentir, maiormente que em tal caso devemos necessariamente obediência ao Padre Santo, e aa Santa Igreja, de que os Canones procedem, a qual nõ devemos em nenhuü caso aos Emperadores, de que as Leyx Imperiaaes procedem; e por tanto convém que em tal caso, e em outro semelhante se guarde o Direito Canonico, e nom o Direito Imperial : e no caso temporal, que a guarda das Leyx Imperiaaes nom traga pecado, ellas devem seer guardadas, nom embarcante que os Canones sejam em contraira desposiçom» (cfr. *loc. cit.*).

(M) Unanimemente rejeitada a ideia duma submissão dos reinos hispânicos a uma «*iurisdictio Imperii*» de carácter universal, também a própria concepção de um *império hispânico*, esboçada no tempo de AFONSO VI de Leão e Castela e tentada mais concretamente com a coroação de AFONSO VII como imperador (1135), foi um surto efémero que não teve continuidade e a que o Reino de Portugal, em plena fase de consolidação da sua independência, não aderiu. V., por todos, ALFONSO GARCÍA-GALLO, *El imperio español medieval*, na revista *Arbor*, n.º 11 (Madrid, Septiembre-October 1945), págs. 199 a 228; RAMÓN MENÉNDEZ PIDAL, *El imperio hispánico y los cinco reinos* (Madrid, 1950), sign. págs. 163-164; e MARTIM DE ALBUQUERQUE, "Portugal e a «*iurisdictio imperii*», no *loc. cit.*, sign., págs. 309 a 316 (quanto à Península, em geral) e págs. 316 a 353 (quanto a Portugal, em concreto).

(65) V. *infra*, n.º 8 e nota 69.

indicados, mandam então as *Ordenações Afonsinas* recorrer à *Glosa de Acúrsio* e, na insuficiência desta, à *opinião de Bártolo*, inclusivamente na hipótese de os demais doutores serem de opinião contrária, alegando-se como motivo desta preferência absoluta de Bártolo não só a prática seguida nesse sentido desde o reinado de D. JOÃO I e a generalizada crença numa maior razoabilidade da opinião desse jurisconsulto, como a conveniência de evitar confusões e disparidades no domínio jurisprudencial <sup>(56)</sup>.

E, finalmente, se nem assim for possível encontrar solução para o caso a julgar, deve o assunto ser levado à apreciação pessoal do monarca, cuja decisão ficará a valer como lei para todos os casos similares<sup>(7)</sup>, do mesmo modo devendo proceder-se na hipótese de o

(<sup>56</sup>) É o que dispõe a primeira parte do § 2.<sup>o</sup> do título em questão: «2. E se o caso, de que se trahta em pratica, nom fosse determinado por Ley do Regno, ou estillo, ou costume suso dito, ou Leyx Imperiaaes, ou Santos Canones, entom mandamos que se guardem as grosas d'Acúrsio encorporadas nas ditas Leyx. E quando pelas ditas grosas o caso nom for determinado, mandamos, que se guarde a opiniom de Bartholo, nõ embargente, que os outros Doutores diguam o contrairo; porque somos bem certo, que assy foi sempre usado, e praticado em tempo dos Reyx meu Avoo, e Padre da gloriosa memoria; e ainda nos parece, polo que já algüas vezes vimos, e ouvimos a muitos Leterados, que sua opiniom comunalmente he mais conforme aa razom, que a de nenhuü outro Doutor; e em outra guisa seguir-sia grande confusom aos Desembargadores, segundo se mostra per clara esperiencia...» (cfr. *ob. cit.*, págs. 162-163).

Como já dissemos atrás (nota 45, *in fine*), o argumento de que «assy foi sempre usado, e praticado em tempo dos Reyx meu Avoo, e Padre» está inteiramente de acordo com o que hoje sabemos a respeito da *preferência absoluta* que D. JOÃO I mandou dar à opinião de BÁRTOLO sobre a de todos os demais doutores e a que se faz referência na *Carta Régia* de 18 de Abril de 1426.

A atribuição de valor normativo em Portugal à *Glosa Magna* de ACÚRSIO e às opiniões de BÁRTOLO, a título de *direito subsidiário* — que vai durar até ao século XVIII (1769) — representa, que saibamos, um caso singular no quadro dos direitos europeus. Apenas em Itália há notícia de a *Glosa de Acúrsio* (mas não a obra de BÁRTOLO) ter sido mandada aplicar subsidiariamente pelos *Estatutos* da cidade de Verona, de 1393. V. NUNO ESPINOSA, *Lições cits.*, págs. 340 e 358, em notas. Isto, evidentemente, sem pôr em causa a enorme difusão e aplicação que ACÚRSIO e BÁRTOLO tiveram, *de facto*, em todos os tribunais europeus.

(<sup>57</sup>) Assim o determina a parte final do § 2.<sup>o</sup>, em seguida ao texto já transcrito na nota anterior: «... E acontecendo caso, ao qual per nenhuü dos ditos modos nom fosse previsto, mandamos que o notefiquem a Nos pera o determi-

caso não envolver matéria de pecado e ser omissa nos textos de direito romano, mas encontrar solução diversa no direito canónico e nas «grosas, e Doutores das Leyx»<sup>(68)</sup>.

7. A regulamentação do problema do direito subsidiário assim fixada nas *Ordenações Afonsinas*, em meados do século XV, manteve-se nas suas linhas gerais nas *Ordenações Manuelinas*, de começos do

narmos ; porque nom tamsomente taaes determinações som desembargo daquelle feito, que se trauta, mais som Ley pera desembargarem outro semelhante» (cfr. *loc. cit.*).

(68) Este caso especial vem tratado autonomamente, no 3.º e último § do título: «3. Item. Depois desto achamos outra duvida. Se acontecesse caso, em o qual não fosse materia de pecado, o qual nom fosse determinado per Ley do Regno, nem per estillo da nossa Corte, nem per costume dos nossos Regnos, nem per Ley Imperial, e fosse determinado per Canones per hũu modo, e pelas grosas, e Doutores das Leyx per outro modo, se se guardará em tal caso o texto dos Canones, ou as grosas dos Doutores das Leys Imperiaaes; e a causa desta duvida he, porque as grosas, e Doutores do Direito Civil se fundam per Leyx Imperiaaes, as quaaes allegam a provar sua teençom: em tal caso seja remetido aa nossa Corte, e guarde-se sobre ello a nossa determinaçom» (cfr. *ob. cit.*, págs. 163-164).

A hesitação do legislador, neste ponto, advém do facto de reconhecer, por um lado — como no texto expressamente confessa —, que as *glosas e opiniões dos doutores*, de certo modo, fazem parte ainda das próprias «leis imperiais», de que constituem simples *interpretação e comentário*, mas que, de certo modo também, são fontes distintas e autónomas — como tal tendo sido tratadas no § anterior — e podendo inclusivamente prever soluções que não estão contidas nas «leis imperiais» a que servem de complemento (problema, justamente, que está em causa). A primeira consideração levaria, em boa lógica, no caso vertente, a dar-lhes preferência sobre o *direito canónico*; mas a segunda consideração — a que o legislador ficou preso no § anterior — deveria levar, também em boa lógica, a dar a preferência ao *direito canónico* sobre elas. Para fugir à dificuldade... remete-se o caso para a apreciação pessoal do monarca.

Sobre todo o assunto deste n.º 6, ver JOZÉ ANASTASIO DE FIGUEIREDO, *cit. Memoria sobre qualfoi a época certa da introdução do Direito de Justiniano em Portugal*, na *ob. e vol. cit.*, págs. 307 a 309; COELHO DA ROCHA, *ob. e ed. cit.*, págs. 129; GAMA BARROS, *ob. ed. e vol. cit.*, págs. 134-135; PAULO MERÊA, *ob. «\*/*, págs. 147; BRAGA DA CRUZ, *Lições cits.*, págs. 412-313; ALMEIDA COSTA, *Romanismo e bartolismo*, no *loc. cit.*, págs. 32-33; do mesmo, *La présence d'Accurse dans l'histoire du droit portugais*, no *loc. cit.*, pág. 56; do mesmo, *cit. artigo Ordenações*, no *loc. cit.*, pág. 263; MARCELLO CAETANO, *ob. cit.*, págs. 260-261; NUNO ESPINOSA, *Bartolo na história do direito português*, no *loc. cit.*, págs. 185 a 187; do mesmo, *Lições cits.* págs. 351a 363; e MARTIM DE ALBUQUERQUE, *ob. e loc. cit.*, págs. 332-333.

século XVI, e nas *Ordenações Filipinas*, de 1603; e só no terceiro quartel do século XVIII foi profundamente modificada pela famosa *-Lei da Boa Razão*, de 18 de Agosto de 1769.

Há no entanto a assinalar, na passagem das *Ordenações Afonsinas* para as *Manuelinas*, algumas alterações *de forma* ou *de fundo* no texto da lei, que se nos afiguram da maior importância, pelo que traduzem duma nova mentalidade na evolução da ciência jurídica e duma maior preocupação de rigor na apresentação dos textos legislativos.

Tiveram as *Ordenações Manuelinas*, como é sabido, uma primeira redacção, impressa de 1512 a 1514<sup>(59)</sup>, que a breve trecho foi subs-

(59) Sobre a história da reforma manuelina das *Ordenações*, ver a prefacção v(saída sem nome do autor, mas devida à pena de FRANCISCO XAVIER DE OLIVEIRA MATTOS), à edição universitária das *Ordenações do Senhor Rey D. Manuel, integrada na Collecção da Legislaçãõ Antiga e Moderna do Reino de Portugal (Coimbra: Na Real Imprensa da Universidade. Anno de MDCCLXXXVII — 5 volumes)*; e também o já citado artigo *Ordenações*, de ALMEIDA COSTA, no *Dicionário de História de Portugal*, reproduzido no *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. cit., págs. 264 a 266, e a extensa bibliografia aí referida (págs. 269-270), a que há que acrescentar, já posteriores à publicação desse artigo, as cits. *Lições* de NUNO ESPINOSA, págs. 364 a 371, e os cits. *Subsídios para a história do direito pátrio* de JOSÉ GOMES B. CÂMARA, tomo 1 (2.<sup>a</sup> ed., 1973), págs. 79 a 85. Acerca do valor iconográfico e da interpretação das lindíssimas gravuras que precedem cada um dos livros das *Ordenações* da edição de 1514, v. o trabalho fundamental de JOSÉ VITORINO DE PINA MARTINS, *Para a história da cultura portuguesa do Renascimento — A iconografia do livro impresso em Portugal no tempo de Dürer*, nos *Arquivos do Centro Cultural Português*, vol. V (Paris, 1972), págs. 80 a 189, sign. págs. 148 a 160.

Todos os autores que desde o século XVIII se interessaram pelos problemas da nossa história jurídica mostram ter pleno conhecimento da existência duma edição das *Ordenações Manuelinas* com data de 1514 (saída da oficina de JOÃO PEDRO BONHOMINI); e há entre eles quem, como JOZÉ ANASTASIO DE FIGUEIREDO (*Memoria cit.*, na *ob. e vol. cits.*, págs. 309-310), revele perfeita consciência de que as *Ordenações de 1514* não são simplesmente uma nova edição daquela obra — ainda que correcta e aumentada—, mas uma nova versão, em muitos pontos substancialmente diversa da anterior.

Objecto de controvérsia era apenas o problema de saber se as *Ordenações de 1514* seriam a primeira impressão da reforma cometida por D. MANUEL em 1505 a Rui BOTO, Rui da Grã e João Cotrim, ou se o trabalho já teria sido impresso antes dessa data. Era crença generalizada que sim, porque todos os cinco livros da edição de 1514 contêm no «incipit» a indicação de «nouamete corregido na següda ãpressam»; mas alguns autores mostravam-se um pouco cépticos, pelo facto de não ser então conhecida qualquer outra referência concreta coeva a

tituída por outra, porque o monarca não ficou satisfeito com essa.

uma tal «impressão» e também não ser conhecido, ao tempo, nenhum exemplar dela.

Vale a pena fazer aqui uma *breve história* deste problema, que está longe ainda de se encontrar inteiramente esclarecido e sobre o qual pensamos publicar em breve um estudo mais completo:

I — DIOGO BARBOSA MACHADO (*ob. cit.*, tomo II, pág. 733) foi o primeiro a afirmar a existência duma i.<sup>a</sup> edição das *Ordenações Manuelinas* com data de 1512 e impressa em Lisboa na oficina de JOÃO DE KEMPIS (O que não é exacto, como veremos)^ os *Estatutos da Universidade*, em 1772, ao fixarem o programa da cadeira de «Historia do Direito Civil Romano, e Portuguez», mandaram que o professor tratasse «da Compilação Systematica do Senhor Rei Dom Manoel, da qual se publicáram os primeiros dous Livros no anno de 1513, e os ultimos tres no de 1521» (cfr. Liv. II, tít. III, cap. IX, § 4.<sup>o</sup>; na *ed. cit.*, pág. 360) (o que também é afirmação-algo gratuita e infundamentada). Por seu turno, o *Demetrio Moderno, ou o bibliografo juridico portuguez*, de ANTONIO BARNABÉ DE ELESANO BARRETO E ARAGÃO (Lisboa, 1781, pág. 48), fazendo a síntese das duas apressadas anteriores afirmações, deu a edição como feita em 1513e saída da oficina de JOÃO DE KEMPIS.

Foi a insegurança destes dados que levou alguns autores a pôr em dúvida\*, sem peremptoriamente a contestarem, a existência de qualquer impressão anterior à de BONHOMINI, de 1514 — como MELLO FREIRE, em 1777 (*ob. cit.*, § LXXIV\*, na *ed. cit.*, págs. 86-87; e na *trad. cit.*, págs. 112 a 114) —, enquanto outros, como JOZÉ ANASTASIO DE FIGUEIREDO, davam pleno crédito àquelas informações\* continuando a falar duma edição feita «em 1512 ou em 1513 (pelos principios)' foi em Lisboa por hum João de Kempis», não sem carrear para essa tese um precioso argumento, qual seja o de um *Avará* de 1 de Julho de 1513 mandar alterar uma lei «ora incorporada no terceiro liuro das ordenações» (cfr. *Synopsis chronologica cit.*, tomo I, págs. 173, 256 e 258; e *Memoria cit.*, na *ob. e vol. cit.*, pág. 309). E no mesmo sentido, embora sem argumentos novos, se pronunciou ANTONIO RIBEIRO DOS SANTOS, na *Memoria sobre a historia da typografia portuguesa no século XVI*, nas *Memorias de litteratura portuguesa cits.*, tomo VIII, Parte I (Lisboa, 1812), pág. 124.

Foi, porém, RICARDO RAYMUNDO NOGUEIRA, em 1795-96 (*ob. cit.*, págs. 125 a 127), o primeiro a tomar sobre o problema uma posição cientificamente fundamentada, que os tempos no essencial haviam de confirmar, repudiando por fantasiosa a atribuição da edição a JOÃO DE KEMPIS, mas dando como certa, com base nos dados então já conhecidos, a existência duma impressão anterior a 1 de Julho de 1513 (data do *alvará* há pouco referido). Também o autor da *prefação* da edição universitária das *Ordenações Manuelinas*, saída em 1797 (FRANCISCO XAVIER DE OLIVEIRA MATTOS) (V. *supra*, começo desta nota), sustentou que a i.<sup>a</sup> edição destas *Ordenações* teria sido publicada antes de Maio de 1512 (e depois, de Agosto de 1511), «porquanto apparecem alguns monumentos do tempo\* que mediou entre o dito mez de maio de 1512, e a publicação da segunda Edição de 1514, dos quais huns fazem menção da Ordenação do Senhor D. Manoel, e

reforma, que havia sido cometida em 1505 ao *Chanceler-mor* Rui

outros da Ordenação nova ; termos, que necessariamente devem designar o seu primeiro Código: assim como se encontra um Assento, que falia em Ordenação antiga, referindo-se ao Código Affonsino, o que igualmente prova haver já então outra, a que se dava o título de nova» (cfr. *loc. cit.*, pág. VIII) e pretende tirar daqui argumento no sentido de que a informação de BARBOSA MACHADO deve ser verosímil (*ibidem*, págs. X-XI); mas o erudito JOÃO PEDRO RIBEIRO, confessando ter tido inicialmente o mesmo ponto de vista, acabou por sustentar que as *Ordenações Manuelinas* não chegaram a ser publicadas antes de 1514 (*índice chronologico remissivo da legislação portugueza posterior à publicação do Código Filippino*, tomo IV, Segunda impressão (Lisboa, 1807), págs. 332 a 336, nota (a)).

II — Dos bibliógrafos do século XIX, aceitaram a existência duma edição das *Ordenações Manuelinas* anterior à de 1514, louvando-se nos dados recolhidos pelos autores anteriores, INNOCENCIO FRANCISCO DA SILVA (*Diccionario bibliographico português*, tomo VI, Lisboa, 1862, pág. 325), JACQUES-CHARLES BRUNET (*Manuel du libraire et de V amateur de livres*, 5 vols., Paris, 1860-1864, vol. IV, pág. 206) e RICARDO PINTO DE MATTOS (*Manual bibliographico português*, Porto, 1878, pág. 431) ; mas, já tardiamente, veio tomar partido contra essa tese TITO DE NORONHA, no opúsculo *Curiosidades bibliographicas. II — Ordenações do Reino. Edições do século XVI*, Porto-Braga, 1871), onde sustentou com afinco que a pretendida edição de 1512 nunca existiu (págs. 17 a 25).

Foi inteiramente extemporânea esta contestação duma tese já demonstrada desde o século XVIII com bons argumentos — contestação a que, entretanto, outros eruditos da época aderiram, em artigos de jornal, como JOAQUIM MARTINS DE CARVALHO (em *O Conimbricense* de 15 de Abril de 1871) e JOSÉ RIBEIRO GUIMARÃES (no *Jornal do Commercio* de 19 de Abril do mesmo ano) —, pois o 2.<sup>o</sup> MARQUÊS DE VALADA, D. JOSÉ DE MENEZES DA SILVEIRA E CASTRO, veio à estacada com uma carta (no *Jornal do Commercio* de 3 de Maio de 1871) a dar notícia da existência, na sua biblioteca particular, de «uma edição das Ordenações, acabada de imprimir aos 17 dias do mez de outubro de 1512 por Valentim Fernandes Alemão» e de «outra impressa pelo mesmo em 1513, acabada de imprimir em novembro do dito anno».

A notícia, tal como era dada, prestava-se a confusões, podendo fazer crer que se tratava duma edição completa das *Ordenações Manuelinas* com data de 1512 e de outra edição com data de 1513; mas o assunto ficou esclarecido com a descrição destas raridades bibliográficas feita no mesmo *Jornal do Commercio* alguns dias mais tarde (21 de Maio de 1871): — Afinal, tratava-se apenas de um exemplar do Livro I, saído dos prelos de VALENTIM FERNANDES em 17 de Dezembro de 1512 (e não de Outubro, como se dizia naquela carta), e de um exemplar do Livro II, saído dos mesmos prelos em 19 de Novembro de 1513.

Estes dois címélios foram depois vendidos, em 1896, no leilão da livraria daquele titular, encontrando-se descritos no respectivo catálogo com o n.<sup>o</sup> 1907 (*Catalogo da importante e copiosa livraria que pertenceu ao fallecido Ex.<sup>mo</sup> Sr. Marques de Valiada, que se ha de vender em leilão em Lisboa [...] no dia 1 de novembro e seguintes.*

BOTTO, ao licenciado RUY DA GRÃ e ao *Corregedor dos jeitos cíveis*

Lisboa, 1896, págs. 138-139); e nesse catálogo se baseou, mais tarde, a descrição da obra feita por ANTONIO JOAQUIM ANSELMO, na sua *Bibliografia das obras impressas em Portugal no século XVI* (Lisboa, 1926, págs. 158-159), que igualmente faz uma descrição minuciosa dos 5 livros da edição de 1514 (*ibidem*, págs. 148-149).

Acrescente-se que, além deste exemplar da edição de 1512-1513 das *Ordenações Manuelinas* y que figura presentemente entre os livros de EL-REI D. MANUEL II conservados na *Biblioteca do Paço Ducal de Vila Viçosa*, apareceu depois outro exemplar da mesma edição de cada um dos dois referidos livros das *Ordenações* no leilão da biblioteca da CONDESSA DA AZAMBUJA (efectuado em Abril de 1910, no Palácio do Calhariz), vindo descrito no respectivo catálogo sob n.º 1846 (*Catalogo da rica e preciosa livraria [...] da fallecida Ex.<sup>ma</sup> Sr.<sup>a</sup> Condessa de Asçambuja, e que será vendida em leilão no começo do proximo anno de 1910*. Lisboa, 1909, pág. 206) — exemplar que foi adquirido mais recentemente pelo banqueiro FAUSTO DE FIGUEIREDO, e que é hoje pertença da biblioteca do *Banco de Portugal*, que comprou todo o espólio de FAUSTO DE FIGUEIREDO aos respectivos herdeiros. Deste exemplar existe uma xerocópia completa na *Biblioteca Geral da Universidade de Coimbra*, gentilmente oferecida pela Administração do Banco a esta instituição cultural, sob proposta do então Governador ANTÓNIO MANUEL PINTO BARBOSA.

III — Desde que se tornou conhecida, em 1871, a existência do exemplar das *Ordenações de 1512-1513* (Livros I e II) pertencente ao MARQUÊS DE VALADA, o fulcro do problema deslocou-se para a questão de saber se também dos restantes livros das *Ordenações Manuelinas* (III, IV e V) se fez alguma edição antes de 1514, tanto mais que o «incipit» de cada um destes livros, nesta edição — como já dissemos atrás —, repete sempre, tal qual sucede com o «incipit» dos Livros I e II, a indicação de «nouamête corregido na següda ëpressam».

O primeiro a tomar posição no problema foi JOSÉ RIBEIRO GUIMARÃES, que, em nova carta para o *Jornal do Commercio* (publicada em 21 de Maio de 1871), veio sustentar que VALENTIM FERNANDES SÓ teria composto e impresso os dois primeiros livros das *Ordenações* (em 1512 e 1513, respectivamente) e que não houve edição completa dos 5 livros senão em 1514; e a esta tese aderiu o próprio TITO DE NORONHA, ao voltar ao assunto dois anos mais tarde, no opúsculo *A imprensa portuguesa no século XVI. Seus representantes e suas produções. Ordenações do Keino* (Porto, 1873), que constitui o fascículo II da série de monografias publicada por JOAQUIM DE VASCONCELLOS sob a epígrafe de *Archeologia artística*.

Tendo em atenção a ordem cronológica da impressão dos diferentes livros da edição de 1514 — que começa pelo Livro III (11 de Março), seguido a curto prazo pelo Livro IV (24 de Março) e pelo Livro V (28 de Junho), e ficando para bastante mais tarde o Livro I (30 de Outubro) e o Livro II (15 de Dezembro) —, sustentou TITO DE NORONHA, que «talvez se possa afirmar que Valentim Fernandes não imprimio mais do que os dois livros que se agora conhecem, sendo João Pedro Bonhomini encarregado de imprimir os livros 3.º, 4.º e 5.º para completar a edição, reimprimindo mais tarde os livros 1.º e 2.º para tornar a edição mais conforme» (cfr. *loc. cit.*, pág. 22); e, em abono desta tese, trouxe à cola-

da Corte bacharel JOÃO COTRIM — talvez pela excessiva fidelidade das

'Cão um importante documento inédito do *Arquivo Nacional da Torre do Tombo*

*Corpo chronologico*, P. I, maço 13, doc. 83), que é, nem mais nem menos, o *Alvará de 24 de Outubro de 1513*, pelo qual o monarca, aludindo ao encargo que dera a JOÃO PEDRO de CREMONA de imprimir «certos liuros» das *Ordenações*, manda ao feitor TOMÉ LOPES que entregue ao referido impressor o material necessário para lhe «fazer huã» em pergaminho (que é o exemplar ainda hoje existente na *Torre do Tombo*): «Thome lopez. Nos temos mandado a J.<sup>o</sup> pedro que faça certos liuros de nosas hordenações e ha nos de fa<sup>o</sup>er huã de purgaminhos: e porque ha de começar loguo a dita obra pera que he necesareo lhe dar os ditos purgaminhos vos mandamos que se nesas casas ouuer alguüs boôs que vos lhos dees pera yso, e quando os nom ouuer vos lhos mandai comprar [...]. Sprito em lixboa a xxiiij dias d oytubro, andre pirez o fez, de j b.<sup>e</sup> xiiij. REY \*\* —Ao feitor que dee a J.<sup>o</sup> p.<sup>o</sup> os purgaminhos que ouuer mester *pera 0 liuro* das ordenações e se os nas casas nom ouuer os mande comprar» {*ob. cit.*, pág. 48; mas seguimos aqui a melhor leitura do mesmo documento feita em 1881 por VENANCIO DESLANDES, na obra que já em seguida referiremos, no n.<sup>o</sup> IV desta nota: págs. 9 da i.<sup>a</sup>ed. e pág. 10 da 2.<sup>a</sup>). E do verso do mesmo documento consta ainda, com data de 12 de Dezembro immediato, a nota de entrega do pergaminho ao impressor: «Eu Joham pedro de Cremona digo em verdade que Recebi per virtude deste aluara do feytor thome lopez contheudo neste aluara dez ducias de pergaminhos *pera 0 liuro* das ordenações, e por vos o Recebi de Joham excallante mercador burgalex em XII dias do mes de dezembro 1513. [...]» (cfr. *locs. cit.*. Os sublinhados são nossos).

Invocando este precioso documento em abono da sua tese, TITO DE NORONHA faz notar que nele se diz «*certos liuros de nosas hordenações*», «o que parece referir-se a determinados livros, isto é, ao 3.<sup>o</sup>, 4.<sup>o</sup> e j.<sup>o</sup>, e não aos livros todos»; e acrescenta ainda: «Além d'isto, Bonhomini recebeu para fazer a edição dos *certos livros das Ordenações — de% ducias* — de pergaminhos, isto é, 120 folhas, das <iuaes dariam cada uma duas de impressão, ou 240, numero aproximado das dos livros 3.<sup>o</sup>, 4.<sup>o</sup> e 5.<sup>o</sup>, que são 229. Se os pergaminhos fossem para a edição toda seriam precisos 18 dúzias, ou apenas 9, se o pergaminho fosse de grandes dimensões, o que não nos parece provável» (cfr. *ob. cit.*, pág. 23).

TITO DE NORONHA, no entanto, não reparou em três pormenores importantes que, se não invalidam totalmente a sua argumentação, pelo menos lhe roubam em grande parte a força que aparenta: — O primeiro é o de que o documento {que tem, como se disse, a data de 24 de Outubro de 1513} foi expedido quase um mês antes de VALENTIM FERNANDES ter completado a impressão do Livro II da sua edição das *Ordenações* (19 de Novembro de 1513) e reporta-se a uma *ordem de impressão* já dada anteriormente pelo Rei a JOÃO PEDRO DE CREMONA («NOS temos mandado a J.<sup>o</sup> pedro que faça, etc.»), providenciando apenas quanto à impressão dum exemplar em pergaminho, o que parece inculcar que JOÃO PEDRO BONHOMINI recebeu um *encargo autónomo* de impressão das *Ordenações*, anterior à conclusão da tarefa de VALENTIM FERNANDES e não mera *continuação* desta. O segundo é de que a expressão «*certos liuros de nosas hordenações*» pode querer signi-

respectivas disposições ao texto das anteriores *Ordenações Afonsinas* —,

ficar apenas «certos exemplares» (isto é, um certo número de exemplares); e é muito possível que não tenha querido significar outra coisa, pois é esse o sentido da sequência da frase «... e ha nos de *fazer huu de purgaminhos*» («fazer *huny livro*, entenda-se ; isto é, fazer *um exemplar* «em purgaminhos») ; e é com o mesmo significado que a expressão é empregada no sumário final do documento : «Ao feytor que dee a J.º p.º os purgaminhos que ouuer mester *pera o liuro* (isto é, *para a exemplar*) das ordenações». E o terceiro e último pormenor susceptível de reparo\* é o de que a referência às *dez dúbias* de purgaminhos tanto pode reportar-se à quantidade necessária para a impressão dum exemplar dos Livros III, IV e V — conforme TITO DE NORONHA pretende — como à quantidade necessária para a impressão da obra toda, consoante se entenda que cada pergaminho dava para a impressão de *duas folhas* da obra (quatro páginas) ou de *quatro folhas* (oito páginas) — hipótese talvez mais plausível, ao contrário do que julga TITO DE NORONHA, se nos lembrarmos que a obra se acha impressa em formato *in quarto* e não *in folio* e que uma folha grande de pergaminho dá perfeitamente *dois folios* (haja em vista os códices medievais) e, portanto, *quatro quartos*.

IV — Poucos anos volvidos sobre a formulação e fundamentação desta tese por TITO DE NORONHA, uma nova e sensacional achega para o equacionamento do problema iria surgir — e bastante ao arrepio dessa tese — com a publicação, em 1881, dos *Documentos para a historia da typographia portuguesa\* nos séculos XVI e XVII* (Lisboa, Imprensa Nacional) — preciosa colectânea de documentos, na sua maioria inéditos, publicada sem indicação do autor, mas devida à iniciativa do erudito e paciente investigador VENANCIO AUGUSTO DESLANDES, ao tempo administrador geral da Imprensa Nacional (de que se publicou um 2.º volume em 1882 e de que saiu uma 2.ª edição dos dois volumes em conjunto, acrescida de valiosas notas e já com indicação expressa do nome do autor, em 1888, também dos prelos da mesma Imprensa). Esta colectânea, com efeito, além de publicar novamente — e em leitura mais cuidada — o *Alvará* de 24 de Outubro de 1513, relativo à edição confiada a JOÃO PEDRO BONHOMINI e já dado a conhecer por TITO DE NORONHA (v. n.º III desta nota), trazia à luz, mais dois preciosos documentos do *Corpo chronologico da Torre do Tombo*, referentes à edição a cargo de VALENTIM FERNANDES.

O primeiro desses documentos é um *Alvará*, datado de 3 de Outubro de 1514., em que D. MANUEL faz saber ao feitor e oficiais da Casa da índia «*que valemim fernandes liureiro fez mill corpos de liuros dos cymquo liuros das hordenações que per contrato lhe mandamos fazer, pelos quaaes had aver setecentos mill reis a Rezam de setecentos reis por cada corpo dos ditos liuros e se aviam darrecadar dos-comcelhos destes Reynos*» ; acrescentando que, tendo o referido livreiro já recebida por conta quatrocentos mil réis em pimenta, «*ouuemos por bem e noso seruiço que os ditos liuros todos se entregasem em 0 noso espritall de todolos santos desta cidade honde ora já sam entregues ao almoxarife de lie. E que o bispo de Çafy provedor do dito spritall fizese Recadar os ditos setecentos mill reis que asy neles momtam dos ditos concelhos a que se aviam de dar*». Como, porém, «o dito valemtymi

e mandou prosseguir os trabalhos de revisão, incumbindo disso o

fernandez tynha necesydade de ser loguo pago e nam podia agardar tamto tempo pera aver seu dinheiro quamto se avia mister pera se Recadar dos ditos concelhos», o monarca determinava ao feitor e oficiais da Casa da índia que entregassem «ao almoxarife do dito spritall tamtas maças ao preço da casa que posa valler trezentos mill reis, pera o dito almoxarife per hordenamça do dito bispo as entregar loguo pelo dito preço ao dito valemtym fernamdez, o qual nos dise que as vemderya e darya a mercadores alemaães que lhas tomauam pello dito preço [...] (cfr. *ob. cit.*, págs. 3-4; e, na 2.<sup>a</sup> ed., págs. 6-7. Os sublinhados são nossos).

O segundo documento, datado de 9 de Outubro de 1514, é um novo *alvará* dirigido por D. MANUEL ao mesmo feitor e oficiais da Casa da índia, no qual o monarca, para simplificar as coisas, manda que, em vez de entregarem as maças, como havia determinado, ao Hospital de Todos-os-Santos, as entreguem directamente a VALENTIM FERNANDES, o qual no mesmo documento delas passa recibo, com data de 20 de Outubro de 1514 (v. *ibidem*, págs. 4-5; e, na 2.<sup>a</sup> ed., págs. 7 a 9).

V — Com a publicação destes dois documentos — a que VENANCIO DESLANDES, aliás, não teceu quaisquer comentários —, ficava patente que VALENTIM FERNANDES se cobrou, em Outubro de 1514, duma *impressão completa* de mil exemplares dos *livros das Ordenações*, que a essa data já tinha entregue no Hospital de Todos-os-Santos; e, do mesmo modo, já antes ficara patente, com a publicação do *Alvará* de 24 de Outubro de 1513 por TITO DE NORONHA, agora republicado por DESLANDES — embora nem um nem outro destes autores o tenha feito notar —, que JÓÃO PEDRO BONHOMINI já tinha a seu cargo o trabalho duma *Outra impressão das Ordenações* quase um mês antes de ter saído dos prelos o Livro II da edição de VALENTIM FERNANDES (19 de Novembro do mesmo ano). E tudo isto, como é evidente, aliado à explícita declaração, feita no começo de cada um dos *Livros* da edição BONHOMINI, de se tratar dum texto «nouamête corregido na següda ëpressam», vinha abalar fortemente a tese de TITO DE NORONHA, apontando antes para a plausibilidade da existência de *duas edições completas* da primeira versão das *Ordenações Manuelinas*: uma, saída dos prelos de VALENTIM FERNANDES, de que hoje se não conhecem senão os Livros I e II (de 1512 e 1513, dcespectivamente); e outra, saída dos prelos de JOÃO PEDRO DE CREMONA, que chegou até nós completa (publicada toda ela ao longo do ano de 1514).

Surpreendentemente, porém, os documentos agora dados a conhecer não tiveram o impacto que era de esperar junto dos nossos eruditos, que, dum modo geral — e durante longos anos —, continuaram a reproduzir, de forma explícita ou implícita, a tese de TITO DE NORONHA, sem se proporem rever os seus fundamentos: — PEDRO WENCESLAU DA SILVA BRITO ARANHA, da primeira vez que se referiu ao assunto, nem tão longe foi, pois que, por incrível que pareça, no artigo que escreveu sobre as *Ordenações de El-Rei D. Manuel para a Dicionário bibliographico portuguez* (tomo XVII, Lisboa, 1894-1900, págs. 121 a 128) — a mais de dez anos de distância da publicação do livro de VENANCIO DESLANDES (1881) a mais de vinte anos da publicação do segundo estudo de TITO DE NORONHA

jurisconsulto CRISTÓVÃO ESTEVES, coadjuvado provavelmente por

(1873) → limitou-se praticamente a reproduzir o artigo de MARTINS DE CARVALHO, publicado com data de 15 de Abril de 1871 em *O Conimbricense*, e o primeiro artigo de RIBEIRO GUIMARÃES no *Jornal do Commercio*, saído com data de 19 do mesmo mês e ano (v. *supra*, n.º II desta nota), artigos onde ainda se dá como certo, conforme vimos, não ter existido qualquer edição anterior à de 1514! E foi só uns anos mais tarde que o mesmo BRITO ARANHA, voltando ao assunto num opúsculo intitulado *A imprensa em Portugal nos séculos XV e XVI — As Ordenações d'El-Rei D. Manuel* (Lisboa, Imprensa Nacional, 1898), depois de reproduzir na íntegra o artigo do *Dicionario bibliographico*, acrescentou uma breve alusão ao segundo artigo de RIBEIRO GUIMARÃES (de 21 de Maio de 1871), ao segundo estudo de TITO DE NORONHA (de 1873) e ao livro de VENANCIO DESLANDES (de 1881), aderindo por meias palavras — mas sem se debruçar sobre o problema — à ideia de que BONHOMINI teria apenas sucedido, «por sem duvida, de parceria», a VARENTIM FERNANDES, numa tarefa por este deixada inacabada (v. *ob. cit.*, pág. 25). JOAQUIM PEDRO MARTINS, em 1906, nas suas lições, furtou-se habilmente a tomar posição no problema, limitando-se a considerar «indubitável que a impressão de 1514 não foi a primeira» (cf. *ob. cit.*, pág. 545); PAULO MERÊA, em 1925, numa breve referência ao assunto, deixou cair prudentemente uma palavra de simpatia pela tese de TITO DE NORONHA, com um «parece que só em 1514 se concluiu a impressão da obra» (cfr. *Resumo das lições cit.*, pág. 137); e posição semelhante tomámos nós próprios — na esteira do ensinamento daquele nosso ilustre Mestre —, nas nossas lições aos alunos do i.º ano do Direito (v. BRAGA DA CRUZ, *ob. cit.*, págs. 389-390), o mesmo sucedendo com MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, no seu referido artigo sobre as *Ordenações* (no *loc. cit.*, pág. 265), e com JOSÉ VITORINO DE PINA MARTINS, no seu cit. estudo *Para a história da cultura portuguesa do Renascimento* (no *loc. cit.*, págs. 15 2-15 3 e nota 150). E, finalmente, é ainda a argumentação de TITO DE NORONHA que, em trabalho recente (1973), reproduz o distinto historiador do direito brasileiro JOSÉ GOMES CÂMARA, ao ocupar-se extensamente do problema na 2.ª ed. dos seus *cits. Subsídios para a história do direito pátrio* (tomo I, págs. 79 a 83), com a nota original de procurar tornar a dificuldade suscitada pela frase «nouamête corregido na següida êpressam», lembrando que ela «poderia muito bem [...] indicar apenas as emendas efectuadas na 2.ª prova tipográfica» (*loc. cit.*, pág. 82), o que, obviamente, parece ser muito pouco plausível.

VI — A bem dizer, os dois documentos referentes à impressão das *Ordenações* por VALENTIM FERNANDES, que VENANCIO DESLANDES publicara em 1881., só sessenta anos mais tarde iriam merecer a devida atenção dos estudiosos, com a publicação, em 1941, do vol. I da *Bibliografia Geral Portuguesa* (por iniciativa da *Academia das Ciências de Lisboa*) e, poucos anos depois, com a publicação do extenso e valioso trabalho de AMÉRICO CORTEZ PINTO sobre *A famosa arte da imprimeira* (Lisboa, 1948).

Na introdução da *Bibliografia*, o erudito académico JOSÉ MARIA QUEIROZ. VELOSO, aludindo aos referidos documentos, reconhece que «Valentim Fer-

JOÃO DE FARIA e PEDRO JORGE; e foram esses trabalhos de revisão

nandes cumpriu o contrato em que se obrigara a imprimir mil exemplares dos cinco livros das Ordenações manuelinas»; e, embora acrescenta a afirmação infeliz de que «se não conhece nenhum exemplar desta edição, que deve ser de 1512», toma posição clara no sentido de que «não pode duvidar-se dela», considerando a impressão de 1514 uma *segunda edição* (cfr. *ob. cit.*, pág. L).

Diversamente, CORTEZ PINTO, numa análise muito mais demorada e cuidada do problema, serve-se dos documentos publicados por DESLANDES... apenas para se desembaraçar do escolho que eles constituem à tese de TITO DE NORONHA, acabando por aderir de alma e coração a esta tese, com o apoio de alguns argumentos novos e com a formulação duma hipótese bastante engenhosa, quanto ao modo como as coisas se teriam passado (*ob. cit.*, págs. 43 a 53).

Tal como para TITO DE NORONHA, é para ele fora de dúvida que VALENTIM FERNANDES SÓ imprimiu o Livro I (em 1512) e o Livro II das *Ordenações* (em 19 de Novembro de 1513) e que a obra foi continuada em 1514 por JOÃO PEDRO BONHOMINI, que imprimiu sucessivamente o Livro III (11 de Março), o Livro IV (24 de Março) e o Livro V (28 de Junho), acabando este por reimprimir mais tarde, mas ainda dentro do mesmo ano, o Livro I (30 de Outubro) e o Livro II (15 de Dezembro).

Em abono desta tese, repete CORTEZ PINTO o argumento fundamental já formulado por TITO DE NORONHA: o facto de D. MANUEL declarar, no *Alvará* de 24 de Outubro de 1513, ter incumbido JOÃO PEDRO DE CREMONA de lhe imprimir «certos liuros» das *Ordenações*, o que, em seu entender, não pode «significar senão que BONHOMINI estava incumbido apenas de certos livros (os que FERNANDES ainda não imprimira) e não da edição completa» (cfr. *ob. cit.*, pág. 51). Mas acrescenta a isto um argumento novo, que não pode deixar de considerar-se, na verdade, fortemente impressionante: o facto de a *ordem de pagamento* expedida pelo Rei em favor de VALENTIM FERNANDES (documento pela primeira vez publicado por DESLANDES) ter a data de 3 de Outubro de 1514, «data que corresponde exactamente ao intervalo entre o V Livro e o I publicados pelo Cremonense: isto é, justamente ao momento em que os três últimos livros publicados à data, concluíam os corpos dos cinco liuros» (cfr. *ob. cit.*, pág. 52) e que o monarca mandava pagar a VALENTIM FERNANDES por nesse momento já terem sido integralmente entregues no Hospital de Todos-os-Santos.

A *ordem de pagamento* dos «mill corpos de liuros dos cymquo liuros das ordenações», passada pelo Rei em favor de «valemtim fernandez liureiro», portanto, não só não invalida, no entender de CORTEZ PINTO, a ideia de complementaridade das tarefas de JOÃO PEDRO DE CREMONA e de VALENTIM FERNANDES, como facilita uma explicação muito simples e extremamente sedutora dos acontecimentos:— «VALENTIM FERNANDES ALEMÃO não era apenas *impressor*, mas ainda *livreiro*. E foi como livreiro ou editor que ele firmou o contrato da encomenda régia. Justamente porque era *livreiro* tinha relações comerciais com outros colegas *impressores*, e associando a sua actividade de industrial à de artífice, já por vezes imprimira de sociedade com alguns, entre os quais o próprio Cremonense»; «durante a impressão do II Livro, resolveria por qualquer motivo

que deram lugar a um texto bastante mais refundido, finalmente

negociar com BONHOMINI a impressão dos livros restantes», continuando «a ser o *editor* daquela obra que dali em diante passava a ser composta por outro *imprimidor*» (cfr. *ob. cit.*, pág. 52). E a concluir: — «Nestas circunstâncias a edição era pois a mesma. O que varia é apenas o *tipógrafo* a partir do II Livro. Mas, por que (*sic*) se tratava duma só edição é que a ordem de pagamento se refere a *valentim Jemandem liureiro*, enquanto que a ordem do fornecimento do pergaminho é passada ao *impressor Cremonense*» (cfr. *ob. cit.*, págs. 52-53)-

Outro argumento apresentado por CORTEZ PINTO é tirado do facto de D. MANUEL, quando veio a lume a nova versão das *Ordenações*, em 1521, ter mandado destruir todos os exemplares da «*impresam velha*» (ver nota imediata, *in fine*), o que implicaria a ideia da existência duma *única edição anterior*; pois de contrário deveria falar-se, no plural, das *impressões velhas* (v. *ibidem*, pág. 53). Este argumento, porém, parece-nos extremamente débil e nada adianta nem atrasa, em nosso modo de ver, para a solução do problema.

