

Omeja Krio 2

FACULDADE DE LETRAS DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA
INSTITUTO DE ESTUDOS HISTÓRICOS DOUTOR ANTÓNIO DE VASCONCELOS

sem I

O direito subsidiário
na história do direito português

XEROX DO XI
P T 3 FLS. 5

POR

GUILHERME BRAGA DA CRUZ



COIMBRA — 1975

contra o abuso — na prática muito generalizado e expressamente apoiado por vários dos nossos praxistas — de recorrer subsidiariamente às fontes do vizinho Reino espanhol, quando o direito romano fosse insuficiente, só por si, para solucionar o caso em questão⁽¹⁰⁹⁾. Mas essas reacções foram sempre impotentes para

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

Citando este passo de CABEDO e invocando já também a autoridade de CALDAS e de VALASCO, o comentador das *Ordenações Filipinas* MANUEL BARBOSA (em 1620) não se esquece de abordar o problema em função da ligação política ao tempo existente entre Portugal e o vizinho reino de Castela, repudiando toda a submissão de Portugal, por essa via, às leis castelhanas; mas acaba por aceitar o recurso subsidiário às leis de Castela (ao que parece, embora não seja explícito) como leis do reino vizinho: «An deficiente lege huius Regni, si sic aliqua lex Castelle secundum eam sit iudicandum, cum hoc Regnum iussit Regno Castellæ? Videtur affirmatiue respondendum iuxta tractata per Rebuff. [...] Cabed. [...] Cald. [...] Valasc. [...] cum multis sequentibus. Obstat tamen quod hoc Regnum Portugaliz, non est vniuersum accessorie Regno Castellæ, sed aq̄ue principaliter, ita vt quilibet suis legibus regatur, ac ita considerari debent, ac si essent omnino separata [...] sed consiliari possunt, vt quando deficit lex huius Regni, possit ad leges Castellæ recurri, relictis Imperialibus» (cfr. *cit.* *Remissiones*, ad lib. 3. tit. 64. ad princip. n. 16; na *ed. cit.*, pág. 421, 1.ª col. Os sublinhados são nossos).

MANUEL GONÇALVES DA SILVA, no seu *Comentário às Ordenações*, depois de citar BARBOSA, CABEDO, VALASCO, SOUSA DE MACEDO, MENDES AROUCA «et alii passim» como adeptos do recurso subsidiário ao direito castelhano, reage energeticamente contra essa *praxe*, extraindo das afirmações que acaba de fazer acerca do recurso ao *direito romano* prescrito pelas *Ordenações* a seguinte conclusão: «Ex quibus corrui opinio nostrorum asserentium, quod, deficiente nostra lege Regia, recurrendum est ad leges Regni vicini, seu Castellæ, relictis Imperialibus, ut tenent *Barboz. hic sub n. 16. Cabed. p. I. de cit.* 211. *n. final & p. 2. de cit.* 23. *n. 1. in fine. Valasc. de Partit. cap. 19. n. 11. & 27. Sousa de Maced. de cit.* 24. *n. 4. in fine. Arouca allegat.* 12. *n. 12. & alii passim*. Hoc est enim expressè contrarium dispositioni nostri textus; ubi in defectu legis Regiæ, & consuetudinis Regni iubet observare leges Imperiales prætermisso iure Canonico, & eis deficientibus iubet observare Glossas Acursii, & opinionem Bartholi, nisi adsit opinio communis in contrarium, & in casu dubio, quod ad Principem recurratur, ut in paragraphis sequentibus. Et sic non vídeo, cur in hoc Regno observari possint leges Castellæ.

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

11. A *Lei da Boa Razão*⁽¹⁰²⁾ integra-se no quadro da abundante actividade legislativa do todo poderoso Ministro de D. JOSÉ I SEBASTIÃO JOSÉ DE CARVALHO E MELLO, Marquês de Pombal; e pode inclusivamente dizer-se que é, ao lado da *Carta de Lei* que aprovou, 3 anos mais tarde, a *Reforma da Universidade*⁽¹⁰³⁾, o diploma de maior importância Regni vicinioris, stante expressa dispositione in contrarium nostræ legis Regiæ in præsentî titulo cum providentia, & forma data ad omnia, quæ accidere possunt, & facile declarare, quod in defectu legum Regiarum observantur leges Castellæ, si hoc voluisset, ad tractata per *Portugal de Donat. Reg. lib. 2. cap. 10. n. 108.*» (cfr. *op. vol. e ed. cit.*, págs. 288, 2.ª col. e 289, 1.ª col. = Ad Ord. lib. 3. titul. 64. ad princip., n.º 31).

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

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

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

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

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

Não é nosso propósito entrar aqui em explanações sobre a difusão em Portugal das ideias iluministas e sobre o papel nessa difusão desempenhado por LEIS ANTÓNIO VERNÉY e outros *estrangereiros* e pela Congregação do Oratório — tema, aliás, amplamente tratado por consumados especialistas de história das ideias⁽¹⁰⁾.

