

NUÑO J. ESPINOSA GOMES DA SILVA

HISTÓRIA DO DIREITO PORTUGUÊS.

FONTES de DIREITO.

5.^a Edição, Revista e Actualizada.

FUNDAÇÃO CAIOUSTE GULBENKIAN
Serviço de Educação e Bolsas

sem J - corrigido
foto 1

PERÍODO DE INFLUÊNCIA ILUMINISTA.

(1750-1820)

1. *Características gerais do período iluminista.* Por todos o século XVIII e, em Portugal, nomeadamente na segunda metade da centúria, vai fazer-se sentir, com carácter dominante, o movimento do *Iluminismo*; por isso, se chamará a esta época *Iluminista* ou, ainda, da *Ilustração*, das *Luzes*, de *Aufklärung*.

Não é fácil a caracterização do *Iluminismo*. Todavia, conforme acentua Cabral de Moncada – que, entre nós, é quem melhor estudou o século XVIII –, pode dizer-se que esta é «a época por excelência da Razão e do racionalismo: uma Razão essencialmente objectiva e crítica, e um racionalismo essencialmente humanista e antropocêntrico»¹. A razão, que se fortificara no campo das ciências naturais, irrompe no terreno político-jurídico, onde vai atacar envelhecidas estruturas medievais: uma Razão crítica – uma Razão que tem, apenas, dimensão humana – irá proceder a universal julgamento². Toda a gente

¹ Cabral de Moncada – *Um «iluminista» português do século XVIII.* Lus António Verney, in *Estudos de História do Direito*, cits., vol. III, Coimbra, 1950, 2. Em tempos mais recentes, veja-se *História do Pensamento Filosófico Português* (dir. Pedro Calafate, Vol. III, *As Luzes*, Lisboa, 2001, em especial o estudo de António Braz Teixeira – *Filosofia Jurídica*, 63 e ss.) e Zélia Osório de Castro – *Ideias Políticas (Séculos XVII-XIX)*, s.l.s.d. (Lisboa, 2002). Para o país vizinho, veja-se Francisco Aguiar Piñal – *La España del Absolutismo Ilustrado*, Madrid, 2005 (com ampla bibliografia).

² Cabral de Moncada – *Filosofia do Direito e do Estado*, vol. I, Coimbra, 1947, 198: «Perante essa instância suprema é que serão doravante citadas todas as realidades sociais históricas, para, no caso de não resistirem a julgamento, serem logo condenadas como intoleráveis desvios da única lei suprema de toda a Natureza, uma com essa mesma razão, transformada em juiz omnisciente de todas as coisas.» Veja-se, também, a muito importante obra, dirigida por V. Ferrone e D. Roche – *L'Illuminismo. Dizionario Storico*, Roma – Bari, 2007), com colaboração internacional, de grande qualidade e com excelentes bibliografias.

tem a *ânsia de ler*¹, toda a gente tem a *ânsia de criticar*. Uma das ideias que vai conformar a época é a de que – *A opinião [pública] é a rainha do mundo, é a opinião [pública] que*

¹ Falou-se, inclusivamente, da *mania de ler*, da *febre de ler*. Em Portugal, lia-se tudo o que vinha de França. O capitão Jean-baptista Barres – *Memórias de um Oficial do grande Exército* in *Linhas de Torres Vedras. Memórias Francesas sobre a III Invasão*, introd. António Ventura, Lisboa, 2010, 30, escreve – «Na casa que nos calhou [nos arredores de Vila Franca de Xira] encontrámos um esconderijo cheio de livros franceses, quase todos dos nossos melhores autores, bem editados e superiormente encadernados, eram as duas enciclopédias, era Voltaire, Rousseau, Montesquieu, etc. Nada de semelhante se tinha oferecido aos meus olhos em Espanha». Estas «duas enciclopédias devem ser a conhecidíssima *Encyclopédie*, de Diderot e d'Alembert e a *Encyclopédie*, dirigida por E. B. de Félice, publicada em Yverdon, entre 1773 e 1789. Bibliografia sobre o *Enciclopédismo*, pode ver-se em *L'Illuminismo. Dizionario Storico*, 618-619. Este capítulo de *Orientamenti Bibliografici* é devido a Antonio – Trampus.

² Aprecie-se este título – «Palinodia Manifesta ou Retractação publica de Muitos Erros, Carocas, e Falsidades, que a hum pobre Medico, chamado Sylvio, bom homem, não Philosopho e peor Peripatetico se encaixarão na ultima parte (sic) da Recreação Filosofica, aonde fez a figura de Mantenedor pela Eschola de Aristoteles. De outra sorte. Breve Summario das razoens, que por si allegão os Philosophos da moda e os antigos nos principaes pontos em que discordão. *Obra utilissima para o seculo presente, em que atbe as creadas de escada abaixo, e as mulheres de pé descalso, Cantaro e rio, etc. se prezão de saber muita Philosphia (...)*». O sublinhado é nosso. E a luta entre o antigo e o novo, continua espelhada: «Como fui creado com as taes Philosophias da moda, às quaes ainda hoje tenho boa inclinação, tudo o mais me parecia contos de velhas; Aristoteles, S. Thomas, Scoto, Soares, e os milhares de sequazes que estes tiverão por tantos seculos, todos me parecia gentinha Escolástica, e escoria do mundo erudito, só os meus Monsieurs erão homens, só os librilhos de oitavo, taes como os das tuas tardes Philosophicas, me agradavão; finalmente tudo o que não erão quatro experiencias, que já hoje os rapazes e mulheres fazem para se distrairem, me parecia especulação futil, e digna de se desterrar para sempre das Escolas (...).» Tudo, nas Luzes, era filosófico. É assim que o conhecido Félix de Avelar Brotero publica, em Coimbra, no ano de 1783, uns *Princípios de Agricultura Filosófica*; e, em 1822, é publicada, de Jerónimo Soares Barbosa, uma *Grammatica Philosophica Portuguesa*. E, já antes, Bernardo de Lima e Melo Bacelar tinha publicado, em 1783, uma *Gramática Filosófica da Língua Portuguesa* (reproduzida, em *fac-simile*, com introd. e notas de Amadeu Torres, Lisboa, 1996). Também, no ano de 1818, João Couto e Melo publica, em Lisboa, uma *Gramática Filosófica de Linguagem Portuguesa*. É por isso que, escrevendo a seu pai, do Rio de Janeiro, em 19 de Maio de 1813, dizia Joaquim dos Santos Marrocos (*Carlos do Rio de Janeiro 1811-1821*, Lisboa, 2008, carta 43A, 185), que «produzem-se Planos e Projectos Literários, mas *ex tanto nihil*. Silvestre Pinheiro está metido a Projectista e as suas lições reduzem-se a uma mescla científica que não se sabe o que é: estamos no *tempo dos Gramáticos Filosóficos (...)*. O último sublinhado é nosso.

*governa o mundo.*¹ A hipertrofia racionalista levará a ver na História sucessivas épocas de maior ou menor conhecimento da Razão – «*A História dos Imperios nos mostra que a Razão não tem sido cultivada em todos os tempos, nem por todos os povos igualmente. Razão por que os Legisladores tomarão diferentes rumos quando por meio das Leis procuravão a felicidade dos Seus Imperios. A Sociedade he huma máquina complicada, que trabalha com tantas moles, quantos são os individuos de que se compõem. Pelo que se faz mais precisa huma razão iluminada, que saiba guiar tudo a seus justos fins. Nisto se diversifica o Povo barbaro do polido; o Reino, onde as Artes florecem daquelles em que se desprezão.*»²

Como se vê, há aqui um racionalismo que busca inspiração nas ciências físicas: «*a sociedade he uma máquina complicada, que trabalha com tantas moles quantos são os individuos de que se compõem*». Racionalismo mecanicista que vê

¹ Este tipo de aforismo teve eco em Voltaire – «On la nomme la reine du monde; elle l'est si bien, que quand la raison vient la combattre, la raison est condamnée à la mort. Il faut qu'elle renaisse vingt fois de ses cendres pour chasser tout doucement l'usurpatrice». J. Acúrsio das Neves encimava a sua *Carta IV. A Opinião e os Partidos*. Lisboa, 1822, com o dito voltairiano. Mas veja-se o nosso *Um pequeno Manuscrito de Ricardo Raimundo Nogueira, contendo considerações a favor e contra a Constituição Prometida por D. João VI em 1823*, Lisboa, 1999, 31, nota 27 (sep. da *Rev. Direito e Justiça*, vol. XIII, 1999, Tomo III).

² José Virissimo Alvares da Silva – *Introdução ao Novo Código*, 3, nota (a). É interessante que Stuart Andrews no seu *Enlightened Despotism*, Nova Iorque, 1967, 13 (citado por Francisco José Calazans Falcon – *A Época Pombalina (Política Económica e Monarquia Ilustrada)*, São Paulo, 1983, 133) descreve a sociedade política iluminista, como sendo – «Um estado adequadamente constituído [que] deve ser exactamente análogo a uma máquina na qual todas as rodas e engrenagens estão ajustadas com precisão umas às outras; e o governante precisa ser o contramestre, a fonte de energia, ou a alma – se é possível usar esta expressão – que põe tudo em movimento». De Calazans Falcon há que ver, também, *As práticas do reformismo ilustrado pombalino no campo jurídico* in *Revista de História das Ideias*, 18, Coimbra, 1996, 511 e ss. O Autor é um historiador interessante, em temas do Iluminismo. Mas esta sua incursão – nomeadamente, no tocante à Lei da Boa Razão – não é muito feliz. Considerar que a *communis opinio* se referia à «utilização de costumes» é, em absoluto, incorrecto. Aliás, a bibliografia, em geral, é boa, mas, nitidamente, insuficiente. Sobre a época é importante, agora, Kenneth Maxwell – *Pombal. Paradox of the Enlightenment*, Cambridge, 1995 (de que há trad. port. *O Marquês de Pombal*, Lisboa, 2001).

o homem-indivíduo como uma das peças da sociedade. Todavia, para que essa «máquina» possa funcionar, para que os indivíduos-peças se encontrem nos seus lugares adequados, faz-se «mais precisa huma razão iluminada, que saiba guiar tudo a seus justos fins».

A legislação «não he outra cousa mais que hum Compendio de Sabedoria para bem governar certa porção da Humanidade que se unio em Sociedade, debaixo de certa forma de governo que entre si pacteou»¹.

Mas qual vai ser, então, a razão iluminada que irá guiar tudo a seus justos fins, qual a vontade que ordenará o «Compendio de Sabedoria» que deve ser a legislação?

Dissera Platão que as Repúblicas seriam felizes quando os filósofos as governassem, ou os reis fossem filósofos. Nesta alternativa de filósofos-reis ou reis-filósofos era o segundo termo que, compreensivelmente, se impunha. O ideal da época é a criação do rei-filósofo que vá actuar um programa de razão. São os tempos da frequente correspondência entre reis e filósofos em que estes tentam segredar aos monarcas aquilo que lhes inspira o seu racionalismo². Esta necessidade do rei-filó-

¹ José Virissimo Alves da Silva - *Introdução*, 2.

² Caetano Filangieri - *La Scienza della Legislazione*, tomo I, Génova, 1978, 15: «Scrivendo la scienza della legislazione, il mio fine altro non è, che di facilitare à sovrani di questo secolo l'intrapresa d'una nuova legislazione.» José Acúrsio das Neves [*Obras Completas, Vol. 6.º, Cartas de um Português aos seus concidadãos sobre diferentes objectos de utilidade geral e individual. Escritos diversos*, Lisboa, s.d., (1.ª ed. 1822, Carta VII, 74)], comentava o seguinte: «O mesmo Voltaire concebeu o projecto de fundar em Clèves uma colónia de filósofos debaixo da protecção de Frederico II, para ai poderem escrever à sua vontade, sem temerem nem os ministros, nem os padres, nem os parlamentares. Frederico era muito esperto para cair no laço; iludiu por muito tempo esta pretensão com respostas evasivas; finalmente escreveu a Voltaire em 13 de Setembro de 1766, que os filósofos seriam ali bem recebidos e achariam asilo e segurança, contanto que fossem moderados e pacíficos, e negando-se a todo outro género de protecção. Os filósofos parece que se não agradaram da condição e o projecto não teve effeito.» O mesmo Frederico, em correspondência particular, disse: Se eu quisesse castigar uma provincia minha, dá-la-ia, para governar, a um filósofo. (Cfr. Valter Boggione e Lorenzo Massobrio - *Dizionario dei Proverbi*, Turim, 2007, 380, VIII, 4.5.1.1.). E, em 1809, frei Joaquim de Santo Agostinho Brito França Galvão (c. indicação de Inocêncio - *Dic.*, IV, 58) escrevia no n.º 1 das *Reflexões sobre o Correio Braziliense*, 18: «Mas os nossos Espectadores e Filósofos (assim se querem chamar) estão costumados a arrogar-se o direito de murmuração de tudo o que não he obra sua: se elles governassem, presidissem ou fossem admitidos aos Conselhos dos Reis, tudo iria a mil maravilhas; alias tudo vai perdido. Todavia mostrou a experiencia que a marcha dos negocios publicos se complica desde que os escutarão, os premiarão, os deixarem fallar, e

sofo vai, pois, ter a sua tradução no chamado *despotismo iluminado* ou *esclarecido*. O déspota iluminado - fruto de aliança entre *autoridade e razão* - será o agente que irá actuar a reforma da sociedade¹. Reforma que será actuada, de cima para baixo, num sentido descendente - *Tudo para o povo, nada pelo povo*².

Por isso, também, o *iluminismo jurídico* - como anota M. Cattaneo - se caracteriza por dois elementos fundamentais: «por uma atitude *racionalista* em relação ao direito natural, e por uma atitude *voluntarista*, em relação ao direito positivo»³. O direito deve resultar de uma *vontade* ao serviço da *razão*.

obrar: e logo que da influencia passarão a ter comando e vimos os Filosofos Reis à testa das Nações, Religião, Moral, Política, Sciencia, bens, honra, vida, tudo se alterou e se arruinou, se perdeu, debaixo da direcção de Suas Magestades os Filosofos Reis e Suas Excellencias os seus Conselhos Iluminados, e Filanthropos. Se foi porque mais não sabião, que consumados charlatões! Se porque não querião, que traidores da humanidade! Que malandros egoístas". Era este o clima existente em Portugal.

¹ C. de Moncada - *Um «iluminista» português*, 4, define *despotismo esclarecido* como a concepção política que vê no Estado um órgão «chamado a realizar e a propagar pela força, despoticamente, as luzes e os ditames do entendimento para a felicidade dos povos, numa visão toda, simultaneamente, individualista, eudemonista e utilitária das coisas, do homem e da sociedade». Como síntese, consultem-se, também, F. J. Calazans Falcan - *Despotismo Esclarecido*, São Paulo, 1986; John G. Gagliardo - *Enlightened Despotism*, Londres, 1968; e François Bluche - *Le Despotisme Eclairé*, Paris, 1968. Para a evolução e flutuações da relação reis-filósofos, veja-se, agora, o interessantíssimo estudo de Luca Mannori - *La crisi dell'Ordine Plurale. Nazione e Costituzione in Italia tra Sette e Ottocento in Ordo Iuris. Storie e Forme dell'Esperienza Giuridica*, Milão, 2003, 139-180, estudo que - como não podia deixar de ser - incide, especialmente, em Itália, mas que contém ideias muito validas para o desenvolvimento do Iluminismo europeu.

² O lema que poderia definir a política do grande Frederico da Prússia era o seguinte: - «Raciocinai a propósito de tudo, tanto quanto quiserdes e quando quiserdes, mas obedeci». E o imperador austriaco José II afirmava que se deve fazer a felicidade dos povos, mesmo independentemente da vontade destes, e do mesmo modo que na república domina o despotismo da lei, é preciso que na monarquia reine o despotismo do príncipe. Cfr. F. Bluche - *Le Despotisme*, 1.º e 58. Em todo o caso, para se avaliar a explosão intelectual que o *Iluminismo* provocou, basta atentar em que, no ano de 1716, existiam 140 jornais, na Europa, e em 1790, so na Alemanha, existiam 247. (F. Bluche - *ob. cit.*, 59).