A reimpressão dos Livros I e II por JOÃO PEDRO DE CREMONA estaria relacionada, no entender de CORTEZ PINTO, com a tiragem do exemplar em pergaminho : — «... Depois de publicados os dois primeiros volumes com que VALENTIM iniciara a obra, no ânimo previdente de El-Rei surgiria o receio de que um monumento de tal magnitude [...] pudesse sofrer com a fragilidade do papel. E para o evitar ordenou aquela tiragem em pergaminho» (cfr. *loc. cit.*). Mas, «terminada a edição, ficara incompleta a tiragem de pergaminho, que apenas começou no III livro»; e «então imprime BUONHOMINI OS dois livros que faltavam, para concluir os exemplares especiais dos cinco volumes» (cfr. *ibidem*).

VIII — Tudo extremamente sedutor, como se vêl Tão sedutor que AMÉRICO CORTEZ PINTO não hesita em encerrar a sua extensa e lúcida dissertação sobre o tema com estas palavras triunfantes: «E creio que demos por fim a última volta à chave, e podemos considerar a questão definitivamente resolvida» (cfr. *loc. cit.*).

E, no entanto,...

No entanto, esta explicação sedutora — apoiada fundamentalmente num argumento cujo peso não pode deixar de considerar-se impressionante (a data da *ordem de pagamento* passada por D. MANUEL em favor de VALENTIM FERNANDES) — está longe de ser inteiramente satisfatória e foi já objecto de mercedos reparos da parte de MARCELLO CAETANO (no *prefácio* à edição facsimilada do *Regimento dos oficiais das cidades, vilas e lugares destes Reinos*, Lisboa, 1955, págs. 37-38) e de NUNO ESPINOSA GOMES DA SILVA (nas suas *cits. Lições*, págs. 366-367)» que não deixam de manifestar discretamente — embora sem entrar no debate — uma certa simpatia pela hipótese de ter havido uma *edição completa* das *Ordenações* saída das oficinas do ALEMÃO: O primeiro, dizendo que «não se pode deixar de ficar à espera que as circunstâncias favoreçam o aparecimento dum exemplar da impressão de Valentim Fernandes que tire as dúvidas [...]» (cfr. *ob. cit.*, pág. 38); e o segundo, admitindo «como hipótese de trabalho, a de que, antes de 1514, houve uma outra edição completa, mas que ambas cons-

impresso e divulgado em 1521 como lei geral do País, ao mesmo

tituam impressão de um mesmo texto, confiado a dois diferentes impressores» *fcEt. ob. cit., pág. 367*).

Efectivamente, não é preciso ultrapassar os limites dos *factos já devidamente assinalados* — e outros há, sem dúvida, ainda inéditos, a trazer à colação—, para verificar que a tese formulada por TITO DE NORONHA em 1873 e desenvolvida por CORTEZ PINTO em 1948 enferma de algumas deficiências notórias. Assim:

a) Não toma na devida consideração que JOÃO PEDRO DE CREMONA recebeu o encargo de imprimir as *Ordenações* directamente do Rei e não de VALENTIM FERNANDES, como resulta *expressis verbis* do *Avará* de 24 de Outubro de 1513 («Nos temos mandado a J.<sup>o</sup> Pedro que faça certos liuros de nosas hordenações»), o que torna pouco plausível que a *ordem de pagamento* dada em favor deste, um ano mais tarde (3 de Outubro de 1514), se reportasse a uma obra feita *de parceria* entre ambos.

b) Também não toma em consideração — conforme já salientámos atrás <(n.<sup>o</sup> III desta nota) — que o referido *Avará* de 24 de Outubro de 1513 é anterior em data quase um mês à conclusão da impressão do Livro II das *Ordenações* na oficina de VALENTIM FERNANDES (19 de Novembro de 1513) e reporta-se a um »encargo de impressão das *Ordenações* já dado anteriormente pelo Rei a JOÃO PEDRO, o que torna difícil conceber a tarefa deste como mera continuação da daquele.

c) Passa igualmente em claro — a tese de TITO DE NORONHA e CORTEZ PINTO — a desconcertante notícia dada por JOZÉ ANASTASIO DE FIGUEIREDO <(na *Synopsis chronologica*) e por RICARDO RAYMUNDO NOGUEIRA (v. *supra*, n.<sup>o</sup> I desta nota) da existência dum *Avará* de 1 de Julho de 1513 onde se manda alterar, para a ampliar, uma ordenação «ora incorporada no terceiro liuro das ordenações»— alteração que consistiu em estender aos desembargadores da *Casa do Cível* certos privilégios que a referida ordenação apenas estabelecia para os da *Casa da Suplicação* e que veio ao encontro duma reclamação feita pelo *Governador da Casa do Cível* em Fevereiro do mesmo ano, o que, segundo NOGUEIRA *{ob. cit., pág. 127, nota 2}*, faz recuar ainda mais a data em que já estaria impresso o Livro III das *Ordenações Manuelinas* (Fevereiro de 1513).

d) E, finalmente — *the last but not the least* — esbarra a mesma tese contra -um verdadeiro muro na expressa indicação, que se encontra no *incipit* de cada .um dos livros da edição de 1514 (inclusivamente nos Livros III, IV e V, que TITO DE NORONHA e CORTEZ PINTO consideram mera *continuação* da edição anterior), de se tratar dum texto «nouamête corregido na següda êpressam». A objecção ^ de tal monta que TITO DE NORONHA prefere, pura e simplesmente,... nem falar nela; e CORTEZ PINTO... passa habilmente ao largo, limitando-se a dizer que ibi numa «nota, duas ve<sup>es</sup> repetida, no I e V livros da Edição de 1514» (e no II, III e IV ?!), que JOZÉ ANASTASIO se firmou para sustentar a existência duma edição anterior, mas que TITO DE NORONHA, «fiel ao critério objectivo do monumento palpável, não se fiava em simples palavras» (cfr. *ob. cit., págs. 46-47*)! O único adepto da teoria de TITO DE NORONHA que teve a coragem de fazer

tempo que se mandavam destruir todos os exemplares da «impresanv

face à dificuldade foi o erudito investigador brasileiro JOSÉ GOMES CÂMARA\* mas — conforme vimos (*supra*, n.º V desta nota, *in fine*) — recorrendo a uma conjectura sem nenhum poder de convicção: a de que aquela referência «poderia muito bem [...] indicar apenas as emendas efectuadas na 2.ª prova tipográfica».

VIII — Pela nossa parte, não queremos marcar posição sobre o problema sem terminarmos a investigação que temos em curso e que exige a análise de alguns dados até hoje ainda não devidamente ponderados, bem como um paciente e moroso confronto textual entre os dois livros conhecidos da edição de VALENTIM FERNANDES e os livros correspondentes (I e II) da edição de JOÃO PEDRO DE CREMONA, para ver em que medida a expressão «nouamête *corregido*» — que se encontra tanto nesses como nos demais livros da «següda *ëpressam*» — corresponde à verdade. Não temos dúvidas, porém, em dar conta do nosso pensamento no presente momento:

a) Inclina-mo-nos a crer que, antes da edição BONHOMINI (1514), houve já uma *impressão completa* dos cinco livros das *Ordenações Manuelinas* (que não apenas do I e II), saída dos prelos de VALENTIM FERNANDES. Mais do que a *ordem de pagamento* passada pelo Rei em favor deste em 3 de Outubro de 1514 — e que, de facto, como mostrou CORTEZ PINTO, pode não ter o valor decisivo que aparenta—, impressiona-nos a expressa indicação, feita no *incipit* de cada um dos cinco livros da edição de 1514, de se tratar dum texto «nouamête *corregido na següda ëpressam*». Com efeito, se esta afirmação é verdadeira quanto ao Livro I e ao Livro II, não tem porque não o ser, *rigorosamente feita nos mesmos termos* em relação ao Livro III, ao Livro IV e ao Livro V. Com uma agravante: é que foi feita na impressão do Livro III (ii-m-1514), do Livro IV (24-111-1514) e do Livro V (28-VI-1514) da edição BONHOMINI antes de igualmente o ser na impressão do Livro I (30-X-1514) e do Livro II (15-XII-1514), o que elimina de todo a hipótese de se tratar duma afirmação que o Livro I e o Livro II tenham, feito *fundadamente* e que tenha sido *repetida rotineiramente e sem fundamento\** nos restantes livros. Destes — insistimos — é que passou para aqueles; e não\* se concebe que tenha sido uma afirmação *inicialmente fantasiosa* que, à força de se repetir,... tenha passado a *corresponder à verdade*, numa tardia reimpressão dos Livros I e II.

b) Se neste ponto coincidimos com a «hipótese de trabalho» sugerida por NUNO ESPINOSA GOMES DA SILVA — e que referimos no número anterior desta nota—, já outro tanto não sucede quando este se mostra propenso a crer que «ambas [as edições] constituem impressão de um mesmo texto, confiado a dois-diferentes impressores». A este propósito, a nossa «hipótese de trabalho» é justamente a inversa, ou seja, a da *verdade integral* do «incipit» de cada um dos livros, da edição BONHOMINI, e que, portanto, qualquer desses livros é não só uma «següda *ëpressam*» como ainda um texto «nouamête *corregido*» em relação ao texto da edição anterior.

Impressiona nesse sentido o facto de o *Alvará* de 1 de Julho de 1513, referido por JOZÉ ANASTASIO DE FIGUEIREDO e por RICARDO RAYMUNDO NOGUEIRA,

velha» — razão da sua extrema raridade nos nossos dias—, comi-

ter mandado alterar a *ordenação*, «ora incorporada no terceiro livro das ordenações», que dava mais privilégios aos desembargadores da *Casa da Suplicação* do que aos da *Casa do Cível* e, com efeito — como já fez notar JOÃO PEDRO RIBEIRO, numa *Memoria sobre a Ordenação Manoelina*, que se conserva inédita no Códice 698 da *Secção de manuscritos da Biblioteca Geral da Universidade* (pág. 218)—, o assunto aparecer tratado no último título do Livro III da edição de 1514 (tít. 112) sem se fazer distinção entre uns e outros. Independentemente, portanto, de eventuais correções introduzidas na reimpressão dos Livros I e II — e que só um confronto textual da edição de VALENTIM FERNANDES com a de BONHOMINI, ainda por fazer, permitirá detectar—, teríamos aqui um exemplo concreto duma *correção* introduzida no Livro III da edição de JOÃO PEDRO DE CREMONA sobre o texto do mesmo Livro III anterior mente impresso por VALENTIM FERNANDES.

c) Claro que, a ser assim, teremos que aceitar que o Livro III da edição de VALENTIM FERNANDES, hoje perdido, estava impresso — e a ser invocado e aplicado — antes de 1 de Julho de 1513, data daquele *ahará*, ou mesmo, como quer NOGUEIRA, antes de Fevereiro de 1513, data da reclamação do Governador da *Casa do Cível* que suscitou aquela alteração legislativa; e que, portanto, estava impresso e a ser aplicado muito antes de ter saído dos prelos do mesmo impressor o Livro II (19 de Novembro de 1513) e talvez, até, antes do Livro I, cuja data (17 de Dezembro de 1512) não é muito anterior à da referida reclamação contra o Livro III (Fevereiro de 1513).

Mas... porque não?! Não é nada que não possa ter acontecido; e disso faremos o terceiro ponto da nossa «hipótese de trabalho», pois talvez possa estar aí, inclusivamente, a chave de todo este enigma gerado em torno da impressão das *Ordenações Manuelinas*.

Na verdade, todos quantos se têm debruçado até agora sobre este «quebracabeças» têm laborado — embora sem o dizerem— no *preconceito* de que, a ter existido uma edição completa das *Ordenações* saída dos prelos de VALENTIM FERNANDES, ela teria seguido a ordem numérica dos livros (a começar no Livro I e a acabar no V), apesar de se saber de sobejo que, com a edição de BONHOMINI, não sucedeu assim. E, daí, toda a dificuldade em aceitar que os Livros III, IV e V desta edição sejam uma «següda ãpressam» — praticamente sobreposta em datas à impressão dos mesmos livros nos prelos do ALEMÃO — e, sobretudo, que sejam um texto «nouamête corregido», quando estavam ainda frescos da tinta dos prelos os textos correspondentes sobre que teria incidido a *correção*.

Tudo se simplificará se, aceitando a lição do *Ahará* de 1 de Julho de 1513» admitirmos que, também na impressão de VALENTIM FERNANDES — tal como na de JOÃO PEDRO—, o Livro III e, eventualmente, o Livro IV e o Livro V foram impressos antes do Livro I e do Livro II, ou de permeio com eles, à medida que a comissão redactora os foi dando prontos para a tipografia : — A «següda ãpressam» pode então ter tido por causa determinante, justamente, a necessidade de fornecer ao público um texto «nouamête corregido», de acordo com as suges-

nando-se uma severa pena de multa e de degredo contra quem ousasse desrespeitar a ordem régia, conservando em seu poder algum exemplar dessas primeiras *Ordenações* <sup>(60)</sup>. Ora o título referente ao

tões ou reclamações que o contacto duns meses com o primeiro texto impresso suscitou da parte dos doutos.

Tudo isto, porém, carece ainda de muito estudo e reflexão; e talvez tenha razão MARCELLO CAETANO quando diz que «não se pode deixar de ficar à espera — talvez eternamente à espera, acrescentaremos nós — que as circunstâncias favoreçam o aparecimento dum exemplar da impressão de Valentim Fernandes que tire as dúvidas[...]» (cfr. *ob. e loc. cit.*).

(60) Destas *Ordenações Manuelinas de ij2i* fizeram-se várias edições, no período da sua vigência (1521 a 1603), que são, com excepção da última (de 1565), uma fonte de intrincados problemas bibliográficos, ainda longe de encontrar solução satisfatória:

a) A 1.<sup>a</sup> edição — que se encontra minuciosamente descrita na cit. *Bibliografia* de ANTONIO JOAQUIM ANSELMO (pág. 150) — é, sem dúvida nenhuma, de 1521 e saída dos prelos de «JACOBO CROMBERGUER, ALEM AM», apresentando-se os Livros I e IV como impressos em Évora e os Livros II, III e V como impressos em Lisboa, onde o dito TIAGO CROMBERGER teria oficina. Mas parece que essa indicação é fictícia e que todos os livros foram, afinal, impressos na oficina (única) que CROMBERGER tinha em Sevilha. É fortemente impressionante, nesse sentido, a argumentação produzida recentemente por AUGUSTIN REDONDO, no seu estudo *Les éditions des «Ordenações Manuelinas» faites par les imprimeurs sévillans de la première moitié du XVI<sup>e</sup> siècle Jacobo et Juan Cromberger (nas Mélanges de la «Casa de Velázquez», tomo II, Paris, 1966, págs. 103 a 128), págs. 105 a 114.*

b) Deve ter existido uma 2.<sup>a</sup> edição, da segunda metade de 1533 (ou, o mais tardar, de 1534), impressa também em Sevilha, na oficina de João CROMBERGER (filho e sucessor do anterior), e encomendada pelo livreiro português Luís RODRIGUES, a quem D. João III, por *Alvará* de 17 de Junho desse ano, deu licença para imprimir novos exemplares das *Ordenações*, porque «nam avia ja ninhuís pera vender. E q muytas partes tinhã necessidade de as a ver : e as nam acha vã» (v. AUGUSTIN REDONDO, *ob. e loc. cit.*, págs. 119 a 124). Em compensação, parece nunca ter existido nenhuma edição de 1526, que alguns bibliógrafos admitiram como saída dos prelos de GERMÃO GALHARDE, em Lisboa. Já TITO DE NORONHA, em 1871 (*Curiosidades bibliographie as cit.*, págs. 53 a 55), contestara a existência desta edição, no que foi seguido por alguns eruditos e contraditado por outros. ANTONIO JOAQUIM ANSELMO (*ob. cit.*, pág. 344) foi o último a defender, com reservas, a sua existência, apoiado no catálogo dum leilão do livreiro-antiquário MARTINUS NIJHOFF (de 1914); mas a argumentação de AUGUSTIN REDONDO (*ob. cit.*, págs. 115 a 119) parece convencer definitivamente de que tal edição nunca existiu e que todos os autores que defenderam a tese oposta foram vítimas dum equívoco, resultante do facto de vários exemplares da edição *Cromberger de ij2i* conterem em apenso, encadernada conjuntamente, a edição da *Ordenaçam da Ordem do Juizo*, acabada de imprimir em Lisboa, na oficina de GALHARDE, em

direito subsidiário é justamente um dos exemplos mais flagrantes destes dois escalões da reforma manuelina, pois tem uma redacção

27 de Julho de 1526, tomando o *colophon* deste folheto como sendo o das *Ordenações*.

c) A denominada 3.<sup>a</sup> edição, atribuída a JOÃO CROMBERGER (Sevilha, 1539) — que reproduz, no final do Livro V, o *colophon* da edição de 1521 (coma data de ii de Março de 1521 e tudo o mais), mas acrescentado da indicação «Terceira imprimissam. M.D.XXXIX annos.»—, provavelmente não é senão a edição sevilhana de 1533 (de que hoje não se conhece, como tal, nenhum exemplar), onde a folha tipográfica que contém o *colophon* (folha n.<sup>o</sup> XCVIII) foi substituída (conjuntamente com a folha n.<sup>o</sup> LXXXIX, que forma um único caderno com ela), para refazer o sobredito *colophon*, em termos de fazer crer na existência duma nova edição (de 1539) diferente da de 15 3 3 (V. a especiosa mas convincente argumentação nesse sentido de AUGUSTIN REDONDO, na *ob.cit.*, págs. 119 a 121 epágs. 123 a 125).

d) A ser assim, a verdadeira 3.<sup>a</sup> edição seria a que foi impressa em Lisboa, na oficina de «GERMÃO GALHARDE, FRANCÊS». Conhecem-se, desta edição, exemplares de cada um dos *j* livros (com indicação do impressor, embora sempre sem data) que completam, com exemplares das edições anteriores, colecções da *Ordenações*, em encadernação única; mas não há notícia segura da existência de algum exemplar que apresente os *j* livros da edição Galharde encadernados em conjunto. Parece, assim, tratar-se, como já notou TITO DE NORONHA (*A imprensa portuguesa no séc. XVI cit.*, pág. 76), duma edição feita, fundamentalmente, «para completar exemplares de outras edições» e, por isso, de reduzida tiragem (o que explica a sua raridade). Aderindo a essa tese, AUGUSTIN REDONDO defende que a edição de GERMÃO GALHARDE (apresentada, como dissemos, sempre sem data) é posterior a 1333 (v. *ob.cit.*, págs. 121 a 124).

e) Existe, finalmente, uma outra edição, que acabou de se imprimir em Lisboa, em 3 de Março de 1565, na oficina de MANUEL JOÃO, e que tem no *colophon* do Livro V a indicação expressa de tratar-se da «Quarta impressam» (v. a respectiva descrição na *cit. Bibliografia* de ANTONIO JOAQUIM ANSELMO, pág. 204), o que — segundo o que deixamos atrás explicado — parece corresponder à verdade, qualquer que seja a posição que se tome em relação aos problemas suscitados pelas edições anteriores.

— Substituídas em 1603 pelas *Ordenações Filipinas*, as *Ordenações Manuelinas de 1521* não voltaram a ser impressas senão uma vez, em fins do século xviii, para fins didácticos e uso dos estudiosos, pela Universidade de Coimbra, na já citada *Collecção da legislação antiga e moderna ao Reino de Portugal* (v. *supra*, nota 59). A organização da edição foi confiada ao lente de Leis FRANCISCO XAVIER DE OLIVEIRA MATTOS, que a fez preceder dum valioso estudo (*prefação*) e dum quadro de correspondências dos preceitos das *Ordenações de 1521* com os das *Ordenações de 1514*, *legislação extravagante* e *Ordenações Afonsinas*, que muito facilita os trabalhos de pesquisa. É a edição de que nos servimos.

Foi por uma *Carta Régia* de 15 de Março de 1521 — com diferença, portanto, de apenas 4 dias sobre a data em que as *Ordenações* acabavam de sair dos prelos

muito diversa na *versão primitiva* e na *versão definitiva* das *Ordenações de D. Manuel I.*

O texto da *versão primitiva* coincide quase literalmente com o texto anterior das *Ordenações Afonsinas*, conservando a mesma *epígrafe* — «Quando a ley contradizaa decretai: qual delias se deue guardar» — e o mesmo *enquadramento formal*, no começo do Livro II, à mistura com os títulos que tratam genericamente das relações da Igreja com o Estado e dos privilégios da classe eclesiástica <sup>(61)</sup>. Apresenta, con-

de CROMBERGER (II de Março) — que EL-REI D. MANUEL mandou destruir todos os exemplares das suas anteriores *Ordenações*, determinando que «dentro de três meses qualquer pessoa que tiver as hordenações da impresam velha a rompa e desfaça de maneira que nam se posam ter sob pena de pagar qualquer pessoa, a que forem achadas, pasado o dito tempo, e as tiver, cem crusados ametade para quem os acusar e a outra metade para os cativos e mais ser degradado por dous ãos para alem», ordenando, ao mesmo tempo, que «as camaras de cada hũa das Cedades Vilas e Lugares [...] que as mandem comprar dentro de três meses da provicacam desta e as tenham na camara para saberem o que compre a bom regimento da Cedade Vila ou Lugar homde esteverem...» (cfr. A. FILIPPE SIMÕES, *Um documento para a bibliographia das ordenações d\*el-rei D. Manuel*, em *O Amigo do Estudo*, n.º 4, 1867, pág. 32, que pela primeira vez publicou este documento, segundo a cópia que D. Frei MANUEL DO CENÁCULO fez do seu próprio punho, quando bispo de Beja, do Livro i.º do *Regimento da Camara da mesma cidade*; e depois transcrita por TITO DE NORONHA no cit. opúsculo *Curiosidades bibliographicas* (Porto, 1871, págs. 13 a 15) e no seu novo trabalho, também já citado, *Ordenações do Reino* (Porto, 1973, págs. 16-17). Sobre esta ordem de D. MANUEL, v. também BRAGA DA CRUZ, *ob. cit.*, pág. 390; MARCELLO CAETANO, *História do Direito Português cit.*, pág. 265; NUNO ESPINOSA, *ob. cit.*, pág. 369-370; e ALMEIDA COSTA, *Ordenações*, no cit. vol. do *Boletim da Faculdade*, pág. 265. Esta medida, que obedecia ao óbvio intuito de evitar eventuais confusões sobre o texto das *Ordenações* que devia considerar-se em vigor, está na base, conforme deixámos dito, da extrema raridade da edição das *Ordenações Manuelinas de 1514* (sem falar já na raridade, maior ainda — dois únicos exemplares conhecidos — da edição de 1512-1513) (\* TITO DE NORONHA, *Curiosidades bibliographicas cits.* pág. 13).

<sup>(61)</sup> O texto a que nos reportamos constitui, nas *Ordenações de 1512-1514*, o título 3.º do Livro II. Os dois títulos que o precedem tratam, respectivamente, de «em que casos os clérigos: & religiosos: deuem respöder per ante as justiças seculares» (título i.º, que o virá a ser igualmente nas *Ordenações de 1521* e que não tem correspondente nas *Ordenações Afonsinas*) e «Dos q se coutã aa ygreja: em q casos gouvirã daymuidade delia: & em quaes nom» (título 2.º, que virá a ser o 4.º nas *Ordenações de 1521* e que procede do título 8.º do mesmo livro das *Afonsinas*. V. *supra*, nota 48). E o título que se lhe segue continua a mesma ordem de matérias, determinando «Que façam penhora nos beês dos clérigos condenados per os juíves del Rey»

tudo, algumas pequenas *alterações formais*, tendentes a modernizar a respectiva linguagem; e apresenta, sobretudo, quanto ao fundo, uma alteração deveras significativa, que transitará depois igualmente para a *versão definitiva* e que será, aliás, a modificação de maior relevo introduzida pela reforma manuelina no esquema geral da hierarquia das fontes subsidiárias de direito : as glosas de Acúrsio só serão aplicadas «quando por a comuñ opiniã dos doctores nõ forê reprouadas»; e, do mesmo modo, a opinião de Bártolo — embora deva continuar a prevalecer quando contraditada apenas por *alguns doutores* (62) — deixará de ser acatada «se a comuñ opiniõ d' doctores q depois d'elle escreuerã for contraíra» (63).

(título 4.<sup>o</sup>, que virá a ser o 6.<sup>o</sup> nas *Ordenações de ij2i e procede do título ii.<sup>o</sup> do mesmo livro das Afonsinas. V. supra, ibidem*). Cf. *Liuro segundo das ordenações cõ sua tauoada que assigna os titulos: & folhas: & tractase nelle das leys:*

*ordenações tocãtes aas ygrejas: moesteiros: & pessoas religiosas: & eclesiásticas: <õr outras pessoas. Nonmente corregido na segunda impressam (em Lixbõa per Johã pedro bom homini: a quinze dias de deçebro: de Mil & quinhentos & quatorze ãnos) fols. I a IIIv.<sup>o</sup> (título i.<sup>o</sup>), IIIv.<sup>o</sup> a V (título 2.<sup>o</sup>), e Vv.<sup>o</sup> a VI (título 4.<sup>o</sup>). Servimo-nos do -exemplar da Biblioteca Geral da Universidade de Coimbra (Reservados, RB-21-10 eu).*

(62) Há-de notar-se que a variante «nõ embargante, que *alguns* outros Doutores diguam o contraíro», em vez de «nõ embargante, que *os* outros Doutores etc.», já aparece num dos manuscritos das *Ordenações Afonsinas. V. a cit. ed.*, pág. 163, nota (a).

(63) V. JozÉ ANASTASIO DE FIGUEIREDO, *ob. e loc. cit.*, págs. 309-310.

Eis o texto integral do título, onde deixaremos devidamente sublinhadas as passagens que representam *nova versão* e assinalado com três asteriscos (\*\*\*) os dois lugares onde o texto afonsino sofreu amputações significativas. Deixamos por acentuar as alterações puramente formais.

«Título, iij. Quando a ley contradiz aa decretai: qual delias se deue guardar.

«Estabeleçemos & poemos por ley: que quando alguñ caso for trazido em pratica q seja determinado por algũa ley de nosso regnos: ou estilo de nossa corte: ou costume ã os ditos regnos longamete vsado : seja p elles julgado : & desembargado finalmete: nõ embargante q as leys Iperiaes açerca do dito caso desponhã em outra maneira: porq onde a ley: estilo: ou costume do regno despoem: çessem todas outras leys & der eitos.

«E qndo ho caso de q se trauta: nõ for determinado per ley: estilo: ou costume do regno: mãdamos q seja julgado: & fijndo pellas leys imperiaes: & santos canones: como adiante he declarado.

«E açõteçêdo q açerca de tal caso as leys imperiaes sejã cõtraíras aos canones : mandamos q assy nas cousas sprituaes: como nas teporaes se guarde os canones: se ho caso tal for: q guardado as leys imperiaes traga pecado. Podese poer exêpro

A denominada *opinio communis* fica, assim, a prevalecer sobre a exegese de ACÚRSIO e sobre as opiniões de BARTOLO, o que repre-

no possuidor de maa fee: q segundo as leys imperiaes possuindo p trinta ânos sem titulo pescreue a cousa alhea. E següdo ho direito canonico ho possuidor d maa fee nõ pode pscreuer p nenhuü tẽpo : se ê tal caso se guardasem as leys imperiaes neçessariamẽte trazeria pecado ao possuidor: ho q nõ deuemos cosentir: mayormẽte em tal caso deuem' neçessariamẽte obediẽcia a santa madre ygreja: & ao santo padre: de q os canones proçedẽ: a qual nõ deuemos ê nenhuü caso aos emperadores de q as leys imperiaes proçedẽ. E por tanto cõuem: q em tal caso: & ê outros semelha tes se guarde ho direito canonico: & nõ ho direito IperiaL. E no caso tẽporal q guardadas as leys imperiaes nõ tragã pecado : mandamos q ellas seja guardadas: nõ embargãte q os canones sejam em contraira disposiçam.

«E se ho caso de q se tracta em pratica nõ for determinado por ley do regno: ou stilo: ou costume suso dito: ou leys imperiaes: ou sant' canones: emtã mãdamos q se guardẽ as grosas de acursio emcorporadas nas ditas, leys: *quando por a comuu opiniã dos doctores nõ forẽ reprovadas.* E quando p as ditas grosas ho caso nõ for determinado : mandamos q se guarde a opiniõ de bartolo : nõ embargãte q *alguis doctores teuessem ho cõtrairo : saluo se a comuu opiniõ d<sup>o</sup> doctores q despois delle escreuerã for contraira:* porq somos, çerto q assy foy sempre nestes regnos vsado: & praticado: *nos tẽpos passados* porq a sua opiniõ comũmente he mais cõforme a razam (\*\*\*) & em outra guisa seguirsia grade cõfusam aos dsembargadores : segundo se vee polia clara experiencia.

«E acõteçendo caso ao qual p nenhuü dos ditos modos fosse prouijdo: mãdamos q ho notifiquẽ a nos pa ho determinarm\*. Porq nõ somẽte taes determinações som desembargo daqle feito que se tracta: mas som ley pa desembargãre outros semelhãtes.

«Item se aconteçesse caso em ho qual nõ fosse materia de pecado: ho qual nom fosse dterminado per ley do regno : nem stilo de nossa corte : nem costume de nossos regnos : nem ley imperial : & fosse determinado p os textos dos canones p huü modo: & p as grosas & doctores das leys p outro modo (\*\*): mandamos q tal caso seja remetido a nos: & guardese sobre ello nossa determinaçam» (cfr. *ed. cit.*, fols. V a V v<sup>o</sup>.). Este texto coincide rigorosamente, palavra por palavra, com o da edição de VALENTIM FERNANDES, de 1513, salvo em pequenas variantes de grafia, pontuação e abreviaturas.

Como se vê, a alteração mais significativa é a das reservas introduzidas à utilização da *Glosa de Acúrsio* e das *Opiniões de Bartolo*, que passam a só poder ser aplicadas se não forem contrariadas pela *opinio communis*. A adaptação do texto afonsino — que houve a preocupação de respeitar no máximo — a este novo estado de coisas exigiu duas curiosas alterações de pormenor : a já assinalada substituição de «nõ embargante, que os outros Doutores diguam o contrairo» (cfr. *supra*, nota 56) por «nõ embargãte q *alguis* doctores teuessem ho cõtrairo» v., porém, nota 62); e o encurtamento da frase «que sua opiniom comunalmente:

senta, como já veremos em seguida, uma importante viragem do pensamento jurídico sobre a matéria que nos ocupa.

8. Na versão definitiva das *Ordenações Manuelinas*, de 1521, o texto em causa rompe já por completo com a preocupação de fidelidade ao texto anterior das *Afonsinas* e apresenta-se totalmente remodelado. Nota-se ainda o peso da rotina, quanto ao respectivo *enquadramento formal* pois continua a figurar no começo do Livro II, no conjunto dos títulos referentes aos privilégios do clero e às relações do Estado com a Igreja (64) ; mas a epígrafe do título já é dife-

he mais conforme aa razom, que a de nenhuū outro Doutor» (cfr. *supra*, nota 56), pela supressão, como se impunha, destas últimas palavras (no primeiro dos dois lugares que assinalámos com \*\*\*).

À parte isto, o texto das *Ordenações Manuelinas de 1512-1514* só apresenta duas alterações dignas de relevo, em relação ao texto das *Afonsinas* (cfr. *supra*, notas 50, 5 L.53, 5<§, 57 e 58):

a) Substituiu-se a frase «que assy foi sempre usado, e praticado em tempo dos Reyx meu Avoo, e Vadre da gloriosa memoria» — o que, nas *Afonsinas* tinha, como vimos, perfeita razão de ser (v. *supra*, nota 56) — por «q assy foy sempre nestes regnos vsado : & praticado : nos tepos passados», como o exigia a adaptação do texto à pessoa do novo legislador (D. MANUEL); e

b) Suprimiu-se, no último §, a apresentação da dívida suscitada pelo problema acabado de pôr («se se guardará em tal caso o texto dos Canones, ou as grosas dos Doutores das Leys Imperiaaes»), e a indicação da razão de ser dessa dívida («e a causa desta duvida he, porque as grosas, e Doutores do Direito Civil se fundam per Leyx Imperiaaes, as quaaes allegam a provar sua teençom»), que figuravam no texto afonsino (cfr. *supra*, nota 58), passando-se, assim, directamente do problema à solução, com manifesta vantagem para a simplificação do texto.

(64) O texto que trata do direito subsidiário é agora, nas *Ordenações de 1521*, o título 5.<sup>o</sup> do Livro II. Desapareceram, como já tinham desaparecido nas *Ordenações Manuelinas de 1512-1514*, os 7 títulos iniciais do Livro II das *Ordenações Afonsinas*, onde vinham transcritas as *concordias* ou *concordatas* dos nossos monarcas com a hierarquia eclesiástica; e a regulamentação da matéria dos casos omissos é agora precedida apenas de 4 títulos: os dois que já a precediam nas *Ordenações de 1512-1514* e que constituem, na nova versão, os títulos 1.<sup>o</sup> e 4.<sup>o</sup> (v. *supra*, nota 61) e mais dois títulos novos, que não figuravam nas *Ordenações anteriores*, pois têm a sua origem em legislação extravagante de data recente (v. cit. ed. de 1797, pág. XXXXVII): *Da maneira em que El Key poderá tirar as Terras, rendas, Officios, e todalas cousas, que de Sua Alteza teuerem aaquellas pessoas que se liurarem pelas Ordens, que nom forem pelo Eclesiástico dereitamente julgadas e punidas (título 2.<sup>o</sup>); e Como os Donatos de Sam Joam, e os da Terceira Ordem de Sam*

rente — «Como se julgaram os casos, que nom forem determinados por Nossas Ordenações» —, a assinalar uma tomada de consciência, por parte do novo legislador, de que o problema em questão transcende o restrito âmbito dum conflito entre a «ley» e a «*decretai*», entre o *direito romano* e o *direito canónico*, ou entre a jurisdição dos dois poderes (*civil e eclesiástico*) de que aqueles ordenamentos jurídicos são a expressão.

E essa tomada de consciência reflecte-se, de forma mais patente ainda, no *proêmio* do próprio texto legislativo, que funde agora num dispositivo único o *proêmio* e o § *i.º* do texto das *Ordenações* anteriores. Com efeito, depois de insistir na prioridade absoluta da aplicação das *leis nacionais, estilos da Corte e costumes do Reino* — explicitando, quanto a este, que tanto pode ser *gerai* como *local*, mas que deve ser «tal que por Der eito se deua guardar»<sup>(65)</sup>—, o legislador remete

*Francisco, e os que se fasern Irmaõs dalgũas Ordens, e assi os Nossos Moradores, que forem d'Ordens Menores, responderam perante Nossas Justiças (título 3.º).*

**O título que se lhe segue continua a ser, como nas Ordenações de 1112-1114 (v. *supra*, nota 61), o que determina Que façam penhora nos bens dos Creliguos condenados por os Juives d'º El Rey (título 6.º), continuando depois a tratar-se, até ao título 14.º inclusive, da matéria respeitante aos privilégios da Igreja e da classe eclesiástica.**

(65) «**Título V.** *Como se julgaram os casos, que nom forem determinados por Nossas Ordenações. Quando alguũ caso for trazido em practica, que seja determinado por algũa Ley de Nossos Reynos, ou Estilo de Nossa Corte, ou Custume em os ditos Reynos, ou em cada hũa parte deites longuamente vsado, e tal que por Dereito se deua guardar, seja per elles julgado, nom embarguante que as Leys Imperiaes acerca do dito caso desponham em outra maneira, porque onde a Ley, Estilo, ou Custume do Reyno despoem, cessem todas outras Leys e Dereitos [...]*» (cfr. cit. edição de 1797, pág. 21. Os sublinhados são nossos).

À parte a substituição da expressão «custume [...] antigamente usado» (que vinha nas *Ord. Af.*, *sicut supra*, nota 50) pela de «custume [...] longuamente vsado» (substituição já feita nas *Ord. Man. de 1 y 12-1 y 14*, *sicut supra*, nota 63), que não tem significado especial, as duas principais inovações desta primeira parte do *proêmio* são as que deixamos sublinhadas na transcrição acabada de fazer.

a) Por uma delas, vê-se que o legislador entendeu conveniente — talvez para esclarecer qualquer dúvida surgida na interpretação do texto das anteriores *Ordenações* — acentuar a validade do *costume local* no mesmo plano do *costume geral* («**Custume em os ditos Reynos ou em cada hũa parte delles longuamente vsado**»);

h) Pela outra, entendeu o legislador condicionar a aplicação do *costume* como fonte imediata à exigência de que seja «tal que por Dereito se deua guardar». É extremamente significativa a introdução, na lei, desta restrição, pois estava ao tempo no auge, entre os tratadistas (especialmente entre os *canonistas*), a dis-

a decisão dos casos omissos, como nas *Ordenações* anteriores, para as *leis imperiais* e para os *santos cânones*; mas fã-lo com duas importantes \*e expressivas inovações, que demonstram bem quanto se desvanecera entretanto a ideia de centrar o problema do direito subsidiário numa questão de conflito de jurisdições entre o *poder civil*, simbolizado pelo *direito romano*, e o *poder espiritual*, simbolizado pelo *direito canónico* :

a) Por um lado, deixa de fazer-se a distinção — que se fazia nas *Ordenações Afonsinas* e nas *Manuelinas de 1512-1514* — entre problemas jurídicos *de ordem espiritual*, em que a prioridade era sempre do *direito canónico*, e problemas jurídicos *de ordem temporal*, em que a prioridade era do *direito canónico* ou do *direito romano* consoante

•cussão do problema de saber a que requisitos deve o *costume* obedecer para valer como *fonte imediata de direito*. O legislador não quis deixar de tomar posição, consignando expressamente que nem todo o *costume* (quer *geral* quer *local*) é de observância obrigatória; mas procurou ladear o problema e fugir à dificuldade, remetendo para o «*Dereito*» — isto é, para o *direito comum* romano-canónico e respectivos doutrinadores — a determinação dos casos em que o costume deve ou não considerar-se de observância obrigatória.

Exorbita o âmbito deste trabalho qualquer análise pormenorizada do tratamento do tema na literatura jurídica da época. PAULO MERÊA {*ob. cit.*, págs. 146-147} esclarece, em síntese, que «todos os nossos juriconsultos ensinavam que o costume tinha força de lei, mas, como era preciso conciliar essa asserção com a doutrina de que no príncipe residia a fonte de todo o direito positivo, explicava-se a autoridade do costume pelo facto de ser êle uma manifestação tácita da vontade do monarca. Para ter êste valor devia o costume reunir um certo número de requisitos, que os nossos tratadistas enumeravam, mas sem que houvesse a tal respeito uma doutrina uniforme. Segundo a doutrina que prevalecia entre os canonistas, o costume não só valia *praeter legem*, mas mesmo *contra legem*, desde que não fosse contrário às leis de ordem pública. Necessitava porém de ser — introduzido pela maioria dos membros da comunidade, *racional*, isto é, dirigido ao bem comum, e *prescrito*. Para a *prescrição* do costume era necessário o decurso de dez anos, salvo, segundo alguns tratadistas, o caso do costume *contra legem*, pois êsse não prescrevia antes de quarenta anos». V. também BRAGA DA CRUZ, *ob. cit.*, págs. 410-411; e, com maior desenvolvimento, NUNO ESPINOSA, *ob. cit.*, págs. 413 a 419.

Acrescente-se, ainda, que o tema mereceu particular atenção — como era de esperar — no *Comentário às Ordenações Manuelinas* atribuído a LUÍS CORREIA (já referido *supra*, nota 49, *in fine*), onde se formulam como requisitos para a validade do costume uma *prescrição de de% anos* e uma «pluralitas actuum non minus duorum», admitindo-se igualmente a validade do costume *contra legem*. V. NUNO ESPINOSA, *O direito subsidiário etc.*, no *loc. cit.*, págs. 267-268 e 283 a 287.

a matéria envolvesse ou não pecado <sup>(66)</sup>; e reconduz-se tudo a um problema único, onde só conta o *critério do pecado*, qualquer que seja. a natureza do caso a resolver — o que implica, como é óbvio, um alargamento do campo de aplicação do *direito romano* em detrimento do *direito canónico* —, deixando agora o texto de ilustrar o *critério do pecado* com o exemplo da prescrição em favor do possuidor de má fé<sup>(67)</sup>.

b) Por outro lado — e de modo mais significativo ainda —, suprime-se por completo aquela passagem do texto afonsino — e que o texto manuelino de 1513-1514 ainda conservava — em que se dava.

(<sup>66</sup>) V. *supra*, n.º 6 e cfr. nota 53. Essa distinção persistia ainda, conforme vimos, exactamente nos mesmo termos do texto afonsino (com meras correcções formais), no texto das *Ordenações Manuelinas de 1512-1514* (cfr. *supra*, nota 63).

(<sup>67</sup>) V. *supra*, n.º 6 e cfr. nota 53. O exemplo da prescrição em favor do possuidor de má fé ainda é reproduzido *ipsis verbis* (com alteração apenas da ordem de algumas palavras) no texto manuelino de 1513-1514 (cfr. *supra*, nota 63); mas é agora inteiramente suprimido no texto manuelino de 1521 (cfr. *infra* > nota 69).

É fora de toda a dúvida que, segundo o texto manuelino — como, aliás\* segundo o texto afonsino que o precedeu —, a aplicação do direito canónico pelos tribunais civis, mesmo em matéria de pecado, só tinha lugar na falta de lei, costume ou estilo da Corte. Mas o comentador anónimo das *Ordenações Manuelinas* (LUÍS CORREI A ?), depois de reconhecer expressamente que assim é, procura arranjar maneira de justificar a prevalência absoluta do direito canónico em matéria de pecado com o argumento de que, nesse domínio, a lei civil não pode estatuir contra a lei canónica e invocando a autoridade do PANORMITANO para sustentar que é nula *ipso iure* a constituição secular que não possa ser observada sem pecado mortal: «... quasi sentiat textus quod etiam in materia concernente peccatum, stante lege regia stylo vel consuetudine ad illam recurrendum erit, et non ad ius canonicum, sed non licet sumere tantum argumentum contra iura expressa, et contra intentionem christianissimi legislatoris. Nam in concernentibus animam, vel peccatum standum est semper et indistincte dispositioni iuris canonici, nec lex civilis contrarium unquam statuere poterit ut probatur [...] quia Romanus Pontifex in tali materia est supremus Christi vicarius, et superioritatem habet super omnem creaturam quacunquedignitate fungentem ex quo colligit Panor. ibi n.º 2. abolendam esse, et penitus abrogandam constitutionem saecularem, quae absque peccato mortali servari non potest imo est ipso iure nulla quia de essentia legis est, quod sit iusta, et honesta c. erit autem lex. 4. d.» (Cfr. NUNO ESPINOSA, *ob. e loc. cit.*, págs. 269 e 287. Os sublinhados são nossos). Ressalva também o mesmo comentador — mas, aí, sem qualquer violência sobre o direito estatuído — a aplicação do direito canónico «simpliciter», nas matérias respeitantes à Igreja e dependentes da sua jurisdição» *v. locs. cit.*).

como explicação da prioridade do *direito canónico*, nos casos de pecado, a obediência devida «ao Padre Santo e aa Santa Igreja», em contraste com a que «nõ devemos em nenhuï caso aos Emperadores, de que as Leyx Imperiaaes procedem» <sup>(68)</sup> ; e substitui-se esta *ração* *Je ordem negativa* do acatamento devido ao *direito romano*, por uma *ração* *Je ordem positiva* desse acatamento: «as quaes Leys Imperiaes Mandamos soamente guardar pola boa razam em que sam fundadas» <sup>(69)</sup>.