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

Na mesma obra (de págs. 453 a 491), encontrará o leitor interessado um capítulo sobre a *Bibliografia vernéyana*, que recolhe 127 espécies bibliográficas, entre tabuleiros do próprio VERNÉY e trabalhos referentes a sua obra, particularmente os da *polémica* suscitada pela publicação do livro que viria a ser como que o evangelho do iluminismo português, o famoso *Verdadeiro método de estudar, para ser útil à República e à Igreja: proporcionado ao estilo e necessidade de Portugal. Exposto em varias cartas, escritas pelo R. P. ... Bartholomeu da Congregação de Itália* (Expo. R. P. ... *Donor na Universidade de Coimbra*. Tomo Primeiro (Nápoles, Ano MDCCCLVI. Com todas as licenças necessárias, etc., XIV + 322 + V págs.); e Tomo Segundo (Ibidem. Idem, 2 + 300 + 2 págs.).

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

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

Mas, já pode ter algum interesse salientar, para o nosso objectivo, que, no campo jurídico, para fazer vingar as ideias do jusnaturalismo racionalista e do *ius modernus pandectarum* — que foram a face do iluminismo no mundo do direito⁽¹⁰⁾ —, mais do que empreender

(de págs. 339 a 354); DOMINGOS MAURÍCIO GOMES DOS SANTOS, *A redacção de Vernéy ao «Folhar Logiceo Vernéyano»* (Coimbra, 1967. Separata das mesmas *Actas*. 1 folh., com indicação de págs. 539 a 551); ANTÓNIO COIMBRA MARTINS, verb. *Vernéy*, no *Dicionário de História de Portugal*, vol. IV (Lisboa, 1971), págs. 271 a 279; LEIS ANTÓNIO DE OLIVEIRA RAMOS, *Melo Freire, Vernéy e a Inquisição*, na revista *Bracara Augusta*, vols. XXV-XXVI (Anos de 1971 e 1972), págs. 170 a 178; DAVID WILLEMSSE, *Notas dados sobre o Arcebispo de Évora, nos Arquivos do Centro Cultural Português*, vol. V (Fundação Calouste Gulbenkian, Paris, 1972), págs. 614 a 657; e JOSÉ SEBASTIÃO DA SILVA DIAS, *O ecletismo em Portugal no século XVIII* — *Gêneros e destino de uma atitude filosófica*, na *Revista Portuguesa de Pedagogia*, Nova série, ano VI (Coimbra, 1972), págs. 3 a 24.

(10) Eis outro tema sobre que se torna impossível dar aqui uma resenha bibliográfica exaustiva, tão numerosos são os trabalhos publicados a este respeito. Da bibliografia em língua portuguesa cumpre destacar, no entanto, além dos diversos manuais de história do direito (MENEZ, *Resumo das lições* cit., págs. 159 a 161; BRAGA DA CRUZ, *História do direito português* cit., págs. 432 a 449; NUNO ESPINOSA, *História do direito português*, ed. cit., págs. 451 a 463; e ANTÓNIO MANUEL HESPANHA, *Apostamentos* cit., págs. 121 a 221), os trabalhos monográficos de MANUEL PAULO MENEZ e Luis CABRAL DE MONCADA respeitantes ao assunto e que são, a todos os títulos, fundamentais.

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

E da autoria de CABRAL DE MONCADA: *O «Estilo XVIII» na legislação de Pombal*, no *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, ano IX (1925-1926), págs. 167 a 202, e mais tarde reproduzido nos seus *Estatutos de história do direito*, vol. I (Coimbra, «Acta Universitatis Combrigensis», 1948), págs. 83 a 136 (sign., págs. 86 a 91); *Subsídios para uma História da Filosofia do Direito em Portugal* (1772-1911) (2.ª ed. Coimbra, 1938. Separata da *Revista da Universidade de Coimbra*, vol. XIII), págs. 5 a 17; *Um iluminista português do século XVIII* — *Luís António Vernéy* (Coimbra, 1941), mais tarde reproduzido no vol. III dos *Estudos de História do Direito* (Coimbra, 1950), págs. 1 a 152 (sign. págs. 1 a 9 e 48 a 63); e *Filosofia do Direito e do Estado*, Vol. I (*Parte histórica*) (Coimbra, 1947), particularmente os capítulos *Período barroco* (págs. 125 a 193) e *Século XVIII e Iluminismo* (págs. 195 a 270).

