

Amgabr

MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA

HISTÓRIA
DO
DIREITO PORTUGUÊS

2.^a EDIÇÃO

(2.^a REIMPRESSÃO)

COIMBRA

1996

tava, todavia, quem deixasse esses requisitos do tempo e do número de actos ao critério do juiz⁽¹⁾.

53. Direito subsidiário

Quando se considerou a importância das Ordenações Afonsinas⁽²⁾, houve oportunidade de salientar que estas se apresentavam incompletas em muitos pontos. Refira-se, como simples exemplo, o âmbito obrigacional ou dos direitos de crédito.

A mesma observação procede a respeito das Ordenações Manuelinas e das Ordenações Filipinas, que se lhes seguiram. Daí que se levantasse, com frequência, o problema da integração das lacunas da lei, ou seja, do direito a aplicar subsidiariamente.

Antes de analisarmos o que as Ordenações determinaram sobre a matéria, convirá desenvolver algumas considerações relativas a esse problema encarado em si mesmo. Apreciemos no que consiste.

a) O problema do direito subsidiário

Entende-se por direito subsidiário um sistema de normas jurídicas chamado a colmatar as lacunas de outro sistema. Tratar-se-á, respectivamente, de direito subsidiário geral ou especial, quando, por essa via, se preenchem as lacunas de uma ordem jurídica na sua totalidade, ou tão-só de um ramo do direito ou simples instituição.

⁽¹⁾ Consultar os autores indicados, *supra*, nota 1 da pág. anterior. Uma corrente sustentava, além da prescrição, a exigência de que o costume fosse, não só introduzido pela maioria dos membros da colectividade, mas ainda racional, quer dizer, dirigido ao bem comum (ver PAULO MEREÁ, *Resumo das Lições de História do Direito Português*, cit., págs. 146 e seg.).

⁽²⁾ Cfr., *supra*, págs. 274 e seg.

O problema do direito subsidiário encontra-se ligado de um modo particular ao das lacunas e mesmo ao das fontes do direito. Pode dizer-se que se vincula a uma compreensão específica e a um certo estágio histórico e metodológico da evolução de tais questões.

Com efeito, o seu relevo próprio no contexto dessa problemática geral encontra-se, sobretudo, dependente de dois pressupostos que historicamente se verificam: por um lado, a ausência, tanto de um sentido de verdadeira autonomia dos diversos ordenamentos jurídicos — antes de mais, no sentido de um autonomia ou exclusividade nacional —, como da pretensão, em regra consequência dessa autonomia, de uma auto-suficiente totalidade unitária de regulamentação jurídica do domínio ou campo de direito a que o ordenamento se destina; por outro lado, a possibilidade, em coerência com o pressuposto antecedente, de remeter o julgador para quaisquer ordenamentos jurídicos disponíveis — o que tinha como resultado, quer a ocultação do exacto problema das lacunas, uma vez que era fácil pensar que se poderia sempre recorrer a um direito formalmente constituído, quer a resolução daquele problema, através do direito subsidiário, no quadro da definição das fontes do direito, de cuja questão representaria só um caso particular.

Os referidos pressupostos foram efectivos num largo período da realidade histórica do pensamento jurídico europeu, em especial após o chamado renascimento do direito romano e a formação do direito comum que nele sobretudo se baseava⁽¹⁾. E com a seguinte consequência prática, aparentemente paradoxal, mas muito importante: a imperfeição ou insuficiência dos sistemas jurídicos nacionais ou dos ordenamentos jurídicos positivos em geral era reconhecida simultaneamente com a ideia de que o juiz, mediante recurso a um direito subsidiário, a um qualquer direito pressuposto ou a uma outra fonte formal de direito, sempre disporia de um direito dado a que pudesse ater-se, não se lhe exigindo, portanto, em princípio, o seu contributo para a constituição do direito por via integrativa.

⁽¹⁾ Ver, *supra*, págs. 203 e segs., e 252 e segs.

Esta fase ultrapassou-se a partir do movimento da legislação nacional, autónoma e unitária, com a sua intenção de uma plenitude normativa — como o exigiam os postulados político-jurídicos e científico-matemáticos do pensamento do século XIX. Pois justamente aquele movimento, acompanhado da intenção indicada, e estes postulados impuseram à dogmática jurídica o ter de enfrentar-se, directa e explicitamente, com o problema das lacunas. Não apenas os meios, os critérios e os métodos do seu preenchimento, mas o problema das lacunas em si mesmo passou a preocupar o pensamento jurídico. Querendo considerar tão-só os resultados dessa vasta discussão problemática ⁽¹⁾, concorda-se hoje num ponto — que, praticamente, o problema só pode ser resolvido através da intervenção constitutivamente integrante do julgador, e isso quer o legislador prescreva ou não critérios metodológicos gerais que aquele deva respeitar. Ou seja: sempre o julgador terá uma relativa liberdade integradora, já que haverá que dar resposta jurídica aos casos de verdadeira lacuna mediante uma decisão normativamente a constituir para além dos dados formais do direito.

Pelo que o autêntico problema das lacunas só surge actualmente nos limites do direito constituído. Quer dizer, esgotadas que sejam as possibilidades directas ou indirectas (remissivas) de aplicação imediata de um prévio direito constituído, de uma fonte formal de direito. O mesmo equivale a afirmar que o problema, enquanto problema específico, se apresenta hoje em função dos limites e da autonomia completa dos ordenamentos jurídicos. Aquém desses limites, ou inexistindo essa integral autonomia, o que pode surgir é a remissão normativa intra-sistemática de um sector ou parte diferenciada do sistema jurídico global para outro sector ou parte do mesmo sistema, que com o primeiro tem particulares relações no

⁽¹⁾ Discussão a incidir sobre o conceito de lacuna e o seu sentido normativo, sobre se haveria lugar para uma alusão a lacunas do direito ou apenas a lacunas da lei, sobre as distinções entre lacunas próprias e impróprias, entre lacunas formais e teleológicas, sobre a exigência de lacunas insusceptíveis de integração, etc.

seio do sistema global em que ambos participam, com vista a suprir assim as formais carências prescritivas, sejam voluntárias ou involuntárias, do parcial e dependente ordenamento remetente. Relações particulares essas, a autorizarem uma tal remissão, em que se vêm a traduzir, sobretudo, as relações de especialização ou as relações de estatuto geral para estatuto especial entre vários sectores do direito, no quadro da coerência e unidade postulada por toda a ordem jurídica. E nisto se cifra o actual relevo do direito subsidiário.