<sup>(68)</sup> V. *supra*, n.º 6 e cfr. notas 53 (texto afonsino) e 63 (texto manuelino «de 1513-1514»).

<sup>(69)</sup> A parte final do *proêmio* do título afonsino (cfr. *supra*, nota 51) e o seu extenso e prolixo § 1.º (cfr. *supra*, nota 53) — textos que se conservaram na íntegra, com meras alterações formais, nas *Ordenações Manuelinas de 1J12-1J14* (cfr. *supra*, nota 63) — foram efectivamente agora condensados, nas *Ordenações de 1 J2i*, num texto muito breve e conciso, que encerra o *proêmio* do título (logo em seguida à parte já transcrita *supra*, nota 65): «... E quando o caso de que se trahta nom for determinado por Ley, Estilo, ou Costume do Reyno, Mandamos que seja julgado, sendo materia que tragua pecado, por os Santos Canones; e sendo materia que nom tragua pecado, Mandamos que seja julgado polas Leys Imperiaes, posto que os Sacros Canones determinem o contraíro, as quaes Leys Imperiaes Mandamos soamente guardar pola boa razam em que sam fundadas» (cfr. *ed. e loc. dis.*).

A expressão «boa razão», mais tarde utilizada em sentido muito diverso pela Lei de 18 de Agosto de 1769 — a famosa *Lei da Boa Razão* —, era aqui utilizada, como já acentuou PAULO MERÊA, no sentido de *razão natural* ou *justa razão* (V. *Direito romano, direito comum e boa razão*, no cit. vol. XVI do *Boletim da Faculdade, 1939-1940*, pág. 540). Sobre o uso da expressão em textos coevos e anteriores, v. *ibidem*, nota 4.

O comentador anónimo das *Ordenações Manuelinas* (Luís CORREI A?) reage vivamente contra esta fundamentação aqui atribuída à aplicação das «leis imperiais» (a «boa razam em que sam fundadas»), afirmando: «Haec ratio mihi non •concludit, nec etiam placet presuponit enim responsa consultorum, quorum maiorum gentiles, et Daemonum cultores fuerunt in aequitate rationis praeferenda esse sacris canonibus ab ipsis Summis Pontificibus, et Vicarijs Christi -et conciljs generalibus in quibus assidet Spiritus Sanctus constitutis, et quos etiam lex nostra Sanctos esse fatetur». Mas vê-se obrigado a reconhecer que o texto das *Ordenações* sanciona *indistintamente* a aplicação de todas as leis romanas, *SLO* atribuir-lhes, como atribuí, um fundamento racional: «Sed tamen apud nos hac lege lata *indistincte approbantur non ab auctoritate, sed ab ipsa ratione, qua utuntur, [...]*» (cfr. NUNO ESPINOSA GOMES DA SILVA, *O direito subsidiario etc.*, no *loc. cit.*, págs. 270-271, 288 e 289; e, do mesmo, *Lições cits.*, págs. 388-389. O sublinhado é nosso).

De tudo isto tira, porém, o mesmo comentador das *Ordenações* uma importante conclusão: a de que, se o *direito romano* é aplicável por ser conforme à razão, deve

No fundo, a explicação não deixa de ser a mesma, na medida em que se quer significar que a aplicação do *direito romano* assenta na sua *autoridade intrínseca* — a «boa razão» em que os seus preceitos são fundados — e não na *autoridade extrínseca* que lhe advém de as suas normas procederem do Imperador — e serem expressão, portanto, duma «iurisdictio Imperii» de que Portugal está isento <sup>(70)</sup> —%.

ser lícito recorrer — na falta de preceito expresso dele, entenda-se (embora o texto não seja bem explícito) — à *própria razão*, para preencher as lacunas da lei escrita, estilo ou costume: «Unde si iure Romano causa [ea?] ratione utimur quod illud ratione nitatur, a fortiore deficiente lege scripta stylo, vel consuetudine recurrendum est ad rationem naturalem facit ordinat. tt.º 26 in principio probatur in 1. scire oportet §. sufficit ff. de excusat, tutorum (= D.27.1.13.7) ubi dicitur [...]». E, depois de citar autores em abono desta tese, explica que as afirmações dessas autores devem ser entendidas no sentido de que, na falta de *direito expresso* (o mesmo é que dizer, de preceito expresso de *direito romano*), se deve recorrer à *equidade*, procurando sempre a *solução mais humana*, conforme as pessoas, as causas, os lugares e os tempos: «... Cuius uerba sunt in his vero super quibus ius non invenitur expressum procedat acqutate servata semper in humaniorem causam declinando, secundum quoad personas, causas, loca, et tempora postulare videris [...]» (cfr. NUNO ESPINOSA, *O direito subsidiário, etc.*, no *loc. cit.*, págs. 271-272 e 289; e, do mesmo, *Lições cits.*, pág. 389. O sublinhado é nosso).

Temos assim aqui, como se vê — e, ao que supomos, pela primeira vez entre nós —, a *razão natural* (no sentido de *equidade*) alçapremada à categoria de *fonte autónoma de direito subsidiário*; mas, mesmo assim, subordinada ao *direito romano*, cuja total concordância com a *razão natural* está fora de causa, por estar expressamente pressuposta no texto das *Ordenações*. Voltaremos em breve ao assunto (*infra*, nota 93).

<sup>(70)</sup> A identidade da *explicação*, através de tão diversa *formulação*, já foi posta em destaque por PAULO MERÊA, *ob. e loc. cit.*; por MARTIM DE ALBUQUERQUE, *ob. e loc. cits.*, págs. 333-334; e por NUNO ESPINOSA, *ob. cit.*, pág. 372.

Em pleno período de vigência das *Ordenações Manuelinas*, o nosso jurista MANUEL DA COSTA, num texto para que PAULO MERÊA chamou a atenção (*ob. e loc. cit.*, nota 1), exprimiria esta ideia, a respeito de todos os *regna Hispaniae*, dum modo particularmente feliz, ao afirmar: «Plane in Hispaniae regnis leges Imperatorii non seruantur, nisi quatenus ratione nituntur, quod earū legit iusta rati» nobis imperet, non imperium» (cfr. EMANVELIS COSTÆ Iureconsulti Lusitani Regii senatoris *Commentaria in. §. Si arbitrato. I. Cum tale. ff. De conditio. & demonstra\** [= *Comentário a D.35.1.72.4*]. *Item Selectarum Interpretationum circa conditiones, demonstrationes, & dies. Libri. II. Conimbricæ. Apud Ioannem Barrerium, & Ioannem Aluarum Typographos Regios. M.D.LI, pág. 126. O sublinhado é nosso*)\* Sobre este passo de MANUEL DA COSTA, ver igualmente NUNO ESPINOSA, *Humanismo e direito em "Portugal no século XVI cit. pág. 59; do mesmo, Lições cits\**

mas, pelo menos, acaba-se com a incongruência em que tinha caído o legislador afonsino — e de que o legislador manuelino de 1512-1514 se não libertara —, ao invocar, no próprio texto que ordenava a aplicação subsidiária do *direito romano*, justamente a razão por que não lhe é devida obediência. Passa-se, coerentemente, a dar agora no texto a verdadeira razão do acatamento que ao direito romano é devido, ao mesmo tempo que se desmonta, com a supressão das justificações afonsinas, todo o *aparato formal de conflito de jurisdições* em que anteriormente assentava a regulamentação do direito subsidiário.

Quando o caso não puder ser resolvido pelo *direito romano* nem pelo *direito canónico*, remetem as *Ordenações de 1512*, por ordem de precedências, como as *Ordenações* anteriores, para a *Glosa Magna* de ACÚRSIO e para a opinião de BARTOLO, repioduzindo, porém, a propósito duma e doutra destas fontes subsidiárias, a restrição já introduzida pela *versão primitiva* das *Ordenações Manuelinas*, ou seja, a exigência de não serem contrariadas pela *opinião comum dos doutores* <sup>(71)</sup>.

Esta preferência dada à *opinio communis* sobre a exegese da *Glosa* e sobre o pensamento de BARTOLO, que assim obtinha consagração definitiva na legislação portuguesa — e que é, como já dissemos, a alteração de maior vulto introduzida neste domínio pela reforma manuelina —, representa, a um tempo, e por singular contraste, um golpe duro vibrado na primazia indiscutida que o jurista de Sasso-

págs. 372-373; do mesmo, *O direito subsidiário etc.*, no *loc. cit.*, pág. 271, nota 36; MARTIM DE ALBUQUERQUE, *ob. e loc. cit.*, pág. 335 (nota 92); e ANTÓNIO MANUEL HESPANHA, *ob. cit.*, págs. 88-89, nota 1\*

(71) É o que se determina no § i.<sup>o</sup> do título em estudo (que corresponde à i.<sup>a</sup> parte do § 2.<sup>o</sup> do texto afonsino): «1. E se o caso de que se trahta em practica nom for determinado por Ley do Reyno, ou Estilo, ou Custume suso dito, ou Leys Imperiaes, ou Santos Canones, entam Mandamos que se guardem as Grosas de Acursio incorporadas nas ditas Leys, quando por comum opiniam dos Doutores nom forem reprovadas, e quando por as ditas Grosas o caso nom for determinado, Mandamos que se guarde a opiniam de Bartolo, nom embarguante que alguns Doutores teuessem o contrario; saluo se a comum opiniam dos Doutores, que depois de He escreueram, for contrair a, porque a sua opiniam comunmente he mais conforme aa razam» (cfr. *ed. cit.*, págs. 21-22).

Como se vê, as frases e palavras restritivas (que deixamos sublinhadas) são exactamente as mesmas que as *Ordenações Manuelinas de 1512-1514* introduziram no texto afonsino (cfr. *supra*, nota 63); mas a parte final do texto apresenta-se, agora, significativamente abreviada (v. *infra*, notas 74, 75 e 76).

ferrato gozara entre nós durante um século — desde que D. JOÃO I, em 1426, mandara respeitar, com exclusividade, as «conclussoens [...] que de sobellas leix do código ffez»<sup>(72)</sup> — e a consagração do prestígio da *escola* de que ele foi o principal representante e que ainda hoje é conhecida pelo seu nome {*escola dos comentadores* ou *bartolista*}, para cujos sequazes a *communis opinio* tem valor cimeiro na fixação da correcta interpretação dos textos legais<sup>(73)</sup>. E há-de notar-se

(72) Cfr. *supra*, notas 44 e 45.

(73) Sobre o valor da *communis opinio* no pensamento da *escola dos comentadores* ou *escola bartolista*, ver, por todos, NUNO ESPINOSA GOMES DA SILVA, no seu cit. *Humanismo e direito*, págs. 63 a 80; e também as suas cits. *Lições*, págs. 426 a 437, e bibliografia num e noutro lugar referenciada, a que é de justiça acrescentar (publicados já depois disso) os bem elaborados *Apointamentos de história do direito português* de ANTÓNIO MANUEL HESPANHA, já várias vezes aqui citados (Coimbra, 1970-71), págs. 53 a 57 e 87 a 110.

É significativo o facto de o próprio BARTOLO ter feito a apologia da *opinio communis* — num texto para que EMÍLIO BUSSI chamou a atenção (no seu estudo *Intorno al concetto di diritto comme*, Milano, 1935, págs. 33-34) e que NUNO ESPINOSA reproduziu (cit. *Humanismo e direito*, págs. 63-64) —, ao dizer que deve ser punido o juiz que escolhe uma «malam opinionem», quando «inter omnes opinionones est una, qua ab omnibus communiter approbatur & communiter observatur». Cfr. BARTOLI A SAXOFERRATO, cit. *Commentaria. Tomus octavus. In secundam, atque tertiam Codicis partem* (ed. cit., Veneza, 1615) {*Ad septimum lib. Cod., tit. De pana iudicis, l. II = C.7, 49, 2*, *Éól. 74, i.ª coi.*

O valor normativo da *communis opinio* era justificado pelos bartolistas, como explica NUNO ESPINOSA (*Lições cits.*, págs. 428-429), por uma de duas maneiras:

a) Para uns, a *opinio communis* devia vincular os juizes porque tinha força de costume. É a explicação a que se refere BALDO, citando o canonista JOHANNES ANDREAE (GIOVANNI D'ANDREA): «Dicit Io. An. quod in diversitati opinionum debemur sequi opinionem communem quia opinio communis habet vim consuetudinis».

A citação deste passo é feita por EMÍLIO BUSSI, {*ob. cit.*, pág. 38}, indicando-o como transcrito da obra de BALDO *In decretalium volumen commentaria*, ad c. 5, I (*de constit.*) n. 7, Venetiis, 1595, fo. 12; mas não conseguimos ter à mão esta obra para conferir a citação e apreciá-la no seu contexto. De qualquer modo, o passo citado, só por si, não permite concluir que BALDO aceite a opinião de JOÃO ANDRÉ. NUNO ESPINOSA {*Humanismo e Direito cit.*, pág. 64} dá a entender que sim; mas trata-se duma confusão com um outro passo de BALDO, onde este se limita a dizer que «*communis generalis opinio facit censeri aliquid esse licitum*» (cfr. BALDI UBALDI I. C. Clariss. *Commentaria in primam Digesti Veteris partem*, ad Tit. De his qui notantur infamia, lex III, § Athletas [= D.3, 2, 4, pr.], nota 1. Na ed. de Lião, 1580, fol. 180).

O que BALDO diz noutro passo da sua obra — isso, sim — é que a «*communis opinio [...] plus est, quam fama, & maxime si communis opinio transiuit in cõsue-*

ainda, como expressão da mesma quebra de primazia do jurisconsulto italiano, o facto de estas *Ordenações de 1521*, ao invocarem a

*Judinem aliquam, interpretando in his, quae stant in dispositione, & ordinatione, vulgi & est ei standum tanquam veritati*» (cfr. BALDI UBALDI I. C. Clariss. *Commentaria in vij. vij. ix. x. & xj. Cod. lib.*, ad Tit. De accusationibus et inscriptionibus, l. Ea quidem [= C. 9, 2, 7.] nota 61. Na ed. de Lião, 15 80, fol. 243 v.<sup>o</sup>).

b) Para outros autores — que constituem a grande maioria—, a *opinio communis* impunha-se por se presumir a mais verdadeira ou a mais razoável. É a explicação que dá GIACOMO MENOCHIO (1532-1607): «Primum dicimus, opinionem illam pressumi veriore[m] quae a maiori parte Doctorum recipitur, & approbatur» (cfr. IACOBI MENOCHII Iurisc. Papiensis, *De praesumptionibus, conjecturis, signis, et indicis commentaria*, Pars I, Liber II, praesumpt. LXXI, n. 2. Na ed. de Colónia, 1636, págs. 241-242). E, mais abaixo, decalcando ALCIATO: «Et confert ratio, quia vbi est maior numerus eligentium, ibi prasumitur maior zelus» (cfr. idem, *ibidem*, n. 6. Na ed. cit., pág. 242) (Ver também, sobre este tópico, o que •dizemos *infra*, nota 96).

É a esta segunda fundamentação que adere, designadamente, o comentador anónimo (Luís CORREI A?) das *Ordenações Manuelinas*, ao afirmar, apoiado em vários textos, que «facilius invenitur quod a pluribus quaeritur» e que «integrum est iudicium quod plurimorum sententijs confirmatur»; o que tem de ser entendido — conforme logo acrescenta, na esteira de outros canonistas — «nisi communis opinio sit evidenter falsa, quia cum haec autoritas, quae illi tribuitur fundetur in quadam praesumptione praesumptio cedit veritati, et saepe unus ex subtili ingenio et optimis rationibus possit alios superare argumento [...]» (cfr. NUNO ESPINOSA, *O direito subsidiário etc.*, no *loc. cit.*, págs. 273 e 290).

Entre nós, esta *presunção de verdade* continuará, ainda no séc. XVIII, a ser a fundamentação invocada pelos autores para justificar a obrigatoriedade da observância da «*opinio communis*» imposta pelas *Ordenações*. V. MANUEL GONÇALVES DA SYLVA, *cits. Commentaria ad Ordinationes Regni Portugalia [...] tomus secundus*, ad Ord. lib. 3. titul. 64. ad §. 1., n.<sup>o</sup> 54 («...communis opinio in iudicando sequenda est, relictis opinionibus Glossæ, & Bartholi a communi reprobatis; quia semper praesumitur verior» (na 2.<sup>a</sup> ed., Ulyssipone, 1742, pág. 290, i.<sup>a</sup> col.); •e PANTALEÃO DE ARAUJO NETTO E GUERRA, *Commentaria ad Ordinationes Portugalia Regni, tomus primus (Conimbricæ, 1740)*, pág. 310, i.<sup>a</sup> col. (n.<sup>o</sup> 8): «Ratio .autem, cur ita sequenda communis opinio, est, quia opinio communis verior praesumitur [...]».

Voltaremos ainda a este assunto (*infra*, n.<sup>o</sup> 10 e notas 95 e 96). Por agora, o que mais importa acentuar é que esta consagração legislativa da *opinio communis* pelas *Ordenações Manuelinas*, com prioridade absoluta sobre a *Glosa Magna* de ACÚRSIO 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 por ele e pelos seus sequazes.

autoridade do seu nome, se limitarem a dizer que «a sua opiniam comunmente é mais conforme aa razam»<sup>(74)</sup>, suprimindo as outras duas justificações que as *Ordenações* anteriores acrescentavam a esta: a de que «assy foi sempre usado, e praticado»<sup>(75)</sup>; e a de que «em outra guisa seguir-sia grande confusom aos Desembargadores\* segundo se mostra per clara esperiencia»<sup>(76)</sup>.

Por último, remete o texto manuelino de 1521, como o texto das *Ordenações* anteriores, para o *arbitrio do monarca*, quer na hipótese de o problema não ter solução através de nenhuma das fontes até aí enumeradas<sup>(77)</sup>, quer no caso especial de o caso não envolver pecado e ser tratado somente, mas de maneira diversa, «por os Textos dos Canones» e «por as Grosas, e Doutores das Leys»<sup>(78)</sup>.

<sup>(74)</sup> Cfr. *supra*, nota 71.

<sup>(76)</sup> «... porque somos bem certo, que assy foi sempre usado, e praticado- em tempo dos Reix meu Avoo, e Padre da gloriosa memoria», como se diz nas *Ordenações Afonsinas* (cfr. *supra*, nota 56); ou «... porq somos certo q assy foy sempre nestes regnos vsado: & praticado: nos têpos passados», como se lê nas *Ordenações Manuelinas de 1512-1514* (cfr. *supra*, nota 63. Os sublinhados são nossos).

<sup>(76)</sup> Esta justificação é dada em termos praticamente idênticos pelo texto afonsino e pelo texto manuelino de 1513-1514 (cfr. *supra*, notas 56 e 63). Tal como a anterior, é totalmente suprimida no texto manuelino de 1521.

<sup>(77)</sup> O caso, que nas *Ordenações Afonsinas* vinha tratado na parte final do § 2.º do título em apreciação, é objecto, agora, dum tratamento autónomo, formando, só ele, o § 2.º do título: «2. E acontecendo caso, ao qual por ninhuï dos ditos modos fosse prouido, Mandamos que o notifiquemo a Nós, pera o Determinarmos ; porque nom soamente taees determinaçoens sam desembarguo daquelle feito que se trauta, mas sam Ley pera desembarguarem outros semelhantes» (cfr. *ed. cit.*, pág. 22). À parte as correções formais, o texto corresponde *ipsis verbis* ao texto afonsino e ao texto manuelino de 1513-1514 (cfr. *supra*, notas 57 e 63).

O comentador anónimo das *Ordenações Manuelinas* (Luís CORREIA?) intercala aqui, por sua conta e risco — pois o texto das *Ordenações* é inteiramente omisso a esse respeito—, uma outra fonte subsidiária: a analogia. Efectivamente, em seu entender, se o problema não puder ser resolvido por nenhuma das fontes subsidiárias até aí indicadas pela *Ordenação*, deve ainda tentar proceder-se — antes de recorrer ao *arbitrio do monarca* — «de similibus ad similia», invocando em seu abono a «1. non possunt ff. de legibus» (= D. 1.3.12) e outros textos justinianeus. V. e cfr. NUNO ESPINOSA GOMES DA SILVA, *O direito subsidiário etc.*, no *loc. cit.*, págs. 278-279 e 292-293.

<sup>(78)</sup> É a hipótese ventilada no 3.º e último §: «3. Item se acontecesse caso o quai nom fosse materia de pecado, e nom fosse determinado por Ley do Reyno, nem Estilo de Nossa Corte, nem Custume de Nossos Reynos, nem Ley Imperial,

9. A redacção dada pelas *Ordenações Manuelinas de 1521* ao título que regulamenta o problema do direito subsidiário — e que acabamos de analisar — transitou na íntegra, com meros retoques formais de modernização da linguagem, para os *Ordenações Filipinas*, promulgadas em 1603, no reinado de FILIPE II de Portugal (III de Espanha), e confirmadas por D. JOÃO IV em 1643, após a restauração da independência<sup>(79)</sup>.

De novo, há apenas a assinalar que o *título* em causa deixou finalmente de figurar no começo do Livro II das *Ordenações*, à mis-

e fosse determinado por os Textos dos Canones por huü modo, e por as Grosas, e Doutores das Leys por outro modo, Mandamos que tal caso seja remetido a Nós, e guarde-se sobre ello Nossa Determinaçam» (cfr. *ed. e loc. cits.*). Com pequenas correcções formais, este texto é a reprodução do texto manuelino de 1513-1514 (cfr. *supra*, nota 63), que, conforme dissemos (citada nota), já viera simplificar bastante o texto afonsino (cfr. *supra*, nota 58), suprimindo a passagem desse texto em que se fazia a *apresentação da dívida* suscitada pelo problema em apreço e a *raão de ser dessa dívida* e adoptando, assim, uma redacção em que se passa directamente do problema à solução.

O autor do *Comentário anónimo às Ordenações Manuelinas* (Luís CORREIA?) insurge-se contra o facto de, nesta hipótese, se remeter o problema para o monarca, em vez de se dar preferência absoluta ao *direito canónico*: «... quod tamen durum videtur, cum etiam in terris Imperij stetur canonum decisioni ubi deficit iuris civilis autoritas, ut supra adnotavimus [...]». Mas vê-se forçado a reconhecer que esta sua opinião não tem qualquer peso perante o texto expresso da *Ordenação* v. e cfr. NUNO ESPINOSA, *ob. e loc. cits.*, págs. 279-280 e 293.

Sobre todo o assunto deste n.º 8 (o direito subsidiário nas *Ordenações Manuelinas*), além do estudo de NUNO ESPINOSA GOMES DA SIX VA repetidas vezes aqui citado (O *direito subsidiário* etc.) e do texto quinhentista nele publicado em apêndice, v. JOZÉ ANASTASIO DE FIGUEIREDO, *ob. e loc. cits.*, págs. 309 a 311; PAULO MERÊA, *desumo das Lições cit.*, págs. 147-148; do mesmo, *Direito romano, direito comum e boa rasgão*, no *loc. cit.*, págs. 540-541; BRAGA DA CRUZ, *ob. cit.*, págs. 413-414; ALMEIDA COSTA, *Komanismo e bartolismo*, no *loc. cit.*, pág. 33; do mesmo, *La présence d'Accurse etc.*, no *loc. cit.*, pág. 56; do mesmo, *cit. artigo Ordenações*, no *loc. cit.*, pág. 266; MARCELLO CAETANO, *Lições de história do direito português cits.*, págs. 265-266; NUNO ESPINOSA GOMES DA SILVA, *Bártolo na história do direito português*, no *loc. cit.*, págs. 194 a 197; do mesmo, *Humanismo e direito cit.*, págs. 192 a 194; do mesmo, *Lições cits.* 371 a 376; e MARTIM DE ALBUQUERQUE, *ob. e loc. cits.*, págs. 333-334.

<sup>(79)</sup> Sobre a história da reforma filipina das *Ordenações portuguesas*, remetemos o leitor, mais uma vez, para o artigo *Ordenações*, da autoria de ALMEIDA COSTA, no *Dicionário de História de Portugal* e no *cit. vol. do Boletim da Faculdade*, págs. 267 a 269, e longa lista anexa de bibliografia (págs. 269-270). Acrescente-se, porém, a essa lista NUNO ESPINOSA, *Lições cits.*, págs. 390 a 397.

tura com os títulos referentes aos privilégios da classe eclesiástica e às relações da Igreja com o Estado, para passar a ficar colocado a meio do Livro III, ou seja, do livro das *Ordenações* consagrado ao *direito processual*, entre os títulos referentes ao julgamento das causas pendentes em juízo <sup>(80)</sup>. Quer isto dizer que só agora, em começos do século XVII, se rompeu 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 <sup>(81)</sup>—dum conflito de jurisdições entre o *poder temporal*, simbolizado pelo *direito romano*, e o *poder eclesiástico*, simbolizado pelo *direito canónico*. O texto manuelino de 1521, conforme vimos <sup>(82)</sup>, já conseguira superar *substancialmente* essa ideia, através duma *nova epígrafe* e duma *nova redacção*; mas tinha ficado ainda preso a ela pelo respectivo *enquadramento formal*, entre os títulos referentes às relações do Estado com a Igreja<sup>^</sup>). E só agora, com a reforma filipina, o legislador tomou consciência da necessidade de cortar esse «cordão umbelical», dado ao *título em causa* um *enquadramento formal* inteiramente diverso.

É discutível se o enquadramento dado pelo legislador filipino ao problema do direito subsidiário — ao fazer dele um puro pro-

<sup>(80)</sup> O texto é agora o título 64 do Livro III e conserva a mesma epígrafe que lhe foi dada pela primeira vez pelas *Ordenações Manuelinas de 1521* (cfr. *supra*, n.º 7 e nota 65): «Como se julgarão os casos, que não forem determinados per as Ordenações» (cfr. *Ordenações e leis do Reino de Portugal recopiladas per mandado delRei D. F Hippe D. Primeiro. Nona Edição, feita sobre a primeira de Coimbra de 178p, confrontada e expurgada pela original de 1605 (Coimbra, 1824), Livro III, pág. 191*). Dispensamo-nos de transcrever aqui o texto do título em causa, dada a sua literal coincidência (ressalvada a modernização da linguagem) com o texto manuelino (cfr. *supra*, notas 65, 69, 71, 77 e 78).

Õ título que o precede (III, 63) tem por encabeçamento «Que os Julgadores julguem per a verdade sabida, sem embargo do erro do processo» (*ob. cit.*, págs. 187 a 191); e os dois títulos imediatos tratam, respectivamente, «Das sentenças interlocutorias, e como podem ser revogadas» (III, 65) (*ob. cit.*, págs. 193 a 195) e «Das sentenças definitivas» (III, 66) (*ob. cit.*, págs. 195 a 200). Dada a epígrafe adoptada para o título que trata do direito subsidiário («Como se julgarão os casos, etc.»), não pode deixar de reconhecer-se que o legislador encontrou, pelo menos, uma razão de ordem lógica para o encaixar neste lugar, ao tratar dos problemas do julgamento no quadro do direito processual civil.

<sup>(81)</sup> V. *supra*, n.º 6 e nota 48 (quanto ao texto afonsino) e n.º 7 e nota 61 (quanto ao texto manuelino de 1513-1514).

<sup>(82)</sup> V. *supra*, n.º 8 e notas 66, 68 e 69.

<sup>(83)</sup> V. *supra*, n.º 8 e nota 64.

blema de *direito processual*, ligado ao julgamento das causas judiciais — teria sido o mais indicado e o mais feliz; mas o que importa registar é a preocupação que houve de romper com o seu enquadramento tradicional, que nada já justificava na mentalidade jurídica da época, e dar-lhe uma colocação, no texto das *Ordenações*, que exteriorizasse suficientemente a sua natureza de problema independente de qualquer conflito de jurisdições (84).

io. Importa ver agora brevemente qual foi, na prática, o comportamento dos nossos juristas perante este esquema de hierarquização das fontes subsidiárias a que as *Ordenações Manuelinas de 1521* deram forma definitiva e que, tendo transitado incólume para as *Filipinas*, se manteve em vigor entre nós durante quase 250 anos, até à famosa *Lei da Boa Kação*, de 18 de Agosto de 1769.

Apesar dos abusos que os tribunais frequentemente cometiam, aplicando por vezes o *direito romano* com menosprezo do *direito nacional* (85), pode dizer-se que, pelo menos em princípio, a prioridade dada pelas *Ordenações* às leis pátrias, costumes do Reino e estilos da Corte nunca foi posta em causa. Vários dos nossos praxistas exprimiam essa ideia dizendo que, em Portugal, o *direito comum* não era o *direito romano* mas o *direito nacional* (86); e alguns acrescentavam

(84) Sobre o tema deste n.º 9 (o direito subsidiário nas *Ordenações Filipinas*, v., antes de mais, os nossos praxistas (citados *infra*, n.º 10 e respectivas notas) e, de entre estes, particularmente, os comentadores das *Ordenações*: MANUEL BARBOSA, *demissiones doctorum de officiis publicis, iurisdictione, et ordine judiciario. In librum primum, secundum, et tertium Ordinationum Regiarum Lusitanorum, etc.* (Ulyssipone, 1620), págs. 416 a 423 (Ad *Ordinat. Regiam Lusitan. lib. 3. tit. 64.*); e MANUEL GONÇALVES DA SILVA, *cits. Commentaria ad Ordinationes Regni Portugallie, tomus secundus* (2.ª ed., Ulyssipone, 1742), págs. 282 a 291 (Ad *Ord. lib. 3. tit. 64.*). E também: JOZÉ ANASTASIO DE FIGUEIREDO, *ob. e loc. cit.*, pág. 311; COELHO DA ROCHA, *ob. e ed. cit.*, pág. 196; PAULO MERÊA, *Resumo das lições cit.*, págs. 147-148; do mesmo, *Direito romano, direito comum e boa razão, no loc. e págs. cit.*; BRAGA DA CRUZ, *ob. e loc. cit.*; ALMEIDA COSTA, *Romanismo e bartolismo, no loc. e pág. cit.*; do mesmo, *La présence d'Accurse, no loc. e pág. cit.*; do mesmo, *cit. artigo Ordenações, no loc. cit.*, pág. 268; NUNO ESPINOSA GOMES DA SILVA, *Bártolo na história do direito português, no loc. cit.*, págs. 200 a 202; do mesmo, *Lições cit.*, págs. 395-396; e MARTIM DE ALBUQUERQUE, *ob. e loc. cit.*

(85) V. os lugares e autores citados *supra*, nota 50.

(86) a) A afirmação é já corrente nos nossos praxistas do séc. XVI, designadamente em ANTONIO DA GAMA, ALVARO VAZ (VALASCO) e JORGE DE CABEDO,

expressamente que o *direito romano* não era «coactivo», mas apenas

que ainda escreveram, portanto, no período de vigência das *Ordenações Manuelinas*.

ANTONIO DA GAMA, por exemplo, procurando rebater certa opinião baseada no «*ius commune*», afirma peremptoriamente: «... mihi eodem fundamento, *contrarium videtur, nam ius nostrum Regium ius comme est*» (cfr. *Decisiones Supremi Senatus invictissimi "Lusitaniae Regis, Lisboa, 1578, decisio L, n.º 5, a fi. 73 v.º*); e repete afirmações semelhantes, na *dec. III, n.º 6*; na *dec. CCCXIII, n.º 6* («*quod si princeps cōmittat causam decidenda secundū ius comme, intelligitur secundū ius regni*»); e na *dec. CCCXLVIII, n.º 6* («*quia lex regni nō statutū est, sed ius comme cū lata sit à Rege non recognoscente superiorem*») (respectivamente, a *fi. 13 v.º, 359 v.º e 403 v.º da ed. citada, que é a i.ª*).

ALVARO VAZ (VALASCO), por seu turno, afirma: «*Ius Regium ordinationum censetur ius commune apud nos*» (cfr. *Decisionum, consultationum ac rerum iudicarum in regno Lusitania libri duo, tomo II, cons. CIII, n.º 8. Na edição de Francfort, de 1608, págs. i e 3*). É de notar que a i.ª edição desta obra foi publicada em Lisboa, em 1588 (tomo I) e em 1601 (tomo II, póstumo, por iniciativa de seu filho FRANCISCO VAZ DE GOUVEIA), ainda na vigência, portanto, das *Ordenações Manuelinas*, a cujas disposições sempre se reporta (v. *Bibliotheca Lusitana, tomo I, pág. 117*).

Também JORGE DE CABEDO — que deve considerar-se um escritor do século XVI, apesar de a i.ª ed. da sua obra ter saído a lume só em 1602 (a primeira parte) e em 1604 (a segunda parte) — é bem expressivo no mesmo sentido e por mais que uma vez. V. *Practicarum obseruationum sive decisionum Supremi Senatus Regni Lusitania Pars prima, dec. III, n.º 7; dec. C, n.º 14; e dec. CCXI n.º i* (na 2.ª ed., *Offenbachii Ysenburg, 1610, a págs. 6, 109 e 196, respectivamente*). É particularmente significativo o segundo dos passos citados (*dec. C, n.º 14*): «*Ad illud autem, quod dicitur, legem hanc esse correctoriam iuris communis, id concedimus, sed non est correctoria alicuius ordinationis, nec legis regia : Ha autem nobis sunt ius communen*».

E a estes três autores há que juntar o comentador anónimo das *Ordenações Manuelinas* (LUÍS CORREIA?), quando afirma: «*...quoad regna particularia appellatione Juris communis intelligitur de iure stylo seu consuetudine illius Regni, quae ius commune dicuntur*» (cfr. NUNO ESPINOSA, *O direito subsidiário etc., na ob. cit., págs. 281-282*).

b) No século XVII, são numerosos os autores que repetem a mesma afirmação. V. designadamente (e por ordem cronológica): FRANCISCO DE CALDAS PEREYRA (E CASTRO), *Tractatus de emptione, et venditione (Conimbricæ, 1617), caput I, n.º 8 (pág. 7)*; GABRIEL PEREIRA DE CASTRO, *Decisiones Supremi Lminentissimeque Senatus Portugallia ex gravissimorum patrum responsis collecta (Ulyssipone, 1621), dec. II, n.º 3 (pág. 12) e dec. LXVII, n.º 3 (pág. 345)*; IGNACIO PEREIRA (DE SOUSA), *Tractatus de revisionibus [...] ad Ord. Lusit., lib. III. tit. pj ([Lisboa], 1672), caput XXXVI, n.º 20 (pág. 206) e cap. LXXXVI, n.º 23 (págs. 403-404)*; DOMINGOS ANTUNEZ PORTUGAL, *Tractatus de donationibus jurium et bonorum Regia Corona (cuja i.ª ed. saiu em Lisboa, o tomo I em 1673 e o 2.º em 1675), Mer II, caput X,*

«subsidiário» e que as leis pátrias não eram «correctivas», nem tão pouco «odiosas» (87).

n.º 34 (na 2.<sup>a</sup> ed., Lugduni, tomo I, 1688, pág. 177), lib. III, cap. VIII, n.º 90, in fine (na cit. ed., tomo II, pág. 48) e lib. III, cap. XV, n.º 13 (ibidem, pág. no); e ANTONIO MENDES AROUCA, *Ælegationes iuris in quibus quamplurimce valde utiles,*

*necessaria quæstiones in Lusitania Tribunalibus disceptata proponuntur (opus posthumum)* (Ulyssipone, 1690), *allegatio* LIX, n.º 9 (pág. 182).

Ainda relativamente ao século XVII, mais interessante do que qualquer destes textos — que quase apenas se limitam a repetir a afirmação de que «nostra lex Regia nostrum ius commune constituit» — é o de um autor estrangeiro {ARTHUR DUCK}, que publicou em 1654 um curioso livrinho sobre o uso e autoridade do direito romano nos domínios dos príncipes cristãos e que se refere a Portugal nestes termos : «Et Ius Regium Lusitaniae ita accommodandum est ad Ius Caesareum, ut Casus in eodem Jure expressi, patiantur omnes Interpretationes & extensiones, quas Ius Romanum admittit. XII. Quamvis autem Iuriconsulti Lusitaniae frequentius tradant, pro Majestate Principis sui tuendâ, Ius Regium esse Ius Comune in Lusitania; & Jus Caesareum non habere vim Imperii sed Rationis solum; & poenas Iure Regio impositas tollere poenas Iuris Caesarei; & in Lusitania Causas esse Iure Regio, non Iure Romano decidendas». Cfr. *De usu et authoritate iuris civilis romanorum in dominiis Principum Christianorum, libri duo. Authore ARTHURO DUCK, LL.D (Lugd. Batav., 1654), lib. II, caput VII, n.ºs XI-XII (págs. 313-314).*

c) Os autores da primeira metade do século XVIII continuam a afirmar, na esteira dos seus antecessores dos sécs. XVI e XVII, a primazia do direito nacional como «direito comum». V. designadamente : SILVESTRE GOMES DE MORAES, *Tractatus de executionibus instrumentorum, <0\* sententiarum in sex libros divisus* ( Ulyssipone, 1706), lib. I, cap. II, n.º 7 (tomo I, pág. 14); JOÃO RODRIGUEZ CORDEYRO, *Dubitaciones in foro frequentes, more juridico disputatas, et secundum jus nostrum resolutas* {Conimbricæ, 1713}, *dubitatio* XI, n.º 61 (pág. 69); e, finalmente, MANUEL GONÇALVES DA SYLVA, que em 1732, no seu *Comentário às Ordenações (continuação do Comentário de MANUEL ALVARES PEGAS)*, mais uma vez afirma: «Sunt enim leges Regni nostrum jus commune peculiare» (cfr. cit. *Commentaria ad Ordinationes Regni Portugallia*, tomo II, ad. Ord. lib. 3. titul. 64. ad princip., n.º 2; na ed. cit., pág. 283, i.<sup>a</sup> coi.). Os sublinhados das transcrições feitas são nossos.

V., sobre o assunto, PAULO MERÊA, *Direito romano, direito comum e boa razão*, no cit. vol. do *Boletim da Faculdade de Direito*, pág. 541 (texto e nota 2); MARTIM DE ALBUQUERQUE, *ob. e loc. cit.*, págs. 334-335 (nota 90); e NUNO ESPINOSA, *O direito subsidiário etc.*, na *ob. cit.*, pág. 262.

(87) V. por exemplo, VALASCO, *ob. e ed. cit.*, pág. 43, i.<sup>a</sup> coluna (= cons. 117, n.º 24): «... nec in ijs, quae disponuntur legibus Regijs, debemus attendere esse correctorias iuris communis quia ius commune quoad nos, est subsidiarium in non dispositis a legibus Regni, dicitur in lib. 2 titul. 5 (= das Ordenações Manuelinas). & non est obligatarium ( sic) nec coactium, ut per hoc dicamus, leges nostras esse correctorias & odiosas, & non fauorabiliter intelligendas».

No mesmo sentido, SYLVA, *ob. cit.*, Ad. Ord. lib. 3. titul. 64. ad princip. n.º 5 : «... quia cum nostræ leges Regiæ sint nostrum ius commune, non bene dicuntur

Nesta defesa da *prioridade do direito nacional*, há mesmo quem tenha ido mais longe, defendendo o ponto de vista — que mais tarde a *'Lei da Boa Razão* indirectamente consagraria, sob a forma duma regra de hermenêutica <sup>(88)</sup> — de que as lacunas das leis do Reino devem, antes de mais nada, preencher-se com o que estiver disposto noutras leis nacionais <sup>(89)</sup>, só sendo lícito lançar mão do direito romano depois de esgotado esse recurso <sup>(90)</sup>.

*cor rector ice juris communis, quia jus commune Romanorum quoad non ( sic) est subsidiarium in non dispositis a nostris legibus Regiis, & non est obligatorium, nec coactivum, ut per hoc dicamus, leges nostras esse correctorias, & odiosas, & non favorabiliter intelligendas»* (cfr. *vol. e ed. cit.*, págs. 283).

V. ainda, com afirmações sensivelmente idênticas : CALDAS PEREYRA, *ob. cit.*, caput I, n.º 5 (na *ed. cit.*, pág. 6); SILVESTRE GOMES DE MORAES, *ob.*, tomo e *loc. cit.*. («... ex quo vero nostrae leges Regiae jus commune sunt, constat non esse correctorias, & odiosas, imo ut jus commune latissimam a se ipsis assumere interpretationem»), e JOÃO RODRIGUES CORDEYRO, *ob. e loc. cit.* Os sublinhados dos textos transcritos são nossos.

V. igualmente MERÊA, *ob. e loc. cit.*, pág. 541 (texto e nota 3).

Repare-se que, apesar da repetida afirmação dos nossos praxistas de que a *direito comum*, em Portugal, não é o *direito romano*, mas o *direito nacional* (v. os numerosos exemplos da nota anterior), tanto as nossas leis como aqueles mesmos autores estão constantemente a empregar também — e, por vezes, dentro até do mesmo texto — a expressão *ius commune* no sentido de *direito romano*. Assim sucede, por exemplo no passo de VALASCO transcrito no começo desta nota e no passo de SYLVA, transcrito logo a seguir. Outro tanto se dá com CALDAS\* PEREYRA, no passo citado na nota anterior, e com VALASCO, na cons. CIII, também citada na mesma nota: — Depois de epigrafar o n.º 8 dessa consulta com as palavras que indicámos («*ius Regium ordinationum, censetur ius commune apud nos*»)- dá ao n.º 9, logo a seguir, esta contrastante epígrafe: «*Casus omissus manet sub dispositione iuris commis*» (no sentido de *direito romano*). Os exemplos poderiam multiplicar-se.

<sup>(88)</sup> É o que se dispõe no § ii.º dessa lei. Vide *infra*, nota 135.

<sup>(89)</sup> Pelo menos para alguns autores, a afirmação de que o *ius commune*, em Portugal, é o *direito nacional* (v. *supra*, nota 86) quer dizer justamente isso: que o *direito nacional*, no seu conjunto, funciona como elemento integrador das lacunas de cada uma das nossas leis. Repare-se que SYLVA, apesar da falta de rigor terminológico com que se exprime, não deixa de falar, em certo passo, do «*nostrum jus commune peculiare*» (constituído pelas «*leges Regni*») (*supra*, nota 86) e, num outro passo, do «*ius commune Romanorum*» (*supra*, nota 87).