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

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

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

págs. 245 a 254 (na trad. espanhola de JOSÉ SANTA CRUZ TEIJEIRO, *Europa y el derecho romano*, Madrid, 1955, págs. 351 a 361); e FRANZ WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung* (Göttingen, 1952; 2.ª edição, largamente ampliada, de 1967), págs. 204 a 248 [há uma tradução espanhola da 1.ª ed., que não satisfaz: *Historia del derecho privado de la Edad Moderna*, Madrid, 1957].

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

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

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

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

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

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

Sobre a preocupação predominantemente formativa da reforma do ensino jurídico levada a cabo por POMBAL — em singular contraste com a última reforma do ensino jurídico promovida em Portugal, duzentos anos exactos depois (Decreto-Lei n.º 364/72, de 28 de Setembro) —, v. o esclarecido ensaio de ANTÓNIO MANUEL HESPANHA, *Recomeçar a Reforma Pombalina? Da reforma dos estudos jurídicos de 1772 ao ensino do direito em 1972*, na *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, ano XIX (1972), págs. 5 a 34.

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

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

A lei onde esta delegação de poderes foi estatuída (*Alvará* de 10 de Dezembro de 1518) foi depois ampliada e transcrita nas *Ordenações Manuelinas* (V, 58, 1), com o seguinte teor: «E assi Auemos por bem, que quando os Desembargadores

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

que forem no despacho d'algum feito, todos, ou algum delles teuerem alguma duvida em alguma Nossa Ordenação do entendimento della, vam com a dita duvida ao Regedor, o qual na Mesa grande com os Desembargadores que lhe bem parecer a determinará, e segundo o que li for determinado se pôr a sentença. E se na dita Mesa forem'isso mesmo em duvida, que ao Regedor pareça que he bem de No-lo fazer saber, pera a Nós loguo determinarmos, No-lo fará saber, pera Nós nisso Prouermos. E os que em outra maneira interpretarem Nossas Ordenações, ou derem sentenças em algum feito, tendo algum delles duvida no entendimento da dita Ordenação, sem hirem ao Regedor como dito he, seram suspensos atee Nossa Merce. E a determinação que sobre o entendimento da dita Ordenação se tomar, mandará o Regedor escrever no livrinho pera depois nom vir em duvida» (cfr. cit. ed. de Coimbra, 1797, vol. V, pág. 195). As interpretações assim fixadas e devidamente registadas «no livrinho» (*livro dos assentos*) depressa tomaram o nome de «assentos»; e tinham um *valor normativo* em tudo idêntico ao das próprias leis interpretadas.

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

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

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

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

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

rinas (Goa, Bahia e Rio de Janeiro), cujos assentos, daí em diante, também se observe igualmente o mesmo, quando entre os Advogados dos Litigantes se agitar a mesma dúvida; pertencendo o do Author, que a Lei se deva entender de hum modo; e pertencendo o do Reo, que se deva entender de outro modo. E nestes casos terá o Juiz Relator a obrigação de levar os Autos á Relação, e de propôr ao Regedor a sobredita controvérsia dos Advogados, para sobre ella se proceder na forma das ditas Ordenações, e Reformação dellas, a Assento, que firme a genuína intelligencia da Lei antes que se julgue o direito das partes». Servimo-nos do texto transcrito por CORREIA TELLES, no seu cit. *Commentario critico* (2.^a ed., Lisboa, 1845), págs. 17-18.

Reconhecendo, porém, que este dispositivo legal se podia prestar a abusos por parte da chicana dos advogados, a *Lei da Boa Razão* cominava, logo em seguida (§ 7.^o), penas severas contra os infractores: «Item: por quanto a experiencia tem mostrado que as sobreditas interpretações dos Advogados consiste ordinariamente em raciocínios frívolos, e ordenados mais a implicar com sofismas as verdadeiras disposições das Leis, do que a demonstrar por ellas a justiça das partes: Mando, que todos os Advogados que commetterem os referidos attentados, e forem nelles convencidos de dolo, sejam nos Autos, a que se juntarem os Assentos, multados, pela primeira vez em 50000 réis para as despesas da Relação, e em seis mezes de suspensão; pela segunda vez em privação dos grãos, que tiverem da Universidade; e pela terceira vez em cinco annos de degredo para Angola, se fizerem assignar clandestinamente as suas Allegações por diferentes pessoas; incorrendo na mesma pena os assignantes, que seus nomes emprestarem para a violação de Minhas Leis, e perturbação do soccego publico dos Meus Vassallos». Cfr. *ibidem*, págs. 18-19.