³ M. Cattaneo - *Iluminismo e legislazione*, Milão, 1966, 13. Veja-se, também, Giufiana d'Amelio - *Iluminismo e Scienza del Diritto in Italia*, Milão, 1965; Corrado Pecorella - *Studi sul Settecento Giuridico*, I, I, A. *Mannori e i Difetti della Giurisprudenza*, Milão, 1964; e, também, a importante antologia de Roberto Bonini - *Crisi del diritto romano, consoli*

2. *Crítica da tradição jurídica: direito romano e «communis opinio doctorum»*. Vimos que o Humanismo representara um primeiro ataque contra a tradição romanista europeia. Vai o Setecentos retomar os temas, então surgidos.

Também, agora, há quem olhe para a Razão como única fonte de direito: há quem, embora sujeitando o direito romano ao crivo da Razão, pense que vale, ainda, a pena submetê-lo a exame, com o fim de nele aproveitar o que mostre utilidade; há, enfim, quem pressupondo a completa historificação do direito romano, o estude, passe a expressão, como *peça de museu*, exemplificadora de uma particular e importante experiência jurídica passada.

Mas, de um modo geral, relativamente ao direito romano, é comum um sentimento de distância, por parte da Europa setecentista¹.

Esse sentimento pode, bem, ver-se consubstanciado nas linhas introdutórias da obrinha de Cesare Beccaria, intitulada «*Dei Delitti e delle Pene*», que deu volta ao continente², e onde,

dazioni e codificazioni nel Settecento europeo, Bolonha, 1988². Sobre certos aspectos do iluminismo jurídico germânico, veja-se Wolfgang Neuss - *Gesunde Vernunft und Natur der Sache-Studien zur juristischen Argumentation im 18. Jahrhundert*, Berlim, 1970.

¹ G. Filangieri - *La Scienza della Legislazione*, 4: «La legislazione è oggi questo oggetto comune di coloro che pensano. Gli errori della giurisprudenza ci circondano: ogni Scrittore procura di rilevarli, e da un' estremità dell' Europa all'altra non si sente altro, che una voce, la quale ci dice, che le leggi del Lazio non giovano più all' Europa.» Mouzinho da Silveira não tinha em grande conta Filangieri. Falando na Câmara, em 23 de Março de 1835, afirmou: «Também ontém se disse que toda a filantropia do Sr. Passos (Manoel) era tirada de Sólon, e Filangièrre, e não sei quem mais citaram: o que disseram estes homens? (...) Esses homens não estão ali bem colocados: (olhando para as figuras, que estão colocadas por cima do trono, que está na sala) Licurgo e Sólon, que ali se nos apresentam não eram sábios; estes homens não disseram nada em legislação; porque não eram legisladores de facto; e Filangièrre não devia estar ali. Filangièrre é um pigmeu comparado com os outros que lá estão, e não sei mesmo se era bom o que escreveu; mas hoje não o é, agora de nada importa isto; assim mesmo tinha vistas benéficas e boas intenções (...).» Cfr. Mouzinho da Silveira - *Obras, cit.*, Vol. II, 1630-1631.

² A primeira edição do livro é de Livorno, 1764. Ora, até ao fim do século XVIII, publicaram-se 21 edições em italiano, 12 em francês, 7 em alemão, 9 em inglês, houve, ainda, uma edição em espanhol, em sueco, em holandês, em dinamarquês e em polaco. Cfr. *Cesare Beccaria (1738-1794) Panorama Bibliográfico*, ao cuidado de Giacinto Manupella, Coimbra, 1964 (sep. do *Bolet. da Fac. de Dir. da Univ. de Coimbra*, Ano de 1963, Vol. XXXIX, 107-375). Em Portugal, por dificuldades censórias, Beccaria

assim, se define o direito comum - «*Alcuni avanzi di Leggi di un antico popolo conquistatore fatte compilare da un Principe, che dodici secoli fa regnava in Constantinopoli framischiare poscia co'ritti Longobardi ed involte in farraginosi volumi di privati ed oscuri interpreti, formano quella tradizione di opinioni, che da una gran parte dell'Europa ha tuttavia il nome di Leggi.*»¹

não foi traduzido. (Há, agora, uma excelente tradução moderna de José de Faria Costa, Lisboa, 1998). Era, porém, amplamente conhecido. Assim, por exemplo, Francisco Freire de Melo no seu *Discurso sobre Delictos e Penas* (...), Londres, 1816, 48, refere - «O grande Marquez de Beccaria (que no seu pequeno tratado *Dei Delitti e delle Pene* disse mais que todos os outros criminalistas em grossos volumes (...).» Também, Agostinho de Macedo [B.N., Cod. 11228], em Janeiro de 1822, falando das *Ordenações*, disse - "suposto que o seu Livro 5.º devesse ser mandado de presente ao Grã-Turco, ou ao sultão *Badur*, Rei de Cambraia, pois nelle, por dá cá aquella palha morre todo o flogio (sic) vivo. Hé verdade que ainda não tinha apparecido Beccaria para aquelles Legisladores tão assizados, e por isso ha no tal 5.º livro tanta desproporção e desigualdade entre os delictos e as penas; mas elles erão de opinião que a maça discordante do povo não illustrado, não se pode levar senão a pão". Nas vésperas da *Vilafrancada* e consequente queda do *Vintismo*, tinham as Cortes deliberado a criação de uma Comissão para apresentar um *Código de Delictos e Penas* (e não *Código Criminal* ou *Penal*). Foi assim que, em 1823, José M. Pereira Forjaz de Sampaio publicou, em Coimbra, na Imprensa da Universidade, um *Extracto de Projecto de Código de Delictos e Penas, e da Ordem do Processo Criminal* (...). É um texto, muito sumário, de 43 páginas. De acordo com um Edital de Novembro de 1788, a Real Mesa Censória só admitia a pessoas privilegiadas a leitura de Beccaria; e os comentários franceses estavam, em absoluto, proibidos. Aliás, também, apenas pessoas privilegiadas podiam ler as aparentemente inocentes *Viagens de Gulliver* (cfr. Maria Adelaide Salvador Marques - *A Real Mesa Censória e a Cultura Nacional in Bolet. da Biblio. da Univ. de Coimbra*, Vol. XXVI, Coimbra, 1964, 127, 138, 194). A censura das *Viagens de Gulliver*, viria, com toda a probabilidade, do facto de, no livro, se mencionar uma dúzia de reis, juntamente, com todos os seus «verdadeiros» antepassados e que seriam, não uma longa série de cabeças coroadas, mas, sim, dois rabequistas, três cortesãos, um prelado italiano, um barbeiro, um abade e três cardeais. Veja-se, a este respeito, Ulrich Im Hof - *A Europa no Século das Luzes*, Lisboa, 1995, 23. Para o choque de ideias, é importante Donald M. G. Sutherland - *Rivoluzione e controrivoluzione. La Francia dal 1789 al 1815*, s.l.s.d. (mas, Bolonha, 2000, trad. italiana de *France 1789-1815. Revolution and Counterrevolution*, Londres, 1985).

¹ Repare-se, ainda, na extrema violência de um outro iluminista italiano, Pietro Verri: «Gli uomini non hanno alcuna più soda legislazione in Europa che li tenga uniti in società che un centone di decreti, i pareri de' principi, magistrati, giureconsulti d'una antica nazione, mutilati da un ignorante e venale ministro che, sotto un imbecile principe greco, sono state accozate a Constantinopoli molti secoli or sono.» (in Giuliana d'Amelio - *Illuminismo*, 14).

Esse mesmo sentimento se acha, entre nós, em Vieira de Castro, no seu tão esquecido ensaio *Sobre a Origem e a Multiplicidade de Leis*, onde afirma que «Theodosio apòz dous collectores fez hum Codigo, e Justiniano por fim, veio a eclipsar em volume todas as legislações. Coube na cabeça d'este Imperador, ou antes na de Triboniano, e seus collegas, o formar dous labyrinthos de toda esta monstruosa, e desligada immensidade de Jurisprudencia Monarchica, Aristocratica, Democratica, e despotica; de leis feitas para huma cidade, para hum Imperio, para o Mundo; das opiniões de Jurisconsultos, que seguião seitas oppostas; assim como das dispozições contrarias, suas, e alheias, antigas, e novas; de tudo em fim, que elles quizerão chamar leis. Mas póde tanto o maldito espirito de systema¹, pódem os homens unir por meio delle taes disparates, que Justiniano compoz de principios, e resultados tão diversos humas instituições, hum systema. Eis-aqui a legislação porque se governou muitos seculos o mundo Romano e a que tem dado o tom em todas as Leis da Europa, em quanto n'ella huma cega tradição foi tida por unico principio do Governo; e em quanto para dar leis aos Povos se examinou somente o que as gerações passadas tinhaõ feito (mal ou bem) deixando fora do exame o que à geração presente convinha fazer.»²

¹ Para o espírito anti-sistemático de uma das tendências do Iluminismo, veja-se Mario G. Losano - *Sistema e Struttura nel Diritto*, Vol. I, Turim, 1968, 97 e segs.

² *Obras do Doutor Jozé Manoel Ribeiro Vieira de Castro*, Vol. I (único), Lisboa, 1822², 7 e segs. O livro compõe-se de ensaios escritos em 1797 e 1798, apresentados à Academia das Ciências. Já antes, em 1773 - um ano após a reforma dos *Estatutos* - o entusiasmado Joaquim José de Miranda Rebello escrevia: «(...) os Romanos, digo, até esses mesmos viram quasi escurecida, e inobservada a sua informe legislação: aquella, que ainda assim tinha absorvido todas as outras mais imperfeitas (...) mas a sua restauração na Itália desde o XII. Seculo por Irnério, como querem, lá vai produzir outro fenómeno tanto mais funesto, quanto mais permanente; aquelles espíritos ferozes, aquelles homens rigidos, sanguinolentos, lá mesmo do escuro fundo dos seus tumulos, a pezar dos carcomidos marmores, que os cobrem, continuam a dictar todas as regras de justiça às Nações mais cultas,

E, a seguir, diz: "tem-se dito muito mal e muito bem, dos Codigos Romanos, e pouco ha que hum Advogado Inglez (João Wilde) acaba de escrever na Introdução de suas Lições preliminares as Instituições de Justiniano hum pomposo e extravagante elogio deste Direito, suppondo, que elle pode ser a grande panacea para todos os males políticos, e religiosos, do nosso seculo! He certo que o estudo das Leis Romanas teve não pequena parte no adiantamento das letras, especialmente no século 12; porém eu agora só o considero como exemplo epidemico da multiplicidade de Leis. Talvez que nesta razão o descobrimento das Leis de Justiniano se possa chamar uma calamidade pública. O serviço de desenterrar hum Código poucas vezes haverá de ser em tudo util, aos Povos. Parece-me estar vendo abrir-se a boeta (sic) de Pandora de que os Letrados e Procuradores, vão tirar novos comentários, subtilezas, e trapaças"¹.

porém mais que elles nesta parte preocupados; por fim elles restauram o tyrannico Imperio, que as suas Leis haviam usurpado: o seu Direito recebe até aos nossos dias o indevido incenso de Direito Natural, e Público: elle ligará indistinctamente Nações, e Povos inteiros, enquanto a vigorosa razão não eleva sobre as suas ruinas as legislações depuradas (...). E concluía: «A Europa de então era bem pouco superior à África dos nossos dias.» E, mais adiante, acrescentava, numa nota: «a) Como entre nós se cultivava o Direito: como desprezavamos todas as noções geraes, que indispensavelmente lhe deviam preceder; como o separavamos, e fingiamos independente de todas as outras sciencias; como o rodeavamos, e suffocavamos com montões de erros, e subtilezas inuteis; como reputavamos o saber assim Direito por huma Sciencia immensa e interminavel; como aqui, mais que em parte alguma, faziamos ostentação de hum ridículo pedantismo, que era tanto mais dominante, e imperioso, quanto os cultores desta Sciencia eram mais numerosos, mais applicados, mais orgulhosos, mais caracterizados, menos directos, e continuamente occupados a produzirem os grandes escriptos, que, bem como semente de erros, se reproduzia nos que os liam, e nos que os veneravam; como ignoravamos o Direito Primitivo e o Direito Patrio; como substituíamos a estes o Direito confuso, e irregular, e em parte injusto de huma Nação que nem podia nem devia ser legisladora de Portuguezes (...); Cfr. *Ao Illustrissimo, e Excellentissimo Senhor Marquez de Pombal em Agradecimento dos Beneficios Recebidos Oração por Joaquim José de Miranda Rebello*, Lisboa, 1773, 34 e nota a) de 135.

¹ J. M. Vieira de Castro - *Sobre a Origem*, 8, nota (d).

Também, na Assembleia Constituinte de 1821, em Portugal, o deputado e matemático Simões Margiochi teve a seguinte leviana e nada consistente intervenção:

«Para provar que não deve haver juízes de direito, direi primeiro qual he a genealogia da Jurisprudencia, e a sua fisionomia. Uns ladrões do Lácio, juntando-se em um monte perto do Tibre, edificarão cabanas, forão furtar mulheres pelo resto da Itália, e destes ladrões e mulheres roubadas, sairão homens que conquistarão quasi todo o mundo conhecido; estes levarão para Roma os despojos do mundo; destes despojos nasceo a corrupção dos romanos, que começarão a ter costumes militares; desta corrupção nasceo o despotismo dos imperadores; do despotismo dos imperadores nasceo a Jurisprudência; e desta nasceo a miseria, e a fome, e da fome não podem nascer, senão ladrões; de maneira que na Jurisprudencia appareceram no principio ladrões, no meio ladrões, e no fim ladrões, creio que não me engano quanto à origem da Jurisprudencia (...)» Exposição iluminante.

Também a *communis opinio doctorum* vai ser alvo de crítica cerrada. Vimos, a seu tempo, que o canonista *Abade Panormitano* - resumindo o sentir geral - dizia que a *communis opinio* devia ser seguida, a menos que fosse evidentemente falsa ou pudesse ser convencida com razões prováveis. E, diferentemente dos autores anteriores, explicava que assim era porque «*communmente a maior parte investiga melhor a verdade*». Ora bem: tal fórmula, só aparentemente, não suscitava dificuldades. Com efeito, no campo da *dialéctica*, joga-se com uma lógica do *provável*, em que, precisamente, é *provável* a opinião defendida pela maioria dos peritos. Neste pressuposto, como se julga que a *communis opinio* é falsa ou *irrationabilis*? Se se pode, caso a caso, afastar uma comum opinião (apontada pela maioria), em nome duma *razão*, então isso significa que a *ratio* se sobrepõe à *auctoritas* da *communis opinio*, e que, na matéria jurídica, é possível encontrar uma *ratio*, uma *veritas* (de *veritas* falava, já, o próprio Panormitano). Assim, o argumento de *autoridade* não é o argumento em que se sustenta a interpretação jurídica: é, apenas, um dos muitos argumentos - e não, certamente, o melhor - que pode servir de auxílio na busca duma verdade possível, com inde-

pendência de qualquer *consensus*. Quando, pela primeira vez - e disso se orgulhava - o Panormitano veio apontar a, depois, tão repetida e trilhada citação da *I. I. § sed neque, C. de veter. jur. enucl.*, afirmando não dever julgar-se *ex multitudine auctorum*, uma vez que *possit unus forsitan et deterioris sententia et multos et maiores in aliqua parte superare* e que *saepe deus reuelat paruulis quod abscondit sapientibus*, deste modo se separava a *probabilidade* da *verdade* e, consequentemente, se punha em causa o critério do *número*, do *consensus*. O texto não apontava, ainda, o caminho moderno; era, antes, o pensamento dum cristão, afastando a linha aristotélica. A verdade pode vir da boca dum humilde: a verdade revelada é uma graça divina. Mas ao dizer-se que a comum opinião não deve ser seguida, quando *irrationabilis* ou *falsa*, está-se já a admitir que, na matéria jurídica, a *razão* se sobrepõe ao *consensus*, o *verdadeiro* se sobrepõe ao *provável*: em suma, que, no Direito, também há uma *verdade*.