Daqui se infere que a questão do direito subsidiário cresce de interesse à medida que se recua no tempo, conhecendo as épocas em que a escassez e a imperfeição das fontes nacionais impunham um amplo recurso a ordenamentos jurídicos estrangeiros. Este facto desempenhou um enorme papel como elemento de aproximação jurídica e cultural dos povos. Tais asserções e o relevo que o problema pode assumir no campo do direito comparado bem se revelam na história do direito português.

b) *Fontes de direito subsidiário segundo as Ordenações Afonsinas*

Somente com as Ordenações Afonsinas se estabeleceu, entre nós, um quadro sistemático das fontes de direito. A matéria consta do livro II, título 9. Aí se mencionam, em primeiro lugar, as fontes do direito nacional. Colocam-se no mesmo plano as *leis do Reino*, os *estilos da Corte* ⁽¹⁾ e os *costumes antigamente usados* ⁽²⁾.

Eram estas as fontes imediatas. O legislador afonsino salienta expressamente a sua imperatividade e prevalência ⁽³⁾. Apenas quando não se pudesse decidir o caso “sub iudice” com base nelas se tornava lícito o recurso ao direito subsidiário ⁽⁴⁾. Também as

⁽¹⁾ Sobre os estilos da Corte, ver, *supra*, págs. 300 e seg.

⁽²⁾ A respeito do costume, ver, *supra*, págs. 301 e segs.

⁽³⁾ Liv. II, tit. 9, pr.

⁽⁴⁾ Quanto ao que se passava anteriormente no capítulo do direito subsidiário, ver, *supra*, págs. 261 e segs.

respectivas fontes se encontram taxativamente previstas e hierarquizadas. Passamos a analisá-las⁽¹⁾.

I — Direito romano e direito canónico

Na falta de direito nacional — como se observou, representado por lei, estilo da Corte ou costume —, caberia utilizar, antes de mais, o direito romano e o direito canónico, que se designavam “leis imperiais” e “santos cânones”⁽²⁾. Em questões jurídicas de natureza temporal, a prioridade pertencia ao direito romano, excepto se da sua aplicação resultasse pecado. Portanto, o direito canónico prevalecia sobre o direito romano nas matérias de ordem espiritual e nas temporais em que a observância deste último conduzisse o pecado (“ratio peccati”), quer dizer, se mostrasse contrária à moral cristã⁽³⁾.

Não se tratava, aliás, de critério privativo das nossas Ordenações. A supremacia do direito canónico sobre o direito romano, quando a sua aplicação levasse a pecado, representava doutrina corrente. Exemplificam as Ordenações Afonsinas com a usucapião, aí chamada prescrição aquisitiva, admitida pelo direito romano, ao fim de trinta anos, em benefício do possuidor de má fé, mas que o direito canónico rejeitava⁽⁴⁾.

(1) Consultar o estudo desenvolvido e fundamental de G. BRAGA DA CRUZ, *O direito subsidiário na história do direito português*, cit. Ver, posteriormente, NUNO J. ESPINOSA GOMES DA SILVA, *O sistema de fontes nas Ordenações Afonsinas*, in “Scientia Iuridica”, cit., tomo XXIX, págs. 429 e segs.

(2) Liv. II, tit. 9, pr. Ver, *supra*, pág. 240 e nota 3.

(3) Liv. II, tit. 9, § 1.

(4) A doutrina e o próprio exemplo decorrem de Bártolo. Ver M. J. ALMEIDA COSTA, *Romanismo e Bartolismo*, cit., in “Bol. da Fac. de Dir.”, vol. XXXVI, pág. 32, e *La présence d'Accurse*, cit., *ibid.*, vol. XLI, pág. 56, NUNO J. ESPINOSA GOMES DA SILVA, *Bártolo na Hist. do Dir. Port.*, cit., in “Rev. da Fac. de Dir. da Univ. de Lisb.”, vol. XII, págs. 186 e seg., e *O sistema de fontes*, cit., in “Scientia Iuridica”, tomo XXIX, págs. 444 e seg. Sobre o referido ensino de

II — Glosa de Acúrsio e opinião de Bártolo

Se o caso omissio não fosse decidido directamente pelos textos de direito romano ou de direito canónico, nos termos referidos, devia atender-se à Glosa de Acúrsio e, em seguida, à opinião de Bártolo ainda que outros doutores se pronunciassem de modo diverso⁽¹⁾. O legislador justifica a prevalência de Bártolo, alegando a prática adoptada desde D. João I, a maior racionalidade reconhecida a este jurista, assim como o desejo de evitar incertezas e confusões jurisprudenciais.

III — Resolução do monarca

Sempre que, através dos sucessivos elementos indicados, não se conseguisse disciplina para o caso omissio, impunha-se a consulta do rei, cuja estatuição valeria, de futuro, para todos os feitos semelhantes⁽²⁾. Determinava-se o mesmo procedimento quando a hipótese considerada, não envolvendo matéria de pecado, nem sendo disciplinada pelos textos de direito romano, tivesse soluções diversas no direito canónico e nas glosas e doutores das leis⁽³⁾.

Bártolo e a sua difusão, ver, por ex., G. ERMINI, *Corso di diritto comune*, vol. I, Milano, 1946, pág. 145, CALASSO, *Medio Evo del Diritto*, cit., vol. I, págs. 488 e segs., e CAVANNA, *Stor. del dir. mod. in Eur.*, cit., vol. I, págs. 83 e segs.

(1) Liv. II, tit. 9, § 2. No sentido de uma nova interpretação relativa à primazia da Glosa de Acúrsio e da opinião de Bártolo sobre o direito canónico, desde que se tratasse de matérias temporais que não envolvessem pecado, ver JOSÉ ARTUR DUARTE NOGUEIRA, *Algumas reflexões sobre o direito subsidiário nas Ordenações Afonsinas*, in “Revista de Direito e de Estudos Sociais”, ano XXIV, Coimbra, 1980, págs. 281 e segs. Contudo, os argumentos a favor dessa sugestiva hipótese não parecem decisivos (ver NUNO J. ESPINOSA GOMES DA SILVA, *O sistema de fontes*, cit., in “Scientia Iuridica”, tomo XXIX, pág. 445, nota 45, e *Hist. do Dir. Port.*, cit., pág. 253, nota 2, e MARTIM DE ALBUQUERQUE, *Bártolo e Bartolismo*, cit., in “Bol. do Min. da Just.”, n.º 304, págs. 38 e segs.).

(2) Liv. II, tit. 9, § 2, parte final.

(3) Liv. II, tit. 9, § 3.

c) *Alterações introduzidas pelas Ordenações Manuelinas e pelas Ordenações Filipinas*

Os preceitos afonsinos sobre direito subsidiário passaram fundamentalmente às Ordenações Manuelinas (liv. II, tit. 5)⁽¹⁾ e destas às Ordenações Filipinas (liv. III, tit. 64). Contudo, sofreram ampla remodelação. Das Ordenações Manuelinas para as Ordenações Filipinas, verificaram-se meros retoques formais, além de se incluir a matéria no livro dedicado ao direito processual, consoante já se observou⁽²⁾.