V — O *Assento* de 16 de Fevereiro de 1786, finalmente, fornece-nos exemplo duma quinta e última modalidade de assentos que nem as *Ordenações* nem a *Lei da Boa Razão* tinham previsto: os *assentos por effeito de ordem régia, transmitida por «aviso» da Real Secretaria de Estado*. NO caso concreto, foi a *Casa da Supplicação* solicitada, em nome da Rainha, por um *Aviso* de 26 de Janeiro, «assignado pelo Visconde de Villa Nova de Cerveira, Secretario de Estado dos Negocios do Reino», a proferir *assento* sobre três questões suscitadas na interpretação do *Alvará de Lei* de 9 de Novembro de 1734, acerca da transmissão hereditaria da *posse* dos *bens abadiaes*, dos *bens vinculados* e dos *bens empenhados* — ao que de continuo procede, fixando doutrina sobre cada um desses pontos. V. *Collecção chronologica dos assentos das Casas da Supplicação, e do Civil* (Coimbra. Na Real Imprensa da Universidade. Anno de MDCLXXXI), págs. 568 a 573.

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

Os *assentos* proferidos na vigência das *Ordenações Manuêlitas* (de 1511 a 1603) devem procurar-se nas obras dos nomes casuistas do séc. XVI, designadamente

só teriam valor normativo se fossem confirmados pela Casa da Supplicação (110).

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

a) *Domus Supplicationis Curia Lusitana Ulyssiponensis Magistratus styli, Supplicative Senatui Consulta*, auctore doctore JOANNE MARTINS A COSTA (Ulyssipone, M.DC.XCII). A págs. 119 e segs. desta edição (que é a 2.^a, tendo a primeira saído em 1622), transcrevem-se os *Assentos da Relação, do livro ultimo, que se chama o Livro Verde, que mandou assinar, e numerar o Regedor da Casa da Supplicação Joam da Sylva, pelo Doutor Heitor de Pina, em Evora a 22 de Mayo de 1573*, publicação que abrange, até págs. 144, numerosos assentos anteriores a 1603.

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

Com o advento do constitucionalismo, a *Casa da Supplicação* deixou de proferir *assentos*, embora a substituição desse alto tribunal pelo *Supremo Tribunal de Justiça* (anunciada pelo artigo 191.^o da *Constituição* de 1822 e pelo artigo 130.^o da *Carta Constitucional* de 1826) só tenha vindo a concretizar-se com a *Reforma Judicial* de JOSÉ XAVIER MOURINHO DA SILVEIRA (Decreto n.^o 24, de 16 de Maio de 1834, artigo 4.^o) e com a entrada em funcionamento deste novo tribunal, sob a presidência de JOSÉ DA SILVA CARVALHO, em 23 de Setembro de 1833.

Sobre os *assentos da Casa da Supplicação*, ver: MANUEL BARBOSA, *Remissiones* [...] in *librum primum, secundum et tertium Ordinationum* cits., Ad Ordinat. lib. I. tit. 5. §. V (na ed. de 1620, págs. 12-13); EMMANUELS ALVAREZ PEGAS. [...] *Commentario ad Ordinationes Regni Portugallie* [...], tomus secundus (cuja 1.^a ed. é de 1670), Ad Ord. Lib. I. tit. 4. §. 1 (na ed. de 1729, págs. 322-323) e Ad Ord. Lib. I. tit. 5. § 5 (na mesma ed., págs. 381 a 385); MELLO FREIRE, *ob. cit.*, § CXXVII (na ed. cit., págs. 154-155); e na *trad. cit.*, págs. 183-184); CORREIA TELLES, *ob. cit.*, págs. 8 a 23; BORGES CARNEIRO, *ob. e vol. cit.*, § 7.^o, págs. 20 a 22; CORREIA DA ROCHA, *Ensaio, ed. cit.*, págs. 199; MOURA, *Resumo das lições cit.*, págs. 145-146; BRAGA DA CRUZ, *História do direito português cit.*, págs. 408 e 442; do mesmo, *Formação histórica do moderno direito privado, no loc. cit.*, págs. 244 a 246; NUNO ESPINOSA GOMES DA SILVA, *Lições cit.*, págs. 404-405 e 467; ANTONIO MANUEL HISPANHA, *Apontamentos* cits., págs. 105-106 e 244 a 246; e JOHANNES-MICHAEL SCHOUZ, *ob. e loc. cit.*, págs. 112-113 e 118 e seqs.

(110) Foi exclusivamente a *Casa da Supplicação* que D. MANUEL concedeu a faculdade de proferir *assentos normativos*; e a ella exclusivamente foi também que