A filosofia dos tempos modernos virá, decididamente, voltar costas ao conhecimento *provável*. A *razão* - em todos os campos - será o árbitro único¹. Deixa de ter sentido a distinção entre *scientia* e *opinio*, entre *verdade* e *probabilidade*. Dir-se-á, mesmo, que, nas causas difíceis e duvidosas, é mais normal que a verdade seja atingida por um só, do que por muitos.

¹ Como dirá Francisco Sanches, «Nec a me postules multorum auctoritates aut in autoribus reverentiam, quae potius servillis et indocti animi est quam liberi, et veritatem inquirentis. *Solam sequar ratione Naturam. Auctoritas credere iubet; ratio demonstrat: illa fidei; haec scientiis aptior*» (F. Sanches - *Quod Nihil Scitur*, Lião, 1581, trad. de Basílio de Vasconcelos in *Revista de História*, II, 1913, 127). Para a questão, nos séculos XVII e XVIII, veja-se A. Padoa - Schioppa - *Italia ed Europa*, 285 e ss.; não tão bem para a época anterior. Na *Encyclopédie* (Diderot e D'Alembert), no artigo *Lois* - da autoria de De Jacourt, que não era jurista, vão acumular-se, sem originalidade, os lugares comuns das *Luzes* - «As leis constituem uma espécie de saque nas mãos do amplo cortejo de juriscônultos que as comentam. A simples vista das suas compilações pode assustar o espírito mais infatigável. As suas glosas e subtilizações são como os fios da meada. Deveriam proibir-se no foro todas as citações excepto as das leis. Não são senão homens que argumentam perante outros homens: os casos duvidosos deveriam resolver-se mediante a razão e não acudindo a citações de autores.»

Galileu e *Descartes* accentuário esse ponto de vista, que certo sector da filosofia moral irá receber¹. No campo do Direito, o alemão Ulrich Zasius – ainda mesmo, nos princípios do

¹ Galileu: «Ma piú dico che anco nelle conclusioni delle quali non si potesse venire in cognizione se non per via di discorso, poca piu stima farei dell'attestazioni di molti che di quelle di pochi, essendo sicuro che il numero di quelli che nelle cose difficili discorron bene è minore assai che di quei che discorron male. Se il discorrere circa un problema difficile fusse come il portar pesi, dove molti cavalli porteranno piú sacca di grano che un caval solo io acconsentirei che i molti discorsi facesser piú che un solo, ma il discorrere è como il correre e non come il portare e un caval barbero solo correrà piú che cento frisoni.» E, já antes, dissera «Signor Sarsi, infinita è la turba degli sciocchi, cioè di quelli che non sanno nulla; assai son quegli che sanno pochissimo di filosofia; pochi son quelli che ne sanno qualche piccolla cosa; pochissimi quelli che ne sanno qualche particella; un solo Dio è quello che la sa tutta (...) Il giudicar dunque dell'opinioni di alcuno in materia di filosofia dal numero dei seguaci, lo tengo poco sicuro.» (Citado em Giulio Petri – *Retorica e logica. Le Due Culture*, Turim, 1969; estudo II. *La polemica antiumanística del Setecento*, 83-84).

² Descartes, na II das *Règles pour la Direction de l'Esprit* dirá que «il n'existe à peu près rien qui n'ait été dit par l'un et dont le contraire n'ait été affirmé par l'autre. Et il ne servirait à rien de compter les voix pour suivre l'opinion qui a le plus de partisans; car, s'il s'agit d'une question difficile, il est plus sage de croire que sur ce point la vérité n'a pas été découverte que par peu de gens et non par beaucoup. (Descartes – *Oeuvres et Lettres*, ed. La Pléiade, Paris, 1953, 43). Do mesmo modo, na *Logique de Port-Royal* – com directa influência cartesiana – se lê que: «Souvent on ne regarde que le nombre des témoins, sans considerer si ce nombre fait qu'il soit plus probable qu'on ait rencontré la vérité, ce qui n'est pas raisonnable. Car, comme un auteur de ce temps a judicieusement remarqué, dans les choses difficiles et qu'il faut que chacun trouve par soi – même, il est plus vraisemblable, qu'un seul trouve la vérité que non pas que'elle soit découverte par plusieurs. Ainsi, ce n'est pas une bonne conséquence; cette opinion est suivie du plus grand nombre de philosophes, donc elle est la plus vraie.» (*Logique de Port-Royal*, Paris, 1854, 258).

³ Assim, Gaspar Ziegler – *Dicastice sive de Judicium Officio et delictis Tractatus*, Wittenberg, 1672, Conclusio XXXIX, § 10, 716: «(...) argumentum hoc est, licet topicum, omnes bene concludere ac veritatem ipsam eruisse. Sed si recte responderetur, haec probatio fallax est. In intellectus enim viribus plus valet intensio, quam numerus: nec se res habet quem admodum in corporis viribus: ubi si multi jungantur invicem ad elevandum aliquid pondus, sane plurimum possunt: si pauci sint, parum proficiunt. Ad adsequendam autem cognitionem veritatis alicujus absconditae plus valet unus intellectus subtilis se invicem adjuvant, nec ex multis unus componi potest, quemadmodum in virtute corporalis sit (...).»

seculo XVI – irá afirmar que *communis opinio, ergo falsat*. Depois, os autores irão proclamar a descoberta de *notas veritatis* jurídicas. Afasta-se a *autoridade*³. Era o virar da página. Como muito bem observa Giulio Preti, agora o saber «ha un'universalità ideale la quale, piuttosto che sul *consensus*, sulla tradizione e sull'ammissione da parte di gruppi sociali qualificati, si fonda su di una *libera ricerca individuale*, in quanto però l'individuo supera i limiti della sua soggettività e della sua biografia ed opera secondo criteri metodici e razionali rigo-

⁴ Veja-se o nosso *Humanismo e Direito*, 72 e segs. Já Séneca dissera: «*Haec pars major esse videtur – Ideo enim peior est. Non tam bene cum rebus humanis agitur, ut meliora pluribus placeant: argumentum pessimum, turba est.*» Outras referências em *Humanismo e Direito*, 65 e segs. Assim, Jerónimo de Molina y Guzman – *Novae Veritates Iuris Practicae, Utraque Manu Elaboratae* (...), Madrid, 1665. As várias questões tratadas estão subordinadas à epígrafe *veritas*, com progressiva numeração. Note-se, todavia, que o Autor se embrenha depois no famosíssimo problema do *probabilismo* e do *probabiliorismo* (*veritas XVIII*) o que demonstra que se não consegue furtar aos antigos esquemas.

⁵ Henning Renneman – *De Abusum, et quarundam opinionum communium, quae jurisprudentiae praxi forensem conspurcant*, Erfurt, 1633, dizia que Justiniano ordenara que a jurisprudência se sustentasse em duas pernas, de modo que os juizes «non aliter judicarent, quam LEGIBUS, et MORIBUS. Todavia, surgira a *commun opinio* e os juizes, antes *bipedes*, haviam-se tornado *tripedes* e «*deformiter claudicare coeperint*». Veja-se, também, Gaspar von Rheden – *Dissertatio Publica de Praejudicio Aucto-ritatis* (...), Brema, 1722. Contra os *antigos* e a *autoridade*, dirá o nosso Vieira – «Não é o tempo, senão a razão, a que dá o crédito e autoridade aos escritos; nem se deve perguntar *quando*, senão *quam bem!* A antiguidade das obras é um acidente extrínseco que nem tira, nem acrescenta qualidade (...), e cuidaremos que já não podem falar de novo os homens presentes, e só lhes damos licença para decorarem e repetirem o que disseram os passados? Se assim fora, de balde nos deu Deus o entendimento, pois nos bastava a memória. Porque, como disse o mesmo Séneca, saber só o que os Antigos souberam, não é saber é lembrar-se». E, adiante – «Como temo que os que condenam as cousas novas sejam aqueles que não podem dizer senão as muito velhas, e pode ser que muito remendadas (...) e cada um condena o que não tem, por não confessar o que lhe falta». E, lembrando que, seguindo a autoridade de S. Agostinho, se negara a possibilidade de existência de antípodas, recordava Vieira – «mas este é o maior louvor de uma Nação (como disse um orador della) que chegaram os Portugueses com a espada, onde Santo Agostinho não chegou com o entendimento». Cfr. António Vieira – *História do Futuro*, introd., actual. do texto e notas por Maria Leonor Carvalhão Buescu, S.L.S.d. (mas, Lisboa, 1982), 163, 166, 170 e 194.

rosi»¹. É a *razão*, amparada ao *método*, que alcançara a *verdade*. E a *verdade* é alcançável em todos os ramos: há uma verdade *matemática*, como há uma verdade *jurídica*. O Direito deixa - ou pretende que se deixe - de se situar no terreno do *opinável*, do *provável*.

Na Idade Média, em algumas ocasiões, o argumento de *autoridade*, o silogismo dialéctico, invadira, abusivamente, o campo das ciências físicas, próprio do silogismo científico ou demonstrativo; agora, nos tempos modernos, esquecer-se-á a distinção entre *scientia* e *opinio* e vai pretender-se que a *demonstratio* é aplicável a todos os ramos do conhecimento². Era um exagero de sinal contrário.

¹ Giulio Preti - *Rhetorica e Logica*, 84.

² Cristiano Tomásio - *Partem Priorem Prudentiae qua comprehendit consultoria* (...), Bratislava, 1773, cap. III, § 28, 35: «Forte tamen communes errores causae fuerunt communis neglectus. Creditum fuit per aliquot secula, res morales non cadere sub demonstrationem, quia omnes actiones humanae sunt accidentia non certam ac definitam substantiam habentia. Sed huic errori iam diu satisfactum est, et verbis, et reipsa, redactione videlicet doctrinae iusti, honesti et decori ad sua principia.» E o Barão d'Holbach (1713-1789), no seu *Systema Social ou Princípios Naturaes de Moral e de Política, com um Exame da Influência do Governo sobre os Costumes* (...), vertido em Português, e enriquecido de várias Notas por S. P. M., Tomo I, Lisboa, 1840, cap. IV, 62, falando da Moral, dizia que - «Serão conhecidos os seus deveres [do homem] se forem conformes à sua natureza, então os princípios da moral serão evidentes, e formarão um systema capaz de ser tão rigorosamente demonstrado como a Aritmética, ou a Geometria.» Era a *matematização* do Direito. J. B. Rocha Loureiro (*O Portuguez*, Vol. IV, n.º 22, 297) que estudou *Leis*, entre 1800-1805, menciona um Mestre, Lente de Coimbra, «cheio de metaphisicas excéntricas [que] sonhava e cria (...) que podiam as sciencias e, com ellas, a Jurisprudencia, ser reduzidas ao rigor e à exactidão das fórmulas matemáticas». Vicente J. Ferreira Cardozo da Costa na sua *Memória Jurídica sobre a Aplicação do disposto na Ord., L. 2. Tit. 35 § 19 aos bens vagos* (...) Lisboa, 1820, 3, dizia - convencido - que - «Tudo isto he indisputavel, e por demonstrações Mathematicas.» E, entre nós, Matias Aires - *Reflexões sobre a Vaidade* (ed. Lisboa, 1971, 102), escrevia - «Depois destes [Gassendi e Descartes] começou a Filosofia de Aristóteles a perder o seu primeiro lustre: hoje, as Filosofias todas se compõem de Mathematicas, de sorte que já não há silogismo que conclua se não é fundado em alguma demonstração geométrica; (...)». Aliás, a atracção e influência exercidas pelas ciências natu-

5. *Limitações legislativas da autoridade da doutrina e do direito romano*. Vimos, assim, o ambiente cultural que se foi formando, primeiro, contra a autoridade e peso da *communis opinio doctorum* e, mais tarde, contra o próprio *direito romano*. Seguindo a doutrina, vão surgir leis limitativas da citação de Autores, em tribunal. Deste modo, entre 1613 e 1631, por obra do duque Francesco Maria II della Rovere, vai estar vigente, em Urbino, uma lei destinada a «afastar de juizes e professores a incerteza na qual muitas vezes se acham pela variedade de opiniões de tantos, que escreveram nesta profissão». Nesse sentido, determinava-se que as únicas fontes à disposição de juizes e advogados, nas causas civis, seriam o *Corpus Iuris*, as obras de Bártolo, Baldo, Paulo de Castro, Jasão de Maino, Alexandre Tartagni, João de Imola e os «estatutos e decretos do Estado»; nas causas criminaes, só poderiam ser citados Alberto de Gandino, Angelo Aretino, Egidio Bossi e Julio Claro¹.

raes e matemáticas vai levar, mesmo, ao aparecimento de obras jurídicas de pretensa conjunção com os dados daquelas ciências e à utilização de linguagem metafórica, de gosto muito duvidoso. É um tempo de originalidades. E não são, apenas, autores menores que caem nesta pecha. Tomásio intitula a primeira das suas *Orationes Academicae, De Iurisprudencia, Corpore, Anima, Cadavere, Sceletro, Spectro!* (*Orationes Academicae*, Hallac, 1723). Strik escreveu um *De Iure Sensuum Tractatus*. Francoforte, 1717, dividido nos seguintes dez capítulos: I - *De Visu*; II - *De Iure Coecorum*; III - *De Auditu*; IV - *De Iure Surdorum et Mutorum*; V - *De Olfactu*; VI - *De Gustu*; VII - *De Tactu*; VIII - *De Memoria*; IX - *De Iure Oblivionis*; X - *De Iure Cogitationum*. E, no princípio do século XVII, em 1602, o milanês Polidoro Ripa, publicara em Veneza, um *Tractatus de Nocturno Tempore* em que punha em evidência a relevância jurídica do factor *noite*, em diversíssimas circunstâncias, entre as quais, no cap. CLX (p. 319), dedicado ao *gallicinium*, se comenta que os galos cantam não só ao meio-dia, mas, também, de noite e depois da meia-noite, havendo, inclusivamente, uma sentença da Rota Romana, afirmando esse facto... O castelhano Ildefonso Perez de Lara escreveu um *Compendium Vitae Hominis in Iure Fori et Poli, usque ad perfectam aetatem et senectam* (ed. consult. Lyon, 1672), em que o cap. I trata *De ventre concepto* e o cap. XXXII *De moriente in extremis constituto*. E, entre nós, também, Diogo Homem de Almeida publicou uma excêntrica *Analysis Excellentiarum in Iure Numeri Quinarum*, Coimbra, 1726.

¹ A. Cavanna - *Storia del diritto moderno*, 248-249.

Mas, noutros territórios itálicos, foí-se mais longe, prescrevendo-se maior limitação ou total proibição de invocação da doutrina¹.

Assim, na redacção de 1729 das *Constituições da Sardenha*, do rei Vitorio Amadeu II, proibiu-se «aos Advogados citar, nas suas alegações, quaisquer Doutores nas matérias legais e aos juízes, quer supremos, quer inferiores, de aderir às respectivas opiniões (...) sob a pena de suspensão dos seus ofícios».