Este último aspecto do enquadramento não parece fortuito. Na verdade, a referida transposição significa que o problema do direito subsidiário deixou de ser disciplinado a propósito das relações entre a Igreja e o Estado (liv. II), deslocando-se para o âmbito do processo (liv. III). Ora, pode detectar-se aí, como salienta Braga da Cruz⁽³⁾, a ruptura da “última amarra” que ligava a questão do direito subsidiário à ideia anterior de um conflito de jurisdições entre o poder temporal e o poder eclesiástico, simbolizados, respectivamente, pelo direito romano e pelo direito canónico. Tornou-se, em suma, de acordo com a atitude da época, um puro e simples problema técnico-jurídico.

Todavia, as mudanças substanciais aparecem logo nas Ordenações Manuelinas. Importa salientar, por outro lado, que se encontra justificada, diversamente do que sucedia nas Ordenações Afonsinas, a vigência subsidiária do direito romano. Aplica-se devido à sua autoridade intrínseca e não mercê de qualquer subordinação política do Reino português ao Império⁽⁴⁾.

(1) Quanto às diferenças, a tal respeito, entre a versão definitiva das Ordenações Manuelinas, de 1521, de que nos ocupamos, e a primeira versão, de 1512/1514 (cfr., *supra*, págs. 276 e segs.), ver BRAGA DA CRUZ, *O direito subsidiário*, cit., págs. 236 e segs.

(2) Cfr., *supra*, pág. 286.

(3) *O direito subsidiário*, cit., págs. 251 e segs.

(4) Ord. Man., liv. II, tit. 5, pr., (“as quaes Leys Imperiaes Mandamos soamente guardar pela boa razam em que sam fundadas”). Cfr., também, in

Cifram-se em duas as diferenças essenciais de conteúdo que separam, no âmbito do direito subsidiário, as Ordenações Manuelinas e as Ordenações Filipinas do precedente texto afonsino. A saber:

I — Quanto à aplicação dos textos de direito romano e de direito canónico, deixa-se de referir a distinção entre problemas jurídicos temporais e espirituais. Apenas se consagra o critério do pecado⁽¹⁾, que fornecia o único limite à prevalência subsidiária do direito romano sobre o direito canónico, qualquer que fosse a natureza do caso omissio.

II — A respeito da Glosa de Acúrsio e da opinião de Bártolo, cuja ordem de precedência se conserva, estabelece-se o requisito de a “comum opinião dos doutores” não contrariar essas fontes. Relativamente a Bártolo, a restrição seria definida tão-só pelos autores que tivessem escrito depois dele⁽²⁾.

O facto de a letra da lei colocar a “communis opinio” como filtro da Glosa de Acúrsio e da opinião de Bártolo levou à interpretação, posto que não pacífica, de que aquela constituía, em si mesma, uma fonte subsidiária⁽³⁾. Por outras palavras: na falta de direito nacional, de direito romano e de direito canónico, caberia recorrer à opinião comum, antes da Glosa de Acúrsio e da opinião de Bártolo.

Ord. Fil., liv. III, tit. 64, pr. Alude-se a *boa razão* “como equivalente de razão natural ou justa razão”, segundo adverte PAULO MERÊA, *Direito romano, direito comum e boa razão*, cit., in “Bol. da Fac. de Dir.”, vol. XVI, pág. 540 (ver, ainda, BRAGA DA CRUZ, *O direito subsidiário*, cit., nota 69 da pág. 245, págs. 257 e segs., e 293). Toma-se essa expressão com um alcance diverso do que assumiria, mais tarde, no contexto da Lei da Boa Razão (ver, *infra*, págs. 357 e segs.).

(1) Ord. Man., liv. II, tit. 5, pr., e Ord. Fil., liv. III, tit. 64, pr.

(2) Ord. Man., liv. II, tit. 5, § 1, e Ord. Fil., liv. III, tit. 64, § 1.

(3) Sobre este problema e o das discussões referentes ao critério de fixação da “opinio communis” (puramente quantitativo ou qualitativo, ou misto, quer dizer, de uma maioria de autores qualificados por terem versado o assunto *ex professo*), consultar BRAGA DA CRUZ, *O direito subsidiário*, cit., págs. 264 e segs., e NUNO J. ESPINOSA GOMES DA SILVA, *Hist. do Dir. Port.*, cit., págs. 273 e seg.

d) *Utilização das fontes subsidiárias*

Expôs-se o sistema hierarquizado das fontes de direito, imediatas e subsidiárias, definido pelas sucessivas Ordenações. O legislador procurou sempre estabelecê-lo com clareza e em termos imperativos.

No entanto, persistiu margem para algumas dúvidas, como antes se indicou. Mas, sobretudo, assumiam relevo as confusões e os atropelos frequentes à letra e ao espírito do sistema⁽¹⁾. Não raro, o direito pátrio era preterido pelo direito romano, considerado a "ratio scripta", ou, quando menos, prevalecia a regra hermenêutica de que as normas jurídicas do País deveriam receber interpretação extensiva ou restritiva, consoante se apresentassem conformes ou opostas a esse direito. Abusava-se da opinião comum, especialmente cristalizada nas decisões dos tribunais superiores. Chegou-se, inclusive, à aplicação do direito castelhano, que se encontrava fora do quadro das fontes subsidiárias.

Tal foi o pano de fundo da vida jurídica portuguesa durante mais de três séculos, em que certas reacções, mormente humanistas, não conseguiram obstar ao predomínio, mais ou menos rotineiro, do romanismo escolástico⁽²⁾. Apenas no contexto das reformas pombalinas, pelos fins de setecentos, o quadro das fontes de direito sofreria alterações multifacetadas de vulto⁽³⁾.

54. **Reforma dos forais**

Não terminaremos a análise das fontes de direito deste período sem uma referência à reforma dos forais⁽⁴⁾. Estes tinham

(1) Cfr. BRAGA DA CRUZ, *O direito subsidiário*, cit., págs. 253 e segs.

(2) Ver, *infra*, págs. 320 e segs.

(3) Ver, *infra*, págs. 355 e segs.

(4) Consultar, com amplas indicações bibliográficas, M. J. ALMEIDA COSTA, *Forais*, cit., in "Dic. de Hist. de Port.", vol. II, págs. 280 e seg., e in "Temas de História do Direito", págs. 54 e seg., e 57.

constituído uma importante fonte de direito local⁽¹⁾, mas, entretanto, com o decurso do tempo, foram-se desactualizando. Uma parte do seu conteúdo encontrava-se revogada pela legislação geral, designadamente os preceitos respeitantes à administração, ao direito e ao processo civil e ao direito penal. Mesmo quanto às normas ainda vigentes, relativas aos encargos e isenções tributárias, era manifesto o seu carácter obsoleto: por um lado, referiam-se a pesos, medidas e moedas em desuso; por outro lado, as providências estabelecidas com vista à actualização das prestações, mercê da sucessiva desvalorização monetária, não raro originavam incertezas e arbitrariedades. Muitos deles, além disso, apresentavam-se num grande estado de deterioração ou não ofereciam garantias de inteira autenticidade.