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

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

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

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

que — à parte o golpe mortal que noutra lugar vibrará à *Glosa de Acúrsio* e às *Opiniões de Bártole* e à aplicação do *direito canónico* nos tribunais civis⁽¹¹¹⁾ — reduz tudo, fundamentalmente, a uma questão de correcto entendimento e observância do disposto nas *Ordenações*. Com efeito, as considerações em que o legislador se espraia, antes de entrar na parte dispositiva do texto, giram apenas em volta deste facto singelo: — As *Ordenações*, quando remeteram a regulamentação dos casos omissos para as leis aí denominadas «imperiais», estabeleceram a esse respeito uma limitação importante, nas palavras finais da respectiva disposição, ao dizerem expressamente «as quaes *Leis Imperiaes mandamos sómente guardar pola boa razão, em que são fundadas*»⁽¹¹²⁾; e sucedeu que os doutrinadores e os tribunais nunca ligaram a devida importância a essa limitação, cometendo permanentemente dois abusos inqualificáveis: o de, umas vezes, esquecerem as *leis pátrias*, para fazerem uso exclusivo das *leis romanas*; e o de, outras vezes, applicarem indiscriminadamente as *leis romanas*, sem averiguar

as intelligencias das *Leis* forem tomadas em observancia desta nas sobreditas *Relações Subalternas*; ou seja por effeito das glosas dos Chancelléres; ou seja por dúbidas dos Ministros; ou seja por controversias entre os Advogados; haja recurso á Casa da Supplicação, para nella na presença do Regedor se aprovarem, ou reprovarem os sobreditos *Assentos* por effeitos das contas, que delles devem dar os Chancelleres das respectivas *Relações*, onde se tomarem. [...]». O texto prossegue, para determinar que este recurso deve obrigatoriamente ser interposto pelos Chancelleres das *Relações* subalternas, para na *Supplicação* «se tomarem os respectivos *Assentos* definitivos na forma da Ord. L. 1. Tit. 5. §. 5»; e que, «no caso em que as partes prejudicadas nos sobreditos *Assentos* das *Relações* Subalternas quizerem tambem delles aggravar para a mesma Casa da Supplicação, o poderão fazer livremente, e nella lhes será diferido por *Assentos* tomados em presença do Regedor, na sobredita forma» (cfr. CORREIA TELLES, *ob. e ed. cit.*, págs. 24-25).

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

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

⁽¹¹¹⁾ V. *infra*, notas 126 e 128.

⁽¹¹²⁾ Cfr. *supra*, notas 69 e 80.

se «são fundadas naquella *boa razão*, que a sobre dita Ordenação do Reino determina por unico fundamento para as mandar seguir» (113).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

secundum legem e «*præter legem*», e quarenta anos para o «costume contra legem»
(v. *supra*, nota 69).

Eis o texto da *Lei da Boa Razão*, a este respeito (§ 14.º): «Item: Porque a
mesma Ord. e o mesmo preambulo della, na parte em que mandou observar os
Estatos da Corte, e os costumes destes Reinos, se tem tomado por outro noçivo
pretexto para se fraudarem as Minhas Leis; cobrindo-se as transgressões dellas,
ou com as doutrinas especulativas e praticas dos differentes Doutores, que escre-
verão sobre costumes, estatios; ou com Cerridões extrahidas de alguns Auto-
rios: *declaro que os Estatios da Corte devem ser somente os que se acharem estabelecidos,*
e approvados pelos sobreditos Assentos da Casa da Supplicação: 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 enten-
*didas no sentido de concorrerem copulativamente a favor do costume, de que se trata-
os tres estatios requizitos: de ser conforme ás boas razões, que deixò determinado que*
continua o espirito de Minhas Leis: de não ser a ellas contrario em coiza alguma: e de ser
tao antigo, que exceda o tempo de cem annos. Todos os outros perrenços costumes
nos quaes não concorrem copulativamente todos estes tres requizitos, Reprovo
e Declaro por corruptellas, e abusos: prohibindo que se alleguem, ou por elles
se julgue, debaixo das mesmas penas assima determinadas, não obstante todas,
e quaesquer disposições, ou opiniões de Doutores, que sejam em contrario: e repro-
vando como dolosa a supposição notoriamente falsa, de que os Príncipes Sobe-
ranos são, ou podem ser sempre, informados de tudo o que se passa nos foros
contenciosos em transgressão das suas Leis, para com esta supposição se preteraxar
a outra igualmente errada, que se presume pelo lapso do tempo o consentimento,
e approvação, que nunca se extendem ao que se ignora; sendo muito mais natural
a presumpção, de que os sobreditos Príncipes castigarião antes os transgressores
das suas Leis, se houvessem sido informados das transgressões dellas nos casos
occorrentes» (cfr. CORREIA TELLES, *ob. e ed. cit.*, págs. 86-87. Os sublinhados
são nossos).

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

(116) V. o texto integral desta *segunda parte* do § 9.º da *Lei da Boa Razão*,
infra, nota 122.

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

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

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

(117) V. *supra*, n.º 8 e nota 69; e n.º 9 (no início). Não falou, porém,
conforme vimos (*supra*, notas 92, 93 e 94), quem tenha tentado interpretar neste
ponto as *Ordenações* em sentido diverso.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Neste último ponto, porém, o legislador resolve ir ainda mais longe: — Depois de colocar essas leis estrangeiras a par do *direito romano* e do *direito das gentes* como uma das possíveis expressões da *recta ratio*, volta de novo ao assunto, para dizer que, nessas *matérias politicas, económicas, mercantis e maritimas*, é «muito mais racional, e muito mais coherente» que se recorra «ao subsidio proximo das sobreditas Leis das Nações Christãs, illuminadas, e polidas» do que ao subsidio das leis romanas (123). E esta disposição sempre foi entendida pelos intérpretes, daí em diante, como impeditiva da aplicação subsidiária do direito romano em tais matérias (124).