Por outro lado, um importante diploma napolitano de 1774, publicado por Fernando IV e inspirado pelo ministro Bernardo Tanucci, consagrava a obrigação dos juízes dos tribunais superiores de motivarem as sentenças e de as fundamentarem em «leis expressas do Reino e Comuns» e não «sobre a nua autoridade dos doutores que, infelizmente, com as suas opiniões, alteraram ou tornaram incerto e arbitrário o direito». No caso de lacuna, os juízes deveriam recorrer ao rei, para «atender ao soberano oráculo»². Não se pode, todavia, dizer que a cultura jurídica tenha aplaudido, com entusiasmo, estas medidas³. Muratori, nomeadamente, manifestava alguma perplexidade sobre a utilidade da lei de Vitorio Amadeu II, dizendo que os juristas, ladeando a proibição, continuariam, como antes, a «pescar» argumentações favoráveis entre as opiniões dos tratadistas e consulentes, ainda que sem citar, desta feita, os

¹ Assim, na compilação piemontesa de 1723, depois de se estabelecer a sucessiva autoridade das leis e constituições régias, dos Estatutos locais e do direito comum, proibiu-se aos juízes «di poter deferir' a quegli Autori di qualunque sorta si sieno, che non fondano le lor'opinioni nella Ragion naturale, o delle Genti, o nella Disposizione della Legge Comune, o nelle Decisioni de' Tribunali degli Stati Nostri, le quali non si trovino repugnanti a quanto sovra». Na compilação de 1770, surgem, em terceiro lugar, as decisões dos magistrados e, apenas, em quarto lugar, «il testo della legge comune», proibindo-se aos Advogados «di citare nelle loro allegazioni veruno dei Dottori nelle materie legali, ed ai Giudici tanto supremi che inferiori di deferire all'opinione di essi (...)». Cfr. Roberto Bonini - *Crisi del diritto romano*, 13-14.

² A. Cavanna - *Storia del diritto moderno*, 249-250.

³ Aliás - conforme observa Cavanna (*Storia*, 249) - Vitorio Amadeu II consultara os juristas holandeses Schulting, Van Noodt e Vitarius, em 1717, sobre a oportunidade de medidas limitativas de citações doutrinárias e obivera resposta negativa.

nomes dos autores aproveitados. Acrescentava Muratori que a proibição tirava a possibilidade de juízes e advogados se aproveitarem de todo o esforço interpretativo já realizado pelos autores mais válidos. Por último - e para Muratori este era o perigo maior - ir-se-ia cair no arbítrio judicial, mal ainda pior que a tirania dos juristas: «Retirados todos os livros de lei, pouco ficará que não esteja à mercê dos juízes, os quais «*a man salva*» poderão disparar as sentenças, como melhor parecer à sua paixão ou ao seu capricho.»¹

Era preferível a medida do duque de Urbino fazendo, pelo menos, «uma escolha dos melhores e mais clássicos livros de doutrina, condenando o resto a morrer nas lojecas dos vendedores de peixe», ou seja, a não servir para outra coisa que embrulhar sardinhas?

Esta parcial redução do *corpus* livresco parecia a Muratori difícil e ineficaz: «Bem se acharia em grande *imbroglio* quem fosse indicado para esse labor, porque mais seriam aqueles [juristas] a quem quereria perdoar, que os outros, aos quais se resolvesse condenar ao exílio.»²

¹ A. Cavanna - *Storia del diritto moderno*, 250-252, quanto a limitações doutrinárias.

² A. Cavanna - *Storia del diritto moderno*, 251. As posições de Muratori podem ver-se no cap. X dos *Dei Difetti della Giurisprudenza* (ed. Milão, 1958, 111 e segs.). Em termos gerais, dizia que «io non saprei mai così allegamente bandire dal foro e molto meno condannare alle fiamme o alle sardelle, tante fatiche dei poveri legisti e quelle specialmente che uomini insigni e riguardevoli tribunali ci han lasciato nella profession legale» (114-115). E, mais adiante: «A che dunque servirà il divieto di allegar autori, quando sia lecito l'allegar le medesime loro opinioni e ragioni?» (115). Também, na vizinha Espanha, o iluminista D. Gaspar Melchior de Jovellanos publicou, em 1796, uma irónica *Oração [...] em defeza do Estado florescente da Hespanha*, traduzida em português por João Pinho de Queiroz, no periódico *Diabo Coxo*, Lisboa, 1822, n.º 16, 114, onde se dizia - «O direito natural reputa-se inútil e até nocivo. O direito patrio estuda-se pela legislação de huma nação que já não existe [...]. Nossos pregadores e advogados tem descoberto o inestimavel thesouro de ser letrados sem cultivar as letras, e de vender caras as mais insulas arengas e os mais fastidiosos informes. As obras com que cada dia nos enriquecem estes sabios nos farto sem duvida notaveis nos seculos vindouros. Seus sermonarios e seus papeis em direito servirão de envoltorio de pimenta e especias (sic), e não deixarão de ser uteis aos tendeiros e boticarios (...)» E (p. 124), o tradutor afirmava que o retrato de Jovellanos era inteiramente applicavel a Portugal.

E, em Portugal? Sabemos que a prática abolição da autoridade doutrinal (Acúrsio, Bártolo e *communis opinio doctorum*) e o condicionamento da vigência do direito romano à sua conformidade com a razão, só se virão a efectivar com a *Lei de 18 de Agosto de 1769*, chamada, mais tarde, da *Boa Razão*. Mas, já antes, alguns sintomas começam a surgir. O Alvará de 28 de Junho de 1759, após considerar «que da cultura das Scientias depende a felicidade das Monarchias, conservando-se por meio dellas a Religião, e a Justiça na sua pureza, e igualdade» e de ansiar que «os mesmos Vassallos pelo proporcionado meio de hum bem regulado Methodo possam com a mesma facilidade, que hoje tem as outras Nações civilisadas, colher das suas applicações aquelles úteis, e abundantes fructos, que a falta de direcção lhes fazia até agora, ou impossiveis, ou tão difficultosos, que vinha a ser quasi o mesmo», determinava que «no ensino das Classes, e no estudo das Letras Humanas haja huma geral reforma, mediante a qual se restitua o Methodo antigo, reduzido aos termos simples, claros, e de maior facilidade, que se pratica actualmente pelas Nações polidas da Europa; (...)». Em cada escola, haveria, como sumo responsável, um *Director dos estudos*; e, no n.º 4 do estatuto deste Director, dizia-se:

«4. E por quanto as discordias provenientes na contrariedade de opiniões, que muitas vezes se excitão entre os Professores, só servem de distrahillos das suas verdadeiras obrigações, e de produzirem na Mocidade o espírito de orgulho e discordia; terá o Director todo o cuidado em extirpar as contraversias, e de fazer que entre elles haja huma perfeita paz, e huma constante uniformidade de doutrina; de sorte, que todos conspirem para o progresso da sua profissão, e aproveitamento dos seus discipulos.»

Aqui, ainda não está em jogo a *autoridade da doutrina jurídica*. É, no plano geral, a *razão* (iluminada) que não tolera a existência de *opiniões*¹.

¹ Mas os juristas estavam atentos. Assim, Filipe José Nogueira Coelho nos seus *Princípios de Direito Divino Natural, Publico, Universal, e das Gentes, Adoptado pelas Ordenações, Leis, Decretos e mais Disposições do Reino de Portugal* (...), Lisboa, 1777, I 88, n.º 61, sumaria este Alvará:

Dizendo, mais directamente, respeito ao nosso objecto é de registar a Lei de 25 de Junho de 1760, a asfixiante' norma que criou um Intendente Geral de Polícia da Corte e dos Reinos. Afirma-se no § 20 desta Lei que:

«§ 20. Pela informação que tive de que huma das causas que até agora impedirão a exacta e necessaria observancia das leis estabelecidas para a paz publica da Minha Corte, consistio em serem as mesmas Leis entendidas especulativamente pelas opiniões dos Doutores Juristas, as quaes são entre si tão diversas como o costumão ser os juízos dos homens. E para que a segurança dos Meus Vassallos não fique vaccillando na incerteza das sobre-dictas opiniões: Ordeno que esta Lei, e as mais que por ella tenho excitado, se observem literal, e exactamente como nellas se contém sem interpretação ou modificação alguma, quaesquer que ellas sejam; porque todas prohibo e annulo. E quando haja casos taes, que pareça que nellas contem a dita literal observancia rigor incompativel com a minha Real, e pia equidade; tomando-se sobre elles assento, se Me farão presentes pelo Regedor das Justiças, ou quem seu cargo servir, para Eu determinar o que Me parecer justo.»

¹ Asfixiante, na medida em que haveria, em cada Bairro, «hum livro de registo, ou matricula em que se descreva todos os moradores (...) com exacta declaração do officio, modo de viver, ou subsistência de cada um delles: Tirando informações particulares quando for necessário, para alcançar um perfeito conhecimento dos homens ociosos, e libertinos (...). E fazendo delles separado registo no fim da matricula assim ordenada»; asfixiante, ao determinar que «Todos os Inquilinos de qualquer estado, qualidade e condição que sejam, que pretenderem mudar-se das casas que habitam, devem dar parte ao Ministro do Bairro, não só de que se mudão, mas tambem do lugar para onde fizerem a mudança: para se por verba no Livro de Registos, com a declaração do morador mudado, e da casa para onde fez a sua mudança (...); asfixiante, ainda, ao determinar «que nenhuma pessoa Nacional, ou Estrangeira, possa pedir esmolas nesta Corte sem licença expressa do Intendente Geral da Polícia, e nas outras Cidades, e Villas das Provincias, sem facultade tambem expressa, e escrita dos respectivos Commissarios, que para este effeito deputar o mesmo Intendente. As sobre-dictas licenças, que se concederem ás pessoas, que conforme razão, e Direito, podem pedir esmolas, serao sempre concedidas por tempo de seis meses até hum anno, que depois poderão ser prorrogadas se para isso concorrer justa causa; precedendo sempre para ellas certidão do Paroco da Freguezia onde viverem os sobre-dictos pobres, pela qual conste que se confessarão e satisfizerão ao preceito da Igreja na Quaresma proxima precedente (...).» De notar, em todo o caso, que nem tudo isto era innovação.

Como se vê, impõe-se a *observância literal*, sem *interpretação ou modificação alguma: no espírito da época, a interpretação literal não é interpretação*. Querendo alcançar-se *direito certo*, retira-se ao juiz qualquer interpretação (extensiva¹ ou restritiva)² e, ainda, a possibilidade de integração. Se a *observância literal* se mostrasse, no seu rigor, incompatível com a *equidade*, o assunto subiria ao rei, para determinação final. As opiniões dos Doutores Juristas – «entre si tão diversas como o costume ser os juízos dos homens» – eram banidas.

Mais, ainda. Por Alvará de 19 de Maio de 1762 – e tendo em atenção que, pelos Estatutos universitários vigentes (*Estatutos Velhos*, Liv. III, bib. 42, §2.º), deviam os juristas que se quisessem graduar, fazer prova de «que tinham os textos da outra Faculdade [os *legistas*, os textos de direito canónico; os *canonistas*, os de direito romano] e alem delles, os *Canonistas* as obras do *Abade Panormitano*, e os *legistas* as de *Barbolo*», determinava este Alvará que o «justo e necessário fim de promover a instrução dos Estudantes», devia ser alcançado «pelo uso de menos volumosos livros, em que só com o auxílio de breves notas, e livres assim do embaraço da extensão das glosas, como do que causam as diversas Opiniões dos Doutores, que, cumulando-se indiscretamente nas obras de

¹ Como escreveu o Doutor Vicente F. Cardozo da Costa – «A interpretação extensiva das leys he um direito magestático; porque ampliar uma ley do caso em que ella falla para outro em que não falla he o mesmo que fazer uma ley nova». Cf. *Elogio de S. M. o Senhor D. João VI pelo... Lisboa, 1825*, 21.

² Cinco anos depois, Beccaria exprimiua, com rigor, o chamado *sillogismo judiciário* – «In ogni delitto si deve fare dal giudice un sillogismo perfetto; la maggiore [premissa] dev'essere la legge generale: la minore l'azione conforme, o no alla legge; la consequenza, la libertà, o la pena. Quando il giudice sia costretto, o voglia fare anche soli due sillogismi, si apre la porta all'incertezza. Non v'è cosa più pericolosa di quell'assionna comune, che bisogna consultare lo spirito della legge. Questo è un argine rotto al torrente delle opinioni (...).» (*Dei Delitti*, § IX, 25). Qualquer interpretação extensiva ou restritiva, significava a *rontade do juiz*: a substituir-se a *rontade do rei*, o que era como que um crime de lesa-majestade. Na tão conhecida expressão de Montesquieu, o juiz devia limitar-se a ser «*la bouche de la loi*». Para uma comparação com os juizes dos sistemas anglo-saxónicos, veja-se, agora, R. C. Caenegem – *Origens da Lei ou «Bouche de la Loi. Considerações históricas sobre o papel dos Juizes in O Perfil do juiz na Tradição Ocidental* (coord. de A. P. Barbas Homem, Eduardo Vera Cruz Pinto et alii), Coimbra, 2009, 55 e 58.

alguns, fazem mais difíceis e talvez arbitras as intelliências das leis, que semelhantes commentos se podem com mais facilidade compreender, consigam a simples e verdadeira noção de humm e outro Direito (...)», determinava-se a revogação, nessa parte dos *Estatutos*, estabelecendo-se que os juristas, de futuro, seriam «só obrigados a terem no seu primeiro anno as *Pandectas* de Leis e a *Instituta*, e logo no segundo anno tambem as de canones; e isto tudo ou sejam *Canonistas* ou *Legistas* (...)»¹.

Apenas, duas observações. A primeira, é o facto de se fazer a apologia da brevidade e simplicidade neste texto legal que é uma autêntica barroca e quilométrica proclamação de palavras. A segunda, é a de que se tomaram estas disposições numa altura em que – de acordo com as *Ordenações* – a *Glosa de Actísio*, os comentários de *Bartolo* e a *Comum opinião dos Doutores* eram, ainda, em Portugal, fontes de Direito!

Mas, também, o próprio *direito romano* começará a ser atacado, por via legislativa, prefaciando o próximo aparecimento da *Lei da Boa Razão*. Menos de um ano antes desta lei, a importante Lei de 3 de Novembro de 1768, a propósito do recurso de revista, no caso de sentença notoriamente injusta, por ser contra *direito expresso*, vem dizer que – «*O Direito expresso (...) deve ser o Direito Pátrio dos meus Reinos, e não as Leis Imperiais, ou Direito Civil, de que resultaria a mesma perplexidade do domínio e incerteza do direito das partes que he da Mimba Paternal Intenção evitar quanto possível*. E isto, não obstante a outra Ordenação do Livro terceiro, título sessenta e quatro.» A sentença notoriamente injusta, por violação do *direito romano*, não dava, pois, a partir de então, direito a recurso de revista? O direito romano (que

¹ Cfr. Teófilo Braga – *História da Universidade de Coimbra*, tomo III, 589-590, nota (2).

² Para a legislação, em geral, veja-se L. Cabral de Moncada – *O «Século XVIII» na legislação de Pombal*, publicado, por último, in *Estudos de História do Direito*, vol. I, Coimbra, 1948, 82 e segs.; M. J. de Almeida Costa – *Debate Jurídico e Solução Pombalina. Alguns aspectos fundamentais*, Coimbra, 1990. Quanto à evolução política, veja-se J. S. da Silva Dias – *Pombalismo e Teoria Política*, 1982; e Zélia M. Brandão Osório de Castro – *O Regalismo em Portugal no Terceiro Quartel do Século XVIII: António Pereira do Figueiredo. Projecto de Investigação*, Lisboa, 1986.

ao tempo é, essencialmente, *doutrinal* tomado incerto pela incerteza da própria doutrina, tende a deixar de ser considerado *Direito*¹.

4. *Racionalismo e Direito. A escola do direito natural. O «usus modernus pandectarum»*. Vejamos, porém, a atitude das várias correntes anteriormente enunciadas. Começemos pela tendência que vê a razão como fonte de direito por excelência.

A interpretação do direito romano, na Idade Média, baseava-se num critério de *autoridade*, que condicionava a *razão*. A autoridade traduzia-se na acção, subtraída a qualquer crítica, do direito justinianeu.