Em resumo, o progressivo robustecimento do poder do rei e a uniformização jurídica, alcançada através da legislação geral, iam determinando o declínio das instituições concelhias, bem nítido ao longo do século xv. Daí que os forais perdessem o seu alcance anterior e se transformassem em meros registos dos tributos dos municípios. Simplesmente, numerosas cartas estavam cheias de deturpações ou apenas obscurecidas pelo rodar dos anos.

Nas Cortes de 1472/1473, iniciadas em Coimbra e concluídas em Évora, os procuradores dos concelhos alegaram as deficiências dos forais, solicitando a D. Afonso V a sua reforma, para se pôr cobro às opressões de que os povos eram vítimas. Idêntico pedido se formulou nas Cortes de Évora e Viana do Alentejo, que decorreram em 1481/1482, logo nos começos do reinado de D. João II.

Como resposta, este último monarca deu conta da decisão que já tomara em tal sentido. E, de facto, por Carta Régia de 15 de Dezembro de 1481, determinou-se o envio à Corte de todos os forais, a fim de se proceder à respectiva reforma, sob pena de perderem a validade.

(1) Cfr., *supra*, págs. 187 e segs., 193, e 258 e segs.

Relativamente ao processo penal, cabe assinalar, em paralelo, novas posições. Na verdade, sobre a contraposição entre os modelos acusatório e inquisitório, que domina a evolução do direito penal adjectivo, tomando como referência dois fenómenos jurídicos fulcrais do continente europeu — o ciclo do direito comum e o das codificações —, verifica-se o seguinte: do século XIII ao século XVIII, ocorre uma prevalência sempre mais acentuada do processo oficioso em confronto com o processo baseado na iniciativa das partes; depois, a partir das transformações subsequentes, quer dizer, desde a análise iluminista dos problemas da justiça criminal, começa uma época que, embora cronologicamente reduzida, se reveste de enorme significado para o processo penal, não só no aspecto do pensamento jurídico-filosófico e político, mas ainda do ponto de vista da formação dos sistemas legislativos e jurisprudenciais modernos. Observa-se, em resumo, o trânsito de um processo de estrutura inquisitória para um processo de inspiração acusatória⁽¹⁾.

Apreciar-se-á o tempo e a medida em que tais concepções respeitantes ao direito penal substantivo e adjectivo tiveram reflexos entre nós. De qualquer modo, como adiante se apura, Mello Freire foi o seu mais directo representante⁽²⁾.

60. Reformas pombalinas respeitantes ao direito e à ciência jurídica

a) Considerações introdutórias

As correntes que acabamos de referir constituíram a base orientadora das reformas pombalinas, embora nos graus diversos

CORREIA, *Direito Criminal* (com a colaboração de FIGUEIREDO DIAS), vol. I (reimpressão), Coimbra, 1971, págs. 83 e segs., e ANTÓNIO MANUEL DE ALMEIDA COSTA, *O Registo Criminal*, cit., págs. 30 e segs.

⁽¹⁾ Consultar o importante estudo de ETTORE DEZZA, *Accusa e inquisizione. Dal diritto comune ai codici moderni*, vol. I, Milano, 1989.

⁽²⁾ Ver, *infra*, págs. 368 e segs., e 372 e segs.

que o Despotismo Ilustrado filtrava⁽¹⁾. A polarização dessas doutrinas adquiriu maior clareza, ou acentuou-se, no meio português, através dos “estrangeirados” — a qualificação dada aos letrados e cientistas nacionais que, pela sua permanência além-fronteiras, conheciam a mentalidade e os movimentos então em voga e que procuravam incentivar no nosso país uma tal renovação europeia⁽²⁾. Destaca-se, como sabemos, o oratoriano Luís António Verney, que foi, nos meados do século XVIII, uma personalidade expressiva. Salientou-se que o sistema de ideias a que deu, entre nós, a formulação mais polémica se reconduzia aos jusnaturalismo, ao uso moderno, ao pensamento iluminista e às directivas humanitárias⁽³⁾.

As advertências e as sugestões de Verney não encontraram eco imediato. Contudo, pode dizer-se que, passados alguns anos, elas estiveram presentes nas grandes transformações relativas ao direito e à ciência jurídica efectuadas sob o governo do Marquês de Pombal. Estas produziram-se, como também já se observou, em três sectores: o das modificações legislativas pontuais, o da actividade científico-prática dos juristas e o do ensino do direito⁽⁴⁾.

Operaram-se, de facto, por via legislativa, alterações substanciais de múltiplos institutos: processo necessário sempre que houve preceitos expressos a revogar ou se quiseram introduzir modificações rápidas e completas. Algumas dessas providências trouxeram um progresso significativo e permaneceriam. Não faltaram outras, contudo, que eram sinal de um reformismo abstracto, quer

⁽¹⁾ Sobre o confronto do quadro seiscentista com as modernidades da centúria imediata, ver a síntese de RUI MANUEL DE FIGUEIREDO MARCOS, *A legislação pombalina. Alguns aspectos fundamentais*, Coimbra, 1990, págs. 9 e segs.

⁽²⁾ Consultem-se as reflexões importantes de JORGE BORGES DE MACEDO, “Estrangeirados”, um conceito a rever, in “Bracara Augusta”, cit., vol. XXVIII, págs. 179 e segs. (2.ª ed., Lisboa, 1979).

⁽³⁾ Sobre as proposições de Verney e a sua concretização, ver o que se escreve, *supra*, págs. 45 e segs.

⁽⁴⁾ Tendendo a um levantamento sistemático dos diplomas da época, ver RUI MARCOS, *A legislação pombalina*, cit., págs. 66 e segs., 95 e segs. e 163 e segs., onde se assinalam pertinentemente as fases dessa actividade legislativa. Pelo que toca às alterações legislativas pontuais, ver, *ibid.*, págs. 182 e segs.

dizer, completamente desligado da nossa tradição histórica e realidade, embora correspondendo aos sistema de ideias da época. As últimas tiveram uma vigência efémera, que não ultrapassou a vida política de Pombal. Servem de exemplo os diplomas que disciplinaram em moldes inteiramente novos as matérias da sucessão testamentária, legítima e legitimária⁽¹⁾.

Mais relevantes, sem dúvida, se mostraram as providências adoptadas nos outros dois referidos planos: o da ciência do direito, enquanto voltada para a interpretação, integração e aplicação das normas jurídicas; e o da formação dos juristas. Foram atendidos, respectivamente, pela chamada Lei da Boa Razão (1769) e pela reforma da Universidade, consubstanciada nos Estatutos Novos (1772)⁽²⁾.

b) *A Lei da Boa Razão*

Trata-se da Lei de 18 de Agosto de 1769, inicialmente identificada, como os restantes diplomas da época, pela simples data. Só no século XIX receberia o nome de Lei da Boa Razão⁽³⁾. E assim ficou conhecida para futuro. O “crisma” justifica-se, dado o apelo que nos seus preceitos se faz insistentemente à “boa razão” — ou seja, à “recta ratio” jusnaturalista. Representava ela o dogma supremo da

⁽¹⁾ Acerca do tema, consultar L. CABRAL DE MONCADA, O “século XVIII” na legislação de Pombal, cit., in “Est. de Hist. do Dir.”, vol. I, págs. 82 e segs., especialmente págs. 105 e segs.