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

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

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

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

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

(125) V. *supra*, n.º 6 e nota 32; n.º 8 e nota 67; e n.º 9 (no início).

(126) *Lei da Boa Razão*, § 12.º: «Item: Havendo-me sido da mesma sorte presente que se tem feito na pratica dos Julgadores, e Advogados outra grande perplexidade, e confusão com as outras palavras do sobredito preambulo da Ord. L. 3. Tit. 64. que dizem = E quando o caso de que se trata, não for determinado por Lei, estylo, ou costume de nossos Reynos, mandamos, que seja julgado, sendo materia que traga peccado, por os sagrados Canones. E sendo materia, que não traga peccado, seja julgado pelas Leis Imperiaes, posto que os Sagrados Canones determinem o contrario: = suscitando-se com estas palavras hum conflicto não só entre os Textos do Direito Canonico, e os Textos do Direito Civil, mas até com os das Minhas mesmas Leis, e suppondo-se com erro manifesto para sustentar o mesmo conflicto, que no foro externo dos Meus Tribunaes, e da Minha Magistratura Temporal, se pode conhecer dos peccados, que só pertencem privativa, e exclusivamente ao foro interior, e á espiritualidade da Igreja: *Mando outro sim, que a referida supposição d'aqui em diante se haja por não escripta*: declarando, como por esta declaro, que aos Meus sobreditos Tribunaes, e Ministros Seculares não toca o conhecimento dos peccados; mas sim, e tão sómente o dos delictos: e ordenando, como ordeno, que o referido conflicto fundado naquella errada supposição cesse inteiramente; deixando-se os referidos Textos de Direito Canonico para os Ministros, e Consistorios Ecclesiasticos os observarem (nos seus devidos, e competentes termos) nas decisões da sua inspecção; e seguindo sómente os Meus Tribunaes, e Magistrados Seculares nas materias temporaes da sua competencia as Leis Patrias, e subsidiarias, e os louvaveis costumes, e estilos legitimamente estabelecidos, na fórma que por esta Lei tenho determinado» (cfr. *ob. e ed. cit.*, págs. 79-80. Os sublinhados são nossos).

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

1.º «Nos casos em que a Ord. manda julgar por elle, v. gr. na Ord. Liv. 2. Tit. 1. § 6. e Tit. 3. §. 4. L. 3. Tit. 49. §. 6. L. 4. T. 39. §. 2., e Tit. 67. §. 9», embora nesta hipótese se possa dizer, evidentemente, que se trata de *direito canónico* recebido pelo *ordenamento juridico civil* e, portanto, aplicado já como tal — e não como *direito canónico* — pelos tribunais civis;

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

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

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

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

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

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

(127) V. *supra*, n.º 5 e nota 45; n.º 6 e nota 56; n.º 7 e notas 62 e 63; n.º 8 e notas 71 a 76; n.º 9; e n.º 10, alinea b) e notas 95 a 97.

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

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

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

Acerca desta proscição da *Glossa de Accursio* e dos *Comentários de Bartolo*, tão energeticamente ordenada pela *Lei da Boa Razão*, v. MELLO FREIRE, *ob. cit.*, § CVII (na *ed. cit.*, págs. 120; e na *trad. cit.*, págs. 149); JOSÉ ANASTASIO DE FIGUEIREDO, *ob. cit.*, § XLVI (no *loc. cit.*, págs. 319); BORGES CARNEIRO, *ob. e vol. cit.*, § 18, págs. 62 a 64; COELHO DA ROCHA, *ob. e ed. cit.*, págs. 198; e as observações acrescentadas por CORREIA TELLES, na *ob. e ed. cit.*, págs. 85-86.

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

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

Esta consagração legislativa dum *opinião de Bartolo* — o principio chamado da *equidade bartolina* —, menos dum mês após a diatribe da *Lei da Boa Razão* contra BARTOLO e contra ACCURSIO, tem igualmente sido posta em relevo por outros auto-res, que mais recentemente se têm occupado do assunto, designadamente, BRAGA DA CRUZ, *Formação histórica da moderna direito privado português e brasileiro*, no *loc. cit.*, págs. 239; NUNO ESPINOSA GOMES DA SILVA, *Bartolo na história do direito português*, no *loc. cit.*, págs. 216-217 e 218 (texto e nota 80); e ALMEIDA COSTA, *Romano e bartolismo no direito português*, no *loc. cit.*, págs. 40; e do mesmo, *La présente d'Accursio dans l'histoire du droit portugais*, no *loc. cit.*, págs. 61.