<sup>(90)</sup> Que saibamos, foi IGNACIO PEREIRA (DE SOUSA), em 1672, o primeira autor a sustentar, de maneira expressa, a prioridade da integração das lacunas da lei através do disposto noutras leis do Reino, no seu já citado *Tractatus de revisionibus*: «*Cum enim Ordinatio nostra nobis jus commune sit [...] casus in aliqua Ordinatione omissus manebit in dispositione alterius Ordinationis, cui*

No que respeita propriamente à aplicação das fontes subsidiárias indicadas pelas *Ordenações*, os pontos susceptíveis de levantar dúvidas mais sérias eram o dos *limites da aplicação do direito romano* e o do *critério de fixação da «<opinio communis>»*:

a) Quanto ao primeiro ponto, como as *Ordenações*, ao referir-se às *leis imperiais*, as mandavam «sómente guardar pola boa razão, em que são fundadas» <sup>(91)</sup>, não faltou quem tirasse a ilação de que os tribunais se deviam recusar a aplicar aqueles preceitos do direito romano que porventura se verificasse não serem fundados na *boa razão* <sup>(92)</sup>; e há mesmo quem tenha procurado estabelecer ligação

adaptari valeat» (cfr. *caput XXXVI*, n.<sup>os</sup> 20 e 21, na 1.<sup>a</sup> loc. cit.); e, quase nos mesmos termos, mais adiante: «Cum igitur Ordinatio nostra nostrum jus commune sit, [...] ad resolutionem alicujus casus omissi in Ordinatione nostra, recurrendum erit ad eandem Ordinationem, de similibus disponentem» (cfr. *caput LXXXVI*, n.<sup>os</sup> 23 e 24, na ed. e loc. cit.).

A mesma opinião será sustentada mais tarde — invocando, aliás, a autoridade de IGNACIO PEREIRA — por MANUEL GONÇALVES DA SYLVA (*ob. cit.*, ad Ord. lib. 3. titul. 64. ad princip., n.<sup>o</sup> 3): «Et ideo casus omissus in aliqua Ordinatione manet in dispositione alterius Ordinationis, cui adaptari valeat» (cfr. tomo e ed. cit., pág. 283, i.<sup>a</sup> coi.).

V. CORREI A TELLES, *Commentario critico á lei da boa razão*, (2.<sup>a</sup> ed., cit.) pág. 31 ; MERÊA, *ob. e loc. cit.*, pág. 543, nota 1; e MARTIM DE ALBUQUERQUE, *ob. e loc. cit.*, págs. 335-336.

<sup>(91)</sup> Cfr. *supra*, n.<sup>o</sup> 8 e nota 69, pelo que respeita ao texto manuelino de 1521, que pela primeira vez assim dispos; e ed. cit. das *Ordenações Filipinas*, pág. 192.

<sup>(92)</sup> O primeiro autor a tomar posição nesse sentido julga-se que tenha sido MANUEL DA COSTA, em 1551, num passo para que PAULO MERÊA chamou a atenção (*ob. e loc. cit.*, pág. 542, texto e nota 1): — Com base no texto manuelino de 1521, ao tempo em vigor, defendeu o mestre legista conimbricense que não devia ser de aplicar entre nós, por não ser fundada em justa razão, a norma do *Authenticum, De nupti.*, § *Quae vero, Colla. III* (= *Novell. XXII, 43*), segundo a qual o legado feito pelo marido à mulher sob a condição de não passar a segundas núpcias só poderia ser por ela exigido — e mediante caução de não contrair novo matrimónio — passado um ano sobre a morte do testador. Entende o «doctor subtilis» que a exigência deste prazo não tem qualquer fundamento racional («equidem non perspicio iustam rationem, qua Iustinianus moueri potuerit») e que, por isso, não se justifica entre nós («fortiter aduersus omnes defenderem, non esse hodie seruandam talem anni dilationem»), porque as leis dos imperadores não têm que ser observadas nos estados peninsulares «nisi quatenus ratione nituntur» (cfr. *ob. e ed. cit.*, págs. 125 e 126).

Depois de MANUEL DA COSTA, parece ter sido DOMINGOS ANTUNEZ PORTUGAL, já em plena vigência das *Ordenações Filipinas* (1673), quem veio levantar novamente

entre essa frase das *Ordenações* e certos tópicos muito divulgados da escolástica medieval e moderna sobre o primado da *razão natural* («*naturalis ratio potest pro iure allegari*», «*naturalis ratio pro lege habetur*», «*quærere legem ubi adest naturalis sensus infirmitas est intellectus*»), para concluir que a *razão natural* ou *boa razão* é ela mesma também, entre nós, uma *fonte subsidiária de direito*, quer em substituição do *direito romano* que se mostre em desacordo com ela, quer como elemento integrador das lacunas do próprio *direito romano* (93).

o problema, não já apenas a propósito dum caso concreto, como aquele, mas em tese geral, sustentando que, se as leis romanas se devem aplicar somente pela boa razão em que são fundadas, não devem ser aplicadas se não tiverem esse fundamento: «*Nec oberit, si dicatur eandem Ordinationem d. tit. 64. disponere, quod in defectum legis Regiæ judicetur secundum jus commune Imperatorum: Hoc enim non ita absolute disponitur, sed observari jubentur leges juris communis propter rationem naturalem, in qua fundantur, ut supra tetigimus, non tamquam leges. Unde deficiente ratione naturali non erit judicandum secundum prescriptas leges*» (cfr. *Tractatus de donationibus cit.*, lib. III, cap. XXXIX, n.º 41; ed. cit., pág. 330).

Por último, já no século XVIII (1732), MANUEL GONÇALVES DA SYLVA, em comentário ao texto respectivo das *Ordenações Filipinas*, dirá textualmente: «*Ex quo vides, quod textus noster non jubet observare leges Imperiales tamquam obligatorias in hoc Regno, sed propter earum naturalem rationem, in qua fundantur, ut advertunt prae-fati Doctores; naturalis enim ratio pro lege habetur, & vim legis habet, / Scire oportet §. Sufficit ff de Excusat, tutor. Caldas dict. cap. I. ». 7. Portugal dict. cap. 15. ». 13. August. Barbos, axiom. 136. n. 13. Mendes in Prax. p. I. lib. 3. cap. 15. n. 3. in fine, qui addunt, quod intellectus morbo laborat qui, existente ratione naturali, legem quaerit.*

«*Unde deficiente ratione naturali non erit judicandum secundum praedictas leges Imperiales, ut ex doctrina Solor<sup>an</sup>. de Jur. Indiar. tom. 2. lib. 2. cap. 2. n. 41. tenet Portugal dicto cap. 39. n. 41*» (cfr. ob. cit., Ad Ord. lib. 3. titul. 64 ad princip., n.ºs 49 e 50; na ed. cit., pág. 288, 2.ª coi.).

Noutro passo do mesmo Comentário (n.º 52), diz ainda SYLVA: «*Quare dicendum venit, quod sententia lata contra dispositionem legum Imperialium, ubi nostrae leges Regiae, & consuetudines deficiunt, est nulla, nisi in dictis legibus Imperialibus deficiat ratio naturalis...*» (cfr. ob., vol. e ed. cit., pág. 289, i.ª coi.). Os sublinhados das citações são originais. Os restantes são nossos.

Sobre o assunto, além de PAULO MERÊA (ob. e loc. cit.), ver CORREIA TELLES, ob. e ed. cit., pág. 30; MARTIM DE ALBUQUERQUE, ob. e loc. cit., pág. 338; e NUNO ESPINOSA, *Lições cit.*, pág. 387.

(93) NUNO ESPINOSA GOMES DA SILVA, na análise que faz de O direito subsidiário num Comentário às *Ordenações Manuelinas* atribuído a Luís Correia (na ob. cit., pág. 272), diz que nesse Comentário «não faltava, igualmente a referência a um outro repetido tópico do racionalismo humanista — o de que «*quærere legem ubi est*

A generalidade dos autores, porém, não toca neste problema,

*uratio naturalis est infirmitas intellectus*» (o sublinhado é nosso). Cremos, no entanto, que não tem razão, quando assim qualifica este tópico, na esteira, aliás, do que já defendera no seu cit. *Humanismo e direito* (pág. 61, texto e nota 30, c págs. 324-325) e nas suas cits. *Lições* (págs. 387 a 390).

Invoca NUNO ESPINOSA em seu abono, transcrevendo-o em nota (nota 40), um passo duma obra (inédita) de DIOGO DE SÁ — escritor português de meados do século XVI — que JOSÉ SEBASTIÃO DA SILVA DIAS desenterrou do esquecimento (in *Correntes do sentimento religioso em Portugal. Séculos XVI e XVII. Tomo I, Coimbra, 1960, págs. 242-243*) e que ele próprio, depois, utilizou amplamente na sua dissertação de doutoramento (*Humanismo e direito cit., págs. 312 a 321*): «o *Tractado dos Estados Ecclesiasticos e Seculares. Em que por muy breve e claro stillo se mostra como em cada hũ deli es se pode o Christão sabvar. A.uthor Diogo de Saa. Nelle se impugnaõ muitas heresias que multos hereges teverão em cada hum dos estados* (Manuscrito da biblioteca Nacional de Lisboa, F. G. 2725). Aí se lê (pág. 233) que «a rezão natural asi se ha dallegar e por ella se ha de julgar como pia lei. Porque o bom-dito e cheio de rezão dizem Iassão e Andre de Iernia, que asi deue mouer o Juiz pera julgar por elle, como a mesma lei. Porque lei he tudo o que em rezão vconsiste. Donde disse Angelo de perusio allegando a Aristoteles, que buscar lei onde naturalmente sentimos, não he outra cousa que enfermidade dentendimento. Pio que Baldo e outros Iuristas affirmão que os Franceses não allegão leis, mas guardão em todo a rezão da lei: não porque a lei o diga, nem porque o Emperador nem o Rey asi o statuisse, mas por a rezão o quer» (cfr. loc. cit. Este mesmo passo fora já transcrito pelo autor no seu cit. *Humanismo e direito*, pág. 316, e nas suas cits. *Lições*, págs. 387-388).

Não nos custa a aceitar que na obra de DIOGO DE SÁ, encarada no seu conjunto, possa haver alguma influência do *racionalismo humanista*; mas não nos parece lícito dar esse rótulo a frases do tipo «a rezão natural asi se ha dallegar e por ella se ha de julgar como pia lei», «lei he tudo o que em rezão consiste» e «buscar lei onde naturalmente sentimos, não he outra cousa que enfermidade dentendimento», pois trata-se de tópicos do mais puro cerne escolástico-jurídico, elaborados pelos comentadores a partir do séc. XIV e repetidos rotineiramente por grande número de tratadistas do *direito comum* até ao séc. XVIII, sem qualquer transcendência ou alinhamento filosófico, mas antes como expressão desta simples *filosofia do senso comum* de que há, por vezes, para os problemas jurídicos, soluções de si tão evidentes, tão impostas pela *razão natural* e pelo *bom senso* (textos há que falam mesmo de *naturalis sensus*, em vez de *naturalis ratio*), que não precisam de ser impostas por lei para que o juiz tenha de aplicá-las; e que chega a ser, inclusivamente, falta de *senso* querer encontrar lei que as justifique. E o ponto de partida desta construção — e texto, depois, sempre alegado em seu abono — foi o § *Sufficit da lei Scire oportet* do título *De excusatione tutorum* do Digesto (=D. 27, 1, 15, 5, nas edições escolásticas; e D. 27. 1. 13. 6 e 7 da edição crítica de MOMMSEN), onde se dizia: «Sufficit autē intra constitutū tempus excusare se solū. Si enim postea noles desierit, nō ei nocebit. [...] Si enim quis propter aegritudinem, vel aliam necessitatem: puta maris, vel hyemis, vel incursus latronum, aut aliam

mesmo quando cita rotineiramente aqueles tópicos escolásticos sobre

**quam similem, constituto tempore non poterit venire ignoscendū ei est cuius fidē tametsi sufficit firmare ex ipsa naturali iustitia»** (cfr. *Infortiatum seu Pandectarum Iuris Civilis tomus secundus, Lugduni, 1585, cois. 240-241*)

**Vejamos :**

**I** — Logo apontam para urna remota procedência escolástica destes tópicos as citações que DIOGO DE SÁ faz, em seu abono, dos nomes de JASÃO DE MAYNO (1435-1519), de ANDRÉ DE ISÉRNIA (f 1353?) e de ÂNGELO DE PERÚSIA (1328?-1407 ?). Mas o próprio BALDO (1327-1400) não lhes fica atrás, pois que, ao comentar o referido texto do *Infortiatum*, diz expressamente: «*In tex. naturali. No. ex hoc tex. quod sufficit naturalem ratione, licet quis non alleget lege, ...*». Cfr. BALDI UBALDI, I. C. Clariss. *Commentaria in primam secundam Infortiati partes* (Lugduni, 1585), Ad lib. xxvij. Digest. Tit. De excusatione tutorum, § Sufficit, n.º 4 (= pág. 32, 2.ª coi.).

Concretamente quanto ao tópico «buscar lei onde naturalmente sentimos,, não he outra cousa que enfermidade de entendimento» (ou, na sua mais generalizada versão latina, «querere legem ubi adest naturalis ratio [ou «naturalis sensus»] infirmitas est intellectus»), parece ter sido, de facto, o irmão de BALDO,, ANGELO DEGLI UBALDI (OU ÂNGELO DE PERÚSIA), em pleno século XIV — quase dois séculos antes da difusão, no campo do direito, do «racionalismo humanista»—, o primeiro a formulá-lo, invocando ARISTOTELES (em cuja obra, na entanto, em vão procurámos achá-lo) : «*Exemplum in scholari audiente lectionem quae reportauit & recordatur de substantia lectionis audite tamen nescit referre formam verborum doctoris ut hec omnia patent ad sensum. vnde querere aliam legem vel rōnem secundum phylosophum nihil est aliud quā infirmitas intellectus*». Cfr. *Consilia seu responsa eximii ac nommatissimi legum professoris domini ANGELI DE VBALDIS PERUSINI* (Lugduni, 1539), consilium CCLXXV, n.º 8 (= fi. 115)-

Daí em diante, invocando quase sempre a autoridade de ANDRÉ DE ISÉRNIA<sup>^</sup> de JASÃO DE MAYNO e de ÂNGELO DE PERÚSIA e citando o § *Sufficit* do Digesto, a repetição dos tópicos em causa passa a ser quase um lugar-comum nas grandes obras dos comentadores de projecção europeia. Sirva de exemplo a obra de MARCO ANTÓNIO NATTA (jurisconsulto italiano de meados do séc. XVI), onde se lê, em certo passo: «... quibus addo And. de Iser. in prooemio feu. columna pen. vbi inquit, quod rationabile dictū non minus mouere debet iudicem, quam lex. & dicit Anto. de Butt, in c.iiij. de præb. quod naturalis ratio potest pro iure allegari...». Cfr. *Consilia, sive responsa clarissimi, et celeberrimi Iuris consulti D. M. ANTONII NATTÆ ASTENSIS* (Lugduni, 1566), consilium CXXIX, n.º 2 (= pág. 267).- E, noutro passo: «*Mouet animum etiam vehementer ratio naturalis, quæ sufficere debet. 1. scire oportet. § sufficit, ff. de excusatio, tuto, nam querere legem & auctoritatem ubi adest naturalis sensus, infirmitas est intellectus: secundum Aristotelem,, quem Ange, refert consilio 275. Thema super quo consilium, circa finem*». Cfr. *Consiliorum ac responsorum D. M. ANTONII NATTÆ ASTENSIS Iurisconsulti admodum perspicui, ac excelentissimi tomus secundus* (Lugduni, 1566), consilium CCCCLII<sup>^</sup> n.º 32 (= pág. 310, 1.ª coi.).

•o primado da *ração natural*—quase só no sentido de que o *bom*

II — O que é extremamente curioso registar é como estes tópicos escolásticos, à força de serem rotineiramente repetidos pelos autores, vão abrir caminho, nas obfas mais tardias — e por influência, sem dúvida, do jusnaturalismo neotomista dos sécs. XVI e XVII—, à ideia de que, podendo a *ração natural* «pro lege allegari» e devendo «iudicem mouere non minus quam lex ipsa», a eia se deve sempre recorrer como *elemento integrador das lacunas da lei*; e que, sendo supérfluo «querere legem positivam» «ubi rationem naturalem habemus», a fortiori se deve recorrer à *ração natural* como primeiro elemento de interpretação da lei positiva.

Para não nos alongarmos em citações, daremos apenas dois exemplos paradigmáticos: o tratado *De alimentis*, do quinhentista JOÃO PEDRO SURDUS, a propósito da *ração natural* como elemento integrador das lacunas da lei; e o tratado *De commerciis et cambio*, de SEGIMUNDO SCACCIA (cuja i.<sup>a</sup> ed. é de 1618), a propósito da *ração natural* como elemento de interpretação da lei positiva.

a) JOÃO PEDRO SURDUS aborda o problema por três vezes, em lugares <listintos da sua obra, e relacionando sempre o seu tema — o recurso à *ração natural* para integrar as lacunas do direito positivo — com os velhos e repetidos tópicos escolásticos a que nos temos vindo a referir: «... & non obstat, quod lex deficit, quia respondeo, quod non deficit ratio naturalis, quae potest pro lege allegari, secundum But. in c. 3 de preeben. & quae iudicem mouere debet, non minus, quam lex ipsa, jft inquit Isem, in procem. feud. colum, pen. & querere legem, vbi habemus rationem naturalem, est infirmitas intellectus, vt inquit Aristot. relatus ab Ange, in cons. 275. Arca fi. Natta in consilio 402. num. 32.». DOMINI JO. PETRI SURDI, CASALENSIS iurisc. celeberr. senatorisque praclarissimi, *Tractatus de alimentis, nouem partibus seu titulis distinctus*. Editio postrema, resectis innumeris mendis (Genevae, 1645), rit. I, quaest. XXVIII, n.<sup>os</sup> 6 a 9 (pág. 43, 2.<sup>a</sup> coi.).

Noutro passo: «Attenta autem hac opinione, quae est communis, non obstat, quod id non reperitur iure cautum, quia etsi deficiat lex, non tamen deficit ratio naturalis, quae non debet minus mouere quam lex vt inquit Isem. in. proam. feud. colum, pen. quem citat Natta in cons. 12?. num. 2. Et adscribitur imbecillitati intellectus, querere legem, vbi habemus rationem naturalem, Angel, cons. Si7. colu. 3. post Aristotelem, quem citat.». Cfr. *ibidem*, tit. I, quaest. XLIV, n.<sup>os</sup> 11 a 13 (pág. 87, 2.<sup>a</sup> coi.).

E noutro passo ainda: «Et subdit Iason loco praecitato, quod vbi omnis lex deficeret, debet ratio naturalis sufficere, quae potest allegari ad decisionem causarum secundum Bal. in l. scire oportet (sic), § sufficit, de excus. tuto. Et est imbecillitas intellectus legem querere, quando habemus naturalem rationem, vt per Aristot. u licebat Ang. in cons. 317. coi. 3. Addit etiam Iason, quod rationale dictum mouere debet iudicem, sicut lex, secundum Isem. ...». Cfr. *ibidem*, tit. I, quaest. XLV, n.<sup>os</sup> 56 a 58 (pág. 99, i.<sup>a</sup> coi.).

b) SEGIMUNDO SCACCIA, por seu turno (o advogado-filósofo romano de começos do séc. XVII), aproveita por duas vezes os mesmos tópicos escolásticos para alçapremar a *ração natural* à categoria de supremo critério de interpretação das leis: «Confirmatur primo, quia omnis lex constat ex ratione, cap. j. consuetudo. Aist. I. et ex ratione naturali, c. 2. erit, et ibi Gl. in verbo naturam. dist. 4. Ergo

**sensu** tem primazia sobre a própria lei —, admitindo assim, impli-

**omnis lex profluit a natura, et sic a lege naturæ. Confirmatur secundo (et tendit ad idem) quia vbi cd tingat dubitari de intellectu alicuius legis, recurrendum est ad rationem naturalem, imo vbi eam habemus, superfluum est quærere legem posituam, vt secutus sum infra §. 7. gl. 2. nu. 3/». Cfr. SEGISMUNDI SCACCLÆ *iuriscons. romani. Tractatus de commerciis, et cambio* (Venetiis, 1650), §. 1. Quæstio VII. Pars. 2<sup>^</sup> Ampliatio. 19., n.º 15 (pág. 263, 2.<sup>a</sup> coi.).**

**E, no passo para que aqui remete, acrescenta: «Confirmatur secundo, qui» vbi dubitatur de intellectu legis, recurrendum est ad rationem naturalem, vt sequitur Rebuff in d. I. vnica, not. 11. nu. 6. vers. & quando. C. de sent, qua pro eo, <&c. imo\* sicut quærere rationem, vbi habemus sensum, est infirmitas intellectus, vt ex Auerroe sequitur Bal. cons. 360 quia quastio ista. nu. 3. I. 3. & ex eo Rebuff d. not. II num. 4. vers. & quærere. ita etiam vbi habemus rationem naturalem superfluum videtur quærere legem posituam, quia lex positua debet muniti ratione-naturali', Rebuff. dict. not. II. n. 1. & bene ad hoc text. in c. 5. consuetudo, dist. I.»- Cfr. *ibidem*, §. 7. Gloss. 2, n.º 35 (pág. 459, i.<sup>a</sup> coi.).**

III — Não tem que causar surpresa, perante esta enorme divulgação, nas obras dos escritores estrangeiros, dos tópicos escolásticos acerca da *ra'ão natural* que temos vindo a referir, que também os nossos praxistas pisem e repisem os mesmos tópicos: «*naturalis ratio pro lege habetur*»; «*lex est omne quod ratione consistit*»; «*dici non potest, quod ille loquitur sine lege, qui allegat rationem*»; «*naturalis ratio allegari potest pro lege*»; «*intellectus morbo laborat, qui, existente ratione naturali, legem quærit expressam*»; etc. Tudo, sempre no simplesentido de que há *soluções para os problemas jurídicos que se impõem por si próprias* — exigidas pela *ra'fio natural*, quase no mero sentido de *bom senso* —, sem ser necessário procurar lei alguma que as justifique.

Invocaremos, a título de exemplo, e por ordem cronológica, os seguintes autores, de que nos dispensamos de fazer transcrições: *Comentário anónimo às Ordenações Manuelinas, atribuído a Luís CORREIA A, in NUNO ESPINOSA GOMES DA SILVA, O direito subsidiário cit., pág. 289*; FRANCISCO DE CALDAS PEREYRA (E CASTRO), *Tractatus de emptione et venditione cit., caput I, n.º 7 (na ed. cit., pág. 7)*<sup>^</sup> MANUEL MENDES DE CASTRO, *Practica Lusitana, advocatis, iudicibus, vtroque foro quotidie versantibus, admodum vtilis & necessaria. In quinque libros divisa (Olysi- pone, 1619), lib. 3, cap. 15, n.º 3, in fine (= pág. 142)*; AGOSTINHO BARBOSA., *Tractatus Varii: Quorum — I De axiomatibus Juris usufrequentioribus (cuja i.<sup>a</sup> ed. é de Lião, com data de 1631), axiom. 136, n.º 13 (na 5.ª ed., Lugduni, 1718., pág. 84)*; DOMINGOS ANTUNEZ PORTUGAL, *Tractatus de donationibus cit., vol. II, lib. III, caput XV (na ed. cit., pág. no)*; e MANUEL GONÇALVES DA SYLVA, *Comentaria ad Ordinationes cits., Ad Ord. lib. 3. titul. 64. ad princip., n.º 49 (na ed. e vol. cits., pág. 288, 2.<sup>a</sup> col.)*. Este passo de SYLVA é o primeiro dos três textos que da sua obra transcrevemos *supra*, nota 92.

IV — De todos estes escritores portugueses, porém, apenas o *Comentador anónimo das Ordenações Manuelinas (Luís CORREIA?)* e MANUEL GONÇALVES DA SYLVA.

citamente, a aplicação dos preceitos do direito romano, a título

ultrapassaram os limites do *lugar-comum* na invocação daqueles diversos tópicos escolásticos sobre a *rasgão natural*, procurando tirar deles ilações para o problema da *integração das lacunas da lei* e para a determinação do justo lugar da *ração natural* no quadro das fontes subsidiárias de direito:

a) O primeiro (Luís CORREIA?) fá-lo de maneira directa, num texto que já transcrevemos *supra*, nota 69 (*in fine*), e que tem a curiosa particularidade de invocar, em abono do valor da *ração natural* como fonte de direito, além do § *Sufficit* — como a generalidade dos autores —, também um passo das *Ordenações Manuêlinas* (liv.<sup>o</sup> II, tít. 26, pr.), onde se diz: «Segundo natural razão, como entre as pessoas de grande estado, e dignidade, e as outras se deue fazer deferença, assi, em as doações e priuilegios que polos Reys sam concedidos aas taees pessoas, se costumou poer maiores e mais excelentes clausulas, e de moor prerrogatiua, por se mostrar a maior afeçam, e amor que aas ditas pessoas tem; ...» (cfr. cit. ed. de Coimbra, de 1797, pág. 107).

Luís CORREIA (?), que sabemos, é o unico autor que invoca este texto; e é o único autor que afirma, de maneira expressa, que, sendo a justificação do recurso ao direito romano como fonte subsidiária, segundo as Ordenações, a sua presunível concordância com a boa razão, «a fortiorfe deficiente lege scripta stylo, vel consuetudine recurrendum est ad rationem naturalem». E é em reforço dessa tese que invoca os velhos e repetidos tópicos «ubi [...] deficit lex scripta sufficit allegare naturalem rationem», «ratio naturalis quasi lex quaedam tacita» e «quaerere legem ubi est ratio naturalis, est infirmitas intellectus» («quod etiam confirmatur ex sententia Aristotelis et aliorum plurimorum dicentium») (cfr. a transcrição completa do texto em NUNO ESPINOSA, *O direito subsidiário cit.*, na ob. cit., pág. 289).

b) Diversamente, o segundo autor citado (MANUEL GONÇALVES DA SYLVA) é menos explícito, mas exprime-se, mesmo assim, em termos reveladores de que, segundo o seu pensamento, a *rasgão natural* é também, ela própria, uma fonte subsidiária de direito, na medida em que substitui as «leis imperiais» que não se mostram concordes com ela. E é em reforço desse ponto de vista que reproduz os habituais tópicos escolásticos (em pleno século XVIII) sobre o valor da *ração natural* e seu primado sobre a lei positiva. V. o texto em causa *supra*, no cit. loc. da nota 92.

c) Um autor e outro, porém — tanto Luís CORREIA (?) como GONÇALVES DA SYLVA—, têm extremo cuidado em não exorbitar, nesta proclamação da *ração natural* como fonte autónoma de direito subsidiário, o que nos parece ser de extrema importância: — Do Comentário de Luís CORREIA (?), quando bem lido — e apesar de, à primeira vista, poder parecer o contrário —, resulta, conforme já dissemos (*supra*, nota 69, *in fine*), que a *ração natural* não é, no seu pensamento, uma fonte subsidiária que se imponha por si, acima de qualquer outra, na falta de lei do Reino, costume ou estilo da Corte, isto é, com primazia sobre o próprio direito romano; pelo contrário, aparece subordinada a este, funcionando apenas como elemento integrador das próprias lacunas do direito romano. E GONÇALVES DA SYLVA, neste ponto, é mais explícito ainda, pois noutra passo da sua obra declara *expressis verbis* que «sola enim ratio jus non facit in exorbitantibus ajure communi,

subsidiário, sem quaisquer reservas, «talvez — como diz Paulo Merêa — por encararem o direito romano em bloco como *ratio scripta* ou como tendo por si a presunção de boa razão» (94).

**b)** Quanto ao segundo ponto—critério de fixação da *opinio communis*—, não deixou de esboçar-se entre nós uma corrente em defesa dum critério *puramente qualitativo*, mas limitada a certos autores e ao escasso período do século XVI em que a escola humanista do direito conseguiu ter em Portugal alguma influência (95). Ultra-

*nec jura specialia absque legis auctoritate ad casus similes extendere licet*» (cfr. *Commentaria cits.*, ad Ord. lib. 4. tit. 31. ad §. 11. n.º 30. Na *ed. cit.*, vol. IV, Lisboa, 1740, pág. 535, 2.ª col.).

Quer dizer : — O ponto *mais avançado* a que chegou a doutrina portuguesa foi apenas o que deixámos explícito no texto. Na falta de lei, costume ou estilo da Corte, *deve recorrer-se sempre — se o caso não envolver pecado — ao direito romano, por se presumir a sua concordância com a razão natural. Se esta presunção for ilidida, pode a razão natural funcionar como fonte subsidiária em substituição do direito romano que não se mostra de acordo com ela, o mesmo sucedendo para o preenchimento das lacunas do próprio direito romano — o que na prática coincidirá, como facilmente se compreende, com o recurso à communis opinio, para que as Ordenações logo em seguida remetem.*

Em todos os textos transcritos nesta nota, os sublinhados das citações de outros textos são originais; os restantes são nossos.

(94) Cfr. *ob. e loc. cits.*, pág. 541.

(95) Como faz notar NUNO ESPINOSA GOMES DA SILVA na sua dissertação de doutoramento (*Humanismo e direito em Portugal no século XVI cit.*), o único aspecto da escola humanista do direito que conseguiu ter algum — embora escasso — reflexo entre nós foi, justamente, o da reivindicação de *liberdade e autonomia* perante os textos a interpretar, «por exautoração da *communis opinio*», podendo apontar-se como principais representantes dessa corrente os mestres conimbricenses MANUEL DA COSTA, AIRES PINHEL e HEITOR RODRIGUES. «Esta corrente — diz em feliz síntese o mesmo jovem e conceituado professor de história do direito português — continua a tradição jurídica medieval, trabalha com as Ordenações, Acúrsio e Bártolo. À vista desarmada, nos seus resultados, a interpretação alcançada não é diversa da dos comentadores medievais, até porque tal corrente se insurge, em última instância, não contra o método dos comentadores, mas sim contra o fenómeno do argumento de autoridade, característico da *communis opinio*: ataca-se um modo de utilizar a ciência medieval e não ela própria» (cfr. *ob. cit.*, pág. 358).

AIRES PINHEL é talvez o mais ousado dos nossos juristas, nesta luta pela *qualidade* contra a *quantidade* na determinação da *opinião prevalecente*, não tendo dúvidas em afirmar que, «in judicando et consulendo *facilius admittatur verior opinio* nec iudices deterreantur ex periculosis traditionibus de communi opinione sequenda, *ut sic maior pars meliorem non vincat*, quod in praxi saepe contingere,

passada, porém, essa fase e novamente vitoriosa no nosso meio a tradicional corrente escolástica, a generalidade dos nossos praxistas ficou-se por uma posição intermédia, simultaneamente **quantitativa**

.*summe dolendum est, nec ferendum inter doctos, apud quos non numeri sed veritatis ratio potior esse debet*» (cfr. *Ad rubricam l. II Cod. de rescindenda venditione Commentarij*] [= Comentários a C. 4, 44, 2], *Secunda pars, lib. II, cap. IV, n.º 43*; na ed. de Coimbra, 1558, pág. 382); e insiste nas mesmas ideias ainda noutros passos da sua obra, já referidos por NUNO ESPINOSA e que nos dispensamos de transcrever aqui (v. *Bartolo cit.*, pág. 197; *Humanismo e direito cit.*, págs. 257-258; *c. Lições cits.*, pág. 430).

Esta posição extrema, no entanto, fazendo praticamente tábua-raza da *communis opinio* para preferir apenas a *verior opinio*, encontrava pela frente uma barreira difícil de vencer, que era, conforme logo salta à vista, a da consagração legislativa da *opinio communis* como fonte subsidiária pelas próprias Ordenações (v. NUNO ESPINOSA, *Humanismo cit.*, págs. 248 e 360). Daí que alguns autores, conquanto desejosos de lutar pela *verior opinio* contra a *communis opinio*, acabem por deixar cair os braços, impotentes perante a realidade: — CALDAS PEREYRA dirá expressamente que, embora seja lícito «in scholis» tomar posição «contra *communem sententiam*», não é possível «in foro» contradizê-la (v. NUNO ESPINOSA, *ob. cit.*, pág. 77, onde se transcreve o texto respectivo; e ANTÓNIO MANUEL HESPANHA, *ob. cit.*, pág. 95); e MANUEL DA COSTA, distinguindo embora cuidadosamente — mesmo quando coincidem — a opinião comum da opinião verdadeira, reconhecerá que é impossível preferir sempre esta àquela sem lançar mão ‘de expedientes dialécticos de licitude mais ou menos duvidosa (v. NUNO ESPINOSA, *loc. cit.*, págs. 247 a 249).

O mais hábil desses expedientes dialécticos para fugir à obrigatoriedade da *opinio communis* imposta pelas Ordenações era, sem dúvida, o que consta do *Comentário anónimo às Ordenações Manuelinas*, da presumível autoria de LUÍS CORREIA, e a que já fizemos referência atrás (nota 73): — Se o fundamento da obrigatoriedade da *communis opinio* reside no facto de se presumir que ela é a mais verdadeira, deve «cia deixar de respeitar-se quando essa presunção for ilidida pela demonstração de que não é verdadeira mas manifestamente falsa (ver o texto respectivo, já transcrito DO *loc. cit.*).

LUÍS CORREIA (?) é, no entanto — que nós sabemos —, o único autor que usa *expressis verbis* e sem quaisquer rodeios este raciocínio como forma de afastar a obrigatoriedade da *opinio communis* imposta pelas Ordenações. Talvez se apoie no mesmo esquema — mas de forma pouco clara — o único autor português do nosso conhecimento que, além de LUÍS CORREIA (?), tomou posição frontal «contra a prevalência absoluta da *communis opinio* imposta pelas Ordenações: o comentador das Ordenações Filipinas MANUEL BARBOSA, nos começos do século XVII (1620). Também este autor, em comentário à frase das Ordenações «salvo se a *communis opinio*, etc.», afirma que «*opinio quippe illa praesumitur verior, adeoque in iudicando sequenda erit, quae a maiori parte Doctorum crebrius recepta existit*» (cfr. *Remissiones cits.*, *Ad Ordinatum Regiam Lusitanam lib. 3. tit. 64, ad §. I., n.º 4. Commis*

e *qualitativa* : — A *opinio communis* seria, sem dúvida — nem de outro modo mereceria esse nome —, a opinião *da maioria dos autores*; mas duma maioria *qualificada*: da maioria dos autores que tivessem ver-

*opinio*. Na *ed. cit.*, pág. 422, i.<sup>a</sup> col.); e, logo no número imediato (n.º 5), acrescenta: «*Communis tamen opinio, non est praeferenda illi opinioni, quæ validioribus, & melioribus rationibus fundata est*» (cfr. *ibidem*, cols. i.<sup>a</sup> e 2.<sup>a</sup>). Esta peremptória afirmação, feita a propósito dum texto que impõe, sem quaisquer reservas, a obrigatoriedade da observância da *opinio communis*, só pode entender-se relacionada com a anterior, que acentua como fundamento daquela obrigatoriedade a *presunção* de ser essa opinião *a mais verdadeira*; mas MANUEL BARBOSA não o explica, nem invoca em favor da sua posição extremista qualquer argumento, limitando-se a citar em seu abono dois autores estrangeiros.

O afastamento da obrigatoriedade da *opinio communis* quando esta for «notoriamente falsa» é ainda preconizado por um outro autor português (o jesuíta P. BAPTISTA FRAGOSO), mas sem a original fundamentação de LUÍS CORREIA (?), e apenas com a invocação da autoridade de IOHANNES ANDREAE e do PANORMITANO: «*His positis, dico primo, iudicem debere iudicare regulariter secundum opinionem communem, quæ in foro seruatur, illamque debere præ oculis\* habere, [...] nisi communis opinio sit notorie falsa, vt ait Ioan. Andr. in cap. I. de constitutionib. & Abbas in cap. I. de re iudicat. num. 10. & in cap. capellanus de feriis. Alexand. in l. cum prolati, ff. de re iudicata*». Cfr. *Regimen Reipublices Christiana, ex sacra theologia et ex utroque iure ad utrumque forum tam internum quam externum coalescens, [...] auctore, R. BAPTISTA FRAGOSO Sylvensi, ex Algarbio Lusitaniae e Soc. Iesu, etc. (Lugduni, 1641), Pars I, Liber IV, Disputatio X, § III, n.º 183. (= pág. 446, 2.<sup>a</sup> col.)*.

Os nossos restantes praxistas que abordam o terna da *opinio communis* — tanto\* quanto nos foi dado apurar — acatam a respectiva obrigatoriedade nos termos, prescritos pela *Ordenação*, repudiando, portanto, qualquer critério puramente qualitativo na sua determinação e adoptando a este respeito a posição que vamos\* referir na nota imediata.

Não faz excepção sequer a esta regra o comentador das nossas *Ordenações* MANUEL GONÇALVES DA SYLVA (1732), conquanto possa causar certa perturbação ao leitor o facto de aparecer transcrita, no seu *Comentário* a III, 64,1, a frase «*in diversitate opinionum magis attenditur ratio, quam numerus Doctorum*» (cfr. *ob. e loc. cit.*, n.º 61 ; na *ed. cit.*, pág. 290, 2.<sup>a</sup> col.). SYLVA, na verdade, acata em termos absolutos a obrigatoriedade da observância da *opinio communis* prescrita pela *Ordenação*, sem aludir sequer — à maneira de LUÍS CORREIA (?) e de BAPTISTA FRAGOSO — ao seu afastamento na hipótese de ser «notoriamente falsa». Só que\*, em seu entender, para efeitos dessa obrigatoriedade absoluta, a *communis opinio* ... tem mesmo de ser *communis*, isto é, *incontroversa*, pois que, não o sendo, o juiz recobra liberdade absoluta na apreciação do problema. Eis como comenta o preceito das *Ordenações*: «*Deficientibus autem lege Regia, stylo, consuetudine Regni, lege Imperiali, aut sacro Canone in materia peccatum concernente, tunc iubet textus noster observare Glossas Acursii in legibus incorporatas, si a communi*»

sado *ex professo* o assunto em causa, analisando-o e discutindo-o\* e não da maioria dos que simplesmente se lhes tivessem referido\* louvando-se na opinião alheia<sup>(96)</sup>.

*opinione Doctorum reprobata non fuerint; & hujusmodi glossis non extantibus, tunc jubet servari opinionem Bartholi, tamquam rationi magis congruam, quamvis aliqui Doctores contrarium teneant; nisi adsit communis opinio contraria Doctorum, qui post illum scripserunt. [...] Ex qua decisione colligitur, quod communis opinio in judicando sequenda est, relicta opinionibus Glossæ, & Bartholi a communi reprobatis; quia semper praesumitur verior. [...] Et paria sunt contra legem judicare, ac contra communem opinionem, quoniam venit appellatione legis. [...] Quod intellige, si communis opinio non habeat contradictorem; nam tunc illa habet vim legis; secus si communis opinio esset controversa. [...] Si vero in puncto reperiantur dua opiniones contrariae aequae communes, & ut probabiles, bene potest Judex, quam velit, eligere etiam in foro conscientia. [...]» (cfr. ob. e loc. cit., n.ºs 53 a 57; na ed. cit., págs. 289, 2.ª col. e 290, i.ª coi.). Ora, é para esta hipótese — e só para ela — da recuperada liberdade de apreciação por parte do juiz, por não haver uma *communis opinio* «incontroversa» (imaxime, existindo duas opiniões contrárias «aeque communes», ou — subentenda-se — não havendo opinião comum nenhuma), que SYLVA fornece — na esteira de outros autores que cita — uma série de regras de orientação prática a que o juiz se pode apegar, entre elas a já referida regra de que «in diversitate opinionum,, magis attenditur ratio, quam numerus Doctorum» (v. *ibidem*, n.ºs 58 a 66; ed. cit., pág. 290, i.ª e 2.ª cois.). Os sublinhados dos textos transcritos são nossos, excepto nas citações que fazem de outros textos.*

<sup>(98)</sup> A generalizada simpatia dos melhores expoentes da nossa literatura jurídica por este *critério misto* (simultaneamente *quantitativo* e *qualitativo*) na determinação da *communis opinio* é talvez o fruto mais palpável que a *corrente humanista do direito* entre nós legou à *corrente escolástica* que, além de nunca se ter deixada dominar por aquela, acabou totalmente por superá-la, sem deixar de lhe pagar o seu tributo num ou noutro ponto em que ficou para sempre marcada por ela.

I — Começemos por acentuar, para sermos inteiramente rigorosos, que a contributo *qualitativo* para a fixação desse *critério misto* não procede em exclusiva da *corrente humanista*. Nunca deixou de haver, dentro da mais pura *corrente escolástica*, uma certa reacção contra o respeito cego pela *Glosa* e pela *opinião da maioria*, na qual marcaram posição alguns dos maiores corifeus do *bartolismo*. Bastará referir aqui, em abono do que dizemos, dois expressivos passos de CINO DE PISTOIA (1270?-1336) e de PAULO DE CASTRO (... 1394-1441...), para que já chamou a atenção FRANCESCO CALASSO, no seu *Medio Evo dei diritto* (I — *Le fonti*\* Milano, 1954, a págs. 572 e 582, respectivamente):

CINO DE PISTOIA, que foi o verdadeiro introdutor em Itália da aplicação do método escolástico, já antes tentada em França, ao estudo dos textos jurídicos — e a cujas lições se deve a formação do *caposcuola* BARTOLO DE SASSOFERRATO — revela-se implacável na condenação do respeito cego pelas opiniões *consagradas* r

Mas os mesmos juristas que isto sustentavam teoiicamente

«... dixerunt doctores et Glossa et item Roffredus: at quotquot fuerint, etiamsi mille hoc dixissent, omnes erraverunt» (in *Lectura super Cod.*, IV, 15 *unde legitimi etc.*, 1. *certum* [5], conforme citação de CALASSO, *loc. cit.*, texto e nota 123). E, na mesma ordem de ideias, reage vivamente contra a praga dos *brocardos* e da sua indiscriminada aceitação: «*via est brocardica et ideo est semper dubia*»; «*ista quaestio cadit in vias brocardicas quae semper sunt plenae sensibus, et ideo evitandae per Doctores quantum possunt*» (in *cit. Lectura*, IV, 35 *mandati*, 1. *ad comparandas* [16], conforme citação de CALASSO, *loc. cit.*, texto e nota 124).

E PAULO DE CASTRO, por seu turno — considerado, ao lado de CINO, BÁRTOLO e BALDO, um dos «quatro grandes» da escolástica jurídica italiana —, não hesita em despir-se de falsas modéstias, ao reagir contra o péssimo vício de aceitar, sem a discutir, a «*opinione dei pii*», dizendo: «*sufficit auctoritas mea, quia video et cognosco praedicta omnia vera esse ac veritate fulciri*» (conforme citação de CALASSO, *ob. e loc. cit.*).