⁽²⁾ Sobre a importância da Lei da Boa Razão e dos Estatutos pombalinos da Universidade, ver MARIO REIS MARQUES, *O Liberalismo e a Codificação do Direito Civil em Portugal. Subsídios para o Estudo da Implantação em Portugal do Direito Moderno*, Coimbra, 1987, págs. 32 e segs.

⁽³⁾ Recua à cit. obra de JOSÉ HOMEM CORRÊA TELLES, *Commentário Crítico à Lei da Boa Razão, em data de 18 de Agosto de 1769*, Lisboa, 1824 (2.ª ed., Lisboa, 1845; também se encontra republ. in CÂNDIDO MENDES DE ALMEIDA, *Auxiliar Jurídico*, cit., vol. II, págs. 443 e segs.). Numa brevíssima nota introdutória, escreve Correia Telles: “Huma das Leis mais notáveis do feliz Reinado do Senhor D. José, he a Lei de 18 de Agosto de 1769. Denomino-a Lei da BOA RAZÃO, porque refugou as Leis Romanas, que em BOA RAZÃO não forem fundadas (...)”.

actividade interpretativa e integrativa, estivesse cristalizada nos textos romanos, no direito das gentes ou nas obras jurídicas e leis positivas das nações estrangeiras.

O referido diploma prosseguiu objectivos amplos. Visou, não apenas impedir irregularidades em matéria de assentos⁽¹⁾ e quanto à utilização do direito subsidiário⁽²⁾, mas também fixar normas precisas sobre a validade do costume⁽³⁾ e os elementos a que o intérprete podia recorrer para o preenchimento das lacunas⁽⁴⁾.

Cerca de três anos após, os Estatutos da Universidade esclareceram alguns aspectos da Lei da Boa Razão. Analisemos, em resumo, as várias soluções que a mesma consagrou.

I — Os diferendos submetidos a apreciação dos tribunais deviam ser julgados, antes de tudo, pelas *leis pátrias* e pelos *estilos da Corte*. Como se indicou, estes últimos constituíam jurisprudência a observar em casos idênticos⁽⁵⁾. Determinou-se, todavia, que só valessem quando aprovados através de assentos da Casa da Suplicação⁽⁶⁾. O que significa terem os estilos perdido a eficácia autónoma que antes se lhes reconhecera.

II — Confere-se autoridade exclusiva aos assentos da Casa da Suplicação⁽⁷⁾, que era o tribunal supremo do Reino. Nesse sentido,

(1) Ver, *supra*, pág. 299.

(2) Ver, *supra*, pág. 312.

(3) A respeito dos problemas anteriormente levantados, ver, *supra*, págs. 301 e segs.

(4) Sobre o quadro das fontes de direito, imediatas e subsidiárias, nas Ordenações, ver, *supra*, págs. 307 e segs.

(5) Sobre os estilos, ver, *supra*, págs. 300 e seg.

(6) Lei da Boa Razão, §§ 5 e 14.

(7) Lei da Boa Razão, § 8. A Casa da Suplicação continuou a proferir assentos interpretativos até ao advento do Constitucionalismo. Só mais tarde o Supremo Tribunal de Justiça reassumiria essa competência. A Casa da Suplicação foi extinta pelo Decreto de 30 de Julho de 1833, que criou em seu lugar a Relação de Lisboa (ver ALÍPIO CASTELLO BRANCO/ALBINO FREIRE DE FIGUEIREDO, *Repertório ou Índice Alfabético e Remissivo de todas as leis publicadas desde 1815 ate ao estabelecimento da Regencia na Ilha Terceira em 1829, e desde Maio de 1838 ate Julho do corrente anno*, Lisboa, 1840, pág. 462). A instituição das Relações necessárias à

declara-se que os assentos das Relações apenas alcançariam valor normativo mediante confirmação daquele tribunal superior. Ficou,

comodidade dos povos e competentes para “julgar as causas em segunda e última instância” logo se previu no art. 190.º da Constituição de 1822 e, depois, no art. 125.º da Carta Constitucional de 1826. A criação de um Supremo Tribunal de Justiça, embora anunciada no art. 191.º da Constituição de 1822 (para o Brasil, no art. 193.º) e nos arts. 130.º e 131.º da Carta Constitucional, apenas ocorreu, subsequentemente à Reforma Judiciária de Mouzinho da Silveira (Decreto n.º 24, de 16 de Maio de 1832, art. 4.º), pelo Decreto de 14 de Setembro de 1833, que extinguiu o velho Desembargo do Paço, cuja competência em matéria de recurso de revista — peculiar do topo da hierarquia judiciária — transitou para o novo tribunal. Teve este a sua instalação efectiva a 23 do mesmo mês de Setembro. Pouco depois, o Decreto de 8 de Outubro de 1833, suprimindo uma omissão da Carta Constitucional, viria centralizar no Supremo Tribunal de Justiça a análise das dúvidas que se levantassem quanto à interpretação das normas jurídicas e o envio ao governo das propostas para a sua resolução. Ver, entre outros, EDUARDO DALLY ALVES DE SA, *Supremo Tribunal de Justiça. Evolução histórica d'esta instituição*, Lisboa, 1872, AFONSO COSTA, *Lições de Organização Judiciária*, cit., págs. 142 e seg., 151 e seg., 178 e segs., e 191 e segs., ALBERTO DOS REIS, *Organização Judicial*, cit., págs. 80 e segs., EDUARDO AUGUSTO DE SOUSA MONTEIRO, *Evolução histórica das instituições judiciárias antecessoras do Supremo Tribunal de Justiça*, in “Comemorando o Primeiro Centenário do Supremo Tribunal de Justiça”, Lisboa, 1933, págs. 53 e segs., e JOAQUIM VERÍSSIMO SERRÃO, *História de Portugal*, cit., vol. VIII, págs. 212 e segs.