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

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

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

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

b) A segunda observação de CORREIA TELLES reveste-se dum apurado sentido critico, lembrando que o recurso à *Glossa de Accursio* e aos *Comentários de Bartolo* tinha ao menos a virtude de evitar a *interitza* em que depois se caiu, ao substituir essas fontes pelo «arbitrio da *boa razão*»: «A meu ver a revogação da Ord., que neste §. se fez, deixou a Jurisprudencia nacional em hum arbitrario mais amplo, do que antes era. Havendo como ha em direito tantas controversias, e hum Código de Leis tão insufficiente para as decidir, que foi necessario buscar refugio nas dos Romanos, e outras reconhecidas outro sim por defeituosas, e obscuras; quanto melhor não era mandar seguir as opiniões de taes ou taes DD. reconhecidos por meliores: do que deixar as decisões no arbitrio da *boa razão*! Quantos casos, em que esta boa razão he quasi imperceptivel, ainda aos olhos do mais attento observador! He verdade que *Accursio, e Bartolo não foram bons interpretes das Leis Romanas, nem era possivel 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!* Con-viria pois que a nossa Lei desauthorisando Accursio e Bartholo, lhes substituise outros DD. de melhor nota, a fim de ficar menos campo ao perigoso arbitrio dos Julgadores» (cfr. *ob. e ed. cit.*, págs. 85-86). Os sublinhados são nossos). V., sobre esta observação, NUNO ESPINOSA, *ob. e loc. cit.*, págs. 219; e ALMEIDA COSTA, *La présente d'Accursio cit.*, no *loc. cit.*, págs. 61-62.

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

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

(129) Reportando-se expressamente às limitações estabelecidas pela *Lei da Boa Razão* quanto à aplicação «das Leis dos Romanos», os *Estatutos da Universidade* impõem aos «Professores de Digesto» a restrita obrigação de examinarem «com muita attenção se as ditas Leis são applicaveis ás causas, e negocios destes Reinos»; e determinam que, «sem constar que o são, não se cançarão em dar Lições sobre ellas». Cfr. cit. ed. de 1772, Livro II («*Cursos Juridicos das Faculdades de Canones e de Leis*»), Titulo V («*Das Disciplinas do Terceiro, e Quarto anno do Curso dos Legistas*»), Capitulo II («*Continua-se a mesma materia das Lições do Terceiro, e Quarto anno, pelo que pertence á applicação, que do Direito Civil Romano se pôde, e deve ainda fazer nestes Reinos*»), § 11, pág. 429. E acrescentam:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Sobre este recurso ao *uso moderno* e aos corifeus da respectiva escola como critério práctico, preconizado pelos *Estatutos da Universidade*, para a determinação da applicabilidade do *direito romano* como fonte subsidiária, v.: JOZÉ ANASTASIO DE FIGUEIREDO, *ob. cit.*, §§ LI e LIII (no *loc. cit.*, págs. 324-325 e 327, respectivamente); MANUEL DE ALMEIDA E SOUZA (DE LOBÃO), *Notas de uso pratico, e criticas; addições, illustrações, e remissões. (A imitação das de Muler a Struvio) Sobre todos os Titulos, e todos os §§. do Livro primeiro das Instituições do Direito Civil Lusitano do Doutor Paschoal José de Mello Freire* (vulgarmente citadas por *Notas a Mello*), parte I (cuja 1.ª ed. é de Lisboa: Na Impressão Regia, 1816), Tit. I. § 10. (na ed. de 1828 = págs. 24 a 26); do mesmo, *Collecção de dissertações varias ás quaes se fazem remissões no tractado das acções summarias e summarissimas*, tomo II (cuja 1.ª ed. é de Lisboa: Na Impressão Regia, 1817), Dissertação IX, cap. IV, §§ 23 e 24 (na ed. de 1847 = págs. 237 a 239); CORREIA TELLES, *ob. e ed. cit.*, págs. 42 e segs.; COELHO DA ROCHA, *Instituições de direito civil portuguez*, tomo I, §§ 40 e 43 (na *ed. cit.*, págs. 21-22 e 23, respectivamente); e *Notas finaes ao tomo I*, nota B ao § 43 (na *ed. cit.*, pág. 282); PAULO MERÊA, *ob. cit.*, pág. 162; BRAGA DA CRUZ, *História do direito português* *cit.*, pág. 443; do mesmo, *Formação histórica etc.*, no *loc. cit.*, pág. 244; ALMEIDA COSTA, *Enquadramento histórico do Código Civil português*, no *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, vol. XXXVII (1961), págs. 138 a 160, sign. pág. 149 e 150; do mesmo, *La présence d'Accurse dans l'histoire du droit portugais*, no *loc. cit.*, pág. 61; NUNO ESPINOSA, *Lições* *cit.*, pág. 470; e ANTÓNIO MANUEL HESPAÑA, *Apontamentos* *cit.*, págs. 254-255 e 272.

nente, valor normativo em Portugal, como fontes *substantivas* de direito (135).