O *Direito*, sem mais, é o direito justinianeu, é o normativismo contido no *Corpus Iuris*. Por isso, nesta premissa, a razão sente, apenas, necessidade de interpretar o direito e não de o buscar. Esta é uma razão *exegética*, uma razão que rasteja, colada ao texto, que tem por finalidade última pensar o texto, comprimindo-o, para dele extrair a verdade.

Tudo isto fora já abalado pelo Humanismo, mas só agora se vai dar a ruptura decisiva.

Posta em crise toda a estrutura político-social que explicara a propagação europeia do direito romano, a autoridade deste - ao menos como tal - sofre de paralela crise. O *Império* subsiste só de nome e presta-se a comentários depreciativos²; desapareceu a «*Respublica Christiana*», dando lugar

¹ Quanto ao que, anteriormente, se entendia por *sentença contra direito expresso*, vejamos D. A. Portugal - *Tractatus de Donationibus*, Lib. II, Cap. XXXI, n. 26, 361; e *Alegação de Derecho a favor del Excelentissimo Señor D. Antonio de Alencaster Ponce de León, Duque de Baños, en el Pleito sobre la Succession de la Casa, Estado y Ducado de Aveiro* (...), Lisboa, 1748, Parte II, n. 104, 37, n. 117, 41, n. 400 e ss. A *Alegación* é da autoria de Sebastian Martínez de Cabezon.

² É bem conhecido o sarcasmo de Voltaire, a esse respeito, dizendo que não era *sacro*, nem *império*, nem *romano*, nem *germânico*. O mesmo Voltaire figura um diálogo, em Roma, entre Marco Aurélio, ressuscitado, e um frade Recolecto, nos termos seguintes: «Marc-Aurèle - (...) dites-moi franchement: est-ce qu'il n'y aurait plus d'empereur, ni d'empire romain? Le Récolect: Si fait, si fait: il ya un empereur et un empire, mais tout cela est à quatre cents lieues d'ici, dans une petite ville appelle Vicence, sur le Danube (...).» Também Vermei - *Verhandlung Melodo de Estudar*, ed. Sa da

aos modernos Estados europeus; o direito romano já não é o direito da Igreja *in temporalibus*; o monarca absoluto está suficientemente instalado para ter necessidade de se socorrer de textos romanos, justificadores do seu poder,

Insista-se, pois: a autoridade do direito romano, como tal, deixa de ter sentido nos tempos modernos.

Ora, conforme tem sido observado, sempre que uma ordem jurídica começa a vacilar, a abrir brecha, consoante sublinha Franz Wieacker - «A tradição do direito natural, por muito longe que esteja do dia-a-dia do direito (e também da ciência jurídica, em consequência das antigas fronteiras entre a jurisprudência técnica e as faculdades de direito), é sempre chamada a terreiro quando uma ordem jurídica histórico-concreta perde a sua persuasão no plano do saber difuso na sociedade, e a sua plausibilidade espiritual em relação às elites do seu tempo, como aconteceu nas lutas religiosas do início da Idade Moderna ou nas crises do recente passado alemão.»¹

É o momento em que a voz dos juristas-filósofos se faz sentir por cima da dos juristas-intérpretes: onde antes a razão se contentava em descobrir a «verdade» do texto jurídico, agora, a razão, insatisfeita, levanta os olhos do texto, despreza-o e procura, antes, uma «verdade» intemporal. O direito deve ser o mesmo em todos os tempos e em toda a parte².

Costa, vol. IV, 163, faz este comentário: «Ao menos que subbesse a História dos Imperadores e as revoluções que teve este Império Romano e o modo como acabou em Alemanha - onde existe somente o nome - e a razão por que se conservou este nome. A falar verdade, é loucura persuadir-se, como muitos o fazem, que o Império Romano exista hoje em Alemanha».

¹ Franz Wieacker - *História do Direito Privado*, 281.

² É um bom exemplo o seguinte texto: "(...)D'après ce seul véritable Esprit des Lois [o espírito de Justiça e de Humanidade], l'intérêt de l'Humanité sera le même en tous les lieux; au milieu des forêts du Nord glacé, comme dans les champs torréfiés du Sud brillant, sous un Monarque comme sous l'administration republicaine, pour le commerce comme pour l'agriculture. Partout il consistera dans la justice, la propriété, la sagesse, la bienfaisance et le bon-ordre. Ainsi les Loix seront par-tout nécessairement les mêmes, et ce qui est juste dans le vaste Empire de Chine ne sera sans aucune restriction pour la petite République de San Marino". Cfr. *De La Legislation Criminelle* (...) par Mr. Servin, Avocat au Parlement de Rouen. Avec des considérations générales sur les Loix et sur les Tribunaux de Judicature par Mr. Iselin, Secrétaire d'Etat de la République de Baste, Basileia, 1782, 10.

Há que investigar, na própria natureza humana, as normas jurídicas que dela, necessariamente, resultam; há que encontrar, pois, com auxílio da razão, o direito que a natureza humana postula, isto é, o *direito natural*¹.

Não sofre dúvida que, em todos os tempos, teoria positiva do Direito e atitude jusnaturalista coexistem. A questão está em que, só em épocas de crise, a atitude jusnaturalista tende a ganhar posição criadora, e não meramente valorativa.

Ora, na Idade Média, as questões tocantes ao *diritto natural* tinham sido versadas pelos teólogos, que, nomeadamente, haviam estudado a sua relação com a vontade divina. Nesta relação, tinham surgido, em contraste, duas posições — *idealismo* e *voluntarismo* — respondendo ao problema fundamental: «*Encontram-se as raízes do direito em verdades racionais ou eternas ou em decisões criadoras e singulares da vontade divina? Sancionou Deus o direito porque é direito, ou é direito porque Deus o sancionou?*»²

O *idealismo*, com S. Tomás em expoente, entende que Deus sancionou o direito natural porque, e precisamente na medida em que, nesse direito, existe uma verdade racional e eterna; o *voluntarismo*, com Duns Escoto e Guilherme de Ockham, defende, ao contrário, que o direito natural só o é porque Deus assim o quis; diferente seria, se outra fosse a vontade divina. Como dirá um seguidor de Ockham — «*nec etiam quia aliquid rectum est aut justum ideo Deus vult; sed quia Deus vult, ideo justum et rectum*».

Compreende-se que nesta disputa entre *idealismo* e *voluntarismo*, o exasperar de argumentação, por parte da primeira atitude, tenda, pouco a pouco, a restringir a ligação de Deus ao direito natural.

Gregório de Rimini, já no século XIV, dirá que «ainda admitindo o caso impossível de que não existisse a razão divina, ou Deus, ou de que a sua razão fosse errônea, todavia pecaria

¹ Sobre o conceito de natureza, entre nós, veja-se Pedro Calafate — *A Ideia de Natureza no Século XVIII em Portugal (1740-1780)*, s.l. s.d. (mas, Lisboa, 1994).

² Hans Welzel — *Derecho Natural y Justicia Material* (trad. espanhola), Madrid, 1957, 74. Temos presentes as considerações de Welzel na exposição que se segue.

também aquele que obrasse contra a recta razão dos anjos ou dos homens ou de quem quer que fosse. E inclusivamente se não houvesse, em absoluto, nenhuma recta razão, pecaria, no entanto, aquele que obrasse contra o que ditaria uma razão qualquer, se existisse».

Vai ser a posição idealista trabalhada pela chamada *escolástica espanhola do século XVI* que, com *Domingos de Soto*, *Vitoria*, *Luis de Molina*, *Gabriel Vasquez* e *Francisco Suarez*, irá destruir os últimos elementos subjectivos da tese. Também a escolástica espanhola na defesa do princípio do idealismo, afirmará, com frequência, que o direito natural existiria, ainda que — *concesso impossibili* — Deus não existisse¹. Por isso, quando Grócio, considerado o pai da moderna *escola do direito natural*, diz que o *direito natural é aquele que teria existido, ainda que Deus não existisse*, parece que, afinal, mais não é do que simples epígono da neo-escolástica espanhola: formalmente, é um repetidor.

Todavia, há aqui qualquer coisa de muito diferente. É que, na posição do *idealismo escolástico*, a supressão de Deus — *concesso impossibili* — no esquema de raciocínio, é o último argumento, é o argumento *ab absurdum* que servirá para vencer a tese do *voluntarismo*; ora, para a escola do *direito natural*, a eliminação hipotética de Deus, não é já o último argumento de uma polémica de carácter teológico, mas, sim, a premissa de todo um novo sistema que conduzirá à desvinculação do *direito natural* da *teologia*.

Agora, a atenção será consagrada à descoberta das regras que são comuns a todos os homens, regras que são procuradas, livremente, pela razão, sem necessidade de qualquer auxílio da teologia. Aqui, como se já teve ocasião de apontar, o moderno racionalismo jurídico algo vai mutuar às ciências físicas. Tal como a natureza física se encontra subordinada a leis universais que a razão descobre, assim também ela deve descobrir as

¹ Na matéria, vejam-se *La Segunda Escolástica nella Formazione del Diritto Privato Moderno — Quaderni per la storia del pensiero giuridico moderno*, I. Milão, 1973; F. Wicacker — *Historia*, 3, 20-521 e bibliografia aí referida; e Rodríguez Paniagua — *Historia del Pensamiento Jurídico*, Madrid, 1980, 87 e segs.

leis que regem a natureza humana. Estas são regras, leis, que o são, não por partirem de alguma autoridade, mas, sim, imanescentes à própria natureza do homem. O direito natural moderno – imanente e não transcendente¹ – é, pois, constituído por aquelas regras que a razão descobre como sendo necessárias ao convívio humano.

Sendo assim, como se disse, o direito romano, para o jus-naturalista, oferece, apenas, o interesse de ser uma experiência jurídica importante que concretizará, aliás, princípios de direito natural.

É neste ponto, porém, que se deve falar do chamado *usus modernus pandectarum*², já que entronca com a problemática da relação do direito romano com o direito natural. A expressão *usus modernus pandectarum*, consagrada a partir da obra do mesmo nome do jurista alemão Samuel Stryk (1640-1710), representa – como a designação o diz – a tendência que vai estudar o direito romano, apenas na medida em que se tivesse adaptado às novas exigências. O direito romano só interessaria, enquanto susceptível de *uso moderno*³.

¹ H. Welzel – *Derecho Natural*, 132.

² A. Hespanha – *História*, 487 e segs. Veja-se, ainda, Mário Reis Marques – *Elementos para uma aproximação do estudo do «usus modernus pandectarum» em Portugal*, in *Bol. da Fac. de Dir. Coimbra*, Vol. LVIII, tomo II, 801 e ss. e Manlio Bellomo – *Società e Diritto*, 333 e ss.

³ Sobre a literatura jurídica do *usus modernus*, veja-se Alfred Sölner – *Zu den Literaturtypen des deutschen usus modernus in Ius Commune*, II, Francoforte, 1969, 167-186. Entre os juristas do *usus modernus*, são, ainda, de salientar os alemães B. Carpzov (1595-1666), J. Brunnenmann (1608-1672), David Mevius (1609-1670), Georg Adam Struve (1618-1692), Justus Böhmer (1674-1749) e A. Leyser (1683-1752). Quando da reforma da Universidade, logo em 1772, se imprimiram, em Lisboa, as *Institutas* de Justus Böhmer. Camilo, antigo estudante de Coimbra, ao escrever, em 1865, *A queda dum Anjo*, ainda se refere a Struve. Dizia o célebre deputado Calisto Elói da Silva e Benevides da Barbuda que «conformando-me ao Regimento e mais ainda com o jurisconsulto Struvius, o qual no seu *Jurisprudentia Civilis Syntagma* diz que não deve exigir-se o juramento quando pode temer-se o perjúrio». (*A queda dum Anjo*, Lisboa, s.d. [Editores Associados], 72). Nos Países Baixos – onde o *usus modernus* se combinou com a erudição humanista – são de referir os nomes de J. Noodt (falecido em 1725), Johan Voet (falecido em 1714), Cornel van Eck (1664-1732), Brenkmann (1680-1736), A. Schulting (1659-1734) e C. van Bynkershœck (1672-1745).

Tal posição conduzia, pois, à indagação de qual o direito romano efectivamente vigente. Ora, é a partir da verificação dessa vigência que o *usus modernus* vai entroncar no Direito Natural. O esquema de raciocínio é o seguinte: se há, ainda, um *usus modernus* de certas leis romanas é porque, presumivelmente, elas são conformes à razão. Se assim não fosse, não teriam tais normas conservado a sua vigência. Acaba, pois, o *usus modernus* por ser como que uma objectivação histórica do próprio direito natural. Nesse sentido, os *Estatutos da Universidade* (L. II, tit. V, C. 3 § 7), mencionando o uso moderno das Leis romanas nas Nações civilizadas, dirão que elas devem ser aplicadas «pois não he verosimil, que se entre ellas houvesse repugnância, pela qual se devão haver por abolidas, continuassem ainda hoje a observá-las tantas e tão sábias Nações».

Cabe, dizer que o *usus modernus pandectarum* traz consigo, também, uma valorização dos vários direitos pátrios. Na verdade, a atenção dada ao aspecto de *direito vigente*, que leva a seleccionar as normas romanas, conduz, igualmente, a uma maior atenção ao direito nacional: é que a ordem jurídica vigente é, afinal, constituída pelo direito nacional e pelas normas, romanas, conservadas pelo *usus modernus*.

Assim, pode dizer-se que o direito natural, *usus modernus* e valorização do *direito pátrio*, são problemas interligados e que, com frequência, ocorrem na temática iluminista.

5. *Influência do Iluminismo, relativamente ao Direito, em Portugal. Os «estrangeirados»: Vernei*¹. A influência iluminista em Portugal começa a fazer sentir-se por obra dos

¹ Depois dos estudos de Banha de Andrade – nomeadamente, *Vernei e a cultura do seu tempo*, Coimbra, 1966 – parece dever grafar-se *Vernei* (e não *Verney*), pois a primeira grafia foi a que, toda a vida, sempre usou o Autor Romulo de Carvalho – *História do Ensino*, 406, nota (22) escreve que B. de Andrade, «contra o que é habitual, escreve «Vernei», com *i* final, para o que tem as suas razões». Todavia, Rómulo de Carvalho continua a grafar *Verney*, sem que explique «as suas razões».

chamados «*estrangeirados*»¹, isto é, de portugueses que, vivendo no estrangeiro, sentem vivo desejo de fazer com que o nosso país comungasse no movimento de renovação que a Europa atravessa.

Esse espírito leva-os a insistir numa reforma dos nossos estudos jurídicos, preconizando a inclusão de cadeiras em que se versasse a «*História Romana e o Direito Natural e das Gentes*». Esse era já o pensamento de D. Luís da Cunha ao falar da «*grande utilidade, que se tiraria de que na nossa Universidade se estabelecesse buma cadeira em que particularmente se explicasse com a História Romana o Direito Natural e das Gentes, que consistem em certos princípios tirados da Ley natural e recebidos de todas as nações de que o direito romano não be mais que buma sombra que regra algumas cousas que a Ley Natural não previo por dependerem da diferença das circunstâncias dos tempos e dos lugares, o que não obstante o Direito Civil não pode estabelecer alguma cousa que seja contra o Natural de que se deriva*»²; esse seria, também, o pensamento de Luís António Vernei ao proclamar que «*Lei Natural, Lei Divina, Lei das Gentes são a mesma Lei com diversos aspectos. Da Jurisprudência Natural nasceram*

¹ Veja-se Jorge de Macedo - «*Estrangeirados*», um conceito a rever, Braga, sep. de *Bragara Augusta*, XXVIII, 1974. A visão que um «*estrangeirado*» português, Francisco Xavier de Oliveira (Cavaleiro de Oliveira), tinha do seu País, está bem patente neste texto: «*Portugal assemelha-se a um relógio cujo defeito capital consiste em se atrasar sempre em demasia. As novas modas nunca aí chegam, senão quando já avelhentaram em França ou em Inglaterra. Em quanto todo o resto da Europa já há muito abandonou Aristóteles, e adoptou os princípios de uma melhor filosofia, Portugal ergue-se contra o sábio Pina [Martinho de Mendonça de Pina] porque, longe de encerrar Aristóteles como um oráculo, ele ousa examinar e combater o seu sistema (...)* Em suma, nada entra de novo em Portugal que não haja já enveilhado em outro país qualquer, mas tudo o que está em uso nas outras partes aí entra contudo sempre no fim». Cfr. F. Xavier de Oliveira - *Seguinte do Discurso Patético ou Resposta às objecções e aos murmurios que esse escrito sobre si atraiu em Lisboa*, Londres, 1757 (na ed. de Lisboa, 2004, que consultámos, o texto pode ver-se a p. 79).