A tradição dos assentos da Casa da Suplicação seria retomada, nos moldes modernos, em matéria cível, pela Reforma do Processo resultante do Decreto n.º 12353, de 22 de Setembro de 1926 (art. 66.º); daí passou ao Código de Processo Civil de 1939 (arts. 768.º e segs.), que definiu a configuração actual do instituto (arts. 763.º e segs. do Cód. de Proc. Civ. vigente). Por sua vez, o Código de Processo Penal de 1929 (arts. 608.º e segs.) viria a estabelecer os assentos nesse domínio (arts. 437.º e segs. do Cód. de Proc. Penal vigente). Também o Supremo Tribunal Administrativo, desde o Decreto-Lei n.º 45497, de 30 de Dezembro de 1963, que aprovou o Código de Processo do Trabalho (arts. 195.º e segs.), adquiriu competência para, funcionando em tribunal pleno, proferir assentos relativos à sua 3.ª secção, do contencioso do trabalho e previdência social. Todavia, os tribunais do trabalho tornaram-se tribunais judiciais de competência especializada e os respectivos recursos passaram a fazer-se para as secções sociais da Relação e do Supremo Tribunal de Justiça (arts. 56.º, 65.º a 68.º, e arts. 28.º, al. c), e 43.º da Lei n.º 82/77, de 6 de Dezembro). Existiram, ainda, os assentos do Conselho Ultramarino, enquanto Supremo Tribunal Administrativo do Ultramar, tirados na sua secção contenciosa (arts. 1.º e 22.º, al. d), da Lei Orgânica do

assim, perfeitamente esclarecida uma situação muito nociva à certeza da aplicação do direito, que resultava da possibilidade de existirem assentos contraditórios⁽¹⁾.

III — Também se estatui expressamente sobre o *costume*. Para que valesse como fonte de direito, deveria subordinar-se aos requisitos seguintes: 1) ser conforme à boa razão; 2) não contrariar a lei; 3) ter mais de cem anos de existência⁽²⁾. O direito consuetudinário, deste modo, só conservou validade “secundum legem” e “praeter legem”, nunca “contra legem”. Na ausência dos três requisitos indicados, consideravam-se os costumes “corruptellas, e abusos”, cuja alegação e observância em juízo se proibiu, “não obstante todas, e quaesquer disposições, ou opiniões de Doutores, que sejam em contrario”⁽³⁾.

IV — Quando houvesse casos omissos — quer dizer, faltando direito pátrio, representado pelas fontes imediatas indicadas —, caberia então recurso ao direito subsidiário. Mas o *direito romano* só era aplicável desde que se apresentasse conforme à boa razão, que correspondia, repita-se, à “recta ratio” jusnaturalista.

Conselho Ultramarino, aprovada pelo Decreto-Lei n.º 49 146, de 25 de Julho de 1969, e art. 94.º do Regimento respectivo, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 49 147, dessa mesma data) e em reunião conjunta daqueles dois Supremos Tribunais Administrativos (art. 9.º, n.ºs 1 e 3, do Decreto-Lei n.º 49 145, de 25 de Julho de 1969). Devem indicar-se, por último, os assentos do Tribunal de Contas, cuja doutrina é obrigatória no domínio específico da sua jurisdição (art. 6.º, n.º 9, do Decreto-Lei n.º 22 257, de 25 de Fevereiro de 1933; ver, posteriormente, os arts. 6.º e segs. da Lei n.º 8/82, de 26 de Maio, e os arts. 24.º, al. g), e 63.º, n.º 1, al. a), da Lei n.º 86/89, de 8 de Setembro).

⁽¹⁾ Ver, *supra*, págs. 296 e segs. Um único exemplo em que, após a proibição legal, os desembargadores da Relação do Porto elaboraram um assento, a 23 de Agosto de 1791, é apontado por CORRÊA TELLES, *Commentario Critico*, cit., com. 40 ao § 8. A respeito da importância da interpretação autêntica no quadro da política jurídica setecentista e da periodização dos assentos da Casa da Suplicação relativos ao século XVIII, consultar RUI MARCOS, *A legislação pombalina*, cit., respectivamente, págs. 187 e segs., e págs. 205 e segs.

⁽²⁾ Lei da Boa Razão, § 14.

⁽³⁾ Ver, *supra*, págs. 301 e segs.

Com efeito, a expressão boa razão, embora já ocasionalmente utilizada pelas Ordenações no sentido corrente de “razão natural” ou “justa razão”⁽¹⁾, assumia agora um sentido novo. As normas de direito romano apenas se aplicariam quando, caso a caso, se mostrassem concordes com a boa razão. E por boa razão entende o próprio legislador aquela “que consiste nos primitivos Principios, que contém verdades essenciais, intrinsecas, e inalteráveis, que a ethica dos mesmos Romanos havia estabelecido, e que os Direitos Divino, e Natural formalisarão para servirem de regras Moraes, e Civis entre o Christianismo: ou aquella *boa razão*, que se funda nas outras regras, que de unanime consentimento estabeleceu o Direito das Gentes para a direcção, e governo de todas as Nações civilizadas (...)”⁽²⁾.

Numa palavra: apresentar-se conforme à boa razão equivalia a corresponder aos princípios do direito natural ou do direito das gentes. Deste modo, era fonte subsidiária, ao lado do direito romano seleccionado pelo jusracionalismo, o sistema de direito internacional resultante da mesma orientação.

O critério mostrava-se um tanto vago. Mas, logo em 1772, os Estatutos da Universidade fixaram um conjunto de regras destinadas a aferir — quer no ensino, quer na actividade dos tribunais — a boa razão dos textos romanos⁽³⁾. Além dessas regras, aponta-se ao intérprete o critério prático de averiguar qual o “uso moderno” que dos preceitos romanos em causa faziam os jurisconsultos das nações europeias modernas⁽⁴⁾. Daí que o direito romano aplicável

⁽¹⁾ Ver, *supra*, nota 4 da pág. 310.

⁽²⁾ Lei da Boa Razão, § 9. Sobre a forma como o legislador estabeleceu a passagem do antigo para o novo entendimento da “boa razão”, ver BRAGA DA CRUZ, *O direito subsidiário*, cit., págs. 288 e segs.

⁽³⁾ Estatutos, liv. II, tit. 5, cap. 2, §§ 11 e segs. (na reed., cit., págs. 429 e segs.). Quanto a estas regras e a alguns exemplos da sua aplicação, ver CORRÊA TELLES, *Commentario Critico*, cit., coms. 50 e segs. ao § 9.

⁽⁴⁾ Estatutos, liv. II, tit. 5, cap. 3, § 7 (na reed., cit., pág. 434), onde se lê: “Indagarão 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”.

subsidiariamente, por força da Lei da Boa Razão, se reconduzisse ao aceito nas obras doutrinárias dos grandes autores da escola do "usus modernus pandectarum"⁽¹⁾, que, assim, adquiriam, entre nós, valor normativo indirecto como fontes supletivas.

V — Se a lacuna dissesse respeito a matérias *políticas, económicas, mercantis* ou *marítimas*⁽²⁾, determinava-se o recurso directo às leis das "Nações Christãs, illuminadas, e polidas"⁽³⁾. Neste caso, o direito romano era liminarmente posto de lado, pois entendia-se que, pela sua antiguidade, se revelava de todo inadequado à disciplina de tais domínios, onde enormes progressos se consideravam entretanto alcançados.