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

(135) V. os autores citados na nota anterior, particularmente, CORREIA TELLES, *ob. e ed. cit.*, pág. 42; CORREIA DA ROCHA, *ob. cit.*, referida nota B ao § 43 do tomo I (na *ed. cit.*, pág. 282); BRAGA DA CRUZ, *ob. e loc. cit.*; ALMEIDA COSTA, *ob. e loc. cit.*, e ANTÓNIO HESPAÑHA, *ob. e loc. cit.*.

(134) V. o nosso trabalho, já repetidas vezes aqui referido, *Formação histórica do moderno direito português e brasileiro*, no cit. ano IV (1953) da revista *Scientia Iuridica*, págs. 234 a 264, particularmente, págs. 244 a 256.

(135) O legislador reve, de facto, a plena compreensão de que pouco adiantaria subordinar a aplicação subsidiária das «leis imperitas» à joia do *jusnaturalismo racionalista* e do «*ius modernum ponderatum*» se os rotineiros critérios de interpretação das leis pátrias não fossem, eles próprios, objecto duma profunda revisão, substituindo-os por *novas regras de hermenêutica*, inspiradas nas mesmas correntes ideológicas. Daí, a cuidada e pormenorizada atenção que a famosa *Lei* de 18 de Agosto de 1769 dá ao tema, nos seus §§ 10.º e 11.º.

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

ções sem chamar a atenção para dois factos, extremamente curiosos

e domínios dos mesmos Vassallos vacillando entregues ás contingentes disposições, e as intrincadas confusões das Leis mortas, e quasi incompreensíveis daquelle Imperio extincto depois de tantos seculos: e isto sem que se tenha feito sobre esta importante materia as reflexões, que creço necessárias, para se comprehender por huma parte, que muitas das Leis destes Reinos, que são correctórias do Direito Civil forão assim estabelecidas, porque os sábios Legisladores dellas se quizerão muito averrida, e providentemente apartar do Direito Romano com razões fundamentadas muitas vezes não só directas, mas contrarias ás que haviam constituido o espirito dos Textos do Direito Civil, de que se apartarão; em cujos termos quanto mais se chegarem as interpretações restrictivas ao Direito Romano, tanto mais fugirão do verdadeiro espirito das Leis Patrias; e sem se adherir pela outra parte, que muitas outras das referidas Leis Patrias, que parecem conformes ao Direito Romano; ou forão fundadas em razões nacionaes, e especificas, a que de nenhuma sorte se podem applicar as ampliações, e limitações das segundas das sobreditas Leis; ou adaptando dellas sómente o que em si continha de Ethica, de Direito Natural, e de boa razão: mas de nenhuma sorte as especulações, com que os Consultos Romanos ampliação no Direito Civil aquelles simples, e primitivos principios, que são inalteraveis por sua natureza: em consideração do que todo Mando outro sim, que as referidas restrictões, e ampliações extrahidas dos Textos do Direito Civil, que ategora pertencem ás disposições das Minhas Leis, e o socorro publico dos Meus Vassallos, fiquem inteiramente abolidas, para mais não serem allegadas pelos Advogados, debaixo das mesmas penas acima ordenadas, ou seguidas pelos Julgadores, debaixo da pena de suspensões dos seus Offícios até Minha mercê, e das mais, que reservo ao Meu Real arbitrio». (Cfr. CORREIA TELLES, *ob. e ed. cit.*, págs. 63 a 65. Os sublinhados são nossos).

Estabelecida esta severa condenação com base em razões sobejamente pertinentes, vai a *Lei da Boa Razão*, no parágrafo immediato (§. 11.º), esclarecer que o disposto nas leis nacionais pode realmente *ampliar-se* ou *restringir-se* por via interpretativa, mas com base noutras critérios, substancialmente diversos. Ficam assim *excluídas* da anterior condenação, devendo, portanto *considerar-se licitas*:

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

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

c) E, em terceiro lugar, as ampliações e restrictões «que por identidade de razão, e por força de comprehensão, se acharem dentro no espirito das disposições das Minhas ditas Leis», ou seja, as que das leis resultam *por analogia* ou «*fortiori*». E a isto acrescenta finalmente o legislador, no mesmo § 11.º, que, «quando succeda haver alguns casos extraordinarios, que se façam dignos de providencia nova, se me farão presentes pelo Regedor da Casa da Supplicação, para que tomando as informações necessarias, e ouvindo os Ministros do Meu Concelho,