II — Forçoso é reconhecer, no entanto, que esta reacção da própria escolástica contra o respeito cego pela *opinião da maioria* nunca teria sido suficiente, só por si, para moderar o critério puramente quantitativo da determinação da *eommunis opinio* se não fora o contributo qualitativo trazido nesse sentido pela escola humanista do direito e que havia de levar à formação do já aludido critério misto, que totalmente dominaria a nossa literatura jurídica até ao século XVIII, na esteira, aliás, do que lá fora se seguia também.

É sintomático, nesse sentido, que a primeira formulação — que nós sabemos — desse critério misto ou da maioria qualificada, proceda justamente dum famoso jurista italiano que, sem se desprender totalmente da escolástica, abriu as rotas da aplicação do método histórico-crítico ao estudo dos textos justinianeus, na que foi precursor do grande CUIÁCIO: ANDRÉ ALCIATO, milanês (1492-1550).

É no seu famoso tratado *De praesumptionibus (praesumptio LJ)* que ALCIATO aborda o assunto, a propósito duma presunção que ele próprio formula com apoio em dois textos canónicos, referentes à eleição de dignitários eclesiásticos: «*Vbi maior est numerus eligentium, ibi etiam praesumitur maior zelus, cap. -ecclesia vestra, supra de electio, cap. si quando, eod. tit. in sexto. Quod est verum, maxime in electione facta per viros prudentes: quia naturaliter in eis melior opinio praeualet*» (cfr. *Tractatus illustrum in utraque tum pontificii, tum casarei iuris facultate Iuriconsultorum, De Probationibus. Tomus quartus. Venetiis, 1584; que contém, a partir do fl. 304 v.º: ANDRÆ ALCIATI, De praesumptionibus, cum additionibus Ioannis Nicolai Arelatani; ibi, cit. praes. LI, n.º 1 fl. 319*). Os dois textos citados por ALCIATO em abono desta presunção encontram-se, de facto, nos lugares indicados das *Decretais de Gregório IX* e do *Sexto de Bonifácio VIII*: *Cap. 48 (Ecclesia vestra), tit. VI (De electione, et electi potestate), X, lib. I; e cap. 9 (Si quando), tit. VI (De electione, et electi potestate), in VI.º, lib. I.*

Uma vez formulada esta presunção, ALCIATO transfere-a sem custo do domínio eleitoral para o domínio da «*opinio eommunis*», não reagindo contra a validade desta,

eram os primeiros a coalhar as suas obras de citações intermináveis\*

antes procurando aceitá-la como um salutar *princípio*, como o faria qualquer bom *bartolista*: «Et istud facit pro communi opinione, quæ in dubio praesumitur verior, ex quo est a plurib. approbata. Et propterea in iudicando iudices non debent ab ea discedere [...]» (cfr. *ob. e loc. cit.*, cit. *praes. EI*, n.º 2).

Seguidamente, porém, vai exprimir o seu pensamento sobre o que deva entender-se por «*opinio communis*»; e é aí que procura corrigir o *critério puramente quantitativo* com a adição de um *elemento qualitativo*, determinado pela efectiva fundamentação da opinião emitida por cada um dos autores a considerar, disputando e arguindo acerca da respectiva «verdade»: «Et intelligo communem opinionem illam esse, non quæ plures habeat auctoritates simpliciter, sed quæ plure s. grauiores habeat authores [...]. Item intellige istud procedere, vbi tales authores firman illam opinionem, disputando <0\* arguendo circa ipsius veritatem [...]. Nã quamuis dicant aliquid incidenter, forte ad colorem alicuius sui propositi, praesertim in concilijs : non propter hoc dicuntur talem opinionem adprobasse» (cfr. *ob. e loc. cit.*, cit. *praes. LI*, n.ºs 3 e 4).

III — A uma posição semelhante à de ALCIATO chegou também, por sua própria iniciativa, um outro juriconsulto quinhentista de projecção europeia, que ensinou durante largos anos na *Universidade de Coimbra*, para onde fora trazida por D. JOÃO III após a transferência do *Estudo* para a cidade do Mondego: o famoso canonista MARTINHO DE AZPILCUETA, conhecido pelo DOUTOR NAVARRO, por ser oriundo dessa província espanhola, onde nasceu em 1492 (13 de Dezembro)» vindo a acabar os seus dias em Roma, em 1586 (21 de Junho), na propecta idade de 93 anos.

Tratando-se dum autor cuja obra não é de todo estranha à influência da corrente humanista do direito — que, pela mesma época, captava em Coimbra as simpatias dos seus colegas de cátedra MANUEL DA COSTA e AIRES PINHEL—» não é de pôr de parte a hipótese de ter sido a pressão das novas ideias que levou AZPILCUETA NAVARRO a propugnar por uma *correção qualitativa* ao critério puramente numérico da determinação da «*opinio communis*». Como quer que seja, AZPILCUETA trata do tema no seu divulgadíssimo *Manual de confessores*, que» depois de editado três vezes em Coimbra em língua portuguesa, na oficina de JOÃO DE BARREIRA (1.<sup>a</sup> ed., 1549; 2.<sup>a</sup> ed., 1552; e 3.<sup>a</sup> ed., 1560), passou a ter divulgação em toda a Europa culta através das sucessivas edições que dele foram feitas em latim, a partir de 1573: «... quod non videtur una opinio appellanda commis ad effectum praëiudicandi alteri eo solo quod plures eam sequantur tanquam oues aliae alias quæ praecedunt sine iudicio sequentes : cõmuniore enim ad hoc existimarem illam quam sex vel septe Authores classici rem ex professo tractantes assererent, quam probata a jo. sola fere auctoritate priorum ductis. Quin & arbitror vtramq; ad hoc posse dici cõmunem, quando vtraq; habet. 8. vel 10. assertores graues, & cum iudicio eam deligentes. Quo fit ut nõ sit multum laudanda diligentia quorundam recentiorum inquirëtium vtram teneant plures: doctrina enim praefata Io. And. in cap. I. de const. de sequenda cõi, intelligenda videtur cum pauci respectu aliorum teneant contrariam». Cfr. *Enchiridion, sive manuale confessoriorum etpanitentium*, [...]

sempre na preocupação de deslumbrar e convencer pelo exclusivo

*iampridem sermone Hispano compositum, & nunc latinitate donatum, [...] Autore MARTINO AB AZPILCUETA DOCTORE NAVARRO (Romae, 1573), cap. XXVII, n.º 289 <= fl. 537 v.º).*

IV — Os dois citados passos da obra de ALCIATO e da obra de AZPILCUETA NAVARRO foram os pilares sobre que assentou a divulgação, a nível europeu, do critério misto ou da maioria qualificada, na determinação da «*communis opinio*», já directamente, já através da obra de outro juriconsulto quinhentista, GIACOMO MENOCHIO (OU IACOBUS MENOCHIUS) (1532-1607), cujo tratado *De prae-sumptionibus* foi uma das espécies literárias do *ius commune* mais divulgadas em toda a Europa.

Tratando do assunto na *praesumptio* LXXI, começa MENOCHIO por proclamar a sua fidelidade à opinião da maior parte dos doutores como sendo presumivelmente «a mais verdadeira»: «*Primum dicimus, opinionem illam praesumi veriorum qua a maiori parte Doctorum recipitur, & approbatur*». E a isto acrescenta, mais abaixo, apoiado nos mesmos textos canónicos já invocados por ALCIATO e repetindo as suas próprias palavras: «*Et confert ratio, quia vbi est maior numerus eligentium, ibi praesumitur maior %elus, c. ecclesia nostra, de elect. & c. si quando, eod. tit. in 6. quæ sic ad rem perpendit Alcia. in d. praesumpt. 51. num. 1*» (textos já referidos *supra*, nota 73, a propósito do fundamento do valor normativo da «*communis opinio*». Cfr. loes. ai *cits.*).

Fixados estes princípios, vai MENOCHIO tomar posição, mais adiante (mas dissertando ainda dentro da mesma *praesumptio*), sobre o critério a seguir para a determinação da «*opinio communis*»; e é então que, invocando expressamente a obra de ALCIATO e a de MARTINHO DE AZPILCUETA, reproduz com absoluta fidelidade o pensamento dum e doutro: «*Cum vero dubitari contingit, quæ dicatur communis opinio, dicendum est illam esse, qua habet plures auctores eligentes firmantes arguendo <ur disputando: non autem qua habet plures, qui nulla disputatione habita, sed perfunctorie simpliciter & (vt aiunt) per transennam, quodammodo opinionem illam sequuntur, ij enim qui aliquid dicunt incidenter, & vt sit ad colorem sui propositi, praesertim in responsis reddendis, nõ dicuntur, vere approbare opinionem illam. Ita Alciat. in tract. de praesumpt. reg. 1. praesumpt. 51. nu. 2. ver. item intellige. & lib. 4. parerg. iur. cap. 17. & egregie Marti. Nauar. in manuali Confess. cap. 27. num. 289. scripsit communiorem se existimare opinionem, quam sex aut septem auctores classici, rem ex professo tractantes assenserent, quam probatam a quinquaginta, sola fere auctoritate priorum ductis. Et dicuntur ij Doctores alios sic sequentes, esse tanquam aues, quæ cum vna volat, volant & ipsae omnes [...]*». Cfr. *ob., ed. e loc. cits.*, pág. 243 (n.ºs 39 e 40 da cit. *praesumptio* LXXI). Há-de reparar-se na troca, extremamente curiosa, de «*oues*» por «*aves*», na reprodução do exemplo dado por MARTINHO DE AZPILCUETA a propósito dos autores que se limitam a perflhar a opinião alheia sem devidamente a apreciarem e discutirem : — onde este os acusava, com implacável dureza, de procederem «*tanquam oues aliæ alias quæ praecedunt sine iudicio sequentes*», consegue MENOCHIO, com a simples troca duma letra (falando de «*aves*» em vez

peso do número, sem distinguirem entre as autoridades que tinham

-de «oues») ser muito mais delicado, dizendo simplesmente que procedem «tanquam aues, quæ cum vna volat, volant & ipsæ omnes».

V — À parte o caso isolado de MANUEL BARBOSA (v. nota anterior), os nossos *canonistas* e *civilistas* do séc. XVII, quando se pronunciam sobre o problema, -vão dar a sua adesão, todos eles, a este *critério misto* (*quantitativo* e *qualitativo*) da ^determinação da *opinio communis*, por manifesta influência de ALCIATO, de AZPILCUETA e de MONOCHIO, cuja autoridade por vezes invocam expressamente :

a) É o que sucede, logo para começar, com o afamado *Regimen Reipublica Christiana*, do jesuita P. BAPTISTA FRAGOSO — obra editada em Lião em 1641 (i.<sup>o</sup> vol.), 1648 (2.<sup>o</sup> vol.) e 1652 (3.<sup>o</sup> vol.), que obteve uma grande divulgação, a ponto de ser reeditada em curto prazo (2.<sup>a</sup> ed., Lião, 1667-1668) e de ter merecido as honras duma nova edição já no século XVIII (3.<sup>a</sup> ed., Colónia, 1737). Aí se diz, justamente com apoio nos citados lugares das obras de MENOCHIO, de ALCIATO e de NAVARRO: «Quæres quænam dicatur *sententia communis*? MENOCH. *lib. 2. præsumpt. 71.* ». 39. & 40. *arbitratur illam, qua habet plures auctores eam asserentes arguendo, & disputando, non autem illam, qua plures Doc tores, eam asserentes, habet, nulla disputatione pramissa, sed perfunctorie, simpliciter, & per transennam eam sequentes. Quam descriptionem probant Alciat. de præsumpt. regul. 1. præsumpt. 51. nun. 2. vers. Item intellige, & lib. 4. parerg. iuris, cap. 17. & Zauall. in præfatione ad practicas, n. 11. Sanch. de consensu clandestino, lib. 3. disput. 44. n. 2. Quare Nauar. in manual, cap. 27. n. 289. egregie scribit opinionem communiorem se existimare, quam sex, aut septem auctores classici rem ex professo tractantes affirmant, quam probatam a quinquaginta sola auctoritate priorum dumtaxat productis*. Cfr. i.<sup>a</sup> ed. cit. (Lugduni, 1641), Pars I, Liber IV, Disputatio X, § III, n.<sup>o</sup> 184 <= pág. 446, 2.<sup>a</sup> coi).

b) Segue-se a BAPTISTA CARDOSO, na ordem cronológica, perfilhando a mesma doutrina e citando mais uma vez NAVARRO e MENOCHIO (mas já não ALCIATO, que começava a distanciar-se em data), o professor de Cânones FELICIANO DE OLIVA E SOUZA, cujo tratado sobre o *Foro eclesiástico*, saído dos prelos de MANUEL DE CARVALHO, tipógrafo da Universidade de Coimbra, em 1649 (i.<sup>a</sup> parte) e 1650 (2.<sup>a</sup> parte), foi também uma das obras mais divulgadas do séc. XVII, tendo sido reeditada em Colónia, em 1678 (acrescentada duma 3.<sup>a</sup> parte). Aí se lê : «*Communis autem sententia nõ ea dici debet, qua maiorem habet numerum scribentium; nisi ij materiam ex professo tractent, vt per Nauarr. Menoch. S anches, Sc ab eis relatos in dictis locis, qui optime explicant, quomodo agnoscendũ sit, quæ sit communis, & magis communis opinio*». Cfr. *Tractatus de foro Ecclesia, materiam utriusque potestatis, spiritualis scilicet, et temporalis, principaliter respiciens, [...]. Prima pars. Authore FELICIANO DE OLIVA, e SOUZA, Lusitano, luris 'Canonici professore etc. (Conimbricæ, 1649), quæstio XII, n.<sup>o</sup> 38 (= pág. 89, i.<sup>a</sup> col.)*.

c) A doutrina estava lançada; e outros autores do séc. XVII iriam aderir a ela, sem precisarem já de invocar ALCIATO, NAVARRO e MENOCHIO (talvez por

tratado o assunto *ex professo* e as que se tinham limitado a reproduzir

terem já perdido o fio da meada que os ligava a essa origem: tal é nomeadamente o caso de ANTÓNIO DE SOUSA DE MACEDO, em 1660, e de AGOSTINHO BARBOSA, em 1668.

SOUSA DE MACEDO, numa obra que teve sucessivas edições no séc. XVII e no séc. XVIII (1.<sup>a</sup> ed. em Lisboa, em 1660; 2.<sup>a</sup> ed. *ibidem*, 1677; 3.<sup>a</sup> ed. *ibidem*, 1699; e 4.<sup>a</sup> ed. em Coimbra, em 1734), contenta-se com invocar a autoridade de JOÃO PEDRO SURDUS em abono da mesma opinião: «... quoniam sola vocatur opinio, quam Doctor tenuit disputando; *Surd. cons.* 341. numer. 36. 1. 3 [...]». E logo em seguida, rebatendo concretamente certo autor de que discorda, acrescenta «... & sublatis fundamentis, quibus nititur, ut vidimus, corrui ejus opinio [...] manetque in terminis Doctoris nihil allegantis, cui non creditur; *Surd. z. part. decis.* 335. num. 20 [...]». Cfr. *Decisiones Supremi Senatus Justitia Lusitania*, [...] V. Cl. D. ANTONIJ DE SOUSA DE MACEDO, *militaris Ordinis Christi equitis*, etc. Editio quarta. (Conimbricæ, 1734), dec. XXII, n.<sup>os</sup> 32 a 35 (= pág. 88, 1.<sup>a</sup> coi.).

E AGOSTINHO BARBOSA, por seu turno, com toda a autoridade de que gozou aquém e além fronteiras, apoia-se também fundamentalmente em SURDUS para perfilhar a mesma doutrina no seu divulgadíssimo *Repertorium*, publicado postumamente em 1668 (em Lião) e ainda muito divulgado no séc. XVIII (reed. de Lião, 1712): «*Doctorum auctoritas multum potest, etsi non adsit lex Surd. de alim. tit. I, q. 44. n. 14 & decis. 56. n. 8. e > decis. 229. num. 35. Et non est curandum de eo quod Doctor es perfunctorie dicunt, ut per eundem decis. 258. num. 9. Gonzal ad. reg. 8. Cancel.glos. 5. §. 8. num. 56*». Cfr. D. AUGUSTINI BARBOSÆ I. U. D. Lusitani, [...] *Repertorium iuris civilis et canonici*, etc. *Opus postumum* [...] *studia & industria D. SIMONIS VAZ BARBOSA J. U. D. Authoris fratris etc. Editia novissima* [...] (Lugduni, 1712), *Verbo Doctor, Doctori, Doctoratus* (= pág. 60., 2.<sup>a</sup> coi.).

VI — No trânsito do séc. XVII para o séc. XVIII, volta a mesma doutrina a ser perfilhada — e novamente com invocação da autoridade de MENOCHIO e de NAVARRO, a que se acrescenta a de SOUSA DE MACEDO (mas com omissão de ALCIATO, que fora o ponto de partida de tudo e parecia agora definitivamente esquecido) — por um dos autores mais divulgados da nossa *praxistica*: DIOGO GUERREIRO CAMACHO DE ABOYM (f 1709).

É no seu tratado *De inventario*, saído a lume pela primeira vez em 1699, que GUERREIRO aborda extensamente o problema: «*Difficultas vero est, quæ opinio dicatur cõmunis; & quot DD. sufficiant ad faciendam communem opinionem? In qua questione sufficere sex, vel septem Doctor es dicitur [...] dummodo sint Doctor es., qui ex professo de ea tractarunt in commentariis, sive tractatibus suis, vel de ea librum aliquem, seu tractatum ediderunt [...] Unde infertur I. quod DD. qui perfunctorie, <ur per transenam aliquid dixerunt, vel subjecerunt non firmantes opinionem suam arguendo, <0\* disputando, non faciunt opinionem communem, nec eis est credendum adversus eos, qui ex professo egerunt; nec sunt computandi ad faciendam opinionem communem, ut ait Azor. lib. 2. cap. 13. Menoch. de præsumpt. lib. 2. præsumpt. 71. n. 1 & 2. Xammar. dict. q. 3. n. 4. Navarr. in manual, cap. 27. num. 189. (sic, mas citação*

as opiniões de outrem; e o mesmo sucedia na actividade forense e judi-

errada, pois é 289) Cevallos *supr. num. 13. Sousa decis. 22. n. 31*». Cfr. *De munere judicis orphanorum tractatus I. De inventario in quatuor libros distributus [...] auctore DIDACO GUERREIRO CAMACHO DE ABOYM, Ad tertiam partem Rubricæ, n.ºs 75 a 77 (com mais longos desenvolvimentos nos n.ºs 78 a 82) (na ed. de que nos servimos, Ulyssipone Occidentali, 1737, pág. 55, i.<sup>a</sup> e 2.<sup>a</sup> cois.)*.

Numa outra obra sua, publicada já postumamente (as *Decisiones seu quæstiones forenses ab amplissimo, integerrimoque portuensi Senatu decisa, Ulyssipone Occidentali, 1738*), DIOGO GUERREIRO volta a invocar por duas vezes a mesma doutrina, em defesa de certas soluções concretas : na *quæstio XLII, n.º 49* ; e na *quæstio XCIII, n.ºs 31 e 32 (págs. 203 e 395, respectivamente)*. Esta segunda passagem é particularmente curiosa, pois nela GUERREIRO não hesita em saltar por cima da opinião do «doutíssimo GAMA», «*tum quia ipse obiter rem attingit, & Doctori perfunctorie rem pertractandi non est credendum*».

VII — Finalmente, já em pleno século XVIII, é ainda o mesmo critério misto ou da maioria qualificada que prevalece, na determinação da *opinio communis*, designadamente nas obras de JOÃO RODRIGUEZ CORDEYRO (1713), de MANUEL GONÇALVES DA SYLVA (1732) e de PANTALEÃO DE ARAÚJO NETTO E GUERRA (1740) — mas já completamente esbatida a remota filiação desse critério nas obras de ALCIATO, de NAVARRO e de MENOCHIO, que CORDEIRO e SYLVA já não citam e que só o último parcialmente ainda refere (citando duas vezes MENOCHIO e uma vez ALCIATO), mas sem grande conhecimento de causa.

RODRIGUEZ CORDEYRO, nas suas *Dubitationes in foro frequentes* (já *cits. supra*, nota 86), toma posição no problema dum maneira curiosa, acentuando que, para contar na formação da *opinio communis*, deve cada opinião «respondere contrarijs fundamentis», e acrescentando «*alias fateri opinionem esse voluntatis, & non intellectus*» (cfr. *ob. cit.*, Pars. II, Tract. IV, *dubitatio XLVIII, n.º 84 = pág. 180, i.<sup>a</sup> coi.*).

O comentador das *Ordenações* MANUAL GONÇALVES DA SYLVA — cuja posição acerca da obrigatoriedade da observância da *opinio communis* já analisámos na nota anterior — não aborda *ex professo* o problema do critério a adoptar na determinação da *communis opinio*; mas, a propósito das regras por que o juiz se há-de orientar quando a opinião comum é «controversa» (v. o que a esse respeito dissemos no *loc. cit.*), perfilha expressamente a doutrina — invocando a autoridade de SOUSA DE MACEDO (*loc. cit.*) — de que «*doctor obiter loquens, non facit opinionem, maxime nihil allegans, & sine fundamento loquens*» (cfr. *ob. vol. e loc. cit.*, n.º 65; na *ed. cit.*, pág. 290, 2.<sup>a</sup> coi.). E essa regra, assim formulada em termos gerais, não pode deixar de ter aplicação, como é evidente, à própria determinação da *communis opinio*.

PANTALEÃO GUERRA, finalmente, começa por perfilhar uma grande liberdade de apreciação, enquanto se mantém no campo das opiniões isoladas. A propósito da apreciação dum problema concreto, afirma designadamente: «*... non ex multitudine, sed quod æquius, meliusve est, judicatote, cum possit unius forsan, & deterioris sententia, & multos, & maiores aliqua in parte superare*» (cfr. *ob. cit. [supra, nota 73], pág. 22, 2.<sup>a</sup> coi. [n.º 6]*); e o mesmo repetirá, noutro passo da

ciai, que viveu sempre apegada, em matéria de *opinio communis*, à solução mais cómoda e menos exigente do *critério puramente numérico*, progressivamente substituído, depois, com o andar do tempo, por um apego crescente à *praxe* dos tribunais superiores, como expressão autorizada dessa *opinio communis* e menos sujeita aos riscos da incerteza e do arbítrio <sup>(97)</sup>.

sua obra, a propósito de outro problema concreto (v. *ibidem*, pág. 309, i.<sup>a</sup> col. [n.º 4]). Mas, quando chega o momento de se pronunciar sobre a *opinio communis*, ... curva-se reverente: «Communem sequi debemus opinionem, & sententiam, tamquam si lex foret. [...] Et communem opinionem iudices prae oculis semper habere debet (sic), [...]» (cfr. *ibidem*, págs. 309-310 [n.ºs 5 e 6]); e, logo em seguida, ao ter de pronunciar-se sobre o problema de saber como deve determinar-se a *communis opinio*, opta claramente, citando MENOCHIO, pelo *critério da maioria qualificada*: «Adquam communem constituendum opinionem sex, aut septem sufficiunt Doctores in tractatibus resolventes peculiaribus, ut notat Menoch. de præsumpt. lib. 2. pras. 71. n. 39. [...]» (cfr. *ibidem*, pág. 310, i.<sup>a</sup> col. [n.º 7]).

Salvo quando fazem citações de outras obras, os textos transcritos nesta nota foram sublinhados por nós.

(97) Sobre o regresso ao *bartolismo*, após o breve surto de reacção humanista que floresceu entre nós na primeira metade do séc. XVI, e sobre o crescente apego que se lhe sucedeu à *opinio communis*, entendida em sentido puramente *quantitativo*, v., por todos, NUNO ESPINOSA, *Bártolo na história do direito português*, no *loc. cit.*, págs. 198 a 204; e *Humanismo e direito cit.*, págs. 339 a 351.

Concretamente quanto à *opinio communis*, basta consultar uma obra como a de ANTONIO MARIA CORAZIO (*De communi opinione*, reproduzida designadamente no *Tractatus illustrius in utraque tum pontificii, tum casarei iuris facultate iurisconsultorum*, tomos XVIII, Venetiis, 1584, págs. 222 e segs.), ou, entre os nossos juriconsultos, uma obra como o *Comentário às Ordenações* de MANUEL GONÇALVES DA SYLVA para ver como eram numerosos, variados e confusos os *critérios práticos de preferência*, quer para a determinação das opiniões individuais que deviam entrar no *cômputo numérico* que conduziria à formação duma *communis opinio*, quer para a escolha a fazer pelo juiz na hipótese, bem frequente, de se *degladiarem* entre si várias *opiniões* merecedoras, todas elas, do qualificativo de *comuns*.

Havia regras um pouco para todos os gostos: a de que, havendo duas *opiniões comuns*, mas contrárias, o juiz poderia livremente escolher a que melhor entendesse (v. SYLVA, *loc. cit.*, n.º 57; e *supra*, nota 95, *in fine*); a de que a «*opinio recepta in Curia*» devia preferir-se às demais e considerar-se de observância obrigatória (v. SYLVA, *loc. cit.*, n.º 58); a de que, entre várias opiniões, devia preferir-se a mais conforme ao costume ou aquela por virtude da qual o número de pleitos tendesse a diminuir (*ibidem*, n.º 59); a de que, no foro canónico, devia preferir-se a opinião dos canonistas à dos teólogos (*ibidem*, n.º 60); a de que devia preferir-se a opinião mais capaz de harmonizar as restantes (*ibidem*, n.º 62); a de que a opinião que sabe distinguir («*illa quae distinguit*») é a que

— Quando se contempla a panorâmica geral da nossa jurisprudência, nos dois séculos e meio de vigência do esquema manuelino

-se afigura mais próxima da verdade e que, por isso, deve prevalecer (*ibidem*, n.º 63); etc. etc.

Compreende-se que, no meio desta confusão, o valor da *communis opinio* como tal — apesar da sua expressa inclusão, pelo texto das *Ordenações*, na hierarquia das fontes subsidiárias de direito — tendesse, na prática, a diluir-se e a desatender-se, fazendo sentir a toda a gente — aos doutrinadores, aos tribunais e, mais do que a ninguém, aos litigantes que se aventuravam a pleitear no meio deste mar revolto — a necessidade de encontrar outros pontos de apoio mais seguros, capazes de evitar a anarquia e o caos da jurisprudência.

Não há reflexo mais vivo deste estado de espírito do que a reclamação apresentada pelos procuradores do Porto ao monarca, nas Cortes de Lisboa de 1619, para que ANTÓNIO DE OLIVEIRA chamou a atenção, no estudo, já aqui referido, acerca da vida, a livraria e a obra do canonista Luís CORREIA (no cit. vol. XXII da *Rev. da Universidade de Coimbra*, pág. 76, nota 71): «Tendo Vossa Magestade mandado por suas ordenações que os casos que não estiverem determinados por ley do reyno, ou costume estillo delle, ou leys imperiaes: ou sagrados canones, ou glosas de Accursio, ou opinião de Bartolo se julguem e determinem pella opinião *communis* dos Doctores, vierão elles á ser tam varios no que em algumas cousas sentirão, que andão impressas algumas opinioens cômuas contra outras cômuas, de que nasce vir a estar na vontade e arbitrio dos julgadores a decisão de muitas cousas de importanda. Pedimos a Vossa Magestade haja por bem mandar que as questoens que costumão ordinariamente ser de mais importância se decidão, e determinem por ley, para <jue seus vassallos se não metão em demandas, que pendem do mero arbitrio dos julgadores» (cfr. ANTÓNIO DE OLIVEIRA, *loc. cit.*, em transcrição da cópia existente no ms. 407, Azul, da Academia das Ciências de Lisboa. Os sublinhados são nossos. V. também: «índice chronologico dos documentos mais notáveis que se achavão no Archivo da Illustrissima Camara da cidade do Porto, quando por ordem regia o examinou no anno de 1707, o Conselheiro João Pedro Ribeiro natural da mesma cidade», prefaciado e acrescentado com as actuais cotas por J. A. PINTO FERREIRA, que forma o vol. XX dos Documentos e memórias para a história do Porto, Porto, 1951, pág. 328; NUNO ESPINOSA, *Lições cits.*, pág. 434; e ANTÓNIO MANUEL HESPANHA, *ob. cit.*, pág. 103).

Os procuradores do Porto, como se vê, em busca dum ponto de apoio mais seguro, iam direitos ao fim: pediam ao monarca que lhes desse leis, em vez de lacunas da lei preenchidas por uma opinião comum que — por incerta, flutuante e contraditória — redundava em puro arbitrio do julgador. Mais realisticamente, porém, a jurisprudência e a doutrina, enquanto não dispunham duma legislação mais completa e mais perfeita — esperança demasiado vaga e vã para a época —, procuravam outros pontos de apoio mais acessíveis.

Um desses pontos de apoio foi, sem dúvida — pelo menos numa primeira fase —, o da revalorização de ACÚRSIO e de BARTOLO, em detrimento da *communis opinio*, apesar da letra expressa das *Ordenações* em sentido contrário. São bem significativos, nesse sentido, os textos de GONÇALO MENDES DE VASCONCELOS CABEDO

e filipino das fontes subsidiárias, o que domina amplamente é o uso e abuso do direito romano como *ratio scripta* e o uso e abuso da *com-*

(de 1594) e de FRANCISCO DE CALDAS PEREYRA (E CASTRO) (de 1619) que NUNO\* ESPINOSA GOMES DA SILVA reproduz a págs. 339 (nota 23) da sua dissertação de doutoramento (*Humanismo e direito cit.*; e v. tb., do mesmo, *Bártolo na história do direito português*, no loc. cit., págs. 198 a 204); e o protesto dos procuradores do Porto às Cortes de 1619, atrás transcrito, pode bem ser — como quer o mesmo autor (*Lições cits.*, pág. 434), embora possa tratar-se dum lapso de redacção puramente ocasional — a expressão duma convicção generalizada de que ACÚRSIO e BÁRTOLO estão antes da *opinião comum*, na hierarquia das fontes subsidiárias, («tendo V. M. mandado [...] que os casos que não estiverem determinados por [...] ou [...] ou [...] ou [...] ou glosas de Accursio ou opinião de Bártolo se julguem e determinem pella opinião commum dos Doctores...»).

ACÚRSIO e BÁRTOLO, porém, com o tempo, ficavam cada vez mais distanciados; e o ponto de apoio que podiam dar à *jurisprudência* e à *doutrina* para fazer frente ao caos resultante da indeterminação da *opinio communis* era cada vez mais ténue — sem esquecer que recorrer a eles, em detrimento da «*communis opinio* dos doutores», era ir contra a letra expressa das *Ordenações*. E por isso é que, os *doutrinadores* e os *tribunais* acabaram por se agarrar à última *tábua de salvação*\*• que lhes restava, para evitar de perecerem afogados no *mare magnum* das *opiniones comunis* contraditórias, apoiadas num número cada vez mais imponente de citações de autores individuais. Essa última *tábua de salvação* foi a da *praxe* ou *jurisprudência* dos tribunais superiores, como expressão da própria *communis opinio* (v. também, sobre este papel unificador desempenhado entre nós pela *jurisprudência*, NUNO ESPINOSA, *Lições cits.*, págs. 438-439).

É esse o «*panorama*» da nossa *doutrina* e da *jurisprudência* dos nossos tribunais no século XVII e na primeira metade do século XVIII, até à forte *sacudidela* da legislação pombalina — e, particularmente, da *Lei da Boa Razão* —, imbuída do espírito do *jusnaturalismo* racionalista e do *usus modernus pandectarum*: uma *doutrina* e uma *jurisprudência* vergadas sob o peso da *praxe*, que se aceita como\* um mal menor e como única garantia dum certo grau de certeza, no quadro duma legislação extremamente insuficiente e dum direito subsidiário (direito romano)» batido pelas mil interpretações divergentes dos comentadores. Daí, a grande aceitação e prestígio, na literatura jurídica da época, das obras que recolhiam e comentavam as sentenças dos tribunais superiores, sob a epígrafe de *Decisiones*, *Observationes practicae*, *Resolutiones*, *Quaestiones*, etc. No fundo, tudo se sintetizava, afinal, em arvorar em critério supremo da determinação da *communis opinio* — cujo acatamento as *Ordenações* impunham — uma das muitas regras que MANUEL GONÇALVES DA SYLVA recolheu nos seus *Commentaria ad Ordinationes Regni Portugalliae*, louvando-se, aliás, em DOMINGOS ANTUNEZ PORTUGAL (*De donat*, lib. 2, cap. 10, n.º 46): «... *opinio recepta in Curia observari debet, ac ipsum jus*» (cfr. *ob.*, vol. e ed. cit., pág. 290, i.ª coi. = *Ad Ord.* lib. 3. titul. 64. ad §. i. n.º 58).

Sobre o valor da nossa antiga literatura jurídica como repositório de sentenças dos tribunais superiores, v. o importante e valioso trabalho de:

*munis opinio* — sintetizada particularmente na *praxe* dos altos tribunais — como critério da respectiva interpretação. Quando não se chega ao extremo de preferir o direito romano ao direito nacional, contra a letra expressa das **Ordenações**, é pelo menos opinião generalizada a de que as normas do **direito pátrio** devem ser interpretadas restritivamente, no caso de serem contrárias ao disposto nas «leis imperiais», e que devem ser ampliadas, se lhes forem conformes **,(odiosa limitanda, favorabilia amplianda)** <sup>(98)</sup>.

Alguns juristas de personalidade científica mais vincada reagiram energicamente contra esta regra de hermenêutica (") e bem

JOHANNES-MICHAEL SCHOLZ, *Literaturgeschichtliche und vergleichende Anmerkungen Zur portugiesischen Rechtsprechung im Anden Régime*, na *Revista Portuguesa de História*, vol. xiv (1974), págs. 95 a 159 (particularmente, págs. 107 a 113, onde vem a enumeração das principais *Rechtsprechungssammlungen*).

(98) A generalizada aceitação desta regra de hermenêutica é mencionada expressamente na *Lei da Boa Ração* (§ 10.<sup>o</sup>), para fazer a respectiva condenação, apelidando-a de «inadmissível Jurisprudência» (v. *infra*, n.<sup>o</sup> 14 enota 135). Sobre o assunto, já em perspectiva histórica, v. MELLO FREIRE, *ob. cit.* § CXXX (na *td. cit.*, pág. 159; e na *trad. cit.*, págs. 188-189), JOZÉ ANASTASIO DE FIGUEIREDO, *ob. e loc. cits.* págs. 317-318; RICARDO RAYMUNDO NOGUEIRA, *ob. cit.*, págs. 255-256; CORREIA TELLES, *ob. e ed. cits.*, pág. 66; PAULO MERÊA, *Direito romano, direito tomum e boa ração*, no *loc. cit.*, pág. 542; BRAGA DA CRUZ, *Formação histórica do moderno direito privado português e brasileiro*, no *loc. cit.*, pág. 243; ALMEIDA COSTA, *Romanismo e bartolismo [...]*, no *loc. cit.*, págs. 34-35; e, do mesmo, *La présence Accurse [...]*, no *loc. cit.*, pág. 57.

(") V. designadamente ALVARO VAZ (VALASCO) (em 1588), SYLVESTRE GOMES DE MORAES (em 1706) e MANUEL GONÇALVES DA SYLVA (em 1732), nos passos já citados e transcritos *supra*, nota 87.

V., sobre o assunto, MERÊA, *ob. e loc. cits.*, pág. 543, nota 1, que acrescenta a estes o nome de JORGE DE CABEDO (v., com efeito, o passo transcrito *supra*, nota 86). À condenação da regra *odiosa limitanda* por VALASCO já CORREIA TELLES se tinha referido, no seu *Commentario [...]* à *Lei da Boa Ração* (*ed. cit.*, pág. 66).

Os autores — que são, como se vê, ínfima minoria — que condenam a regra >*odiosa limitanda, favorabilia amplianda* proclamam ao mesmo tempo, como é lógico — e como MERÊA já fez observar (*ob. e loc. cits.*) —, que a lei pátria deve ser interpretada a se *ipsa*. Diz designadamente JORGE DE CABEDO (*Practicarum ob serstationum [...]* *pars prima cit.*, *decisio CCXI*, n.<sup>os</sup> 1 e 2): «*Leges nostri regni ius commune nobis sunt, [...] Nec possunt appellari statuta [...] & ideo vna lex regni, debet potius assumere interpretationem a se ipsis (sic), quam a legibus Imperatorum*» {*cf.* *ed. cit.*, pág. 196. O sublinhado é nosso); e em termos semelhantes se exprimem SYLVESTRE GOMES DE MORAES (no passo já transcrito *supra*, nota 87) e MANUEL GONÇALVES DA SYLVA (na *ob.*, vol. e *ed. cits.*, pág. 283, i.<sup>a</sup> col. = *Ad. Ord. lib. 3. titul. 64. ad princip.*, n.<sup>o</sup> 4).

assim contra o abuso — na prática muito generalizado e expressamente apoiado por vários dos nossos praxistas — de recorrer subsidiariamente às fontes do vizinho Reino espanhol, quando o direito romano fosse insuficiente, só por si, para solucionar o caso omissis (100). Mas essas reacções foram sempre impotentes para

(100) Parece ter sido JORGE DE CABEDO (em 1602), apoiado em vários escritores estrangeiros de renome, o primeiro a sustentar entre nós o recurso às «leis do reino vizinho», «nos casos dúbios»: «*Illud etiam aduertendum est, quod in casu dubio recurrendum est ad leges regni vicini, & secundum eas iudicandum.*», *cap. olim. de consuetudine. cap. super eo. de censibus. Paul. cons. 164. volum. 2. & consil. 372. vol. I. las. in l. de quibus, n. 6. D. de legibus. Boerius decis. 263. n. 9. Bursat. cons. 46. vol. I. quos vide*» (cfr. *Praticarum observationum [...] pars prima cit dec. CCXI, n.º 8; na ed. cit., pág. 197*).

Citando este passo de CABEDO e invocando já também a autoridade de CALDAS e de VALASCO, o comentador das *Ordenações Filipinas* MANUEL BARBOSA (em 1620) não se esquece de abordar o problema em função da ligação política ao tempo existente entre Portugal e o vizinho reino de Castela, repudiando toda a submissão de Portugal, por essa via, às leis castelhanas; mas acaba por aceitar o recurso subsidiário às leis de Castela (ao que parece, embora não seja explícito) como leis do *reino vizinho*: «*An deficiente lege huius Regni, si sic aliqua lex Castellæ secundum eam sit iudicandum, cum hoc Regnum subsit Regno Castellæ ? Videtur affirmatiue respondendum iuxta tradita per Rebuff. [...] Cabed. [...] Cald. [...] Valasc. [...] cum multis sequentibus. Obstat tamen quod hoc Regnum Portugaliæ, non est vnitum accessorie Regno Castellæ, sed aque principaliter, ita vt quilibet suis legibus regatur, ac ideo considerari debent, ac si essent omnino separata [...] sed consiliari possunt, vt quando deficit lex huius Regni, possit ad leges Castellæ recurri, relictis Imperialibus*» (cfr. *Remissiones, ad lib. 3. tit. 64. ad princip. n. 16; na ed. cit., pág. 421, i.ª coi. Os sublinhados são nossos*).

MANUEL GONÇALVES DA SYLVA, no seu *Comentário às Ordenações*, depois de citar BARBOSA, CABEDO, VALASCO, SOUSA DE MACEDO, MENDES AROUCA «*et alii passim*» como adeptos do recurso subsidiário ao direito castelhano, reage energeticamente contra essa *praxe*, extraíndo das afirmações que acaba de fazer acerca do recurso ao *direito romano* prescrito pelas *Ordenações* a seguinte conclusão: «*Ex quibus corrui opinio nostrorum asserentium, quod, deficiente nostra lege Regia, recurrendum est ad leges Regni vicini, seu Castellæ, relictis Imperialibus\*, ut tenent Barbos, hic sub n. 16. Cabed. p. I. decis. 211. n. final & p. 2. decis. 25. ». 1. in fine. Valasc. de Partit. cap. 19 .n. 11. e>\* 27. Sousa de Maced. decis. 24. ». 4. in fine~ Arouca allegat. 12. n. 12. & alii passim. Hoc est enim expressè contrarium dispositioni nostri textus; ubi in defectu legis Regiæ, & consuetudinis Regni iubet observare leges Imperiales prætermisso jure Canonico, & eis deficientibus iubet observare Glossas Acursii, & opinionem Bartholi, nisi adsit opinio communis in contrarium, & in casu dubio, quod ad Principem recurratur, ut in paragraphis sequentibus. Et sic non video, cur in hoc Regno observari possint leges Castellæ,*

vencer a rotina, que só seria finalmente quebrada no terceiro quartel do século XVIII, com a difusão das ideias do jusnaturalismo racionalista e do *usus modernus pandectarum* e com a sua consagração pela Lei de 18 de Agosto de 1769, que ficou conhecida na história do nosso direito por *Lei da Boa Razão*, em virtude do repetido uso que dessa expressão se faz no respectivo texto <sup>(101)</sup>.

ii. A *Lei da Boa Razão* <sup>(102)</sup> integra-se no quadro da abundante actividade legislativa do todo poderoso Ministro de D. JOSÉ I SEBASTIÃO JOSÉ DE CARVALHO E MELLO, Marquês de Pombal; e pode inclusivamente dizer-se que é, ao lado da *Carta de Lei* que aprovou, 3 anos mais tarde, a *Reforma da Universidade* <sup>(103)</sup>, o diploma de maior pro-

tamquam Regni vicinioris, stante expressa dispositione in contrarium nostræ legis Regiæ in præsentì titulo cum providentia, & forma data ad omnia, quæ accidere possunt, & facillè declararet, quod in defectu legum Regiarum observarentur leges Castellæ, si hoc voluisset, ad tradita per Portugal de Donat. Reg. lib. 2. cap. 10. n. 108.» (cfr. ob. vol. e ed. cit., págs. 288, 2.<sup>a</sup> coi. e 289, 1.<sup>a</sup> coi. = Ad Ord. lib. 3. titul. 64. ad princip., n.º 51).

<sup>(101)</sup> Durante mais de 50 anos, foi esta lei sempre citada pelos autores — como todas as outras leis, aliás — apenas pela sua data : Lei de 18 de Agosto de 1769. Foi JOSÉ HOMEM CORREIA TELLES, em 1824, que a crismou de «Lei da Boa Razão», ao publicar a 1.<sup>a</sup> edição do seu notável *Commentario critico á Lei da Boa Razão*, em data de 18 de Agosto de 1769 que contém em apenso o *Discurso sobre a equidade, para servir de Supplemento ao Preambulo desta Lei. Servimo-nos, neste trabalho, de 2.<sup>a</sup> edição* (Lisboa, 1845).