² *Instruções Inéditas de D. Luís da Cunha a Marco António de Azeredo Coutinho*, Coimbra, 1930, 16-17. Veja-se, também, A. N. Ribeiro Sanches, *Cartas sobre a Educação da Mocidade* (ed. de Maximiano Lemos) Coimbra, 1922, 66-67. A 1.ª ed. é de 1760.

todas as leis civis, e principalmente as Leis Romanas, de que nos hoje usamos. De que fica claro que quem não sabe os princípios da Jurisprudência Natural não pode entender bem a Romana, que é a mesma Lei Civil. Este é aquele ponto muito difícil, que não entendem os que estudam nessa Universidade (de Coimbra) e nem menos os que ensinam, porque se o entendessem, deveriam regular diferentemente os estudos.»¹

Recomendava Vernei que o escolar de leis, com carácter propedêutico, devia começar pelos estudos da Filosofia, especialmente de Ética, não «*somente aquela Ética que trata do Sumo Bem e Direito Natural mas também a que trata do Direito das Gentes*»; em seguida, depois de ver «*quais são as fontes do Direito todo, deve passar a estudar a História Romana. E, como esta não se possa entender bem, sem entender ao menos, a História Universal, por isso deve estudá-la (...)*»

Após o estudante ter «*lido bem a História Romana, a qual dá luz para entender as Leis Romanas, deve, antes de fazer outro passo, ler a História do Direito Civil, principalmente do Romano*». Só então o estudante tomaria contacto com os textos do direito romano, começando pelas *Instituições* - com o seu carácter de resumo elementar - e anotando o que se

¹ Luis Antonio Vernei - *Verdadeiro Método de Estudar*, vol. IV, Lisboa (ed. Sá da Costa), carta décima terceira, 112-113. E mais adiante (pág. 119) acerca do papel da História, dirá: «*Quando VP ouvir dizer a um jurista que não sabe a História Civil, principalmente a Romana, e a um Teólogo que ignora a História da Igreja, sem mais outro exame assente que nem leis nem Teologia sabe; porque a História é uma parte principal destas duas facultades; sem a qual não é possível que os homens as entendam.*» Para bem se avaliar a celeuma que a obra suscitou, tenha-se em atenção que, entre 1746 (data da 1.ª ed.) e 1757, deu origem a quarenta escritos. Cf. K. Maxwell - *O Marquês*, 31. A obra de Vernei, publicada anónima - como se disse - em 1746, foi traduzida para castelhano, em 1761. Mas, mesmo antes de traduzida, já era, largamente, objecto de controvérsia, em Espanha, havendo mesmo quem sustentasse que o livro visava, como alvo principal, as universidades espanholas (sobre a influência de Vernei no país vizinho, veja-se F. Aguilera Pinal - *Los Comienzos de la Crisis Universitaria de España. Antología de textos del siglo XVIII*, Madrid, 1967, Introd., 35; e Antonio Alvarez de Morales - *Historia de las Instituciones Españolas (siglos XVIII-XIX)*, Madrid, 1982, 81 e ss.). Sobre a influência de Vernei em Espanha e nos países sul-americanos, veja-se, ainda, Bernardino Bravo Lara - *Verney y la ilustración católica en el mundo de habla castellana y portuguesa* (sep. do n.º 21 da rev. *Historia de la Universidad Católica de Chile*, 1986).

encontrava em vigor e o que, pelo contrário, constituía material caduco. Tendo, assim, uma visão geral do *Corpus Iuris* entraria, depois, em matérias especiais, começando pelo «*de Contractibus*» que compreende a maior parte do Direito útil para o Foro, reduzindo ao dito todos os contratos de baixo dos seus títulos, e compendiando em poucas palavras o que estuda. Depois, *Últimas vontades, substituições, etc.*». Enfim – concluía Vernei – «no princípio do quinto ano deve o estudante ler o direito português ou as leis municipais, notando as coisas em que se diversifica do comum. Sem dúvida, é digno de admiração que saiam os homens da Universidade falando muito nas leis de Justiniano, que só servem faltando a lei municipal e nada sabem daquela lei por que se bão-de governar!».

Aqui temos, pois, o ideário propugnado por Vernei: necessidade de estudo da verdadeira fonte do Direito que é a Filosofia, especialmente da Ética que trata do Sumo Bem, do Direito Natural e do Direito das Gentes; indispensabilidade de, antes do estudo do direito romano, conhecer a História Universal, a História Romana e a História do Direito Civil Romano; aproximação do direito romano, partindo de uma visão global, tirada das *Instituições*, e separando, nitidamente, aquilo que tem utilidade actual do que a não tem; urgência do estudo do direito nacional, no plano universitário. Por outras palavras, resumidoras: racionalismo, historicismo, *usus modernus* e valorização do direito pátrio. Veremos as repercussões que o programa de Vernei vai ter na reforma pombalina do ensino.

Antes, porém, a cronologia impõe que observemos a importantíssima e, já antes, mencionada *Lei de 18 de Agosto de 1769* que, nestas mesmas coordenadas, vai revolucionar a hierarquia das fontes, estabelecida nas *Ordenações Filipinas*. Só que – talvez por influência do iluminismo germânico – há, na lei citada, mais anti-romanismo que em Vernei.

6. *A Lei de 18 de Agosto de 1769*. Nas *Ordenações Filipinas* pode dizer-se que, como fontes de direito, se indicavam, grosso modo, a vontade do rei¹ e o *utrumque ius*².

¹ À vontade do rei se reconduzia, directamente, a lei, e, em certa medida, como vimos, o *estilo da corte* e o *costume*.

² Considerando aí incorporadas as aderentes *opiniões de Actuário e Bártolo* e a *communis opinio*.

Agora, no século das luzes, mantém-se a vontade do monarca, mas pretende-se substituir o *utrumque ius* pela *razão*. Rei e razão serão as fontes de direito. A viragem vai ser marcada pela referida *Lei de 18 de Agosto de 1769* que, pela sua conspícua referência à *boa razão*, foi crismada de *Lei da Boa Razão*¹. Importa, pois, examiná-la.

Dentro das fontes nacionais, tomam-se medidas relativas ao *estilo da corte* e *costume*. Quanto ao primeiro, determina-se que o *estilo* só valerá, desde que tenha sido aprovado por *Assento da Casa da Suplicação*. No que diz respeito ao *costume*, estabelece-se que ele só será fonte de direito, desde que concorram três requisitos: *ser conforme à boa razão, não ser «contra legem» e ter mais de cem anos*².

Passando ao direito subsidiário, a lei de 1769, interpretando a expressão das *Ordenações* – «*As quaes Leis Imperiales mandamos somente guardar pela boa razão, em que são*

¹ Assim a designou Correia Telles no *Commentario Critico à lei da Boa Razão em Data de 18 de Agosto de 1769*, Lisboa, 1824: «Denomino-a a lei da BOA RAZÃO, porque refugou as Leis Romanas, que em BOA RAZÃO não foram fundadas (...)».

² *Lei da Boa Razão*, § 14: «(...) declaro que os Estilos da Corte devem ser somente os que se acharem estabelecidos, e aprovados pelos sobreditos Assentos da Casa da Suplicação: e que o costume deve ser somente o que a mesma lei qualifica nas palavras = longamente usado, e tal, que por direito se deva guardar: = cujas palavras Mando que sejam sempre entendidas no sentido de concorrerem copulativamente a favor do costume, de que se tratava, os tres essenciaes requisitos: de ser conforme as boas razões, 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 (...)». Como se vê – para além da *prescriptio* – acha-se o costume limitado pela vontade do monarca (não pode ser *contra legem*) e pela *razão* (deve ser conforme às boas razões). Antes da Lei, eram muito discutidos os conceitos de *prescrição centenária* e *imemorial*, havendo quem os distinguisse e quem os considerasse sinónimos. Vejam-se Miguel de Reinoso – *Observationes Practicae in Quibus Multa Quae per Controuersiam in Forensibus Judicijs adducuntur, felicit stylo pertractantur* (...), Coimbra, 1675 (1.ª ed. póstuma, Lisboa, 1625), Observatio LVIII, 165 e ss.; Domingos A. Portugal – *Tractatus de Donationibus*, lib. III, cap. VIII, n. 63 e ss., 57 e ss.; e Frei José Faria Cazado – *Totius Legitimaer Scientiae*, n.º 6 e ss. 174 e ss. Para apreciação de um costume (em matéria de renovação enfitéutica), lícito ao condicionalismo da Lei de 18 de Agosto, veja-se Vicente Ferreira Carlozo da Costa – *Analyse das Theses de Direito Emphyteutico que se defenderão no presente anno na Universidade de Coimbra em as Conclusões das Faculdades em tres cartulas que escreveu a hum seu Amigo* (...), Lisboa, 1789, num. 6, 76 e ss.

fundadas» – vem declarar que as normas de *direito romano* só serão aplicáveis quando, caso a caso, se mostrem concordantes com a boa razão.

Retomava-se, deste modo, o caminho encetado pela corrente racionalista do Humanismo. Essa *boa razão* – no dizer da lei – era aquela «*que consiste nos primitivos princípios, que contém verdades essenciais, intrínsecas, inalteráveis, que a ética dos mesmos Romanos havia estabelecido e que os Direitos Divino e Natural formalisarão para servirem de regras moraes, e Cívicas entre o Chistianismo: 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, Economicas, Mercantis e Maritimas que as mesmas Nações Christãs tem promulgado com manifestas utilidades, do socoço publico, do estabelecimento da reputação, e do augmento dos cabedaeas dos Povos, que com as disciplinas destas sábias, e proveitosas Leis vivem felices à sombra dos thronos, e debaixo dos auspícios dos seus respectivos Monarcas, e Principes Soberanos (...)*»¹.

Aliás, em matéria política, económica, mercantil e marítima, acrescentava a Lei ser «*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 Chbristãs, illuminadas, e pollidas, 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 desasseculo o socorro às leis de buns gentios; que nos seus principios Moraes, e Cívicas forão muitas vezes perturbados, e corrompidos na sobredita forma; que do Direito Natural tiveram apenas as poucas, e geraes noções, que manifestão os termos com que o diffinirão; que do Direito Divino, he certo, que não soberão cousa alguma; e que do Commercio, da Navegação, da Aritmetica Politica, e da Economia do Estado, que boje fazem tão importantes objectos dos Governos Supremos, não chegarão a ter o menor conhecimento*»².

¹ Lei, cit., § 9.

² Lei e ff. cit.

Como se vê, estabelecia-se, de um modo geral, que o direito romano só deveria ser utilizado quando em conformidade com a *boa razão*¹, e que, em matérias *politicas, económicas, mercantis e marítimas*, dever-se-ia recorrer às leis das *Nações civilizadas da Europa*, e não ao direito romano, direito elaborado há mais de dezasseite séculos por uns gentios que nada sabiam, nem mesmo Aritmética Política...².

¹ Cedo, no entanto, reconheceu o legislador quanto havia de arbitrário e vago no confronto do direito romano e boa razão, tal como o estabelecia a lei de 18 Agosto de 1769. Assim, logo três anos depois, nos *Estatutos da Universidade*, de 1772, (L. II, tit. V. c. III, § 6), vem dizer que «*porque a confrontação das Leis Romanas com tantas, e tão diferentes especes de Direitos e 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 sciéttifico de se conhecer se ellas são applicáveis, por ser o único em que se vai buscar a verdadeiro raíz, e principio, porque ellas ou são, ou deixarão de ser applicáveis, he obra de muito trabalho*», admitia como «*caminho mais plano, e mais curto*» que se indagasse «*o uso moderno das mesmas Leis Romanas entre as sobreditas Nações, que boje babilão a Etrópia*». Deste modo, se consagrava o *usus modernus Pandectarum*, como direito subsidiário em Portugal. Ainda, na década de 70, escrevia Filipe José Nogueira Coelho, aplaudindo a Lei, ao leitor: «*Depois de illustradas pelas mais justas e sabias providencias da memorável Lei de 18 de Agosto de 1769, já evidentemente effeito, e de nenhuma authorityde a absoluta, e indistinta allegação das Leis Romanas. A equidade natural, os principios de boa razão, em que se estabelecram algumas dellas, não as fornecem daquelle necessario preceito, daquella authorityde extrinseca, que para serem obedecidas, só lhes pode, e costuma dar o Legislador de cada Estado, se dellas quer fazer parte da sua Legislação. Hespanha e Venezia, estas Naçoens pollidas, que das mesmas Leis não formão parte alguma do seu Direito Civil, nos dão huma bem clara idea, de que ha Governo feliz, justo, e acertado sem a sua imaginada dependência*». (*Principios do Direito Divino, Natural, Público Universal, e das Gentes, Adoptados pelas Ordenações, Leis, Decretos, e mais Disposições do Reino de Portugal, com as Remissões as Leis Extravagantes e mais Reaes Reaes Determinações, e as das Notas do Novo Repertório dos respectivos Textos da Ordenação, e Huma Relação exacta das Leis e mais Disposições Nostissimas (...)*, Lisboa, 1777).

² A *Aritmética Política* correspondia à *Estatística* (ou *Estatística*, como também se dizia). Sobre a matéria, com algum desenvolvimento, veja-se Carlo M. Cipolla – *Introdução ao estudo da História Económica*, Lisboa, 1995 (1.ª ed. italiana, Bolonha, 1988), 156 e ss. Uma das principais obras do tempo e a de A. Young – *Aritmétique politique adressée aux sociétés économiques établies en Europe*, Haia, 1775, 2 vols. Mas os progressos foram lentos. Ainda, em 1817, José Bernardo da Rocha Loureiro, escrevia, em Londres, no *Portuguez* – referindo-se ao Conde de Linhares – que –

Também o *direito canónico* não resistiu à reforma iluminista. Aponta a lei o «erro manifesto» de se supor que no foro temporal «se pode conhecer dos pecados, que só pertencem privativamente ao foro interior e á espiritualidade da Igreja»; por esse motivo, e esclarecendo que aos tribunais seculares «não toca o conhecimento dos pecados; mas sim e tão somente o dos delictos», era o direito canónico proscrito do foro temporal, «deixando-se os referidos textos de *Direito Canónico para os Ministros, Consistorios Ecclesiasticos os observarem (nos seus devidos e competentes termos) nas decisões da sua inspecção*»².

Completava-se, nestes termos, o ciclo evolutivo do direito canónico na história das fontes de direito, no nosso país. Em 1211, o direito canónico sobrepuñha-se ao próprio direito régio; agora, em 1769, deixa, sequer, de ter valor como fonte subsidiária. De acordo com as premissas, vão, do mesmo modo, ser condenadas a *Glosa de Acúrsio*, a *Bartoli opinio* e, implicitamente, a «*communis opinio*»³.