VI — A aplicação do direito canónico é relegada para os tribunais eclesiásticos. Aquele deixou de contar-se entre as fontes subsidiárias. Opina o legislador que seria "erro manifesto" admitir que no foro temporal "se pôde conhecer dos peccados, que só pertencem privativa, e exclusivamente ao fôro interior, e á espiritualidade da Igreja"⁽⁴⁾.

VII — Finalmente, também se proibiu que as glosas de Acúrsio e as opiniões de Bártolo fossem alegadas e aplicadas em juízo. A mesma solução estava implícita a respeito da "communis opinio". Para justificar esta providência, aduz o legislador as imperfeições jurídicas atribuídas, tanto à falta de conhecimentos históricos e linguísticos dos referidos autores, como à sua ignorância das normas fundamentais de direito natural e divino⁽⁵⁾. Em suma: às críticas

⁽¹⁾ Ver, *supra*, págs. 348 e segs.

⁽²⁾ Quanto à delimitação destas áreas, ver CORREIA TELLES, *Commentario Critico*, cit., coms. 127 e segs. ao § 9.

⁽³⁾ Lei da Boa Razão, § 9, e Estatutos da Universidade, liv. II, tit. 5, cap. 2, § 16 (na reed., cit., págs. 430 e seg.).

⁽⁴⁾ Lei da Boa Razão, § 12. Sobre os casos em que o direito canónico, não obstante este preceito, continuava a aplicar-se nos tribunais civis, consultar CORREIA TELLES, *Commentario Critico*, cit., coms. 187 e segs. ao § 12, e BRAGA DA CRUZ, *O direito subsidiário*, cit., nota 126 da pág. 296.

⁽⁵⁾ Lei da Boa Razão, § 13. A respeito dos termos em que devia interpretar-se esta disposição, ver CORREIA TELLES, *Commentario Critico*, cit., coms. 195 e seg. ao § 13, e também as observações de BRAGA DA CRUZ, *O direito subsidiário*, cit.,

herdadas do humanismo quinhentista, acrescentaram-se as que decorriam da própria mentalidade iluminista de setecentos.

c) Os novos Estatutos da Universidade

Mais ainda do que a Lei da Boa Razão, é a reforma pombalina dos estudos universitários que, de um modo especial, reflecte a influência das correntes doutrinárias europeias dos séculos XVII e XVIII. Já houve oportunidade de aludir a essa reforma, a propósito da formação da ciência da história do direito português⁽¹⁾. Recapitulemos e completemos o que então se disse.

Em 1770, foi nomeada uma comissão, com o nome de Junta de Providência Literária, incumbida de emitir parecer sobre as causas da decadência do ensino universitário, entre nós, e sobre o critério adequado à sua reforma. Essa comissão apresentou, no ano seguinte (1771), um relatório circunstanciado, com o título de *Compêndio Histórico da Universidade de Coimbra*, onde se faz uma crítica implacável da organização existente, reafirmando-se em grande parte o requisitório anteriormente contido na obra de Verney.

À Junta de Providência Literária se deve, ainda, a subsequente elaboração dos novos Estatutos da Universidade, também denominados Estatutos Pombalinos, aprovados por Carta de Lei de 28 de Agosto de 1772. A parte referente à Faculdade de Leis e à Faculdade de Cânones — a única que nos interessa aqui analisar — parece que foi principalmente da autoria de João Pereira Ramos de Azevedo Coutinho⁽²⁾.

nota 128 da pág. 297. Aí se indica alguma posterior consagração legislativa (Lei de 9 de Setembro de 1769) e jurisprudencial (Assento da Casa da Suplicação de 9 de Abril de 1772) dos elementos proscritos formalmente do quadro das fontes subsidiárias pelo referido § 13 da Lei da Boa Razão. Numa palavra, as doutrinas de Acúrsio e de Bártolo não tinham autoridade própria, mas nada impedia que o legislador e os tribunais as aceitassem, quando correspondentes aos princípios juracionálistas.

⁽¹⁾ Ver, *supra*, págs. 46 e seg.

⁽²⁾ Ver a nótula de PEDRO CALMON, *A reforma da Universidade e os dois brasileiros que a planejaram*, in "O Marquês de Pombal e o seu tempo" (número especial da "Revista de História das Ideias"), cit., tomo II, págs. 93 e segs.

O *Compendio Histórico* tinha apontado como graves defeitos dos nossos estudos jurídicos a preferência absoluta dada ao ensino do direito romano e do direito canónico, desconhecendo-se praticamente o direito pátrio⁽¹⁾, o abuso que se fazia do método bartolista, o respeito cego pela "opinio communis", o completo desprezo pelo direito natural e pela história do direito. Ora, acolhendo essas críticas, os Estatutos Novos consagraram uma série de relevantes disposições. A matéria relativa aos cursos jurídicos, que continuavam bipartidos em Leis e Cânones, encontra-se condensada no seu livro II⁽²⁾.

O confronto entre o quadro de disciplinas adoptado e o que integrava o ensino tradicional revela diferenças flagrantes. Desde logo, verifica-se a inclusão de matérias novas: além da cadeira de direito natural, onde se fundiam, segundo os próprios Estatutos, não só o direito natural em sentido estrito, mas ainda o "direito público universal" e o "direito das gentes", estabelece-se o ensino da história do direito e das instituições de direito pátrio. Não obstante, o núcleo central dos cursos de Leis e de Cânones continuou a ser constituído, respectivamente, pelo *Corpus Iuris Civilis*, sobretudo pelo Digesto, e pelo *Corpus Iuris Canonici*, posto que se encarassem estes textos de pontos de vista diversos dos anteriores⁽³⁾.

(1) O interesse pelas fontes jurídicas portuguesas não constituía, de resto, uma inteira novidade. Desde a segunda metade do século XVI, o nosso direito, embora só muito excepcionalmente atendido na Faculdade de Leis, vinha sendo, porém, cada vez mais cultivado, através de comentários às Ordenações e a diplomas avulsos, de estudos de processo e, de um modo especial, através da literatura casuística voltada para a vida torense (ver, *supra*, págs. 323 e segs.).

(2) Quanto a esta reforma, pode ver-se a já referida síntese de M. J. ALMEIDA COSTA, *Leis, Cânones, Direito (Faculdades de)*, in "Dic. de Hist. de Port.", vol. II, págs. 680 e segs. Para maiores desenvolvimentos, consultar PAULO MÉRÇA, *Lance de olhos sobre o ensino do direito desde 1772 até 1804*, in "Bol. da Fac. de Dir.", cit., vol. XXXIII, págs. 187 e segs.