É o próprio CORREIA TELLES, numa pequena nota preambular, quem explica: «Huma das Leis mais notáveis do feliz Reinado do Senhor D. José I, he a L. 18 de Agosto de 1769. Denomino-a a Lei da BOA RAZÃO, porque refugou as Leis Romanas, que em BOA RAZÃO não forem fundadas...» (cfr. ed. cit., pág. 2).

<sup>(102)</sup> o texto integral desta lei pode ser consultado na *Collecção da legislação portugueza desde a ultima compilação das Ordenações redegida pelo Desembargador ANTONIO DELGADO DA SILVA* (VOL. II). *Legislação de 1763 a 1774* (Lisboa, 1829), págs. 407 a 415. Vem igualmente transcrito no citado *Commentario* de CORREIA TELLES, que adopta o método de reproduzir o texto de cada um dos §§ da lei, seguido das observações pertinentes.

<sup>(103)</sup> *Carta de Lei de 28 de Agosto de 1772*, publicada no cit. volume da *Collecção* de ANTONIO DELGADO DA SILVA, págs. 605-606; e também a preceder a publicação dos *Estatutos da Universidade de Coimbra compilados debaixo da immediata e suprema inspecção de ElRei D. José I. nosso senhor, pela Junta de Providencia Literaria creada pelo mesmo senhor etc.* (Lisboa, Na Regia officina Typographica, 1772. 3 vols., in 4.<sup>o</sup>), págs. V a XI do tomo I; ou, na 2.<sup>a</sup> ed. (Lisboa, *ibidem*, 1773. 3 vols.) in 8.<sup>o</sup>), págs. V a XIII.

jecção e de mais transcendente significado, na profunda viragem ideológica verificada na linha evolutiva da história do direito português durante o consulado pombalino, dentro do espírito do século das luzes.

Não é nosso propósito entrar aqui em explicações sobre a difusão em Portugal das ideias iluministas e sobre o papel nessa difusão desempenhado por Luís ANTÓNIO VERNEY e outros *estrangeirados* e pela Congregação do Oratório — tema, aliás, amplamente tratado por consumados especialistas de história das ideias<sup>(104)</sup>.

<sup>(104)</sup> A abundantíssima bibliografia sobre o tema, publicada até 1966, pode ver-se referida na obra fundamental de ANTÓNIO ALBERTO DE ANDRADE, *Verney e a cultura do seu tempo* (Coimbra. «Acta Universitatis Conimbricensis», 1966. 1 vol. de XV + 761 págs.), particularmente no apêndice *Chave das abreviaturas da bibliografia consultada* (de págs. 691 a 727).

Na mesma obra (de págs. 453 a 491), encontrará o leitor interessado um capítulo sobre a *Bibliografia verneiana*, que recolhe 127 espécies bibliográficas, entre trabalhos do próprio VERNEY e trabalhos referentes à sua obra, particularmente os da *polémica suscitada pela publicação do livro que viria a ser como que o «evangelho» do iluminismo português, o famoso Verdadeiro método de estudar, para ser útil à Republica e à Igreja : proporcionado ao estilo e necessidade de Portugal. Exposto em varias cartas, escritas polo R. P. \* \* \* Barbadinbo da Congregasam de Italia ao R. P. \* \* \* Doutor na Universidade de Coimbra. Tomo Primeiro* (Nápoles. Ano MDCCXLVI. Com todas as licensas necessarias, etc., XIV + 322 + V págs.); e Tomo Segundo (*Ibidem. Idem*, 2 + 300 + 2 págs.).

Sobre as razões por que a obra foi impressa em Nápoles, ver a *cit. obra* de ANTÓNIO ALBERTO DE ANDRADE, pág. 172. Apreendida pela Inquisição à sua chegada a Lisboa (v. *ibidem*, pág. 173), apenas se conhece hoje um exemplar do tomo I desta 1.<sup>a</sup> edição (na Biblioteca Nacional de Nápoles) e dois exemplares do tomo II (na mesma biblioteca e na Biblioteca Nacional de Madrid), tendo sido feita, ainda no mesmo ano de 1746, uma 2.<sup>a</sup> edição—erradamente havida por 1.<sup>a</sup> até à dilucidação do problema por aquele erudito investigador, em 1966—, que é idêntica à primeira, mas dada como impressa em «Valensa, na Oficina de Antonio Balle», apesar de tudo levar a crer que foi impressa em Nápoles, como a anterior, e na mesma oficina tipográfica (v. *ibidem*, págs. 174-175 e 461). A 3.<sup>a</sup> edição, apresentada mais uma vez como impressa em «Valensa, na Oficina de Antonio Balle», com data de 1747, é uma reimpressão clandestina realizada em Lisboa, na oficina tipográfica do Convento de Santo Elói, à volta de 1751, por iniciativa do frade loio Padre MANUEL DE SANTA MARTA TEIXEIRA (v. *ibidem*, págs. 175 e 462).

Da bibliografia sobre o iluminismo português publicada depois da obra de ANTÓNIO ALBERTO DE ANDRADE, destacaremos os seguintes trabalhos : FRANCISCO VIDEIRA PIRES, *Verney e a tradição de Évora* (Coimbra, 1967. Separata das *Actas do Congresso Internacional Comemorativo do IV Centenário da Univesidade de Évora*, aliás, até agora, ainda não publicadas em volume. 1 folh., com indicação

Mas, já pode ter algum interesse salientar, para o nosso objectivo, «jue, no campo jurídico, para fazer vingar as ideias do jusnaturalismo racionalista e do *usus modernus pandectarum* — que foram a face do iluminismo no mundo do direito <sup>(105)</sup> —, mais do que empreender

de págs. 339 a 354); DOMINGOS MAURÍCIO GOMES DOS SANTOS, *A reacção de Verney mo «Furfur Logicae Verneianae»* (Coimbra, 1967. Separata das mesmas Actas. i folh., com indicação de págs. 539 a 551); ANTÓNIO COIMBRA MARTINS, verb. *Vernei*, no *Dicionário de História de "Portugal"*, vol. IV (Lisboa, 1971), págs. 271 a 279; LUÍS ANTÓNIO DE OLIVEIRA RAMOS, *Melo Freire, Verney e a Inquisição*, na revista *Bracara Augusta*, vols. XXV-XXVI (Anos de 1971 e 1972), págs. 170 a 178; DAVID WILLEMSE, *Novos dados sobre o Arcediago de Évora*, nos *Arquivos do Centro Cultural Português*, vol. V (Fundação Calouste Gulbenkian, Paris, 1972), págs. 614 a 657; e JOSÉ SEBASTIÃO DA SILVA DIAS, *O eclectismo em Portugal no século XVIII — Gênese e destino de uma atitude filosófica*, na *Revista Portuguesa de Pedagogia*, Nova série, ano VI (Coimbra, 1972), págs. 3 a 24.

(105) Eis outro tema sobre que se torna impossível dar aqui uma resenha bibliográfica exaustiva, tão numerosos são os trabalhos publicados a este respeito. Da bibliografia em língua portuguesa cumpre destacar, no entanto, além dos diversos manuais de história do direito (MERÊA, *Resumo das lições cit.*, págs. 159 a 161 ; BRAGA DA CRUZ, *História do direito português cit.*, págs. 432 a 440; NUNO ESPINOSA, *História do direito português*, ed. cit., págs. 451 a 463 ; e ANTÓNIO MANUEL HESPANHA, *Apontamentos cits.*, págs. 121 a 221), os trabalhos monográficos de MANUAL PAULO MERÊA e LUÍS CABRAL DE MONCADA respeitantes ao assunto e que são, a todos os títulos, fundamentais.

V., designadamente, da autoria de PAULO MERÊA: *Suárez-Grócio-Hobbes. Lições de História das Doutrinas Políticas feitas na Universidade de Coimbra (Curso Je licenciatura em Ciências Políticas (Coimbra, 1941. 1 vol. de 119 págs.); Escolástica e jusnaturalismo — O problema da origem do poder civil em Suárez e em Pufendorf*, no *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. XIX (1943), págs. 289 a 306.

E da autoria de CABRAL DE MONCADA: *O «Século XVIII» na legislação de Pombal*, no *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, ano IX »(1925-1926), págs. 167 a 202, e mais tarde reproduzido nos seus *Estudos de história do direito*, vol. I (Coimbra. «Acta Universitatis Conimbrigensis», 1948), págs. 833-136 (sign., págs. 86 a 91) ; *Subsídios para uma História da Filosofia do Direito <em Portugal (1772-1911) (2.ª ed. Coimbra, 1938. Separata da Revista da Universidade Je Coimbra, vol. XIII), págs. 5 a 17; Um i luminis ta português do século XVIII — Luis António Verney (Coimbra, 1941), mais tarde reproduzido no vol. III dos cits. Estudos de História do Direito (Coimbra, 1950), págs. 1 a 152 (sign. págs. 1 a 9 «e 48 a 63); e Filosofia do Direito e do Estado, Vol. I (Parte histórica) (Coimbra, 1947), particularmente os capítulos *Período bar oco* (págs. 125 a 195) e *Século XVIII e Iluminismo* (págs. 195 a 270).*

Da bibliografia estrangeira, destacaremos apenas duas obras fundamentais: PAUL KOSCHAKER, *Europa und das römische Recht (München, 1947; 2.ªed., 1953),*

directamente grandes reformas das instituições, o que importava era afeiçoar ao novo credo ideológico o esquema das fontes subsidiárias de direito. Especialmente no campo do direito privado, era tão deficiente a legislação nacional e de tal forma vasto o domínio da integração das respectivas lacunas, que bastava alterar as **Orde-nações** nesse ponto concreto para provocar uma verdadeira revolução nos quadros do direito vigente <sup>(106)</sup>.

E foi, realmente, o que se fez: — Reformas de fundo, houve-as, sem dúvida — e numerosas—, sempre que foi necessário alterar directamente a regulamentação das instituições fixadas nas leis nacionais <sup>(107)</sup> ; mas, para tudo o resto, bastou que uma só lei viesse impor novos critérios de **interpretação** e de **integração de lacunas** do direito pátrio — sem desprezar, evidentemente, o natural e indispensável complemento duma reforma da mentalidade dos juristas a quem cabia fazer, na vida de todos os dias, nos tribunais e fora deles, essa **interpretação** e essa **integração**. A reforma dos critérios de

págs. 245 a 254 (na trad. espanhola de JOSÉ SANTA CRUZ TEJEIRO, *Europa y et derecho romano*, Madrid, 1955, págs. 351 a 361); e FRANZ WIEACKER, *Privatrechts-geschichte der Neuheit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung* (Göttingen, 1952; 2.<sup>a</sup> edição, largamente ampliada, de 1967), págs. 204 a 248\* (há uma tradução espanhola da 1.<sup>a</sup> ed., que não satisfaz: *Historia del derecho privado de la Edad Moderna*, Madrid, 1957).

<sup>(106)</sup> V. GUILHERME BRAGA DA CRUZ, *Formação histórica do moderno direito-privado português e brasileiro*, no *loc. cit.*, págs. 236-237, 239 e, sobretudo, pág. 241 ; e, do mesmo, *La formation du droit civil portugais moderne et le Code Napoléon*, nos. *Annales de la Faculté de Droit de Toulouse*, tome XI, fasc. 2 (Toulouse, 1963), págs. 221-222 e 224-225; e no *Bulletin des "Études Portugaises (Institut Français au Portugal)*, nouvelle série, tome trente (1969), págs. 121-122 e 124-125.

<sup>(107)</sup> Uma enumeração bastante completa das principais reformas legislativas, do iluminismo pode ver-se em MELLO FREIRE, *ob. cit.*, §§ CI a CXI (na *ed. cit.*, págs. 113 a 123; e na *trad. cit.*, 142 a 151); e, mais sucintamente, em COELHO\* DA ROCHA, *Ensaio cit.*, §§ 256 e 257 (na *ed. cit.*, págs. 199-200).

Ao estudo concreto de algumas dessas reformas legislativas consagrou CABRAL DE MONCADA toda a segunda parte do seu *cit. ensaio sobre O «Século XVIII» na legislação de Pombal* (na *cit. ed. dos Estudos de história do direito*, págs. 105 a 124). Também fizemos referência a numerosas dessas reformas no nosso *cit. estudo sobre a Formação histórica do moderno direito privado português e brasileiro*, no *loc. cit.*, págs. 239 a 241. V. ainda MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Enquadramento histórico do Código Civil português*, no *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. XXXVII (1961), págs. 138 a 160, sign~pág. 149.

*interpretação* e *integração das lacunas* do direito nacional fez-se em 1769., pela *Lei da Boa Razão*; e a reforma da mentalidade dos juristas, seu imprescindível complemento, veio a fazer-se progressivamente, a partir de 1772, com a modificação radical do ensino jurídico levada a cabo pelos novos *Estatutos da Universidade de Coimbra* <sup>(108)</sup>.

li O problema do *direito subsidiário* é tratado pela *Lei da Boa Razão* no seu § 9.<sup>o</sup>, depois de ter regulamentado minuciosamente., nos primeiros 8 parágrafos, o problema da *interpretação autêntica das leis*, fixando os casos em que a *Casa da Suplicação* — tribunal supremo do Reino — pode e deve proferir assentos normativos <sup>(109)</sup>

<sup>(108)</sup> V. CABRAL DE MONCADA, *ob. e loc. cit.*, págs. 99 a 103; BRAGA DA CRUZ, *ob. e loc. cit.*, págs. 241 a 244; do mesmo, *La formation du droit civil portugais moderne cit.*, pág. 226 (na ed. do *Bulletin des Études Portugaises*, pág. 126); e ALMEIDA COSTA, *ob. e loc. cit.*, págs. 149-150.

Sobre a preocupação predominantemente formativa da reforma do ensino jurídico levada a cabo por POMBAL — em singular contraste com a última reforma do ensino jurídico promovida em Portugal, duzentos anos exactos depois (Decreto-Lei n.º 364/72, de 28 de Setembro)—, v. o esclarecido ensaio de ANTÓNIO MANUEL HESPANHA, *Recomeçar a Reforma Pombalina ? Da reforma dos estudos jurídicos de 1722 ao ensino do direito em 1972*, na *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, ano XIX (1972), págs. 5 a 34.

<sup>(109)</sup> Dentro do conhecido tópico da escolástica jurídica «*illius est interpretari cuius est condere*», a *interpretação autêntica das leis* foi sempre, entre nós, um privilégio do próprio monarca, que o exercia através da publicação de leis interpretativas — haja em vista as extensas interpretações da *Lei Mental* proferidas pelo próprio rei D. DUARTE (autor daquela lei) e por D. AFONSO V e depois reproduzidas nas *Ordenações Manuelinas* (II, 17, 7 a 25 )e nas *Filipinas* (II, 35, 9 a 27) — ou «em Relação», isto é, quando presidia às sessões dos tribunais superiores.

I — Com a complexidade crescente da administração, foi decaindo o uso de o monarca presidir pessoalmente às sessões dos tribunais ; e houve necessidade de encontrar outra solução para o problema da *interpretação autêntica*. Por iniciativa de D. MANUEL I, foram os poderes do Rei, nesse domínio, como que transferidos para o próprio tribunal supremo do Reino (*Casa da Suplicação*), mantendo o monarca, apenas, como da sua competência reservada, a interpretação daquelas dúvidas sobre cujo esclarecimento a *Casa da Suplicação* se mantivesse hesitante e que o respectivo Regedor, por isso mesmo, entendesse deverem ser levadas à apreciação régia.

A lei onde esta delegação de poderes foi estatuída *ÇAlvará de 10 de Dezembro de 1518*) foi depois ampliada e transcrita nas *Ordenações Manuelinas* (V, 58, i), com o seguinte teor: «E assi Auemos por bem, que quando os Desembargadores.

e aproveitando o ensejo para pôr cobro aos abusos a esse respeito

que forem no despacho d'algui feito, todos, ou alguü déliés teuerem algüa duuida em algüa Nossa Ordenaçam do entendimento delia, vam com a dita duuida ao Regedor, o qual na Mesa grande com os Desembargadores que lhe bem parecer a determinar, e segundo o que hi for determinado se poerá a sentença. E se na dita Mesa forem isso mesmo em duuida, que ao Regedor pareça que he bem de No-lo fazer saber, pera a Nós loguo determinarmos, No-lo fará saber, pera Nós nisso Prouermos. E os que em outra maneira interpretarem Nossas Ordenaçoes, ou derem sentenças em alguü feito, tendo alguü delles duuida no entendimento da dita Ordenaçam, sem hirem ao Regedor como dito he, seram suspensos atee Nossa Merce. E a determinaçam que sobre o entendimento da dita Ordenaçam se tomar, mandará o Regedor escreuer no liurinho pera despois nom viir em duuida» (cfr. cit. ed. de Coimbra, 1797, vol. V, pág. 195). As interpretações assim fixadas e devidamente registadas «no livrinho» (*livro dos assentos*) depressa tomaram o nome de «assentos»; e tinham um valor normativo em tudo idêntico ao das próprias leis interpretadas.

II — As *Ordenações Filipinas* transcreveram quase *ipsis verbis* esta lei, com alteração apenas da ordem das três últimas frases, mudando-a, no entanto, para o Livro I, tít. 5.º (*Dos Desembargadores da Casa da Supplicação*), onde constitui o § 5.º. Mas, além destes assentos por efeito de dúvidas de interpretação levantadas pelos desembargadores — que continuariam sempre a ser a primeira e mais importante modalidade de «assentos» (os «assentos» por antonomásia) —, referem as *Ordenações Filipinas* (no Liv. I, tít. 4.º, § 1.º) uma nova modalidade, que entretanto havia sido criada por uma lei de D. João III, o *Regimento do Chanceler-mór*, de 10 de Outubro de 1534(v. *Synopsis Chronologica* cit., tomo I, págs. 350-351), que já DUARTE NUNES de LEÃO fizera incluir na sua colecção de *Leis extravagantes* (Parte I, tít. 2.º, lei 1; na cit. ed. de Coimbra, 1796, págs. 15 e segs.): são os assentos por efeito de glosas do Chanceler, ou seja, das dúvidas levantadas pelo Chanceler, no momento de selar as sentenças do tribunal, quanto à respectiva legalidade, por lhe parecerem <ladas contra texto expresso das *Ordenações* ou do direito romano (aí aplicado — entenda-se— a título subsidiário). Transcrevendo quase *ipsis verbis* o § 2.º do citado *Regimento* de 1534, dizem a esse respeito as *Ordenações Filipinas*: «Titulo IV. Do Chancelier da Casa da Supplicação : 1. Ao dito Chancelier pertence ver com boa diligencia todas as Cartas e sentenças, que passarem pelos Desembargadores da dita Casa, antes que as selle. E vendo pela decisão da Carta, ou sentença, que vai expressamente contra as *Ordenações*, ou direito, sendo o dito erro expresso, per onde conste pela mesma Carta, ou sentença, ser em si nulla, a não sellará, e pôr-lhe-há sua glosa, e a levará á Relação, e fallará com o Desembargador, ou Desembargadores, que a tal Carta, ou sentença passarão. E se entre o dito Chancelier e Officiaes, que o tal desembargo assinarão, houver sobre a dita glosa differença, determinar-se-ha perante o Regedor com os Desembargadores, que para isso lhe parecerem necessarios, e passará como pela maior parte delles for determinado. E tanto que o dito Chancelier propozer a glosa, se apartará, como se apartão os Desembargadores que nas taes sentenças e Cartas forão; e não será

cometidos até então pela *Relação do Porto* e pelas *Relações Ultrama-*

presente ao votar sobre ella, para que os Desembargadores, que as houverem de determinar, o fação livremente, como lhes parecer justiça. E isto haverá lugar, assi nas Cartas e sentenças, que forem desembargadas em Relação, como nas que per hum, ou dous, ou mais passarem» (cfr. 9.<sup>a</sup> ed. de Coimbra, 1824, tomo I, págs. 30-31. Os sublinhados são nossos).

III — Ao lado destas duas primeiras modalidades de *assentos*, uma terceira iria surgir, já em pleno período de vigência das *Ordenações Filipinas*, por força do § 8.<sup>o</sup> da *Carta Régia* de 7 de Junho de 1605, expedida por FILIPE II DE PORTUGAL. (III de Espanha), de Valladolid, e dirigida a D. DIOGO DE CASTRO, Regedor da Casa da Suplicação : a dos assentos para definição de «estilos» antigos da Casa da Suplicação, Eis o teor desse novo dispositivo legal: «VIII. E porque convém e importa muito, que os estilos antigos da dita Casa da Supplicação se guardem, sem se permittir introduzirem-se outros de novo, nem praticas particulares, assim no despacho dos feitos, como no fazer das audiências, encomendo e encarrego muito ao Regedor, e Chancelier delia, que procurem saber, e averiguar bem, quaes são os ditos estilos antigos, informando-se para isso dos Officiaes de mais pratica e experiencia ; e que os façam inviolavelmente guardar e conservar ; e que movendo se sobre elles alguma duvida, ou alteração, ouvidos os Ministros antigos da dita Casa, e ainda os que servirem fóra delia, que delles tenham conhecimento, se tome na Mesa Grande, perante o Regedor, a resolução que parecer que mais convém d boa administração da justiça; e se faça disto assento no Livro da Relação, para d'ahi por diante se guardar assim, e se não tornar a dar na mesma duvida». Cfr. *Collecção chronologica de legislação portugueza compilada e anotada por JOSÉ JUSTINO DE ANDRADE E SILVA*, 1.<sup>o</sup> vol. (1603-1612) (Lisboa, 1854), págs. 130-131; também transcrito por CORREIA TELLES no seu cit. *Commentario* [...] á *Lei da Boa Ração*, ed. cit., pág. 15 (os sublinhados são nossos).

IV — A *Lei da Boa Ração* confirmou a autoridade da Casa da Suplicação para proferir assentos normativos nos três casos já admitidos pelo direito anterior, falando sucessivamente dos assentos por efeito de glosas do Chanceler (§ 1.<sup>o</sup>) — para os quais estabelece um regime diferenciado, consoante a glosa recaiu sobre uma decisão proferida contra as Ordenações ou leis do Reino (§ 2.<sup>o</sup>) ou sobre uma decisão proferida contra «direito expresso» (direito romano) (§ 3.<sup>o</sup>) —, dos assentos por efeito de dúvidas dos desembargadores (§ 4.<sup>o</sup>) e dos assentos para definição de «estilos» da Casa da Suplicação (§ 5.<sup>o</sup>), determinando ao mesmo tempo, noutro lugar (§ 14.<sup>o</sup>), que não-valham como «estilos da Corte», para efeitos do disposto na Ordenação (III, 64, pr.), senão os que se acharem «estabelecidos, e approvados pelos sobreditos Assentos da Casa da Supplicação» (v. *infra*, nota 115); e criou, além destas três modalidades de assentos, uma quarta modalidade, a dos assentos por efeito de dissidência entre os advogados dos litigantes quanto ao entendimento da lei aplicável (§ 6.<sup>o</sup>): «Item: Mando, que não só quando algum dos Juizes da Causa entrar em duvida sobre intelligencia das Leis, ou dos estilos, a deva propor ao Regedor para se proceder a decisão delia por Assento na fórmula das sobreditas Ord., e Reformação; mas que

*rinas* (Goa, Bahia e Rio de Janeiro), cujos assentos, daí em diante,

também se obserVe igualmente o mesmo, quando entre os Advogados dos Liti-gantes se agitar a mesma duvida; pertendendo o do Author, que a Lei se deva entender de hum modo; e pertendendo o do Reo, que se deva entender de outro modo. E nestes casos terá o Juiz Relator a obrigação de levar os Autos á Rela-ção, e de propôr ao Regedor a sobredita controversia dos Advogados, para sobre ella se proceder na forma das ditas Ordenações, e Reformação delias, a Assento, que firme a genuina intelligencia da Lei antes que se julgue o direito das partes». Servimo-nos do texto transcrito por CORREIA TELLES, no seu cit. *Commentario critico* (2.<sup>a</sup> ed., Lisboa, 1845), págs. 17-18.

Reconhecendo, porém, que este dispositivo legal se podia prestar a abusos por parte da chicana dos advogados, a *Lei da Boa Razão* cominava, logo em seguida (§ 7.<sup>o</sup>), penas severas contra os infractores: «Item: por quanto a experiencia tem mostrado que as sobreditas interpretações dos Advogados consiste ordinaria-mente em raciocínios frivolos, e ordenados mais a implicar com sofismas as ver-dadeiras disposições das Leis, do que a demonstrar por ellas a justiça das partes: Mando, que todos os Advogados que commetterem os referidos attentados, e forem nelles convencidos de dolo, sejam nos Autos, a que se juntarem os Assen-tos, multados, pela primeira vez em 50^000 réis para as despesas da Relação, e em seis mezes de suspensão ; pela segunda vez em privação dos grãos, que tiverem da Universidade; e pela terceira vez em cinco annos de degredo para Angola, se fizerem assignar clandestinamente as suas Allegações por diferentes pessoas; incorrendo na mesma pena os assignantes, que seus nomes emprestarem para a violação de Minhas Leis, e perturbação do soccego publico dos Meus Vassallos». Cfr. *ibidem*, págs. 18-19.

V — O *Assento* de 16 de Fevereiro de 1786, finalmente, fornece-nos exemplo duma quinta e última modalidade de *assentos* que nem as *Ordenações* nem a *Lei da Boa Razão* tinham previsto : os *assentos* por efeito de ordem régia, transmitida por «aviso» dum *Secretário de Estado*. No caso concreto, foi a *Casa da Suplicação* solicitada, em nome da Rainha, por um *Aviso* de 26 de Janeiro, «assignado pelo Visconde de Villa Nova de Cerqueira, Secretario de Estado dos Negocios do Reino», a proferir *assento* sobre três questões suscitadas na interpretação do *Alvará de Lei* de 9 de Novembro de 1754, acerca da transmissão hereditária da *posse dos bens alodiais, dos bens vinculados e dos bens emprazados* — ao que de contínuo procede, fixando doutrina sobre cada um desses pontos. V. *Collecção chronologica dos assentos das Casas da Supplicação, e do Cível* (Coimbra. Na Real Imprensa da Universidade. Anno de MDCCLXXXI), págs. 568 a 573.

— A *Collecção chronologica* que acabamos de citar abrange apenas os *assentos* proferidos na vigência das *Ordenações Filipinas*, isto é, desde 1603. Fez-se dessa *Collecção* uma *Segunda Edição, augmentada com 33 Assentos, e diligentemente emen-dada dos frequentes erros e faltas da primeira* (Coimbra: Na Real Imprensa da Univer-sidade. 1817), que acrescenta à anterior os *assentos* proferidos desde 1792 a 1817.

Os *assentos* proferidos na vigência das *Ordenações Manuelinas* (de 1521 a 1603) devem procurar-se nas obras dos nossos casuístas do séc. XVI, designadamente

:só teriam valor normativo se fossem confirmados pela Casa da Suplicação<sup>(110)</sup>.

ANTONIO DA GAMA (*Decisiones cits.*, 1578), ALVARO VAZ (OU VALASCO) (*Decisionum [...] libri duo cits.*, 1588 e 1601) e, sobretudo, JORGE DE CABEDO (*Pratirum observationum sive decisionum [...] pars prima cit.*, 1602; e *pars secunda cit.*, 1604); ou, então, nas duas seguintes obras do século XVII e do século XVIII:

a) *Domus Supplicationis Curia Lusitana Ulyssiponensis Magistratus styli, Supremique Senatus Consulta, auctore doctore JOANNE MARTINS A COSTA (Ulyssipone, M.DC.XCII)*. A págs. 119 e segs. desta edição (que é a 2.<sup>a</sup>, tendo a primeira saído em 1622), transcrevem-se os Assentos da Kelaçam, do livro ultimo, que se. chama 0 Livro Verde, que mandou assinar, & numerar 0 Kegeдор da Casa da Supplicação Joam da Sylva, pelo Doutor Heitor de Pina, em Evora a 22 de Mayo de iJ7), publicação que abrange, até págs. 144, numerosos assentos anteriores a 1603.

b) *Discurso juridico XII. a Orden. Liv. L Tit. V. §. V, e Ley de 18. de Agosto de 1769. § I, e seguintes. Sobre os assentos da Ca%a da Supplicação, e suas deci^pens, e espiritos. Tomo II (Lisboa. Na Oficina de Antonio Gomes. Anno M.DCC.LXXXIX)*. Esta obra forma, de facto (com epigrafe distinta), o volume II dos *Discursos juridicos em que se contém varias materias uteis aos principiantes com os assentos da Casça da Supplicação [...] por FRANCISCO DE ALMEIDA e AMARAL BOTTELHO (Lisboa. Na officina de Antonio Gomes, Anno M.DCC.LXXXX)*.

Com o advento do constitucionalismo, a Casa da Suplicação deixou de proferir .assentos, embora a substituição desse alto tribunal pelo Supremo Tribunal de Justiça ^(anunciada pelo artigo 191.<sup>o</sup> da Constituição de 1822 e pelo artigo 130.<sup>o</sup> da Carta Constitucional de 1826) só tenha vindo a concretizar-se com a Reforma Judiciária de JOSÉ XAVIER MOUZINHO DA SILVEIRA (Decreto n.<sup>o</sup> 24, de 16 de Maio de 1832, artigo 4.<sup>o</sup>) e com a entrada em funcionamento deste novo tribunal, sob a presidência de JOSÉ DA SILVA CARVALHO, em 23 de Setembro de 1833.

Sobre os assentos da Casa da Suplicação, ver: MANUEL BARBOSA, *Remissiones [...] in librum primum, secundum et tertium Ordinationum cits.*, Ad *Ordinat*, lib. I. tit. 5. §. V (na ed. de 1620, págs. 12-13); EMMANUELIS ALVAREZ PEGAS. [...] *Commentaria ad Ordinationes Regni Portugallia [...]*, tomus secundus (cuja i.<sup>a</sup> ed. é de 1670), Ad *Ord. Lib. I. tit. 4. §. 1* (na ed. de 1729, págs. 322-323) e Ad *Ord. Lib. I. tit. 5. § 5* (na mesma ed., págs. 381 a 385); MELLO FREIRE, *ob. cit.*, § CXXVII (na ed. cit., págs. 154-15 5; e na trad. cit., págs. 183-184); CORREIA TELLES, *ob. e ed. cit.*, págs. 8 a 23; BORGES CARNEIRO, *ob. e vol. cits.*, § 7.<sup>o</sup>, págs. 20 a 22; COELHO DA ROCHA, *Ensaio, ed. cit.*, pág. 199; MERÉA, *Resumo das lições cit.*, págs. 145-146; BRAGA DA CRUZ, *História do direito português cit.*, págs. 408 e 442; do mesmo, *Formação histórica do moderno direito privado, no loc. cit.*, págs. 244 a 246; NUNO ESPINOSA GOMES DA SILVA, *Lições cits.*, págs. 404-405 e 467; ANTÓNIO MANUEL HESPANHA, *Apointamentos cits.*, págs. 105-106 e 244 a 246; e JOHANNES-MICHAEL SCHOLZ, *ob. e loc. cits.*, págs. 112-113 e 138 e segs.

<sup>(110)</sup> Foi exclusivamente à Casa da Suplicação que D. MANUEL concedeu a faculdade de proferir assentos normativos; e a ela exclusivamente foi também que

O aspecto mais curioso da famosa lei de 1769, em matéria de *direito subsidiário*, é o da forma hábil como põe o problema, pois

as *Ordenações Filipinas* confirmaram e ampliaram esses poderes e que a *Carta Régia* de 7 de Junho de 1605 reconheceu a faculdade de transformar em *assentos* os seus «estilos» (v. nota anterior).

Sucedeu, porém, que a *Casa do Cível*—tribunal de 2.<sup>a</sup> instância que funcionava em Lisboa e que conhecia dos *recursos cíveis* interpostos das sentenças proferidas em qualquer lugar do Reino onde não se achasse a Corte e dos *recursos crimes* interpostos de sentenças proferidas em Lisboa e no seu termo — foi transferida para o Porto no tempo de FILIPE I, por uma *Lei* de 27 de Julho de 1582., na sequência, aliás, de instâncias que vinham de longe, pois já no tempo de D. AFONSO V, de D. JOÃO II e de D. JOÃO III (Cortes de Évora de 1535) os povos das províncias de Entre-Douro-e Minho, de Trás-os-Montes e da Beira se haviam queixado dos graves transtornos que padeciam com serem obrigados a pleitear em Lisboa todas as suas apelações e agravos. E esta nova *Casa do For to* ou *Relação do Porto* — como passou a ser designada — ficou a gozar, em relação às comarcas do Norte (províncias de Entre-Douro-e-Minho e Trás-os-Montes e província da Beira, com excepção da comarca de Castelo Branco, «por ficar mais perto da Casa da Supplicação», e dos «aggravos dos feitos cíveis, que saírem dante o Conservador da Universidade de Coimbra»), quase da mesma amplitude de competência que a *Casa da Supplicação* em relação às comarcas do Sul: julgaria em segunda e última instância todos os *recursos crimes* procedentes daquelas comarcas e todos os *recursos cíveis* da mesma procedência que coubessem dentro da alçada de 100\$000 réis (estando em causa valores mobiliários) ou de 80\$000 réis (estando em causa bens de raiz); e só nas *causas cíveis* que excedessem essa alçada (depois triplicada, pela *Lei* de 26 de Julho de 1696) haveria ainda recurso das suas decisões para a *Casa da Supplicação* (v. *Ordenações Filipinas*, I, 37, pr. e §§ 1.<sup>o</sup> e 2.<sup>o</sup>; e I, 38; JOZÉ ANASTASIO DE FIGUEIREDO, *Synopsis chronologica cit.*, tomo II, pág. 198; COELHO DA ROCHA, *ob. e ed. cit.*, pág. 194; LUIZ AUGUSTO REBELLO DA SILVA, *Historia de Portugal nos séculos XVII e XVIII*, tomo V (Lisboa, 1871), págs. 423-424; BRAGA DA CRUZ, *ob. cit.*, pág. 409; MARCELLO CAETANO, v. *Casa do Cível*, na *Verbo* — *Enciclopédia Luso-Brasileira de Cultura*; e NUNO ESPINOSA, *ob. cit.*, págs. 405-406).

Em face de tão ampla autonomia, entenderam os desembargadores da *Casa do Porto* que deviam arrogar-se o direito de proferir *assentos normativos*, à semelhança da *Casa da Supplicação* e apesar de nenhum texto lhes reconhecer tal faculdade,, o mesmo tendo feito depois, com o andar do tempo, as *Relações* sucessivamente criadas no Ultramar, em Goa (1544), na Bahia (1609) e no Rio de Janeiro (1751); e foi a esse abuso que a *Lei da Boa Razão* agora veio pôr cobro, prescrevendo-expressamente no seu § 8.<sup>o</sup>: «Item: Attendendo a que a referida Ord. L. 1. Tit. 5. §.5. não foi estabelecida para as *Relações* do Porto, Bahia, Rio de Janeiro e Índia, mas sim, e tão sómente para o Supremo Senado da *Caza da Supplicação* : E attendendo a ser manifesta a diferença, que ha entre as ditas *Relações Subalternas*, e a *Suprema Relação de Minha Corte*; [...] Mando, que dos *Assentos*, que sobre

que — à parte o golpe mortal que noutro lugar vibrará à *Glosa de Acúrsio* e às *Opiniões de Bártolo* e à aplicação do *direito canónico* nos tribunais civis <sup>(m)</sup> — reduz tudo, fundamentalmente, a uma questão de correcto entendimento e observância do disposto nas *Ordenações*. Com efeito, as considerações em que o legislador se espraia, antes de entrar na parte dispositiva do texto, giram apenas em volta deste facto singelo : — As *Ordenações*, quando remeteram a regulamentação dos casos omissos para as leis aí denominadas «imperiais», estabeleceram a esse respeito uma limitação importante, nas palavras finais da respectiva disposição, ao dizerem expressamente «*as quaes Leis Imperiaes mandamos sómente guardar pola boa rasção, em que são fundadas*» <sup>(112)</sup>; e sucedeu que os doutrinadores e os tribunais nunca ligaram a devida importância a essa limitação, cometendo permanentemente dois abusos inqualificáveis: o de, umas vezes, esquecerem as *leis pátrias*, para fazerem uso exclusivo das *leis romanas*; e o de, outras vezes, applicarem indiscriminadamente as *leis romanas*, sem averiguar

as intelligencias das Leis forem tomadas em observanda desta nas sobreditas Relações Subalternas; ou seja por effeito das glosas dos Chancelleres; ou seja por duvidas dos Ministros; ou seja por controversias entre os Advogados; haja recurso á Casa da Supplicação, para nella na presença do Regedor se aprovarem, ou reprovarem os sobreditos Assentos por effeitos das contas, que delles devem dar os Chancelleres das respectivas Relações, onde se tomarem. [...]». O texto prossegue, para determinar que este recurso deve obrigatoriamente ser interposto pelos Chancelleres das Relações subalternas, para na *Supplicação* «se tomarem os respectivos Assentos definitivos na forma da Ord. L. I. Tit. 5. §. 5»; e que, «no caso em que as partes prejudicadas nos sobreditos Assentos das Relações Subalternas quizerem também delles aggravar para a mesma Casa da Supplicação, o poderão fazer livremente, e nella lhes será diferido por Assentos tomados em presença do Regedor, na sobredita forma» (cfr. CORREIA TELLES, *ob. e ed. cits.*, págs. 24-25).

Depois desta medida, só há notícia de mais dois assentos da *Relação do Porto* : um, com data de 23 de Agosto de 1791 (v. *Appendix da cit. Collecção*, págs. 1 a 3; e 2.<sup>a</sup> ed. da mesma, págs. 479 a 481); e outro, com data de 30 de Abril de 1814, que a *Casa da Supplicação* confirmou em 5 de Julho do mesmo ano (v. cit. 2.<sup>a</sup> ed., págs. 525 a 527).

A isto importa só acrescentar que o tribunal da *Relação do Rio de Janeiro* foi elevado à dignidade de *Casa da Supplicação*, para o Brasil, por Alvará de 10 de Maio de 1808, passando implicitamente a gozar da mesma competência da *Casa da Supplicação de Lisboa* em matéria de interpretação autêntica por meio de assentos. V. CORREIA TELLES, *ob. e ed. cits.*, págs. 25-26; MERÊA, *Resumo das lições cit.*, pág. 146; BRAGA DA CRUZ, *ob. cit.*, págs. 409-410; e NUNO ESPINOSA, *ob. e loc. cits.*;

(m) V. *infra*, notas 126 e 128.

(112) Cfr. *supra*, notas 69 e 80.

se «são fundadas naquella *boa razão*, que a sobredita Ordenação do Reino determina por unico fundamento para as mandar seguir» <sup>(113)</sup>.

Para o legislador pombalino, tudo se resume, bem feitas as contas, em pôr cobro a este duplo abuso e em restituir ao seu verdadeiro sentido aquele texto das *Ordenações* referente ao direito subsidiário; e, por isso, ao passar das considerações preliminares para a parte dispositiva da lei, limita-se o legislador a promulgar duas medidas fundamentais: uma, a proibir terminantemente a utilização de quaisquer outros «textos» ou de «authoridades de alguns Escritores», enquanto houver *Ordenações, Leis pátrias* ou *usos do Reino* <sup>(114)</sup>— *usos* que noutro lugar indicará a que requisitos devem obedecer para possuírem valor vincutivo <sup>(115)</sup> —;

<sup>(113)</sup> Eis, na íntegra, o preâmbulo do referido § 9.º da *Lei da Boa Razão*: «Item: Sendo-me presente, que a Ord. L. 3. Tit. 64 no Preambulo, que mandou julgar os casos omissos nas Leis Patrias, estilos da Corte, e costumes do Reino, pelas Leis que chamou Imperiaes, não obstante a restrição, e limitação finaes do mesmo Preambulo contheúdas nas palavras = *As quaes Leis Imperiaes mandamos somente guardar pela boa razão em que são fundadas* = ; se tem tomado por pretexto, tanto para que nas Allegações, e Decisões se vão pondo em esquecimento as Leis Patrias, fazendo-se uso sómente das dos Romanos; como para se argumentar, e julgar pelas ditas Leis de Direito Civil geral, e indistinctamente, sem se fazer differença entre as que são fundadas naquella *boa razão*, que a sobredita Ord. do Reino determina por unico fundamento para as mandar seguir; e entre as que, ou tem visivel incompatibilidade com a boa razão; ou não tem razão alguma, que possa sustentallas; ou tem por unicas razões, não só os interesses dos differentes partidos, que nas revoluções da Republica, e do Imperio Romano, governarão o espirito dos seus prudentes, e Consultos, segundo as diversas facções, e seitas que seguirão; mas também tiverão por fundamento outras razões assim de particulares costumes dos mesmos Romanos, que nada podem ter de communs com os das Nações, que presentemente habitão a Europa, como superstições proprias da gentildade dos mesmos Romanos, e inteiramente alheias da christandade dos séculos, que depois delles se seguirão: Mando [.....].» Cfr. CoRREIA TELLES, *ob. e ed. cit.*, págs. 26-27. Ver continuação do mesmo texto na nota imediata.

<sup>(114)</sup> «Mando por huma parte, que debaixo das penas ao diante declaradas se não possa fazer uso nas ditas Allegações, e Decisões, de Textos, ou de authoridades de alguns Escritores, em quanto houver Ordenações do Reino, Leis Patrias, e Usos dos Meus Reinos legitimamente approvados também na fôrma abaixo declarada: E Mando pela outra parte [.....]» (cfr. *ibidem*, pág. 27). Ver continuação do texto legislativo na nota 122.