Diz-se na lei que «(...) sendo certo, e boje de nenhum douto ignorado que *Accursio* e *Bartolo* cujas authorities

«Nenhum Ministro, antes ou depois d'elle teve ideias claras da estatística do reino e a imperfeita *Corographia* de Carvalho, e alguns pedaços ainda mais imperfeitos que há mandado a nossa Academia imprimir são todos os escritos que temos numa ciência principal do Governo. (...) Nunca até aqui se há feito um censo público dos habitantes do reino com o fim de se servir aos fins civis do governo.» [Cfr. João Bernardo da Rocha Loureiro - *Memoriaes a D. João VI*, ed. e com. de Georges Boisvert, Paris, 1973, 214]. Também, em 1801, José António de Sá tinha publicado, em Lisboa, *As Instruções gerais para se formar o Cadastro, ou o Mappa Arithmetico - Politico do Reino*. Para o estudo de alguns esforços anteriores, da successiva evolução, bem como das variantes estatística/estatística, veja-se Joel Serrão - *Da Contagem da Gente Portuguesa (1800-1860)* in *Da «Regeneração» à República*, s.l.s.d. (mas, Lisboa, 1990), 7-36.

² *Lei cit.*, § 12.

³ *Lei e f. cit.*

⁴ Entendia, porém, Borges Carneiro - *Direito Civil de Portugal*, tomo I, Lisboa, 1844, 63, que «a *communis opinio*» mantinha a sua vigência como critério para fixar a vagueza da noção de boa razão». Acrescentava que «A *cit. l. 18. Ag. em quanto reprova as glosas de Acúrsio e de Bartolo, derogada a O. III. tit. 6. l. 1., não derogou este mesmo § 1. na parte em que elle nos casos omissos manda guardar a commun opinão dos Doutores com preferencia ás ditas Glosas.*» Mas foi interpretação que não vingou.

mandou seguir a mesma Ord. no parag. I do sobredito tit., forão *destituídos não só da instrução da História Romana*, sem a qual não podião bem entender os textos que fizeram os assumptos dos seus vastos escriptos, e não só dos conhecimentos da Philologia e da 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 suprirem aquellas luzes que lhes faltavão; ou porque na falta dellas ficarão os seus juizos vagos, errantes e sem boas razões a que as contrahissem; vierão a introduzir na Jurisprudencia (cujo caracter formão a verdade, e a simplicidade) as quasi innumeráveis questões metafisicas com que depois daquella Escola Bartolina se tem illaqueado e confundido os direitos e dominios dos litigantes intoleravelmente: *mando que as glosas e opiniões dos sobreditos Accursio e Bartolo não possão mais ser allegadas em juizo nem seguidas na practica dos julgados; e que antes muito pelo contrario em bum e outro caso seão sempre as boas razões assim declaradas, e não as authorities daquelles, ou de outros similhantes Doutores da mesma escola as que bajão de decidir no foro os casos occorrentes*¹.

¹ *Lei cit.*, § 13. A tão abundante, empolada e barroca linguagem legislativa de Pombal foi objecto de sarcasmo, após a sua queda, traduzida em muita anónima versalhada:

«D. Quixote dos Ministros d'Estado
Sublime Engenheiro de moinhos de vento.
Legislador de Bagatelas
Autor de leis Enigmáticas.
Inimitável criador de palavras gigantescas
Amplificador de nadas.
Único descobridor da Pedra Filosofal,
dos direitos Natural e das Gentes.»

Veja-se Ferreira de Brito - *Cantigas de Escárnio e Mal-Dizer do Marquês de Pombal ou a crónica rimada da VIRADEIRA*, s.l.s.d. (Porto, 1990), 220. Mas há outros versos curiosos. O direito natural, nas mãos de Pombal, tinha aplicações, verdadeiramente, impensáveis. Como recentemente escreveram Arno Wehling e Maria José Wehling - *Direito e Justiça no Brasil Colonial. O Tribunal da Relação do Rio de Janeiro (1751-1808)*, Rio de Janeiro, São Paulo e Recife, 2004, 384-385, uma Carta Régia de 4 de Novembro de 1759 (dirigida ao Conde de Bobadela) «determinava que jesuítas [do Brasil] fossem submetidos a um processo que levasse em conta, somente o direito natural, desconsiderando qualquer legislação, de qualquer

Também aqui, se não pode deixar de fazer um comentário. Como sabemos, Bartolo é recebido nas *Ordenações Afonsinas*, porque «*be communalmente mais conforme da razão*»; agora, é expulso porque se não conforma às «*bons razões*». Sói, assim, Bartolo, do quadro das *fontes*, pela mesma porta por onde entrara. Como escrevemos noutra ocasião - «O paralelismo, se outra virtude não tem, serve para demonstrar que a razão, adjectivada ou não, serve para tudo, mesmo para justificar decisões de sinal contrário».¹

Falta, por último, referir o modo como, na Lei de 18 de Agosto de 1769, se versa o problema dos *Assentos*.

origem que pudesse beneficiá-los. O decreto real considerava inaplicáveis ao caso os dispositivos do direito material e do direito processual português que pudessem ser utilizados, como argumento para a defesa². Resumindo: para a acusação serviam *todas* as fontes: direito natural, direito romano, direito régio; a defesa podia, apenas, utilizar o direito natural. É extraordinário. Sobre os tempos do *Iluminismo*, em Portugal, veja-se, ainda, a Nota XVIII, no final do presente livro.

¹Veja-se o nosso *Bartolo na História do Direito Português*, 59. Mas, atenção a uma *distinção*, importante, que logo se estabeleceu. É que, na verdade, Acúrsio e Bartolo não podem entrar nos tribunais, em nome pessoal e com autoridade própria, mas nada impede que o façam, quando titulados com o salvo-conduto da Boa Razão. A sua opinião pode seguir-se, não *porque de Acúrsio ou Bartolo*, mas porque aderente aos ideais racionalistas. Esse raciocínio surge, nomeadamente, no Assento de 9 de Abril de 1772, da *Casa da Suplicação*, onde a propósito da obrigação de alimentos entre irmãos, após citação do parecer da Glosa, se diz: «(...) cuja opinião e sentença depois seguida por Bartolo e pelo commun dos Doutores, não só foi recebida nestes reinos, como devia ser, pela especial autoridade, que as nossas Leis Patrias deram às Sentenças da Glosa e de Bartolo nos casos omissos n'ellas e não determinados pelas Leis Romanas, mas também conseguiu prevaler geralmente em todas as Nações civilizadas dos últimos séculos, e assim se continuar a observar n'estes Reinos». Por outro lado, a prática receava o arbítrio judicial, envolto no manto da Boa Razão e aspirava - tardiamente - a novas autoridades doutrinárias. Dizia Correia Telles: «He verdade que Accursio e Bartholo não foram bons interpretes das Leis Romanas nem era possível que o fossem attento o seculo em que viverão. Mas se das suas opiniões não resultava perigo da salvação eterna, quanto melhor seguir-las, que vagar na incerteza! Conviria pois que a nova Lei, desauthorisando Accursio e Bartholo, lhes substituisse outros DD. de melhor nota a fim de ficar menos campo ao perigoso arbitrio julgador.» Cfr. o nosso *Bartolo*, 16-18. Focando o caso da obrigação de alimentos (80 e ss.) e hipoteses de aplicação da Lei de 18 de Agosto, veja-se Francisco de Almeida do Amaral Botelho - *Discursos Juridicos em que se contem Várias Matérias Utiles aos Principiantes com os Assentos da Casa da Supplicação* (...), Lisboa, 1790.

Vimos atrás que, para além da *Casa da Suplicação*, também as *Relações do Porto, Goa, Baía e Rio de Janeiro* se tinham atribuído o privilégio de proferir *Assentos*. Vai esta prática ser infirmada. Determina-se que só os Assentos da Casa da Suplicação ficarão tendo autoridade; havia, no entanto, a possibilidade de os assentos das Relações subalternas adquirirem valor autêntico, desde que fossem confirmados pela *Casa da Suplicação*¹.

7. *Reforma dos estudos de Direito. O Compendio Histórico e os novos Estatutos*². Em 1770, foi criada uma comissão, denominada *Junta de Providência Literária*, com a finalidade de estudar as deficiências existentes no ensino universitário e de sugerir reformas julgadas convenientes.

Logo no ano seguinte, em 1771, aparece um relatório - o *Compendio Histórico do Estado da Universidade de Coimbra do tempo da invasão dos denominados Jesuítas* - obra na qual, como o título indica, se atribuem aos jesuítas todas as causas de decadência da Universidade coimbricense³, e se apontam os caminhos necessários à sua restauração.

¹ *Lei cit.*, § 8. Sobre o interessante problema da aplicação da Lei de 18 de Agosto, no Brasil, veja-se, agora, uma primeira aproximação - um tanto sumária - de Arno Welhing - *Cultura Jurídica e julgados do tribunal da Relação do Rio de Janeiro: a invocação da boa razão e o uso da doutrina. Uma amostragem*, in *Cultura Portuguesa na Terra de Santa Cruz*, coord. de Maria Beatriz Nizza da Silva, Lisboa, 1998, 235 e ss. Sobre críticas à *Lei*, já mesmo no Setecentos, veja-se a Nota XIX, no final deste livro.

² Veja-se Almeida Costa in *Dicionário de História de Portugal*, s.v. *Leis, Cânones, Direito, Faculdades de*, 680 e segs.

³ Acerca de outra obra desta época - a *Deduição Chronológica e Analytica* que figura como sendo de José de Seabra da Silva, mas é do próprio Sebastião José - comentará o mais que insuspeito Herculano que o seu autor «atribue aos jesuítas as epidemias, e não sei se as chuvas nocivas e as tempestades (...)». A própria esquerda liberal tinha pouca simpatia pela *Deduição*. No n.º III do *Astro da Lusitânia*, de 4 de Novembro de 1820 (pag. 2), diz-se que «a Deduição Chronológica encerra um Direito Publico, só capaz de se ensinar nas escolas de Constantinopla ou de Hispaan». Aliás, segundo o testemunho de João Pedro Ribeiro, nas *Observações Históricas* - «Um dos colaboradores do mesmo *Compendio*, relativo às Ciências naturaes, confessa a tortura em que se achara, precisando imputar aos jesuítas também a corrupção entre nos da Chymica.» Cfr. Teófilo Braga, *História da Universidade de Coimbra* (...), Tomo III, 1700 a 1800, Lisboa, 1898, 415, nota (1). Alguma historiografia portuguesa continua, sem razão, a considerar Seabra como Autor, em todo ou em parte, da *Deduição*. A interpretação

No tocante ao Direito – matéria que, no *Compêndio*, se parece dever, principalmente, a João Pereira Ramos de Azeredo

correcta é, agora, corroborada por António Lopes S J – *Vieira, o Encoberto, 74 anos de evolução da sua utopia*, Cascais, 1999, 23-24. A. Lopes reproduziu, aliás, algumas folhas do manuscrito, escrito com a letra de Sebastião José. É até curioso observar que na reprodução do rosto da II parte desse manuscrito (p. 21), se verifica que, inicialmente, se achava – «*Dada a luz pelo*» Doutor Joseph de Seabra da Silva; depois, riscou-se «*Dada a luz pelo*» e, por cima, escreveu-se «*Pelo*»; finalmente, em cima de «*Pelo*», pôs-se «*Dada a luz*». Ou seja: Sebastião José hesitou entre «*Dada a luz pelo*» ou o simples «*Pelo*», optando, afinal, pela primeira forma, sem dúvida, mais ambígua. Mas, há, agora, que ver Cândido dos Santos – *Padre António Pereira de Figueiredo. Erudição e Polémica na 2.ª Metade do Século XVIII*, s.l.s.d. (mas, Lisboa, 2005), 151-152. Na verdade, em carta de 26 de Abril de 1774 para Duparc de Bellegarde, de Utrecht, comunica-lhe que enviara um exemplar da *Deductio Chronologica et Analytica*, composto pelo Conde de Oeiras, agora Marquês de Pombal, sob o nome do Procurador Régio; e que ele próprio, Pereira de Figueiredo, o vertera para latim, acrescentado-lhe uma dedicatória (*Deductio Chronologica et Analytica etc. Exemplar unum, ab Oeriensi quidem comite, nunc Pombaliensi Marchione compositum sub nomine Regii Procuratoris, a me autem de lusitano in latinum converso; ...*), p. 324. E, já, antes, em carta de 24 de Abril de 1771, para o Padre Mestre Nicolau Francisco, que estava em Goa, na casa do Oratório, tinha escrito: V. Revma, procure em Goa quem lhe empreste a *Deductio Chronologica et Analytica* (da qual eu sei que o Sr. Marquês mandou para lá muitos exemplares) e por ela saberá o que fizeram em duzentos anos os jesuítas em Portugal. Esta he a obra prima do Sr. Marquez; a qual eu com tanto gosto como trabalho, traduzi do Português em Latim, para que della se pudessem aproveitar todas as Nações. Cfr. pp. 151 e 331. Por isso, como bem escreve Cândido dos Santos – «Dúvidas sobre a autoria da *Deductio Chronologica* não passam de um falso problema. Pereira, estreitíssimo colaborador de Pombal, é claro: esta é a «obra prima do Senhor Marquês». Mais claro ainda na dedicatória da versão latina:

«Ordenaste, portanto, ao Procurador Régio, que, como por officio publicasse esta *Deductio Chronologica e Analytica* tal e qual a recebera de ti, para que todos os portugueses aprendessem dela, como de uma Mestra, quanto devem a quem tratou de expulsar esta peste dos confins da pátria. Foi dada ao prelo e publicada esta obra digníssima da imortalidade sob o nome do Procurador Régio. Aqueles que ao lê-la, observam o encadeamento e o nexo da narração, a selecção dos factos, e gravidade das sentenças, a veemência e o brilho sublime da dicção minimamente duvidam de que um foi o que escreveu, outro o que ditou; nem duvidam de que alguém pudesse avançar com uma obra tão felizmente elaborada e prefecitíssima, excepto tu, de quem todas as coisas são magníficas, profundas e sublimes». E, a terminar – «Recebe, pois, Exc. Conde, a tua obra, enquanto recebes a minha». Cfr. p. 152. A versão latina pode ver-se a pp. 278-279.

Coutinho¹ – recomendava-se o estudo da *história jurídica* e da *história geral*, pois, só assim se poderia compreender o espírito da lei; igualmente, e com idêntica finalidade, se insistia na necessidade do estudo das línguas *latina* e *grega*, da *retórica* e da *lógica*, e da autêntica *Metafísica*.

Também se aponta a indispensabilidade de conhecimento do *direito natural*, já que ele constitui o alicerce ou fundamento de todo o direito positivo; este mais não é do que a aplicação dos princípios de direito natural a um determinado condicionalismo geográfico e histórico².

Enfim, o *Compêndio Histórico* insurge-se contra o facto de, na Universidade, se estudar, apenas, o direito romano, com completa postergação do direito pátrio. Há, pois, como se vê, exaltação do direito natural e do direito pátrio que, consoante muito bem observa Merêa, se encontram conciliados e não opostos³; conciliação que melhor se compreenderá quando se tiver em atenção que, de acordo com o que atrás se disse, o direito pátrio mais não é de que a solução que decorre da aplicação do direito natural a um certo condicionalismo.

Em 1771, estava pronto o *Compêndio Histórico* e, logo em 1772, saem os novos *Estatutos da Universidade de Coimbra*, vulgarmente chamados «pombalinos», fruto, também, da actividade da *Junta de Providência Literária*.

No que respeita ao ensino jurídico⁴ «considerando, que nenhum Direito pode ser bem entendido *sem hum bom conhecimento prévio; assim do Direito Natural, Publico Universal, e das Gentes; como da História Civil das Nações, e das Leis para elas estabelecidas*, conforme as diferentes

¹ Assim o testemunha Frei Manuel do Cenáculo. Cfr. *Excertos do «Diário» de D. Frei Manuel do Cenáculo Vilas Boas* in *Revista da Biblioteca Nacional*, Vol. 2, n.º 1, Lisboa, 1982 (com notas de João Palma Ferreira), 20, nota (2).

² Montesquieu – *L'Esprit de Lois*, Liv. I, cap. III: «*La Loi en general, est la raison humaine, en tant qu'elle gouverne tous les peuples de la terre; et le Lois politiques et civiles de chaque nation ne doivent être, que les cas particuliers, ou s'applique cette raison humaine.*»

³ Paulo Merêa – *De André de Resende a Herculano*, in *Estudos*, 23.

⁴ Fundamental, Paulo Merêa – *O ensino do Direito* in *Jurisconsultos Portugueses do Século XIX*, direcção e colaboração de José Pinto Loureiro, Lisboa, 1947, 149-190.

Épocas dos tempos, e as diversas conjunturas, que nellas occorrem; por serem estas prenoções indispensaveis para a verdadeira intelligencia de todas as Leis, e do genuíno scutido dellas», ordenava-se que, na Universidade, houvesse Lições Públicas: «1.º do *Direito Natural, Publico Universal e das Gentes*: II.º da *História Civil do Povo, e Direito Romano*: III.º da *História Civil de Portugal, e das Leis Portuguezas*»¹.

Para cumprimento deste programa, criavam-se uma cadeira comum ás Faculdades de Leis e Cânones, oito próprias da Faculdade de Leis e sete de Cânones.

A cadeira comum seria a de *Direito Natural Publico Universal, e das Gentes*². As oito cadeiras próprias da Faculdade de Leis seriam, em linguagem que, nitidamente, revela a febre classificatória da época, «*uma subsidiária, duas elementares, tres syntheticas e duas analiticas*»³. A subsidiária seria a Cadeira de *História Civil dos Povos, e Direitos, Romano e Portuguez*. As três sintéticas seriam, duas de *direito romano* e a terceira de *direito pátrio*; as duas cadeiras analíticas seriam, ambas, de *direito romano e pátrio*.

¹ Estatutos, Liv. II, tit. II, cap. III, § 10.

² Logo pouco depois da publicação dos Estatutos, os Conselhos das Faculdades Jurídicas (Leis e Cânones) adoptaram como compêndio para a cadeira o livro do barão De Martini - *Positiones de lege naturali in usum auditorum* (1764). A obra de Martini - que era discípulo do filósofo C. Wolf - constituiu livro de texto, em Coimbra, até 1843, durante setenta anos. Diga-se, ainda, que, em 1768, tinham sido traduzidos os *Elementos de Direito Natural*, de Burlamaqui, outro discípulo de Wolf. (Veja-se, neste ponto, L. Cabral de Moncada - *Subsídios para uma História da Filosofia do Direito em Portugal (1772-1941)*, Coimbra, 1938, 10 e segs.). A esquerda liberal não tinha grande apreço por Martini, a quem apodava de «tenebroso». (O *Astro da Lusitania*, n.º XX, 9 de Dezembro de 1820). Sobre a influência de Martini em Portugal, veja-se, também, J. S. da Silva Dias - *Pombalismo, funzonario» absburgico tra Absolutismus e Aufklärung. II pensiero e l'opera di Karl Anton von Martini (1726-1800)*, Milão, 1959.

³ A tal ponto se viviam as classificações que Etescano Barreto e Aragão (*Demetrio Moderno*, 80) acusa os «Escriptores mais insignes de se arrojamem a interpretar sem saberem que especies de Leis interpretarão (...) e sobre que objecto forão ellas promulgadas; isto he; se sobre algum dos três Reynos da Natureza: a saber; Mineral, Vegetal, e Animal(...)»

⁴ Estatutos, Liv. III, tit. II, cap. V, § 3.

Com toda a minúcia se descrevia o que deveria ser a actualiação do professor. Assim, na História do Direito Português, conforme se já recordou no início desta obra, começaria o Professor «pela História das Leis, Usos e Costumes legítimos da Nação Portuguesa: Passando depois à História da Jurisprudência Theoretica ou da Sciencia das Leis de Portugal. E concludindo com a História da Jurisprudência Practica ou do Exercício das Leis; do modo de obrar e expedir as causas e negócios nos Auditórios, Relações e Tribunais destes Reinos»¹.

Constitui espelho perfeito da mentalidade setecentista o programa traçado quanto à investigação do direito natural. Prescrevia-se que «como cidadão livre, do Império da Razão procurará o Professor a verdade, a ordem, a dedução, o methodo, e a demonstração, onde quer que a acabar: (...) O Código da Humanidade será somente o Authentico. Os preceitos que a Natureza escreveu nos corações do Homem, serão unicamente os que nesta jurisprudência tembam autoridade e força de Lei. O Magistério perpetuo, e sempre indeclinável, será só o da Razão. Este Lume Divino participado ao Homem pelo Supremo Author da Natureza, será a Estrella, que o encaminhe para não se perder nos cachopos da vã e desordenada especulação, em que infelizmente tem naufragado grandes engenhos; porque a não ordenaram com as devidas cautelas; e porque se quizeram sujeitar aos errados systemas de uma má Filosofia, e aos seus corrompidos costumes. A Razão será pois a sua primeira Mestra; o Oráculo, a que elle primeiro recorra e que primeiro consulte. Esta he a Fonte de toda a Legislação da Natureza. Della deduzirá os preceitos naturais, e por Ella o demonstrará, pondo-os na maior luz, e evidência, de que Elles possam ser susceptíveis»². Era bem o século que falava³: muitas *maísculas* e muitos *adjectivos*.

Na exposição da matéria, deveria o Professor seguir o método *sintético-demonstrativo-compendiário*, isto é, deveria

¹ Estatutos, Liv. II, tit. III, cap. IX, §§ 1 e 2.

² Estatutos, Liv. II, tit. III, cap. V, §§ 6, 7, 8 e 9.

³ Sobre o ensino do Direito, à escala europeia, neste período, veja-se Helmut Coing - *L'insegnamento della Giurisprudenza nell'epoca dell'Illuminismo in L'Educazione Giuridica, II. Profili Storici*, 104 e ss.

organizar compêndios «breves, claros e bem ordenados com o succo e a substância das doutrinas», dando primeiro que tudo as «definições e as divisões das matérias, que mais se ajustam às Regras da boa Dialéctica: Passando-se logo aos primeiros princípios e preceitos gerais mais simples e mais fáceis de se entenderem: E procedendo-se delles para as conclusões mais particulares, formadas da combinação de maior número de idéias e por isso mais complicadas e sublimes, e de intelligencia mais difficiliosa».

É na sequência deste espírito que se ordenava que o Professor de *História do Direito Português* formasse «*um Compendio Elementar da dita Historia do Direito, e de todas as suas partes, proprio e acomodado para as Lições annuaes*». Tal como em Vernei e no *Compendio Histórico*, também nos *Estatutos* se encontram, pois, os habituais temas do pensamento setecentista: exaltação do direito natural e das gentes, visão do direito romano através do «*usus modernus pandectarum*», atenção concedida ao direito pátrio, apologia do método histórico e da síntese na investigação e exposição.

Muito se pode discutir nos *Estatutos pombalinos*; mas advirta-se que, nessa discussão, se apreciarão mais presumíveis defeitos da época do que da própria reforma. Raras vezes uma reforma terá sido tão fiel e completa tradução do espírito do seu tempo; por isso, também, ainda hoje, ela pode ser apresentada como a única reforma do ensino universitário, verdadeiramente estruturada, que se produziu em Portugal¹. O que não quer dizer que nela não existisse uma certa falta de realismo. Coerente, mas com premissas discutíveis.

8. A *cultura jurídica*. No período que se segue à publicação dos novos Estatutos, aparece como o maior intérprete do espírito pombalino, o Professor da Faculdade de Leis da

¹ Por ocasião do segundo centenário da publicação dos *Estatutos*, veja-se Joaquim Ferreira Gomes - *A Reforma Pombalina da Universidade (Nota Comemorativa)*, Coimbra, 1972, separata da *Revista Portuguesa de Pedagogia*, Ano VI, 1972; e, principalmente, António Hespanha - *Forma e valores nos Estatutos Pombalinos da Universidade (1772)* in *Veritas*, vol. XXXII, Coimbra, 1972, 927 e segs. e, depois, em *A História do Direito na História Social*, Lisboa, 1978, 150 e segs.

Universidade de Coimbra, *Pascoal José de Melo Freire*. Vai Melo Freire, em obediência às diretrizes universitárias, redigir um compêndio de História do Direito Português - a *História Juris Civilis Lusitani*, publicada em 1778 - para cuja importância já, anteriormente, se chamou a atenção. Mas, a obra de Melo Freire não se confinou ao campo histórico; também, no âmbito do direito português vigente, publicou uma obra de síntese - as *Institutiones Juris Civilis Lusitani*, saídas entre 1780 e 1793. Compoem-se as *Institutiones* de quatro volumes e neles se ocupa Melo Freire, sucessivamente, do *direito público*, *direito das pessoas*, *direito das coisas e obrigações e acções*; o *direito criminal*, precisamente pela sua especialidade, foi versado num outro volume, denominado *Institutiones Juris Criminalis Lusitani* (1794). É Melo Freire um autor perfeitamente identificado com a melhor bibliografia do seu tempo, bom conhecedor dos intérpretes alemães do *usus modernus pandectarum*. Como defeito, pode-se-lhe apontar o de nem sempre ser profundo, já que o seu enciclopedismo o leva a muita simplificação, quando não a repetição abreviada de autores estrangeiros.

Além de Melo Freire há, ainda, a mencionar, nesta época, Francisco Coelho de Sousa e Sampato, autor das *Preleções de Direito Pátrio Público e Particular*, Coimbra, 1793-1794, e das *Observações às Preleções de Direito Pátrio, Público e Particular*, Lisboa, 1805; Ricardo Raimundo Nogueira, que escreveu umas *Preleções de Direito Pátrio*, obra de muito interesse, publicada postumamente²; Vicente Cardozo da Costa, autor, entre outros trabalhos, da já referida *Compilação Systematica das Leis Extravagantes de Portugal*, Lisboa, 1799, dos *Elementa Juris Emphyteutici*, Coimbra, 1789, e, também, do estudo *Que he o Código Civil?*, este, aliás, publicado no período seguinte, em 1822³; Pereira e Sousa que escreveu as *Primeiras*

² Sobre Coelho de Sousa e Sampato e Raimundo Nogueira, veja-se Marcello Caetano - *História* (1981), 40-41 e, quanto ao segundo, o bem documentado estudo de Pedro Caridade de Freitas - *Um testemunho na transição para o século XIX: Ricardo Raimundo Nogueira*, Lisboa, 1999 (dissertação de Mestrado, na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa).

³ Este Autor é, relativamente, bem conhecido. Veja-se Inocêncio - *Dicionário*, Tomo VII, 427-432; Luis da Silva Ribeiro - *Vicente Cardoso da Costa in Jurisconsultos Portugueses do Século XIX*, Vol. I (dir. Jose Pinto

linhas do processo civil, Primeiras linhas do processo criminal e as Classes dos Crimes; e Almeida e Sousa, conhecido por Lobão - terra onde exercia a sua profissão - advogado que, nem sempre com a devida ponderação, versou variados temas de direito português. E, enfim, cite-se António Ribeiro dos Santos¹, também professor em Coimbra e, como adiante se verá, crítico acérrimo de Melo Freire, no projecto do Novo Código, por este elaborado. De entre os trabalhos de Ribeiro dos Santos, destacam-se, precisamente, as *Notas ao Novo Código*, onde se exhibe sólida e erudita preparação histórica. Da leitura destas *Notas* e, nomeadamente, da dos seus manuscritos que hoje se encontram recolhidos na *Biblioteca Nacional de Lisboa*, parece poder afirmar-se que o saber histórico-jurídico de Ribeiro dos Santos em nada era inferior ao de Melo Freire; só é de lamentar que não tenha chegado a escrever obra de carácter geral².

Loureiro), Lisboa, 1947, 421-429; Francisco de Ataíde Machado de Faria e Maia - *Um deportado da «Amazonas»*, Ponta Delgada, 1931; e, agora, Isabel Maria Banon Almeida - *Monografia sobre a Vida e Obra de um Autor do Século XIX: Vicente José Ferreira Cardoso da Costa in Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Manuel Gomes da Silva*, 883 e segs. Todavia, estes biógrafos são omissos quanto a uma fase importante da vida do Doutor Vicente Ferreira - a da sua participação activa na chamada «Conspiração dos Fidalgos», «Conspiração de Mafra» (ou «do Alfeite») 1805-1806 - que tinha por fim declarar-se demente o Príncipe D. João e constituir uma regência de Carlota Joaquina. Veja-se Angelo Pereira - *Os Filhos de El-Rei D. João VI*, Lisboa, 1946, 83 e ss. e 94 e ss. e Sara Marques Pereira - *D. Carlota Joaquina e os «Espelbos de Clío»*, s.l.s.d. (mas, Lisboa, 1999, 63-68). Há, agora, uma 2.ª ed. (ampliada), com o título *D. Carlota Joaquina, Rainha de Portugal* (s.l.s.d.), mas, Lisboa, 2008; para a «Conspiração dos Fidalgos», 57-64 e notas 67 a 117, de 71-74. Também focámos o tema em *Reflexões sobre a génese do chamado «Projecto» de Constituição de 1808, a outorgar por Napoleão a Portugal*, sep. da rev. *Direito e Justiça*, Vol. XVIII, Tomo II, Lisboa, 2004, 105, nota 145.

¹ Em relação a Ribeiro dos Santos, veja-se José Esteves Pereira - *O pensamento político em Portugal no século XVIII. António Ribeiro dos Santos*, Lisboa, 1983, e, por último, *António Ribeiro dos Santos e a Reforma Pombalina da Universidade in Universidades(s). História, Memória, Perspectivas, Actas I*, cit. 215-223.

² Quanto à cultura jurídica desta época, veja-se, ainda, Antonio Hespanha - *Sobre a prática dogmática dos juristas oitocentistas in A História do Direito*, 70 e segs.

9. *O Novo Código*. A partir da promessa de D. João IV de feitura de novas *Ordenações*, várias foram as tentativas não concretizadas. Já no limiar da época que nos ocupa, no reinado de D. João V, pensa-se, mais uma vez, na empresa, aliás com alguma reserva do célebre Alexandre de Gusmão, que dizia que - «*A collecção das Ordenações do reino, que deve fazer o Corpo do Direito da Nação Portuguesa, não he obra, que se possa fazer com tanta cerimonia, e facilidade como elles incautamente imaginão*»¹.

Posteriormente, D. Maria I, por Decreto de 31 de Março de 1778, «considerando (...) que esta [a felicidade dos povos] se não poderá conseguir sem huma clara certeza e indubitável intelligencia das Leis, a qual hoje se tem feito mais difficil, tanto pela multiplicidade de humas, como pela antiguidade de outras que a mudança dos tempos tem feito impracticaveis», criou uma Junta de Ministros, presidida pelo Visconde de Vila Nova de Cerveira², com obrigação de se reunir ao menos uma vez em cada semana, e com o encargo de fazer «*o exame não só das muitas Leis dispersas e Extravagantes que athe agora se têm observado, mas tão bem as do Corpo de Ordenação do Reino*».

Nascia, no entanto, a empresa sob os auspícios de um muito limitado reformismo. Com efeito, dizia-se no Decreto não haver intenção de abolir, de todo, a *Ordenação*, «*constando-me a boa accitação com que athe ao presente tem sido recebida de todos os meus vassallos; e não sendo conveniente ao meu serviço obrigar aquelles Ministros costumados a julgar e fazer o seu estudo pelos antigos Códigos deste Reino a um novo methodo, ainda que melhor na opinião de alguns, certamente para aquelles mais difficil*»; por isso, se recomen-

¹ *Collecção de Vários Escritos Inéditos, Políticos e Literários de Alexandre de Gusmão*, Porto, 1841, carta a fr. Gaspar da Incarnação Moscoso, 59. O «elles» referia-se a certos doutores e desembargadores, a seguir mencionados na carta.

² Os restantes membros eram os Doutores José Ricalde Pereira de Castro, Manuel Gomes Ferreira, Bartolomeu J. Nunes Giraldes de Andrade, Gonçalo J. da Silveira Preto e João Pereira Ramos de Azeredo Coutinho. Veja-se também R e M Albuquerque - *História*, vol. II, 130 e segs.