<sup>(115)</sup> Efectivamente, noutro lugar da *Lei da Boa Razão* (§ 14.º), procura o legislador pombalino esclarecer em que medida os «estilos da Corte» e os «cos-

e outra, a arvorar em supremo critério de integração das lacunas do direito nacional aquela *boa razão* que o texto das *Ordenações*

itumes do Reino» — apontados pelas *Ordenações*, em pé de igualdade com as leis pátrias, como fontes imediatas de direito (v. *supra*, n.<sup>o</sup> 6 e notas 49 e 50; n.<sup>o</sup> 8 e nota 65 ; e n.<sup>o</sup> 9 e nota 80) — devem continuar a ser observados, estabelecendo-se, quer para um caso quer para o outro, medidas fortemente restritivas. Assim:

a) A respeito dos «estilos da Corte», prescreve-se que só valham como tais •os que forem estabelecidos e aprovados através de «assentos da Casa da Supplicação» (v., sobre estes, *supra*, nota 109), o que equivale, como é óbvio, a cortar cerce todo o valor normativo autónomo que lhes reconheciam as *Ordenações*: os que tiverem valor legislativo têm-no por serem «assentos» — e, como tais, o teriam sempre— e não por serem «estilos da Corte» (V. uma curiosa aplicação desta nova doutrina no *Assento da Casa da Supplicação* de 20 de Dezembro de 1783, na ed. cit. da *Collecção chronologica dos assentos das Casas da Supplicação, e do Cível*, págs. 566-567).

b) Mais significativo, porém, ainda, é o que se prescreve quanto ao «costume»: — As *Ordenações*, como vimos (*supra*, nota 65), tinham-se limitado a acen-tuar a validade, no mesmo plano, do *costume geral* e do *costume local* («costume em os ditos Reinos, ou em cada huma parte delles longamente usado») e a exigir -que ele fosse «tal, que per Direito se deva guardar», fugindo assim à dificuldade de iixar os requisitos concretos a que o costume devia obedecer para ter valor de fonte «imediate de direito — problema que ficava, portanto, nas mãos dos juriconsultos c nos seio dos quais estava longe de ter uma solução uniforme. Pondo cobro às incertezas e especulações que daqui resultavam, a *Lei da Boa Razão* vem agora fixar, muito concretamente, os requisitos a que o «costume» deve obedecer para ser considerado «tal, que per direito se deva guardar», estabelecendo a esse res-peito um condicionalismo muito mais apertado do que o até então admitido pela •opinião dominante:

— Antes de mais, deverá o «costume» ser conforme à «boa razão», o que está agora longe de querer significar a antiga exigência de o «costume» ser *racional*—no sentido de «dirigido ao bem comum» (v. *supra*, nota 65) —, antes correspondendo à exigência, muito específica, da sua concordância com a *recta razão* (*recta ratio*) que está na base de toda a doutrinação da *escola jusnaturalista* («ser conforme às boas razões, que deixo determinado que constituão o espirito das Minhas Leis», •como expressivamente diz o legislador pombalino).

— Em segundo lugar, deverá o «costume» não ser contrário à lei escrita, ficando assim banido o «costume *contra legem*» e admitido somente o «costume *secundum legem*» e o «costume *praeter legem*», o que representa igualmente uma importante modificação do regime anterior, segundo o qual o «costume» podia revogar a própria lei, exigindo-se para tanto, apenas, que tivesse um prazo mais longo de vigência (normalmente *quarenta anos*) (v. *supra*, nota 65).

— E em terceiro lugar e finalmente, deverá o «costume» ter mais de cem anos, de existência, o que também excede em muito as exigências da antiga doutrina, que se contentava, por via de regra, com a duração de dez anos, para o «costume

já tinha determinado «que fosse na praxe ue julgar subsidia-  
ria»<sup>(116)</sup>.

Aqui residia, porém, todo o carácter inovador — para não  
dizer revolucionário — da Lei de 18 de Agosto de 1769: — É que,

*secundum legem*» e «*praeter legem*», e quarenta anos para o «*costume contra legem*»-  
(v. *supra*, nota 65).

Eis o texto da *Lei da Boa Razão*, a este respeito (§ 14.º): «Item: Porque a  
mesma Ord. e o mesmo preambulo délia, na parte em que mandou observar os\*  
Estilos da Corte, e os costumes destes Reinos, se tem tomado por outro nocivo-  
pretexto para se fraudarem as Minhas Leis; cobrindo-se as transgressões delias,,  
ou com as doutrinas especulativas e praticas dos diferentes Doutores, pue escre-  
verão sobre costumes, estilos; ou com Certidões extrahidas de alguns Audito-  
rios: declaro que os Estilos da Corte devem ser sómente os que se acharem estabelecidos,  
e approvados pelos sobreditos Assentos da Casa da Supplicação : e que o costume deve  
ser sómente o que a mesma Lei qualifica nas palavras = longamente usado, e tal,,  
que por direito se deva guardar: = cujas palavras Mando que sejam sempre enten-  
didas no sentido de concorrerem copulativamente a favor do costume, de que se tratar,,  
os três essenciaes requisitos: de ser conforme ás boas rabões, que deixo determinado que  
constituão o espirito de Minhas Leis: de não ser a ellas contrario em cousa alguma: e de ser-  
tão antigo, que exceda o tempo de cem annos. Todos os outros pertencos costumes  
nos quaes não concorrem copulativamente todos estes três requisitos, Reprovo  
e Declaro por corruptellas, e abusos: prohibindo que se alleguem, ou por elles-  
se julgue, debaixo das mesmas penas assima determinadas, não obstante todas,  
e quaesquer disposições, ou opiniões de Doutores, que sejam em contrario: e repro-  
vando como dolosa a supposição notoriamente falsa, de que os Principes Sobe-  
ranos são, ou podem ser sempre, informados de tudo o que se passa nos foros  
contenciosos em transgressão das suas Leis, para com esta supposição se pretextar  
a outra igualmente errada, que se presume pelo lapso do tempo o consentimento,,  
e approvação, que nunca se extendem ao que se ignora; sendo muito mais natural  
a presumpção, de que os sobreditos Principes castigar ião antes os transgressores,  
das suas Leis, se houvessem sido informados das transgressões delias nos casos  
occorrentes» (cfr. CORREIA TELLES, *ob. e ed. cits.*, págs. 86-87. Os sublinhados-  
são nossos).

Sobre estas disposições da *Lei da Boa Razão* a respeito dos estilos da Corte e  
do costume, v. MELLO FREIRE, *ob. cit.*, § CVII, *in fine* (na *ed. cit.*, pág. 120; e na *trad.*  
*cit.*, pág. 149); JOZÉ ANASTASIO DE FIGUEIREDO, *ob. cit.*, § XLVII (no *cit. tomo I*  
*das Memorias de Litteratura Portugueça*, págs. 319-320); CORREIA TELLES, *ob. e*  
*ed. cits.*, págs. 87 a 90; e BORGES CARNEIRO, *ob. e vol. cits.*, § 15, págs. 56 a 58.  
Mais recentemente e já em perspectiva histórica, v. PAULO MERÊA, *Resumo das*  
*lições cit.*, pág. 162; BRAGA DA CRUZ, *História do Direito Português cit.*, pág. 442;  
NUNO ESPINOSA, *Lições cits.*, págs. 467-468 (texto e nota 2); e ANTÓNIO MANUEL  
HESPANHA, *Apointamentos cits.*, pág. 250.

<sup>(116)</sup> V. o texto integral desta segunda parte do § 9.º da *Lei da Boa Razão*>  
*nfra*, nota 122.

para além do que havia de arrojado em interpretar desta maneira :as *Ordenações* — pois o texto destas, rigorosamente, não proclamara a subsidiariedade da *boa razão* em si, mas sim a do *direito romano* por se presumir fundado nela <sup>(117)</sup> —, vai o legislador pombalino permitir-se explicar, ele próprio, o que o legislador das *Ordenações* não chegara a explicar, ou seja, o que deve entender-se, para estes efeitos, pelo termo *boa razão*; e é então que aproveita o ensejo para, como soe dizer-se, «encher de vinho novo os odres velhos», injectando nas encanecidas estruturas do direito português todo o pensamento racionalista e iluminista da *escola do direito natural* e do «*usus modernus pandectarum*».

Aquela *boa razão* de que as *Ordenações* tinham acidentalmente falado no sentido corrente da expressão — como equivalente de *razão natural* ou *justa razão* <sup>(118)</sup> — passa agora a ser, em toda a sua pujança e arrogância, a *recta ratio* dos jusnaturalistas, arvorada em supremo padrão da justiça e da felicidade dos povos. O legislador pombalino vai cuidar, primeiro, de proclamar o que a *boa razão* não é, determinando que não mais possa aceitar-se como tal a «*authoridade extrinseca*» dos textos de *direito romano* <sup>(119)</sup> e cortando cerce, dessa maneira, a aceitação generalizada e indiscriminada que durante séculos o *Corpus Iuris Civilis* tivera entre nós como fonte subsidiária; e passa, depois disso, a proclamar o que por *boa razão* deve entender-se, sintetizando em três pontos fundamentais o critério que futuramente deveria seguir-se na sua determinação:

a) Por *boa razão* deveria entender-se, em primeiro lugar — segundo as próprias palavras da lei—, aquela «que consiste nos primitivos Principios, que contém verdades essenciaes, intrinsecas e inalteráveis, que a ethica dos mesmos Romanos havia estabelecido, e que os Direitos Divino, e Natural formalisarão para servirem de regras Morais, e Civis entre o Christianismo» <sup>(120)</sup>; e por estas palavras se reabilitava — mas, agora, só em parte — o *direito romano* como *fonte subsidiária*, desde que fosse a expressão dessas «*verdades*

(U7) y# suprcif n.º g e nota e nº Q (no início). Não faltou, porém, conforme vimos {supra, notas 92, 93 e 94}, quem tenha tentado interpretar neste ponto as *Ordenações* em sentido diverso.

(118) V. supra, nota 69, in fine.

(119) V. o texto respectivo infra, nota 122.

(120) Cfr. infra, nota 122.

essenciaes, intrinsecas e inalteráveis», ou seja, desde que estivesse de acordo com o *direito natural*, devendo ser posto de lado quando tal não sucedesse.

b) Por *boa razão* deveria entender-se, em segundo lugar e além disso, aquela «que se funda nas outras regras, que de unanime consentimento estabeleceu o direito das Gentes para a direcção, e governa de todas as Nações civilizadas» (121); e por estas palavras se arvorava em *fonte subsidiária* — ao lado do *direito romano* passado pelo crivo do *direito natural* — o *direito internacional ou das gentes*, como o haviam formulado GRÓCIO e os seus sequazes.

c) E por *boa razão* deveria entender-se ainda, e finalmente,, aquela «que se estabelece nas Leis Politicas, Económicas, Mercantis e Maritimas, que as mesmas Nações Christas tem promulgado com manifestas utilidades, do soccego publico» (122).

(121) Cfr. *infra*, nota 122.

(122) Eis o texto integral desta segunda parte do § 9.º da *Lei da Boa Razão* (em continuação imediata do texto transcrito *supra*, notas 113 e 114): «E Mando pela outra parte, que aquella *boa razão*, que o sobredito Preambulo determinou que fosse na praxe de julgar subsidiaria, não possa nunca ser o da authority extrínseca destes, ou daquelles Textos do Direito Civil, ou abstractos, ou ainda com concordância de outros; mas sim, e tão sómente: ou aquella *boa razão*, que consiste nos primitivos Princípios, que contém verdades essenciaes, intrinsecas, e inalteráveis, que a ethica dos mesmos Romanos havia estabelecido, e que os Direitos Divino, e Natural formalisárão para servirem de regras Moraes, e Civí& entre o Christianismo: ou aquella *boa razão*, que se funda nas outras regras, que de unanime consentimento estabeleceu o direito das Gentes para a direcção, e governo de todas as Nações civilizadas: ou aquella *boa razão*, que se estabelece nas Leis Politicas, Económicas, Mercantis, e Maritimas, que as mesmas Nações Christãs tem promulgado com manifestas utilidades, do soccego publico, do estabelecimento da reputação, e do augmento dos cabedaes dos Povos, que as disciplinas destas sabias, e proveitosas Leis vivem felices á sombra dos Thronos, e debaixo dos auspícios dos seus respectivos Monarcas, e Principes Soberanos: sendo muito mais racional [.....]» (cfr. CORREIA TELLES, *Commentario critico cit.*, págs. 27-28). V. a terceira e última parte do texto em causa, em continuação imediata, na nota seguinte.

Sobre toda esta parte da *Lei da Boa Razão*, v. MELLO FREIRE, *ob. cit.* § CVII (na *ed. cit.*, págs. 119-120; e na *trad. cit.*, pág. 148); JOZÉ ANASTASIO DE FIGUEIREDO, *ob. cit.*, §§ XLIII e XLIV (no *loc. cit.*, págs. 315-316); e particularmente o longo e lúcido comentário de CORREIA TELLES, *ob. e ed. cit.*, págs. 28 a 63. Entre os autores mais recentes, v. MERÊA, *ob. cit.*, pág. 161 ; BRAGA DA CRUZ, *ob. cit.*, pág. 443 ; do mesmo, *Formação histórica, etc.*, no *loc. cit.* pág. 242; NUNO ESPINOSA, *Lições cit.*, págs. 468-469; e ANTÓNIO HESPAÑA, *Apontamentos cit.*, págs. 250 a 253~

Neste último ponto, porém, o legislador resolve ir ainda mais longe: — Depois de colocar essas leis estrangeiras a par do *direito romano* e do *direito das gentes* como uma das possíveis expressões da *recta ratio*, volta de novo ao assunto, para dizer que, nessas *matérias políticas, económicas, mercantis e marítimas*, é «muito mais racional, e muito mais coerente» que se recorra «ao subsidio proximo das sobreditas Leis das Nações Christas, illuminadas, e polidas» do que ao subsídio das leis romanas <sup>(123)</sup>. E esta disposição sempre foi entendida pelos intérpretes, daí em diante, como impeditiva da aplicação subsidiária do direito romano em tais matérias <sup>(A24)</sup>.

13. O novo esquema das fontes subsidiárias de direito ficava reduzido às regras que acabamos de apontar, pois a *Lei da Boa Razão* teve o cuidado, em complemento disto, de proibir a aplicação subsi-

<sup>(123)</sup> Efectivamente, continuando a referir-se a estas «interessantes matérias» — isto é, às matérias «políticas, económicas, mercantis e marítimas» — o legislador acrescenta, a encerrar o texto do extenso § 9.<sup>o</sup> da *Lei da Boa Razão*: «...sendo muito mais racional', e muito mais coerente, que nestas interessantes materias se recorra antes em casos de necessidade ao subsidio proximo das sobreditas Leis das Nações Christas, illuminadas, e polidas, que com ellas estão resplandecendo na boa, depurada, e sã jurisprudência; em muitas outras erudições uteis, e necessarias, e na felicidade; do que hir buscar sem boas razões, ou sem razão digna de attender-se, depois de mais de desesete séculos o soccorro ás Leis de huns Gentios; que nos seus princípios Moraes, e Civis forão muitas vezes perturbados, e corrompidos na sobredita forma; que do Direito Natural tiverão apenas as poucas, e geraes noções, que manifestão os termos com que o diffinirão; que do Direito Divino, he certo, que não souberão cousa alguma; e que do Commercio, da Navegação, da Arithmetica Politica, e da Economia do Estado, que hoje fazem tão importantes objectos dos Governos Supremos, não chegarão a ter o menor conhecimento» (cfr. *ob. cit.*, pág. 28. O sublinhado é nosso).

Sobre o que deve entender-se, para efeitos desta passagem da *Lei da Boa Razão*, por «leis políticas, económicas, mercantis e marítimas» — particularmente por «leis políticas» e «leis económicas», que são, aqui, as duas expressões que se podem prestar a maior confusão — ver as extensas e argutas considerações de CORREIA TELLES, na *ob. e ed. cit.*, págs. 53 a 62.

(124) *Y.*, designadamente, CORREIA TELLES, *ob. e ed. cits.*, pág. 52; BORGES CARNEIRO, *ob. e vol. cits.*, págs. 59-60; COELHO DA ROCHA, *Ensaio cit.*, § 254, *in fine* (na *ed. cit.*, pág. 198); do mesmo, *Instituições de Direito Civilportuguez*, tomo I (4.<sup>a</sup> ed., Coimbra, 1867), pág. 281 ; MERÊA, *ob. cit.*, págs. 161-162; BRAGA DA CRUZ, *Formação histórica etc.*, no *loc. cit.*, pág. 242; NUNO ESPINOSA, *Lições cits.*, págs. 469-470; e ANTÓNIO HESPAÑA, *Apontamentos cits.*, pág. 255.

diária do *direito canónico* nos tribunais civis, até aí preceituada pelas *Ordenações* para os casos que envolviam pecado <sup>(125)</sup>, relegando a sua aplicação — e, nesse caso, evidentemente, como *fonte imediata* — para os tribunais eclesiásticos (§ 12.º)<sup>(126)</sup>; e teve o

(126) V. *supra*, n.º 6 e nota 52; n.º 8 e nota 67; e n.º 9 (no início).

(126) *Lei da Boa Rasgão*, § 12.º: — «Item: Havendo-me sido da mesma sorte presente 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 determinado por Lei, estylo, ou costume de nossos Reynos, mandamos, que seja julgado, sendo materia que traga peccado, por os sagrados Canones. E sendo materia, que não traga peccado, seja julgado 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, e 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 á espiritualidade da Igreja: Mando outro sim, que a referida supposição d<sup>o</sup> aqui em diante se haja por não e script a: declarando, como por esta declaro, que aos Meus sobreditos 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 observarem (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 competência as Leis Patrias, e subsidiarias, e os louváveis costumes, e estylos legitimamente estabelecidos, na forma que por esta Lei tenho determinado» (cfr. *ob. e ed. cit.*, págs. 79-80. Os sublinhados são nossos).

Apesar de terminantemente proscrito por esta disposição para o *foro eclesiástico*, salienta com razão CORREIA TELLES (*ob. e ed. cit.*, págs. 80-81), que há três espécies de casos em que *direito canónico* não pode deixar de continuar a aplicar-se nos *tribunais civis*:

i.º) «Nos casos em que a Ord. manda julgar por elle, v. gr. na Ord. Liv. 2. Tit. i. § 6. e Tit. 5. §. 4. L. 3. Tit. 49. §. 6. L. 4. T. 39. §. 2., e Tit. 67. §. 9», embora nesta hipótese se possa dizer, evidentemente, que se trata de *direito canónico* recebido pelo ordenamento jurídico civil e, portanto, aplicado já como tal — e não como *direito canónico* — pelos tribunais civis ;

2.º) «Nos casos em que os Textos de Direito Canonico corrigindo, ou simplificando o Direito Romano, forão adoptados pelo uso moderno das Nações civilizadas» — como, aliás, expressamente o preceituam os *Estatutos da Universidade* (1772), no Liv. 2.º, tit. 5.º, cap. 3.º, §§ 10.º e 12.º—, apesar de também poder afirmar-se, nesta hipótese, que a fonte aplicada já não é o *direito canónico*

cuidado, igualmente, de banir duma vez para sempre a autoridade da *Glosa de Acúrsio* e das *Opiniões de Bárto*lo que, durante mais de três séculos — com autonomia, ou limitadas pela *communis opinio* <sup>(127)</sup> —, tinham tido entre nós valor de fonte integradora <le lacunas <sup>(128)</sup>.

*em si*, mas a *boa razão* ou o *uso moderno* de que o texto jurídico-canónico é a expressão;

3.<sup>o</sup>) «Nas causas, em que ha costume de julgar pelo Direito Canonico, em razão de não haver outra legislação a que se recorra: v. gr. nas causas sobre Dizimos, Oblações, Benefícios, Pensões, Padroados, Sepulturas, Legitimidade dos filhos, etc.» — e aqui, sim, que temos uma aplicação subsidiária do direito canónico como tal, à margem e apesar de todo o disposto na *Lei da Boa Razão* contra de, por absoluta impossibilidade de recorrer a outra fonte; e a única maneira de justificar essa aplicação, sem violação aberta da lei pombalina, será a de o considerar recebido, nesses casos, como *costume do Reino* (com mais de cem anos, conforme à *boa razão* e não contrário à lei escrita).

À enumeração destas três espécies de casos CORREIA TELLES acrescenta ainda: «Além disso importa aos Ministros Seculares sabermos o Direito Canonico, para •poderem julgar, se os Ministros Ecclesiasticos em desprezo delle fazem *notoria >opressão, ou força*, aos que perante elles litigão; caso em que tem lugar o recurso .ao Juizo da Coroa, Ord. L. 1. Tit. 9. §. 12. E podem fazer violência por hum de .três modos, primeiro, procedendo extrajudicialmente, quando o caso exige ^conhecimento de causa ordinaria: segundo, procedendo sem jurisdicção: terceiro, procedendo judicialmente contra direito expresso. *Pereir. de Man. Reg. cap. 4. n. 7.*». Cfr. *ob. e ed. cits.*, pág. 81.

Sobre este repúdio da aplicação do direito canónico nos tribunais civis, prescrito •no § 12.<sup>o</sup> da *Lei da Boa Razão*, v. também MELLO FREIRE, *ob. cit.*, § CVII (na *ed. cit.*, pág. 120; e na *trad. cit.*, págs. 148-149); JOZÉ ANASTASIO DE FIGUEIREDO, *ob. cit.*, § XLV, *in fine* (no *loc. cit.*, pág. 318); BORGES CARNEIRO, *ob. e vol. cits.*, § 17, págs. 60 «a 62; COELHO DA ROCHA, *ob. e loc. cits.*; e mais observações, além das já referidas, vem CORREIA TELLES, *ob. e ed. cits.*, págs. 81 a 84.

(127) y. *sup. ríf.* n.<sup>o</sup> 5 e nota 45; n.<sup>o</sup> 6 e nota 56; n.<sup>o</sup> 7 e notas 62 e 63; n.<sup>o</sup> 8 e notas 71 a 76; n.<sup>o</sup> 9; e n.<sup>o</sup> 10, alínea b) e notas 95 a 97.

(128) *Lei da Boa Razão*, § 13.<sup>o</sup>: «Item: sendo certo, e hoje de nenhum douto ignorado, que Accursio e Bartholo, cujas autoridades mandou seguir a mesma Ord. no §. 1. do sobredito Tit., forão destituídos não só da instrução da Historia Romana, sem a qual não podião bem entender os Textos que fizerão os -assumptos dos seus vastos escriptos; e não só do conhecimento da Philologia, e vda boa latinidade, em que forão concebidos os referidos Textos; mas também das fundamentaes regras de Direito Natural, e Divino, que devião reger o espirito das Leis, sobre que escreverão: e sendo igualmente certo, que para supprirem laquellas luzes, que lhes faltavão; ou porque na falta delias ficárão os seus juízos vagos, errantes, e sem boas razões a que se contrahissem; vierão a introduzir na jurisprudência (cujo caracter fórmão a verdade; e a simplicidade) as quasi innu-

Tudo pareceria ter ficado, assim, extremamente simplificado em confronto com o complicado sistema anterior de integração das lacunas do direito nacional: — Os casos omissos seriam agora resolvidos, numa palavra, pela *boa razão* — pela *recta ratio* dos jusnaturalistas—, devendo essa *boa razão* ser procurada nos textos do *direito romano* que dela se não tivessem desviado e nos princípios do *direito das gentes* unanimemente aceites pelas nações civilizadas e devendo directamente recorrer-se às *leis das nações cristãs iluminadas*

meraveis questões metafísicas, com que depois daquela Escola Bartholina se tem illaqueado, e confundido os direitos, e dominios dos litigantes intoleravelmente: Mando que as glosas, e opiniões dos sobreditos Accursio, e Barbolo não possam mais ser allegadas em jui'ço, nem seguidas na practica dos julgadores; e que antes muito\* pelo contrario em hum, e outro caso sejam sempre as boas razões assima declaradas, e não as autoridades daquelles, ou de outros semelhantes Doutores da mesma. Escola, as que hajão de decidir no foro os casos occorrentes ; revogando também nesta parte a mesma Ord. que o contrario determina» (cfr. CORREIA TELLES, *ob. e ed. cit.*, págs. 84-85. O sublinhado é nosso).

Acerca desta proscricção da *Glosa de Acúrsio e dos Comentários de Bárto*lo, tão\* energicamente ordenada pela *Lei da Boa Razão*, v. MELLO FREIRE, *ob. cit.*, § CVII (na *ed. cit.*, pág. 120; e na *trad. cit.*, pág. 149); JOZÉ ANASTASIO DE FIGUEIREDO, *ob. cit.*, § XLVI (no *loc. cit.*, pág. 319); BORGES CARNEIRO, *ob. e vol. cit.*, § 18\* págs. 62 a 64; COELHO DA ROCHA, *ob. e ed. cit.*, pág. 198; e as observações acrescentadas por CORREIA TELLES, na *ob. e ed. cit.*, págs. 85-86.

São duas — e ambas elas muito pertinentes — as observações que CORREIA TELLES tece a esta disposição, no seu citado *Commentario critico*:

a) Regista, em primeiro lugar, que «não deve colligir-se deste §., que na praxe de julgar deva ser reprovada qualquer opinião ou doutrina, por isso s<> de ter sido de Accursio, ou Bartholo», pois que, «se as suas opiniões; e doutrinas forem coherentes ás *boas razões* especificadas no §. 9., devem seguir-se» (cfr. *loc. cit.*, pág. 85). E cita, a esse propósito, o caso da *Lei* de 9 de Setembro de 1769, que, nos seus §§ 25 e 26, «reconheceo fundada na boa razão a opinião de Bartholo, que o Senhorio do praso de vidas o renovasse ao Enfiteuta, que o tivesse bemeiteutorisado; e firmou-a por Lei» (cfr. *loc. cit.*).

Esta consagração legislativa duma *opinião de Bárto*lo — o princípio chamado da *equidade bartolina* —, menos dum mês após a diatriba da *Lei da Boa Razão* contra BARTOLO e contra ACÚRSIO, tem igualmente sido posta em relevo por outros autores, que mais recentemente se têm occupado do assunto, designadamente, BRAGA DA CRUZ, *Formação histórica do moderno direito privado português e brasileiro*, no *loc. cit.*, pág. 239; NUNO ESPINOSA GOMES DA SILVA, *Bártolo na história do direito português*, no *loc. cit.*, págs. 216-217 e 218 (texto e nota 80); e ALMEIDA COSTA, *Romanismo e bartolismo no direito português*, no *loc. cit.*, pág. 40; e do mesmo, *La présence d'Accurse dans l'histoire du droit portugais*, no *loc. cit.*, pág. 61.

Ao exemplo citado por CORREIA TELLES deve ainda acrescentar-se um outro,

e *polidas* — como expressão da mesma *boa razão* — nos *assmtos políticos, económicos, mercantis e marítimos*.

A aparente simplicidade do novo esquema do direito subsidiário esbarrava, porém, de momento, com um escolho capaz de comprometer toda a sua execução prática: a mentalidade dos nossos tribunais e dos nossos juristas em geral, afeitos à rotina do método bartolista e totalmente impreparados ainda para afinar pelo diapasão da *recta ratio* o recurso ao *direito romano* como *direito subsi-*

**bem significativo, já referido por BRAGA DA CRUZ (ob. e loc. cit., pág. 245) e por NUNO ESPINOSA (ob. e loc. cit., pág. 217) : o do Assento da Casa da Supplicação de 9 de Abril de 1772, que recorre a um longo arrazoado de considerações jusnaturalistas para fixar doutrina sobre o direito de alimentos. Depois de acentuar que a obrigação de alimentos só em favor dos descendentes se funda no direito natural, mas já não em favor dos ascendentes, acrescenta que, a respeito dos irmãos, menos ainda o direito natural impõe qualquer obrigação alimentar «que não seja de pura caridade»; e esclarece que a obrigação de alimentos, nesse caso, foi uma criação da Glosa, «cuja opinião, e sentença, sendo depois seguida por Bartholo, e pelo *commun dos Doutores*, não só foi recebida nestes Reinos, como devia ser pela especial auctoridade, que as nossas Leis Patrias deraõ as Sentenças da Glosa, e de Bartholo, nos casos omissos nellas, e não determinados pelas Leis Romanas; mas também conseguiu prevalecer geralmente em todas as Nações civilizadas dos ultimos Séculos; e por assim se achar recebida entre nós, e munida com o uso moderno, e geral das ditas Nações, se deve continuar a observar nestes Reinos» (cfr. a cit. *Collecção chronologica dos assentos das Casas da Supplicação, e do Cível*, págs. 512 e 513. Os sublinhados são nossos).**

b) A segunda observação de CORREI A TELLES reveste-se dum apurado sentido crítico, lembrando que o recurso à Glosa de Acúrsio e aos Comentários de Bartolo tinha ao menos a virtude de evitar a incerteza em que depois se caiu, ao substituir essas fontes pelo «arbitrio da *boa razão*»: «A meu vêr a revogação da Ord., que neste §. se fez, deixou a Jurisprudência nacional em hum arbitrario mais amplo, do que antes era. Havendo como ha em direito tantas controversias, e hum Código de Leis tão insufficiente para as decidir, que foi necessario buscar refugio nas dos Romanos, e outras reconhecidas outro sim por defeituosas, e obscuras; quanto melhor não era mandar seguir as opiniões de *taes ou taes DD. reconhecidos por melhores: do que deixar as decisões no arbitrio da boa razão!* Quantos casos, em que esta boa razão he quasi imperceptivel, ainda aos olhos do mais attento observador! He verdade que Accursio, e Bartholo não foram bons interpretes das Leis Romanas, nem era possível que o fossem, attento o século em que viverão; mas se das suas opiniões não resultava perigo da salvação eterna, quanto melhor segui-las, que vagar na incerteza ! Conviria pois que a nossa Lei desauthorizando Accursio e Bartholo, lhes substituísse outros DD. de melhor nota, a fim de ficar menos campo ao perigoso arbitrio *doe Julgadores*» (cfr. *ob. e ed. cit.*, págs. 85-86. Os sublinhados são nossos). V., sobre esta observação, NUNO ESPINOSA, *ob. e loc. cit.*, pág. 219; e ALMEIDA COSTA, *La présence d'Accurse cit.*, no *loc. cit.*, págs. 61-62.

*diário*. Esse escolha, como é evidente, só ao cabo de muitos anos poderia ser vencido, com a formação de novas gerações de juristas, moldados pela Universidade em quadros mentais e ideológicos substancialmente diversos. E foi isso o que se procurou fazer com a reforma dos estudos jurídicos levada a cabo em 1772 e integrada no quadro mais vasto da Reforma pombalina da Universidade de •Coimbra.

Para facilitar, porém, a aplicação imediata da *Lei da Boa Razão* — e para adaptar ao seu espírito as novas gerações de juristas —, tiveram os novos *Estatutos da Universidade* o cuidado de fixar uma série de regras, de acordo com as quais os professores deviam ensinar os alunos a distinguir, nos textos do direito romano, os preceitos que podiam ou não considerar-se aplicáveis a título subsidiário, por estarem ou não de acordo com a *boa razão* <sup>(129)</sup> — regras que deveriam desde logo ser seguidas também

<sup>(129)</sup> Reportando-se expressamente às limitações estabelecidas pela *Lei da Boa Razão* quanto à aplicação «das Leis dos Romanos», os *Estatutos da Universidade* impõem aos «Professores de Digesto» a restrita obrigação de examinarem «com muita atenção se as ditas Leis são applicaveis ás causas, e negocios destes Reinos»; e determinam que, «sem constar que o são, não se cançaráo em dar Lições sobre «lias». Cfr. cit. ed. de 1772, Livro II («Cursos Juridicos das Faculdades de Canones \* de Leis»), Título V («Das Disciplinas do Terceiro, e Quarto anno do Curso dos Legistas»), Capítulo II («Continua-se a mesma materia das Lições do Terceiro, e Quarto anno, pelo que pertence á applicação, que do Direito Civil Romano se pôde, e deve ainda fazer nestes Reinos»), § 1 1 , pág. 429. E acrescentam:

«12. Para reconhecerem se as ditas Leis são, ou não são applicaveis; recorrerão á Regra Magistral, e Normal do uso legitimo do *Direito Civil Romano* no Foro destes Reinos. A qual Regra para fixar a verdadeira, e sólida Jurisprudência delias, e exprimir os intoleráveis abusos antecedentemente commetidos no exercido das mesmas Leis, Fui servido estabelecer na sobredita Minha Lei de dezoito -de Agosto.

«13. Em ordem a este fim explorarão: *Primo*: Se as ditas Leis Romanas, que dispõem sobre os casos omissos pelas Leis Patrias, contém algum vestigio da superstição Ethnica, e Paganismo dos Romanos, ou envolvem algumas reliquias de práticas, e de maximas, que por qualquer modo sejam contrarias aos costumes, e á Moral dos Christãos.

«14. Explorarão: *Secundo*: Se são oppostas aos dictâmes da Boa Razão, -depois desta bem discutida, qualificada, e informada pelas declarações, e ratificações do Direito Divino; depois de aperfeiçoada, e illustrada pela Moral Christã ; e depois de bem depurada das falsas, e enganosas apparencias, e illusões, que na indagação das Leis Naturaes padeceram os *Estoicos*, e outros Filósofos,

na praxe do foro, dado o carácter normativo que lhes advinha de serem aprovadas por uma *carta de* <sup>(130)</sup>.

Reconhecendo, no entanto, os *'Estatutos* que a aplicação dessas regras podia, mesmo assim, suscitar dificuldades, resolveram acres-

em cujos *Systemas* bebêram os *Jurisconsultos Romanos* as primeiras maximas da *Equidade Natural*, que seguiram nas suas respostas; [...]

«15. Explorarão: *Tertio* : Se as mesmas Leis dos Romanos se oppõe ao *Direito das Gentes*; ou este se considere em quanto *Natural*, e na acepção mais propria delle; ou se tome na consideração de *Positivo*, e nas differentes especies de *Consuetudinario*, ou de *Pacticio*. Porque onde por qualquer das referidas especies do *Direito das Gentes* se achar recebido, e praticado pela maior parte das Nações Civilizadas o contrario do que dispõe as Leis Romanas; cessará inteiramente a determinação destas; [...]

«16. Explorarão: *Quarto*: Se as disposições das mesmas Leis Romanas se encontram com as das Leis *Políticas, Económicas, Mercantis, e Marítimas* das referidas Nações. Porque tendo sido os Artigos, qué constituem os objectos das referidas especies de Leis, muito mais cultivados, e mais bem regulados nos ultimos Séculos pelas sobreditas Nações; por terem Estas sobre cada hum delles muito maiores luzes, e conhecimentos muito mais amplos do que tiveram os Romanos; os quaes em tudo o que diz respeito á *Navegação*, e ao *Commercio*, tiveram vistas muito curtas, e tendentes a fim muito diverso; fica sem controversia ser muito maior a proporção, e analogia, que as ditas Leis das referidas Nações tem com a Legislação das nossas Leis, que respeita aos ditos objectos da *Economia*, do *Commercio*, e da *Navegação*, do que he a proporção, e analogia, que com a mesma Legislação das nossas Leis tem as ditas Leis dos *Jurisconsultos Romanos*: [...]. Cfr. *ed. e vol. cits.*, págs. 429-430; e também CORREIA TELLES (*ob. e ed. cits.*, págs. 31a 40), que, depois de transcrever estas regras, fornece numeros e bem elucidativos exemplos da aplicação de cada uma delas. V. igualmente, sobre o assunto, JOZÉ ANASTASIO DE FIGUEIREDO, *ob. cit.*, §§ XLVIII, XLIX e L (no *loc. cit.*, págs. 321 a 324); COELHO DA ROCHA, *Instituições de Direito Civil Portuguez* (*ed. cit.*), vol. I, § 40, págs. 21-22; BRAGA DA CRUZ, *Formação histórica etc\** no *loc. cit.*, págs. 243-244; e ANTÓNIO HESPAÑA, *Apointamentos cits.*, págs. 271-272\*

<sup>(130)</sup> JOZÉ ANASTASIO DE FIGUEIREDO, designadamente, fala a este propósito da «*interpretação authentica*, que o mesmo Senhor Rei se dignou dar, e fazer á dita Lei de 18 de Agosto pelos Novos Estatutos dados á nossa Universidade de Coimbra, e roborados pela Carta de Lei de 28 de Agosto de 1772, em o Liv. 2. tit. 5. cap. 2 e 3.: tratando das obrigações dos Professores do 3.<sup>o</sup> e 4.<sup>o</sup> Anno de Leis, que ensinaõ o *Direito Civil Romano* pelo *methodo synthetico*» (cfr. *ob. e loc. cits.*, pág. 321. O sublinhado é nosso). Mais explicitamente ou menos, no mesmo sentido, v. CORREIA TELLES, *ob. e ed. cits.*, pág. 31 («E como o Author da nossa Lei o foi também dos Estatutos da Universidade, que pouco depois delia se publicárão, eis-aqui o que elles recommendão aos Professores de *Dereito Civil*, e he applicavel na praxe do *Foro*». O sublinhado é nosso); COELHO DA ROCHA, *ob. e loc. cits.*; e BRAGA DA CRUZ, *ob. e loc. cits.*, pág. 243.

centar-lhes um *critério de ordem prática*, para rápida elucidação dos juristas interessados em determinar quais os preceitos do *direito romano* fundados na *boa razão* : «Indagarão — diz-se expressamente aí — o *Uso Moderno* das mesmas Leis Romanas entre as sobreditas Nações, que hoje habitam a Europa. E descobrindo, que Elias as observam, e guardam ainda no tempo presente; terão as mesmas Leis por applicaveis» (131); e «para se instrui-

(131) Depois de terem fornecido os critérios já indicados na nota anterior, os *Estatutos da Universidade* voltam ao assunto mais uma vez, logo no capítulo imediato (capítulo III), subordinado à epígrafe: «Do modo de descobrir a razão, que faz ser de uso as Leis dos Romanos para os casos omissos; averiguando a observanda, que dellas tem feito as Nações Modernas».

Neste capítulo, insiste-se particularmente em que a applicabilidade das «Leis Romanas» se há-de determinar pelas «genuínas razões de decidir, em que ellas se fundam», «Tendo bem entendido, que a Razão he a alma da Lei; e que em quanto esta se não sabe, não se póde comprehender o espirito delia, nem fazer applicação alguma delia, que seja segura, e exacta» (ibi, § 2.º, na ed. cit., pág. 433. O sublinhado é nosso). E, para esse efeito, recomendam os *Estatutos*, mais uma vez, o confronto das «Leis Romanas» com o *direito natural*: «3. Para descobrirem pois as verdadeiras Razões das Leis Romanas, que são subsidiarias nos ditos casos omissos, confrontarão os Professores as disposições, e Sentenças delias com o *Direito Natural*. Achando, que se conformam com elle; por elle as exporão, e as farão entender; aproveitando-se tão sómente os Dictâmes da Razão Natural, para delles deduzirem as verdadeiras Razões, em que ellas se estribam» (cfr. loc. cit.)

Depois destas e de outras considerações congêneres (nos §§ 4.º e 5.º), acabam os *Estatutos* por concluir... que já baralharam excessivamente as coisas, com a sobreposição de tantos critérios determinativos da applicabilidade do *direito romano*, e que se impõe a adopção dum *critério práctico e de fácil applicação* que simplifique a tarefa do intérprete: «6. E porque a confrontação das sobreditas Leis Romanas com tantas, e tão diferentes especies de Direitos, e de Leis, como são ; o *Direito Natural*; o *Divino*; o das *Gentes*; o *Politico*; o *Economico*; o *Mercantil*; e o *Marítimo*; posto que seja o meio mais scientifico de se conhecer, se ellas são applicaveis, por ser o unico, em que se vai buscar a verdadeira raiz, e principio, por que ellas ou são, ou deixarão de ser applicaveis; he obra de muito trabalho; depende da Lição de grande numero de Livros; occupa por muito tempo os Professores; e se faz superior á diligencia dos Ouvintes: Para que mais se facilite a aequisição do necessario, e indispensável conhecimento, a que ella se dirige, seguirão os Professores hum caminho mais plano, e mais curto; e por elle conduzirão os Ouvintes na forma abaixo declarada» (cfr. ed. cit., pág. 434; e também CORREIA TELLES, ob. e ed. cits., págs. 40-41. O último sublinhado é nosso).

E é então que se faz seguir, no § 7.º, o *critério práctico* que deixamos transcrito no texto (cfr. *Estatutos*, ed. e loc. cits.; e também CORREIA TELLES, ob. e ed. cits., pág. 41).

irem no dito **Uso Moderno** — acrescenta-se ainda — se aproveitáráo [...] do util, e apreciável trabalho, que para o mesmo fim se acha já feito por grande numero de Jurisconsultos em diferentes Livros» (132).

E com isto se completava o quadro da profunda reforma legislativa que a **Lei da Boa Razão**, sob a aparência dum puro regresso ao verdadeiro espírito das **Ordenações**, lançara 3 anos antes, no campo da integração das lacunas do direito pátrio : — Bem feitas as contas, os casos omissos — à parte a hipótese especial dos **assuntos políticos, económicos, mercantis e marítimos**, em que devia recorrer-se directamente às **leis das nações cristãs iluminadas e polidas** — deviam ser resolvidos pelo **direito romano**, desde que este não fosse contrário à **boa razão**; e **direito romano conforme com a boa razão** era, afinal, pura e simplesmente, o direito como tal aceite nas obras doutriniais dos grandes representantes da corrente do **usus modernus pandectarum**, como CARPZOV, HEINECCIUS, THOMASIVS, STRUVE, STRYK, BÖHMER, etc., que assim adquiriam, indirecta-

(132) Cfr. o mesmo capítulo dos *Estatutos*, § 8.<sup>o</sup> (na ed. cit., pág. 435; e em \*CORREIA TELLES, ob., ed. e loc. cits.).

Sobre este recurso ao uso moderno e aos corifeus da respectiva escola como critério prático, preconizado pelos *Estatutos da Universidade*, para a determinação da aplicabilidade do direito romano como fonte subsidiária, v.: JOZÉ ANASTASIO DE FIGUEIREDO, ob. cit., §§ LI e LUI (no loc. cit., págs. 324-325 e 327, respectivamente); MANUEL DE ALMEIDA E SOUZA (DE LOBÃO), *Notas de uso pratico, e críticas; \*adições, illustrações, e remissões. (À imitação das de Muler a Struvio) Sobre todos os Titulos, e todos os §§. do Livro primeiro das Instituições do Direito Civil Lusitano do Doutor Paschoal José de Mello Freire (vulgarmente citadas por Notas a Mello)*, parte I {cuja i.<sup>a</sup> ed. é de Lisboa: Na Impressão Regia, 1816), Tit. I. § 10. (na ed. de 1828 = págs. 24 a 26); do mesmo, *Collecção de dissertações varias ás quaes se fá'em remissoes no tractado das acções summarias e summar is simas*, tomo II (cuja i.<sup>a</sup> ed. é de Lisboa: Na Impressão Regia, 1817), Dissertação IX, cap. IV, §§ 23 e 24 (na ed. de 1847 = págs. 237 a 239); CORREIA TELLES, ob. e ed. cits., págs. 42 e segs.; COELHO DA ROCHA, *Instituições de direito civilportugue%*, tomo I, §§ 40 e 43 (na ed. cit., págs. 21-22 e 23, respectivamente) ; e *Notas finaes ao tomo I*, nota B ao § 43 (na td. cit., pág. 282); PAULO MERÊA, ob. cit., pág. 162; BRAGA DA CRUZ, *História do .direitportuguês cit.*, pág. 443 ; do mesmo, *Formação histórica etc.*, no loc. cit., pág. 244; ALMEIDA COSTA, *Enquadramento histórico do Código Civil português*, no *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, vol. XXXVII (1961), págs. 138 a 160, sign. pág. 149 e 150; do mesmo, *La présence d\* Accurse dans Thistoire du droit portugais*, no loc. cit., pág. 61; NUNO ESPINOSA, *Lições cits.*, pág. 470; e ANTÓNIO MANUEL HESPAÑA, *Apontamentos cits.*, págs. 254-255 e 272.

mente, valor normativo em Portugal, como *fontes subsidiárias de direito* <sup>(133)</sup>.

14. Excede os limites do tema que nos propuzemos tratar a análise — que, aliás, já noutra oportunidade foi objecto dos nossos cuidados <sup>(134)</sup> — da profunda renovação que o direito português, sofreu com o novo tratamento dado pela *Lei da Boa Razão* ao problema, do direito subsidiário e com as novas regras de hermenêutica que também fixou, dentro da mesma linha de orientação ideológica, e que os *Estatutos da Universidade*, três anos mais tarde, completaram e desenvolveram <sup>(135)</sup>. Mas não encerraremos as nossas considera-

(133) V. os autores citados na nota anterior, particularmente, CORREIA TELLES, *ob. e ed. cit.*, pág. 42; COELHO DA ROCHA, *ob. cit.*, referida nota B ao § 43. do tomo I (na *ed. cit.*, pág. 282); BRAGA DA CRUZ, *obs. e toes. cit.*; ALMEIDA COSTA, *obs. e loes. cit.*, e ANTÓNIO HESPANHA, *ob. e toe. cit.*

(134) Y o nosso trabalho, já repetidas vezes aqui referido, *Formação histórica do moderno direito privado português e brasileiro*, no cit. ano IV (1955) da revista *Scientia Iuridica*, págs. 234 a 264, particularmente, págs. 244 a 256.

(136) Q legislador teve, de facto, a plena compreensão de que pouco adiantaria subordinar a aplicação subsidiária das «leis imperiais» à joieira do *jusnaturalismo racionalista* e do «*usus modernus pandectarum*» se os rotineiros critérios de interpretação das leis pátrias não fossem, eles próprios, objecto duma profunda revisão, substituindo-os por novas regras de hermenêutica, inspiradas nas mesmas correntes ideológicas. Daí, a cuidada e pormenorizada atenção que a famosa *Lei de 18 de Agosto de 1769* dá ao tema, nos seus §§ io.º e ii.º.

No § io.º, procede a *Lei da Boa Razão* à condenação — em termos extraordinariamente expressivos e incisivos — das regras de hermenêutica, até aí correntes entre os nossos praxistas, de que as leis nacionais deveriam ser interpretadas restritivamente se fossem «correctórias» do direito romano e que deveriam ser ampliadas e alargadas se lhes fossem conformes (*odiosa limitanda, favorabilia amplianda*) (v. *supra*, n.º 10 e notas 98 e 99): «§ 10. Item: por quanto ao mesmo tempo Me foi também presente, que da sobredita generalidade supersticiosa das referidas Leis chamadas Imperiais se costumão extrahir outras regras para se interpretarem as Minhas Leis nos casos occorrentes; entendendo-se que estas Leis Patrias se devem restringir, quando são correctorias do Direito Romano: e que onde são com elle conformes se devem alargar, para receberem todas as ampliações, e todas as limitações, com que se achão ampliadas, e limitadas as regras contheudas nos Textos, dos quaes as mesmas Leis Patrias, se suppõe, que forão deíduzidas: seguindo-se desta inadmissivel *Jurisprudência*: primeiramente não poderem os Meus Vassallos ser governados, e os seus direitos, e dominios seguros, como o devem estar, pelas disposições das Minhas Leis, vivas, claras e conformes ao espirito nacional, e ao estado presente das cousas destes Reinos: em segundo lugar ficarem os direitos,.

ções sem chamar a atenção para dois factos, extremamente curiosos

e dominios dos mesmos Vassallos vacillando entregues ás contingentes disposições, e ás intrincadas confusões das Leis mortas, e quasi incompreensíveis daquela Republica acabada, e daquela Imperio extinto depois de tantos séculos: e isto sem que se tenham feito sobre esta importante materia as reflexões, que serão necessarias, para se comprehender por huma parte, que muitas das Leis destes Reinos, que são correctorias do Direito Civil forão assim estabelecidas, porque os sábios Legisladores delias se qui'erão muito advertida, e providentemente apartar do Direito Romano com raspes fundamentaes muitas vestes não só diversas, mas contrarias ás que havião constituido o espirito dos Textos do Direito Civil, de que se apartarão; em cujos termos quanto mais se chegarem as interpretações restrictivas ao Direito Romano, tanto mais fugirão do verdadeiro espirito das Leis Patrias; e sem se advertir pela outra parte, que muitas outras das referidas Leis Patrias, que parecem conformes ao Direito Romano; ou forão fundadas em rabões nacionaes, e especificas, a que de nenhuma sorte se podem applicar as ampliações, e limitações das segundas das sobreditas Leis; ou adoptarão delias sômente o que em si continhão de Lthica, de Direito Natural, e de boa ra'ão : mas de nenhuma sorte as especulações, com que os Consultos Romanos ampliário no Direito Civil aquelles simples, e primitivos princípios, que são inalteráveis por sua natureza: em consideração do que todo Mando outro sim, que as referidas res trie ções, e ampliações extrahidas dos Textos do Direito Civil, que atégora perturbarão as disposições das Minhas Leis, e o socego publico dos Meus Vassallos, fiquem inteiramente abolidas, para mais não serem allegadas pelos Advogados, debaixo das mesmas penas acima ordenadas, ou seguidas pelos Julgadores, debaixo da pena de suspensão dos seus Officios até Minha mercê, e das mais, que reservo ao Meu Real arbitrio», (cfr. CORREIA TELLES, *ob. e ed. cit.*, págs. 63 a 65. Os sublinhados são nossos).

Estabelecida esta severa condenação com base em razões sobejamente pertinentes, vai a *Lei da Boa Rasgão*, no parágrafo imediato (§. ii.<sup>o</sup>), esclarecer que o disposto nas leis nacionais pode realmente *ampliar-se* ou *restringir-se* por via interpretativa, mas com base noutros critérios, substancialmente diversos. Ficam assim *exceptuadas* da anterior condenação, devendo, portanto *considerar-se lícitas*:

a) Em primeiro lugar, «as restricções, e ampliações, que necessariamente se deduzem do espirito das Minhas Leis significado pelas palavras delias tomadas no seu genuino, e natural sentido»;

b) Em segundo lugar, as interpretações extensivas ou restritivas «que se reduzirem aos princípios assima declarados», isto é, que se fundamentarem nos princípios da *boa ra'ão*, tal como a lei anteriormente os definiu, ao abordar o problema da integração das lacunas das leis;

c) E, em terceiro lugar, as ampliações e restricções «que por identidade de razão, e por força de comprehensão, se acharem dentro no espirito das disposições das Minhas ditas Leis», ou seja, as que das leis resultam *por analogia* ou «*a fortiori*».

E a isto acrescenta finalmente o legislador, no mesmo § ii.<sup>o</sup>, que, «quando succéda haver alguns casos extraordinarios, que se façam dignos de providencia nova, se me farão presentes pelo Regedor da Casa da Supplicação, para que tomando as informações necessarias, e ouvindo os Ministros do Meu Concelho,

e significativos, veificados na execução da afamada Lei de 18 de Agosto de 1769:

a) O primeiro é o de que esta lei, longe de ter vindo acabar com a confusão anteriormente reinante no seio da jurisprudência portuguesa — como era prioritário propósito do legislador <sup>(136)</sup>—, limitou-se a deslocar essa confusão para um campo inteiramente diverso, sem conseguir dominá-la.

**e Desembargo, determine o que me parecer que he mais justo, como já foi determinado pelo §. 2. da sobredita Ord. L. 3. Tit. 64». Cfr. CORREIA TELLES, ob. e loc. cifs., págs. 71-72.**

**Estas regras de hermenêutica estabelecidas pela Lei da Boa Razão foram depois completadas e largamente desenvolvidas pelos Estatutos da Universidade, de 1772, que consagram todo um extenso capítulo a tratar «Da Interpretação das Leis» (Livro II, título VI, capítulo VI; na ed. cit., págs. 480 a 487), seguido dum outro (capítulo VII) a tratar «Das Prenoções, Subsídios, Presídios, e Adminiculos da Hermenêutica» (na ed. cit., págs. 487 a 494).**

**Sobre toda a matéria desta nota, ver: MELLO FREIRE, ob. cit., §§ CXIX a CXXX (na ed. cit., págs. 140 a 160; e na trad. cit., págs. 170 a 189); JOZÉ ANASTASIO DE FIGUEIREDO, ob. e loc. cits., págs. 317-318; MANUEL DE ALMEIDA E SOUZA (DE LOBÃO), *Notas a Mello cits.*, parte I, tit. I, §. 8. (na ed. cit., pág. 18); CORREIA TELLES, ob. e ed. cits., págs. 65 a 71 e 72 a 79; BORGES CARNEIRO, ob. e vol. cits., págs. 44 a 51; COELHO DA ROCHA, *Instituições cits.*, tomo I, §§ 44 e 45 (na ed. cit., págs. 23 a 27); BRAGA DA CRUZ, *Formação histórica etc.*, no loc. cit., págs. 242-243; e ANTÓNIO MANUEL HESPANHA, *Apontamentos cits.*, págs. 246-247.**

<sup>(138)</sup> **Esse propósito está bem explícito no preâmbulo da Lei da Boa Razão : «Faço saber aos que esta Minha Carta de Lei virem, que por quanto depois de muitos annos tem sido hum dos mais importantes objectos da attenção, e do cuidado de todas as Nações polidas da Europa, 0 de precaverem com sábias providencias as interpretações abusivas, que offendem a Mage stade das Leis, desauthorisção a reputação dos Magistrados, e tem preplexa a justiça dos litigantes, de sorte que no direito, e dominio dos bens dos Vassallos não possa haver aquella provável certeza, que só pode conservar entre elles o publico soccego; Considerando Eu a obrigação que tenho de procurar aos Povos, que a Divina Omnipotência poz debaixo da Minha Protecção, toda a posivel segurança nas suas propriedades estabelecendo com ella a união, e paz entre as familias; de modo que humas não inquietem as outras com as injustas demandas, a que muitas vezes são animadas por frivolos pretextos tirados das extravagantes subtilizas, com que aquelles, que as aconselhão, e promovem, querem temerariamente entender as Leis mais claras, e menos susceptíveis de intelligencias, que ordinariamente são oppostas ao espirito delias, e que nellas se acha litteralmente significado por palavras exclusivas de tão sediciosas, e prejudiciaes cavillações; Tendo ouvido sobre este grave, e delicado negocio etc. [...] Quero, Mando, e he de Minha vontade, que d'aqui em diante se observe aos ditos respeitoos o seguinte». Cfr. CORREIA TELLES, ob. e ed. cits., págs. 3 a 5. Os sublinhados são nossos.**

Se anteriormente a chicana dos advogados e instabilidade das decisões judiciais giravam em volta da *opinio communis* e da sua prioridade sobre ACÚRSIO ou sobre BÁRTOLO, passaram agora a mesma chicana e a mesma instabilidade a gravitar em torno da *boa razão* e da concordância ou não com ela dos preceitos do *direito romano* que se invocavam como *direito subsidiário* <sup>(137)</sup>.

(137) O juízo mais severo sobre este novo caótico estado de coisas gerado pela *Lei da Boa Razão* e pelos critérios por ela aprovados para a determinação da aplicabilidade subsidiária do *direito romano* formulou-o JOSÉ HOMEM CORREIA TELLES no prefácio da primitiva redacção do seu *Digesto Portuguez*, que se conserva inédita e é pertença hoje do seu familiar e distinto historiador e jurista MARTIM DE ALBUQUERQUE: — Depois da famosa L. de 18 de Agosto de 1769, q nova seara de questões forenses, sobre se a Lei Romana hé ou não fundada na boa razão! E isto assim, por q o determinar as Longitudes no meio do Oceano não hé mais difícil, do q o fixar as características da *boa*, e da *má razão* ! Devemos confessar q as Leys Romanas contem doutrinas preciosas [...] mas o estudo delias deve pertencer aos legisladores, para entre ellas, e as diversas interpretações dos Expositores escolherem o mais proveitoso. Deixadas ellas nas mãos dos Juizes e Advogados, com liberdade de julgarem e conselharem por ellas; os povos são victimas da prigiúça do Legislador, arruinando-se com processos, q se terião evitado com Leis Nacionaes terminantes». Cfr. a transcrição feita pelo próprio MARTIM DE ALBUQUERQUE no seu estudo *Portugal e a «iurisdictio Imperii»*, no cit. vol. XVII da *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa* (1964), págs. 338-339-

Muito significativas são também as palavras do mesmo CORREIA TELLES, no seu *Commentario critico á Lei da Boa Razão*, a propósito da proscricção de BARTOLO e de ACÚRSIO, estabelecida no § 13.<sup>o</sup> da referida lei: «... quanto melhor não era mandar seguir as opiniões de taes ou taes DD. reconhecidos por melhores: do que deixar as decisões no arbitrio da boa razão | Quantos casos, em que esta boa razão be quasi imperceptivel, ainda aos olhos do mais attento observador h (cfr. *supra*, nota 128, *in fine*. O sublinhado é nosso).

Ainda no mesmo sentido, alguns anos mais tarde (1848), MANUEL ANTÓNIO COELHO DA ROCHA acrescentará, ao falar da reforma introduzida pela *Lei da Boa Razão*: «... Mas deixando a todos a liberdade de julgar da boa razão das leis romanas, os juizes, para decidirem na maior parte dos negocios da vida civil, ficaram desligados de lei positiva, abandonados aos principios geraes do direito natural, de que o legislador mesmo não tinha podido dar idéa exacta; e por consequente precipitados na arbitrariedade» (cfr. *Instituições cits.*, tomo I, Nota B ao § 43 ; na *ed. cit.*, págs. 281-282. O sublinhado é nosso).

E de igual teor, finalmente, são as considerações do jurisconsulto brasileiro AUGUSTO TEIXEIRA DE FREITAS, na sua *Consolidação das leis civis* (1857): «... a famosa lei de 18 de Agosto de 1769, que deu largas ao arbitrio com o titulo de boa razão — [...] tudo concorreu, para que os nossos Juristas carregassem as suas Obras

Nem foi suficiente, para debelar esta incerteza e confusão, a medida rapidamente tomada pelos *Estatutos da Universidade* — e a que atíãs fizemos referência <sup>(138)</sup> — de remeter a resolução de todas as dúvidas para as obras doutriniais dos grandes corifeus do *usus modernus pandectarum*. Na verdade, se bavia pontos em que estes eram unânimes na aceitação ou repúdio do *uso moderno do direito romano*, muitos pontos havia também em que a divergência entre eles era fatora de novas dúvidas e incertezas, permitindo a mais larga especulação por parte dos advogados e dos julgadores <sup>(139)</sup>.

**de materiaes estranhos, ultrapassando mesmo as raias dos casos omissos. As cou-sas tem chegado a tal ponto, que menos se conhece, e estuda, nosso Direito pelas leis, que o constituem; do que pelos Praxistas que as invadiram»** (cfr. *Legislação do Brasil — Consolidação das leis civis. Publicação autorizada pelo Governo, por AUGUSTO TEIXEIRA DE FREITAS. 5.ª ed., anotada por MARTINHO GARCEZ. Rio de Janeiro, 1915, págs. XXV-XXVI*).

**Sobre este assunto, ver ainda:** BRAGA DA CRUZ, *Formação histórica do moderno direito privado português e brasileiro*, no *loc. cit.*, pág. 244; NUNO ESPINOSA, *Bártolo na história do direito português*, no *loc. cit.*, pág. 218; ALMEIDA COSTA, *La présence d'Accurse dans l'histoire du droit portugais*, no *loc. cit.*, págs. 61-62; e ANTÓNIO HESPANHA, *Apontamentos cits.*, pág. 247.

<sup>(138)</sup> V. *supra*, n.º 13 e notas 131 e 132.

<sup>(139)</sup> É bem expressivo, a este respeito, o que diz CORREIA TELLES : — Depois de ter transcrito os passos dos *Estatutos da Universidade* que remetem para o *uso moderno* (§ 7.º do cit. Liv. II, tit. V, cap. III) e deste para o «util, e apreciável trabalho, que para o mesmo fim se acha já feito por grande numero de Jurisconsultos em diferentes Livros» (*ibidem*, § 8.º, *ut supra*, n.º 13 e nota 132), o arguto comentador da *Lei da Boa Razão* acrescenta: «88. Tal he o caminho plano, e curto, que os ditos Estatutos ensinão, para vir no conhecimento, se as Leis Romanas são ou não fundadas na boa razão. Quanto a mim este caminho he ainda mais espinhoso, que se seguirmos o trilho das outras regras já dadas, por duas razões: primeiro, porque os DD. que escreverão nos ultimos tempos, sobre o uso moderno das Pandectas, discordão muito entre si. Nada he mais frequente que Stryk censurar a Groenewegio e Leeuwen, a Bugnyon, a Christineo, a Gudelin, a Zypeo, a Regner, a outros DD. da Belgica, e França, por darem por abrogadas as Leis Romanas, que elle diz não o estarem, ao menos em alguns dos Estados da Allemanha. Como nos haveremos neste caso, que os Estatutos da Universidade não acautelarão? Eu diria, que se em taes casos acharmos nos nossos Praxistas Arestos, a favor da observância do Direito Romano, embora o sigamos : se os não acharmos, não ha outro caminho, que fazer o processo á Lei Romana, de que se trata, conforme as regras sobreditas. 89. A segunda razão he, porque se fa% preciso também averiguar, se o uso modem derogatorio das Leis Romanas teve ou não principio vicioso. Eis o que a este respeito dizem os citados Est. 2. Tit. 5. c. 3. §. 10.» (Segue-se a transcrição dos §§ 10.º a 16.º deste capítulo dos *Estatutos* e uma extensa exemplificação de casos concretos em que a

b) E o segundo facto a assinalar é o de que a *Lei da Boa Razão* acabou por ser vítima, ela própria, da mesma tática de «meter vinho

aplicação do critério do «uso moderno» suscita dificuldades) (cfr. *Commentario critico*, na ed. cit., págs. 42 e segs. Os sublinhados são nossos). MANUEL DE ALMEIDA e SOUZA (DE LOBÃO), reportando-se à norma fixada pelo referido § 7.<sup>o</sup> do *Estatutos Pombalinos* e reconhecendo que «o uso moderno das Leis Romanas nestas Nações pôde ser vario», invoca «os mesmos Estatutos, L. 2, T. 5, c. 2, §. 15» para sustentar que nesse caso — e como neles expressamente se diz — «prevalecerá sem hesitação 0 que se achar determinado, ou recebido pela prática, e uso da maior parte das ditas Nações» (cfr. *Collecção de dissertações varias ás quaes se faserem remissões no tractado das acções summarias e summarissimas*, cuja i.<sup>a</sup> ed. é de 1817, dissertação IX, § 24; na ed. de 1847 = pág. 239. O sublinhado é nosso). No entanto, a citada passagem dos *Estatutos*, contra o que LOBÃO dá a entender, não se reporta genericamente ao uso moderno do direito romano, mas à regra do confronto do direito romano com 0 direito das gentes.

Noutro passo da sua obra, CORREI A TELLES repetirá considerações semelhantes, não já a propósito do uso moderno do direito romano e dos escritores que nessa corrente se filiam, mas a propósito das «*Leis das Nações Christãs, illuminadas, e polidas*», mandadas aplicar subsidiariamente pela *Lei da Boa Razão* nas matérias «*Políticas, Económicas, Mercantis e Maritimas*» (v. *supra*, n.<sup>o</sup> 12 e notas 122 e 123): «144. Porém podendo, e devendo com justa razão ter-se por civilizadas todas as Nações da Europa, só se exceptuarmos a Turquia; e tendo cada huma os seus Estatutos; muitas vezes nos acontece 0 acharmos disposições encontradas sobre 0 mesmo caso. Eis-aquí aberta a porta ao arbitrio dos Julgadores, que podem conformar-se a esse ou aquelle Estatuto, como lhe parecer. E sendo tantas as Nações da Europa, e tão diversas as linguas, he muito difficil, por não dizer impossível, que os nossos Julgadores possuão comprehender tantos, e tão varios Estatutos [...] 145. Melhor tora talvez, que a nossa Lei nos casos omissos mandasse recorrer ás Leis Mercantis, e Maritimas de tal ou tal Nação : conseguir-se-hia assim mais certeza, e menos arbitrario. Assim /ambem em vez de fazer subsidiarias as Leis Romanas, que não tiverem repugnância ás Leis natur aes, e das Gentes, á Moral Christã, e aos mais direitos, de que temos fallado; melhor fora que mandasse depurar os corpos de Direito Romano de tudo quanto nelles ha de inapplicavel ao nosso foro : sem deixar ao arbitrario dos Julgadores tantas, e tão diversas confrontações de Direitos, as quaes ainda são mais impracticáveis aos Julgadores, interrompidos a cada instante pelo tumulto das partes, que aos Professores da Universidade nunca turbados nas suas meditações. Em quanto se não der esta providencia, a Jurisprudência Portuguesa será huma seara mal cultivada, por causa da sua mesma grandeza.» (cfr. *ob. e ed. cit.*, págs. 62-63. Os sublinhados são nossos).

Todo este arbitrio, pintado com cores tão vivas por CORREI A TELLES — tanto a propósito do recurso ao uso moderno como ao das leis das nações cristãs iluminadas e polidas —, foi, no entanto, como já dissemos noutro lugar, um risco que «valeu a pena correr», «pois foi a utilização dessas grandes obras doutriniais que permitiu dar realização prática ao sopro de renovação jurisprudencial insuflado pela *Lei da Boa Razão* e pelos *Estatutos da Universidade*» (cfr. o nosso cit. ensaio sobre

novo em odres velhos» que o seu texto tinha adoptado em relação ao texto anterior das *Ordenações*.

O legislador de 1769 — conforme vimos <sup>(140)</sup> — usara da habilidade de reduzir toda a problemática da reforma que desejava empreender a uma definição do justo entendimento que devia ser dado à *boa rasfio* de que já falava o texto das *Ordenações*; e tanto bastou para levar a cabo uma verdadeira revolução na linha evolutiva do nosso direito. Pois agora, passados 50 anos e difundidas em Portugal as ideias do *individualismo crítico*, vai ser ele próprio a vítima da mesma táctica que usou para com as velhas *Ordenações*: — A *boa rasgão*, que as *Ordenações* tinham invocado apenas como *justa rayão* — quase como a simples *voz do bom senso* — e que o legislador pombalino adaptara à moda jusnaturalista, iria passar agora, na primeira metade do século xix, a vestir pelo figurino liberal; e o *uso moderno*, que os *Estatutos Pombalinos da Universidade* ofereciam como critério prático para avaliar da concordância do *direito romano* com a *recta ratio*, passaria a ser, na obra dos nossos doutrinadores e na jurisprudência dos nossos tribunais, a partir da segunda década do século xix, preferentemente *o direito das modernas codificações europeias*, moldadas já nos cânones do individualismo que a Revolução Francesa fizera triunfante em todo o velho Continente <sup>(141)</sup>.

a *Formação histórica etc.*, no *loc. cit.*, pág. 244; e v., no mesmo sentido, ANTÓNIO HESPANHA, *Apontamentos cits.*, pág. 247). Sobre o assunto desta nota, v. ainda NUNO ESPINOSA, *Lições cits.*, págs. 509-510, onde se dá conta de reacções semelhantes às de CORREIA TELLES por parte de MANUEL FERNANDES THOMAZ e de JOSÉ FERREIRA BORGES.

(M<sup>o</sup>) *y<sub>#</sub>sil<sup>p</sup>riú* n.º 12 e notas 113, 114 e 122.

(141) V. o nosso citado ensaio sobre a *Formação histórica do moderno direito privado português e brasileiro*, no *loc. cit.*, págs. 248-249. A diferença está só em que, em 1769, foi o legislador quem se encarregou de fixar, imperativamente, um sentido diferente à expressão *boa ração*, já usada pelas *Ordenações*, enquanto que, agora, o legislador permanece mudo e são os doutrinadores quem vai encarregar-se de dar um novo sentido aos textos legais vigentes.

Conforme dissemos naquele nosso referido trabalho, «a fixação de novos rumos, na evolução das nossas instituições jurídico-privadas, no período que vai desde os começos do liberalismo até o Código Civil, vai ser obra, fundamentalmente, da actividade doutrinal dos juriconsultos. E o que há de mais curioso, nessa actividade doutrinal, é, sem dúvida nenhuma, a forma hábil como foram aproveitadas as normas de interpretação e de integração

O *direito subsidiário*, por esta via indirecta, deixaria assim de ser, a pouco e pouco, o *direito romano* das obras de HEINECCIUS, de STRYK OU de THOMASIVS — como o legisla or pombalino tinha pretendido —, para passar a ser, de preferência, o articulado do *Código Civil francês*, dos *Códigos da Prússia e da Sardenha*, ou do *Código austríaco* <sup>(142)</sup>. Os nossos escritores da época, com efeito, vão invocando cada vez menos a autoridade dos grandes mestres do *usus modernus pandectarum* e passando a recorrer em seu lugar, sempre que possível, às novas codificações estrangeiras : — Antes ainda

de lacunas, legadas pela época do jusnaturalismo, para introduzir, com apoio nelas, as inovações de fundo individualista, bebidas nos Códigos posteriores à Revolução Francesa.

«Efectivamente, se não houve nesta época — como já fizemos notar —, e ao contrário do que sucedeu na época anterior, uma forte disciplina filosófica para nortear o legislador na tarefa de reformar o direito privado, menos a houve capaz de determinar a fixação de novas regras de interpretação e de integração de lacunas, de modo a imprimir, deliberadamente, um novo rumo à actividade da jurisprudência e da doutrina. Os juristas tiveram de contentar-se, a este respeito, com as regras de hermenêutica que a época anterior tinha formulado, e toda a habilidade esteve agora em saber dar um sentido novo aos seus dispositivos, adaptando-os a uma linha de pensamento muito diferente daquela que presidira à sua promulgação.

«A lei da Boa Razão, os Estatutos pombalinos da Universidade, os assentos da Casa da Suplicação da época jusnaturalista, continuavam a ditar, em plena época liberal, as normas relativas à interpretação das leis e à integração das suas lacunas. *Recta ratio* e *usus modernus* continuavam a ser, portanto, as normas supremas a que os juristas deviam submeter-se, na sua actividade doutrinária. Simplesmente, essas expressões tinham perdido, quase por completo, o seu antigo significado, e eram utilizadas, por vezes, para defender pontos de vista novos, que noutros tempos teriam sido, com base nelas, abertamente condenados [...]». Cfr. *loc. cit.*

No mesmo sentido, ver ainda MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Enquadramento histórico do Código Civil português*, no *loc. cit.*, pág. 150; NUNO ESPINOSA GOMES DA SILVA, *Lições cits.*, pág. 513; e ANTÓNIO MANUEL HESPANHA, *Apostamentos cits.*, págs. 257 a 260.

<sup>(142)</sup> Embora já em 1756 tenha sido publicada na Baviera uma compilação de leis com o título de *Codex Maximilianus Bavaricus Civilis (Bayerisches Landrecht)*, o verdadeiro movimento codificador moderno só se inicia em 1794, com a publicação do *Código da Prússia (Allgemeines Landrecht für die preussischen Staaten)*. Seguiram-se-lhe, por ordem cronológica, o *Código Civil francês*, publicado em 21 de Março de 1804 com a denominação de *Code civil des français* e crismado com o nome de *Code Napoléon* por uma lei de 3 de Setembro de 1807, o *Código Civil austríaco*, em 1811, e o *Código Civil da Sardenha*, em 1827.

de 1820, já o *Código Civil francês* começa a ser invocado na obra de MANUEL DE ALMEIDA E SOUZA <sup>(143)</sup>; o *Código da Prússia* e o *Código da Sardenha* entram no conhecimento dos nossos juristas em 1820, através da 2.<sup>a</sup> edição do *Tratado dos testamentos*, de ANTONIO JOAQUIM DE GOUVÊA PINTO <sup>(144)</sup>; JOSÉ HOMEM CORREIA TELLES, por seu turno,

(143) A informação procede de COELHO DA ROCHA, na cit. nota B ao § 23 das suas *Instituições*: «Lobão [...] a cada passo [...] recorre ás leis modernas das nações, e foi o primeiro, que citou os codigos, porque ainda então começavam a ser conhecidos: nas suas ultimas obras encontra-se já mencionado o Codigo Civil Francez» (cfr. *ed. cit.*, tomo I, pág. 284).

Não nos foi possível fazer uma indagação exaustiva a este propósito, dada a enorme extensão da obra de ALMEIDA E SOUZA; mas, abrindo os seus livros um pouco à sorte, encontrámos de facto já citado, repetidas vezes, o *Código Civil francês* num trabalho seu de 1816: o tomo I dos *Fascículos de dissertações juridico-práticas* (designadamente, a págs. 99, 159 e 213).

Sobre a vida e obra de MANUEL DE ALMEIDA E SOUZA (DE LOBÃO), v. JOSÉ PINTO LOUREIRO, O jurisconsulto *Manuel de Almeida e Sousa*, no *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, vol. XVIII (1942), págs. 273 a 365; e, do mesmo, o artigo sobre *Manuel de Almeida e Sousa* na obra de colaboração, promovida pelo Conselho Geral da Ordem dos Advogados, *Jurisconsultos portugueses do século XIX*, vol. I (Lisboa, 1947), págs. 240 a 291. V., neste último trabalho, em apêndice, a lista completa, por ordem cronológica, das *Obras de Manuel de Almeida e Sousa* (*Joc. cit.*, págs. 288 a 291).

(144) A informação dada, a este respeito, por COELHO DA ROCHA (no *loc. cit.*) é apenas a de que «o Codigo da Prússia aparece pela primeira vez citado no *Tractado dos Testamentos* de Gouvêa Pinto». Esta informação não se refere, porém, à 1.<sup>a</sup> edição desta obra, saída em 1813, mas apenas à 2.<sup>a</sup> edição: *Tratado regular, e pratico de testamentos, e successões, ou compendio methodico das principaes regras, e princípios que se podem deduzir das leis testamentarias, tanto patrias como subsidiarias, [...] por ANTONIO JOAQUIM DE GOUVÊA PINTO* (Segunda Edição consideravelmente augmentada, e corrigida. Lisboa: Na Impressão Regia. Anno 1820). De facto, é o próprio autor quem declara, na «Advertência sobre a 2.<sup>ta</sup> Edição», que «nesta pois encontrarão os Juristas em augmento daquella, não só o Direito de algumas Nações mais civilizadas, e vizinhas (além do Romano subsidiario, que agora he exposto com mais profusão) analogo ás materias Testamentarias, mas também o que regulou as Successões legitimas, ou ab-intestado das mesmas Nações; taes são: = a Hespanha, França, Sardenha, Prússia, e Inglaterra, cujos Codigos me forão presentes». Ao que acrescenta, em nota de roda-pé: «Note-se que o Codigo da Prússia de que me servi não he o Codigo de Frederico publicado em 1749, mas sim o Geral dos Estados Prussianos de novo promulgado em 1794 com revogação daquelle» (cf. *ob. e ed. cit.*, pág. IX).

Há-de explicar-se que GOUVÊA PINTO, ao mencionar entre os códigos utilizados na sua obra um referente à vizinha «Hespanha», quis reportar-se às *Par-*

em 1855, amplia a utilização do *Código francês* e do *Código da Prússia* como fontes subsidiárias, no seu famoso *Digesto Portuguez*<sup>(145)</sup>; e MANUEL ANTONIO COELHO DA ROCHA, em 1848, nas *Instituições de direito civil portuguez*<sup>(146)</sup> — a obra de maior divulgação na praxe do foro e no ensino universitário, nas vésperas do *Código Civil* —, dá já um lugar extremamente secundário à subsidiariedade do *direito romano*, invocando de preferência, para os casos omissos, as soluções do *Código francês*, do *Código da Prússia*, do *Código austríaco*, do *Código sardo* e ainda de alguns outros<sup>(147)</sup>.

*tidas, que efectivamente cita com muita frequência ao longo do livro, ou, então — sob a designação de «Direito novo de Hespanha» —, à Novissima Recopilación, de 1805. Quanto à «Inglaterra», não é código nenhum, evidentemente, o que está em causa; as citações feitas pelo autor ao direito inglês reportam-se apenas à tradução francesa do Commentaire sur les Rois Angloises de BLACKSTONE. OS códigos civis francês, prussiano e sardo — esses, sim — são amplamente citados, sobretudo o primeiro.*

<sup>145)</sup> Queremos referir-nos ao *Digesto portuguez ou tratado dos direitos e obrigações civis, accommodado ás leis e costumes da nação portuguesa; para servir de subsidio ao novo Codigo Civil*, por J. H. CORRÊA TELLES (3 vol., Lisboa, 1835; sucessivamente reeditado em 1840, 1849 e 1853). A seu respeito, diz com rigor COELHO DA ROCHA (no *loc. cit.*) que, «finalmente o distinto Jcto, o Sr. Corrêa Telles na redacção do *Digesto Portuguez* teve sempre diante de si o *Código Civil Francez* e o da *Prússia*, abertos ao lado dos volumes do corpo de direito romano». Na verdade, a citação destes dois códigos é constante, na obra de CORREIA TELLES, de permeio com as citações do *Digesto* e do *Código Justinianeu*; como são constantes as citações dos grandes tratadistas franceses, anteriores ou posteriores ao *Code Civil* (particularmente DOMAT e POTHIER, entre os primeiros, e TOULLIER e DURANTON, entre os segundos), ao lado dos grandes corifeus do *usus modernus* (com especial relevo para BOHEMER e STRYK) e da extensa pléiade dos nossos praxistas (desde VALASCO, MENDES e MACEDO até PORTUGAL, PEGAS e AROUCA; e desde GUERREIRO, MORAES e SYLVA até MELLO FREIRE e a LOBÃO).

(U6) As já repetidas vezes aqui citadas *Instituições de Direito Civil Português* de MANUEL ANTONIO COELHO DA ROCHA, publicadas «para uso dos seus discipulos» em 1848 (2 tomos) e várias vezes reeditadas pela Imprensa da Universidade, podem considerar-se, sem favor, o mais equilibrado e mais perfeito manual de direito civil publicado em Portugal no séc. XIX. Continuam a ser, ainda hoje, o livro fundamental para quem queira conhecer o direito civil vigente no nosso país nas vésperas do *Código Civil*.

(U7) Segundo ele próprio confessa, não teve possibilidade de servir-se directamente senão do *Código Civil francês* e dos *Códigos da Prússia*, da *Áustria* e da *Sardenha* «vertidos em Francez». E acrescenta: «em quanto aos outros, que algumas vezes citamos, servimo-nos da *Concordance entre les Codes Civils par Mr. Antboine de Saint-Joseph*» (cfr. *loc. cit.*, pág. 285).

Para justificar esta troca do *direito romano* pelos *códigos modernos*, utilizam estes juristas um raciocínio que tem tanto de ingénuo e de simplista como de sofisticado : — Se os "*Estatutos da Universidade*, em esclarecimento da *Lei da Boa Razão* — dirá ingenuamente Coelho da Rocha—, permitem «averiguar o uso moderno das nações nos escriptos dos seus Jurisconsultos, por maioria de razão deve [esse uso moderno] ser procurado nas suas leis»<sup>(148)</sup>. Como se o *uso*

(148) Cfr. cit. Nota B ao § 43 das *Instituições* (na ed. cit., pág. 284). V. também: BRAGA DA CRUZ, *Formação histórica etc.*, no loc. cit., pág. 249; ALMEIDA COSTA, *Enquadramento histórico etc.*, no loc. cit., pág. 150; NUNO ESPINOSA, *Lições cits.*, pág. 513; e ANTÓNIO MANUEL HESPANHA, *Apontamentos cits.*, págs. 258.

Formulado o *sofisma*, COELHO DA ROCHA prossegue serenamente: «Fundados pois nos Estatutos, que são lei, como todos sabem, e na practica dos nossos escriptores, enumeramos entre os subsidios da nossa jurisprudência civil as leis ou codigos das nações modernas. Sendo ellas o contraste legal para se julgar do uso das leis romanas, não sabemos decidir, se aquellas, se estas, têm maior auctoridade entre nós: limitamo-nos aqui sómente e expor o nosso systema, e o uso, que delias fazemos nesta obra.

«Um tractado de jurisprudência entre nós é um composto de muitos e variados elementos, para o qual as leis patrias hoje por desgraça ministram o menor contingente; todos os mais são subsidios. [...] Em toda a parte o primeiro subsidio deve ser o dos escriptos dos nossos praxistas, porque nelles se acham indicados os estylos, a practica de julgar, ou direito consuetudinario, e até nos modernos o uso actual do direito romano. [...] em certos artigos são elles o unico recurso: como no da communicação dos bens entre os conjuges, nos morgados, na emphyteuse, e nos mais, que têm por fonte os antigos costumes, ou leis da meia idade. Os outros subsidios não podem aqui ser chamados, senão por analogia.

«Alguns artigos têm já fontes subsidiarias os codigos modernos. Assim o artigo das tutelas na *Reforma*, e o dos principios geraes sobre contractos no *Codigo Commercial* são tirados directamente do Civil Francez: e nós fomos extrac-tar do da Prussia as doutrinas sobre obrigações, que resultam dos actos illicitos, sobre esponsaes, sobre testamentos de mão commum, e sobre as obrigações dos criados, e outras muitas, cujos elementos achamos introduzidos entre nós pelas leis, ou pelos praxistas, talvez pela frequente leitura dos JCTos Allemães.

«Finalmente grande numero de artigos apresentam ainda a sua origem romana, uns patente e bem conservada, como o das obrigações, sua extinção e provas, das diferentes especies de contractos, dotes, modos de adquirir, prescrições, etc. ; outros já mui desfigurada, como o artigo do *patrio poder*, e o dos testamentos. Em todos estes é que nos pareceu indispensável usar da faculdade dos Estatutos, collocando os codigos ao lado do *Digesto*. Todos sabem quanto na jurisprudência romana é difficil e arriscado deduzir da decisão especial de um fragmento a illação geral necessaria para a coordenar pelo methodo synthetico; assim como decidir entre os diferentes sentidos, que os interpretes dão a alguns textos. Ora nós não

*moderno* referido nos *Estatutos* não tivesse um significado doutrinal e filosófico muito concreto e específico, simbolizando todo o pensamento duma escola jurisprudencial que fez a ligação entre o *ius-naturalismo* e o *direito romano* (149) ! E como se os *códigos* agora invocados, nascidos já à sombra das novas correntes filosófico-jurídicas do individualismo, não estivessem já muito longe — e, por vezes, quase nos antípodas — do pensamento do *usus modernus pandectarum* (150)!

E, no entanto, com sofisma ou sem sofisma, foi esse o rumo que as coisas levaram. «Habent sua fata libelli» : — As grandes obras sobre que a *Lei da Boa Razão* e os *Estatutos da Universidade*

*temos o desvanecimento de nos julgar hoje capares de ser juives entre Accursio e Cujacio, ou entre Vinnio e Heineccio: nestas dificuldades decidimo-nos pela opinião, ou antes pela fórmula enunciada em um código, o qual, além da auctoridade dos seus redactores, tem em seu abono o assenso de uma nação civilizada. Não queremos encobrir, que muitas vezes vamos encontrar entre um código e outro código estas mesmas diversidades de opiniões; e então (é necessário confessal-o), como não temos regra, decidimo-nos por aquella disposição, que nos parece mais analogá ao nosso systema de legislação, aos nossos costumes e estylos, e talvez a alguma auctoridade, que nos deva melhor conceito» (cfr. *ob., ed. e loc. cit.*, págs. 284-285. Os dois últimos sublinhados são nossos).*

COELHO DA ROCHA é o único autor que se preocupa em dar tão extensas explicações acerca do recurso aos *códigos estrangeiros* como elemento integrador das lacunas do nosso direito, talvez por ser... o que mais longe levou as coisas nesse domínio, sentindo quase como *dever de consciência* a necessidade de se justificar. LOBÃO — que foi, como vimos, o primeiro a lançar mão desse recurso (v. *supra*, nota 143) — não se acusa sequer de tal «pecado». GOUVÊA PINTO, esse, já regista o facto — com que, de certo modo, se ufana (v. *supra*, nota 144) —, mas sem sentir qualquer necessidade de se justificar. E apenas CORREIA TELLES tenta uma explicação, com manifesto pouco à-vontade,... para não dizer com certo ar de *comprometido* e de quem tem consciência de não se tratar de jogo inteiramente isento de reparos, afirmando: «Em apoiar muitos artigos sobre disposições de *Códigos* estranhos, também não introduzi novidade. Outro tanto se encontra em *Jurisconsultos* nossos, e antigos: e a razão, que davão para sua desculpa, era, que ainda que as *Leis* d'outro Reino não tivessem autoridade alguma em o nosso, com tudo as suas disposições podião muitas vezes ser abraçadas como opinião mais provável, que mereçera ser adoptada por lei» (e invoca, em nota de roda-pé, VALASCO *de Part. Cap. 19. n. 27.*; e AROUCA *Alleg. 12. n. 12.*). Cfr. *Digesto Portuguez, ed. cit.*, pág. 5.

(M9) *Y silPraj* notas 105, 132 e 133.

(150) V. o nosso trabalho *Formação histórica do moderno direito privado português e brasileiro*, no *loc. cit.*, pág. 250.

julgaram poder construir definitivamente o edifício do nosso direito subsidiário acabaram por ceder quase totalmente o seu lugar às codificações modernas, sem que para tanto aquela *lei* e aqueles *estatutos* tivessem sofrido qualquer alteração na sua redacção ou perdido uma palavra só do seu valor normativo. E foi por essa via, por esse caminho dum novo *direito subsidiário* que não era rigorosamente o previsto na lei, que o direito português se amoldou ao pensamento jurídico europeu de Novecentos — mais por via doutrinária e jurisprudencial, portanto, do que por via legislativa—, abrindo caminho às grandes reformas que os Códigos do século XIX, e entre todos o *Código Civil de 1867*, vieram depois consagrar e que, em boa parte, não representam senão a confirmação de soluções que já eram familiares aos nossos juristas e aos nossos tribunais <sup>(151)</sup>.

(161) Conforme dissemos no *loc. cit.*, «se nos lembrarmos, mais uma vez, da enorme amplitude que tinha, entre nós, o recurso ao direito subsidiário — por virtude da deficiência das Ordenações e da legislação complementar — e da enorme importância que possuíam os critérios de interpretação, perante leis deficientemente redigidas, poderemos logo ter uma visão apriorística dos resultados práticos que derivaram desta franca aceitação, entre nós, do preceituado em Códigos estrangeiros : — Foi toda uma nova massa de disposições, que lentamente penetrou nos quadros da Ordem jurídica vigente, e que os nossos juristas procuravam conciliar, na medida do possível, com o direito tradicional, quase sempre sem grande critério filosófico, mas com incontestável mestria de ordem técnica — ou eles não fossem, como realmente eram, juristas de primeira plana». V., no mesmo sentido, ALMEIDA COSTA, *Enquadramento histórico do Código Civil português*, no *loc. cit.*, pág. 150.