(3) Pela reforma de 1772, ficaram a existir oito cadeiras na Faculdade de Leis e sete cadeiras na Faculdade de Cânones, além da cadeira de direito natural, comum a ambas as Faculdades (Estatutos, liv. II, tit. 2, cap. 5 — na reed., cit., págs. 287 e segs.). Havia cinco lições diárias, todas com a duração de uma hora: três de manhã e duas de tarde. As lições da manhã, de 1 de Outubro à véspera do

Muito revolucionários se apresentaram, na verdade, o novo método e a nova orientação do ensino. Determinou-se a adopção do método que se designava de "sintético-demonstrativo-compendiário"⁽¹⁾, inspirado principalmente no sistema das Universidades alemãs. Com as palavras sucessivas que integram essa trilogia procurou-se marcar uma clara orientação: impunha-se fornecer aos estudantes um conspecto geral de cada disciplina, através de definições e da sistematização das matérias, seguindo uma linha de progressiva complexidade; passar-se-ia de umas proposições ou conclusões às outras só depois do esclarecimento científico das premissas e como sua dedução; tudo isto acompanhado de manuais adequados, inclusive sujeitos a aprovação oficial. De acordo com o método analítico, até então seguido, o lente não raro ocupava o ano inteiro no comentário de uma lei ou de um título do direito romano ou do direito canónico, levando a exegese às derradeiras minúcias⁽²⁾. Atribuía-se-lhe, agora, a missão de organizar a sua docência de modo a que abrangesse toda a matéria do programa, com o objectivo de os estudantes alcançarem uma visão de conjunto e cientificamente ordenada de cada uma das disciplinas.

Aquele antigo método sobreviveu apenas em duas cadeiras do fim do curso, para aprendizagem da interpretação e execução das

Domingo de Ramos, eram das oito às onze horas, e, depois da Páscoa, das sete às dez horas. Da parte da tarde, em cada um desses períodos, as lições tinham lugar, respectivamente, das "duas" às "quatro" e das "tres" às "sinco" horas (Estatutos, liv. II, tit. 2, cap. 6 — na reed., cit., pág. 289). Desapareceram as designações anteriores ligadas às horas canónicas. A formatura em Leis ou Cânones foi reduzida para cinco anos e aos estudantes aprovados no 4.º ano conferia-se o grau de bacharel. Os bacharéis formados que aspirassem aos graus de licenciado e de doutor tinham ainda um 6.º ano de "repetição", ao cabo do qual se submetiam aos "actos grandes" (conclusões magnas e exame privado) (Estatutos, liv. II, tit. 2, cap. 1 — na reed., cit., págs. 276 e segs.). Em contraposição, os "actos pequenos" eram os exames que se faziam no fim de cada ano. Sobre estes vários aspectos nos Estatutos Velhos, ver, *supra*, págs. 332 e segs.

(1) "Methodo Synthetico-Demonstrativo-Compendiario" (Estatutos, liv. II, tit. 3, cap. 1, §§ 18 e segs., em especial §§ 22 e 23 — na reed., cit., págs. 303 e segs.).

(2) Ver, *supra*, págs. 333 e segs.

leis. Porém, tal análise dos textos deveria ser antecedida de noções gerais de hermenêutica jurídica e relativas à aplicação das normas aos casos ocorrentes.

Traçou-se minuciosamente o programa das várias cadeiras e impôs-se aos professores a escola de jurisprudência considerada preferível. Assim, no tocante aos direitos romano e canónico, o tradicional método escolástico ou bartolista foi substituído pelas diretrizes histórico-críticas ou cujacianas. Mas, por outro lado, tendo em vista a aplicação do direito romano a título subsidiário, que a Lei da Boa Razão determinara pouco tempo antes⁽¹⁾, consagravam-se os princípios da corrente do “*usus modernus pandectarum*”, sob influência da literatura jurídica alemã⁽²⁾.

Uma aspiração da reforma consistiu em os professores organizarem compêndios “breves, claros e bem ordenados”⁽³⁾, que substituíssem as tradicionais *postilas* — ou seja, os apontamentos manuscritos que circulavam entre os estudantes, reproduzindo grosseiramente as prelecções das aulas. Enquanto se aguardava a sua elaboração, seguir-se-iam as correspondentes obras estrangeiras, que não escasseavam, sobretudo, na Alemanha e Itália. Mas a utilização provisória desses livros acabou por se ir prolongando em face do inêxito do plano dos compêndios portugueses.

Num balanço global, tem de reconhecer-se que as modificações pombalinas testemunham um esforço consciente com vista a introduzir no ensino português certas modernidades que faziam carreira além-fronteiras. A apreciação de conjunto é manifestamente positiva: o plano dos nossos estudos jurídicos não destoava dos da Europa culta. Contudo, apesar da substituição do corpo docente a que se procedeu e dos cuidados que o próprio Marquês de Pombal e o reitor Francisco de Lemos⁽⁴⁾ dispensaram aos pri-

⁽¹⁾ Ver, *supra*, págs. 357 e segs.

⁽²⁾ Ver, *supra*, págs. 348 e segs.

⁽³⁾ Estatutos, liv. II, tit. 3, cap. 1, § 20 (na reed., cit., pág. 304).

⁽⁴⁾ Oferece interesse a exposição de FRANCISCO DE LEMOS, *Relação Geral do Estado da Universidade (1777)*, Coimbra, 1980. Destinou-se a ser presente a D. Maria I, tendo-a publicado pela primeira vez Teófilo Braga, em 1894.

meiros passos da execução dos Estatutos, deve concluir-se que os progressos do ensino jurídico estiveram longe de corresponder aos desejos dos reformadores.

A breve trecho, surgiram críticas ao sistema vigente e novos projectos. Merecem realce, nesse capítulo, os nomes de António Ribeiro dos Santos e Ricardo Raimundo Nogueira, respectivamente, lentes de Cânones e de Leis⁽¹⁾. As críticas, todavia, não abalaram o prestígio dos Estatutos Pombalinos, que se manteriam sem modificações essenciais até 1836⁽²⁾.

Apenas são dignas de nota as providências complementares promulgadas, logo pelos começos do século XIX, a respeito do recrutamento do corpo docente⁽³⁾ e do plano de estudos⁽⁴⁾. A organização do ensino jurídico continuou a basear-se na reforma josefina. Verificou-se, porém, uma importante alteração que contrariava a primazia que subsistira quanto ao direito romano e ao direito canónico.

Efectivamente, devido às modificações de 1805, o direito português passou a abranger duas cadeiras sintéticas e uma analítica. Além disso, criou-se uma cadeira independente de prática judicial e ficaram a existir duas cátedras de direito natural, sendo a segunda delas dedicada ao estudo autónomo do direito público universal e das gentes. Todas essas disciplinas eram comuns às Faculdades de Leis e de Cânones, que, portanto, apenas se separavam relativa-

⁽¹⁾ Ribeiro dos Santos qualificava a obra educativa de Pombal de “edifício ruinoso”, porquanto, além de outras faltas graves, “o amor das Letras e génio literário não presidiram à sua reformação” (Mss. da Biblioteca Nacional, vol. 130, fl. 205, *apud* THEOPHILO BRAGA, *Historia da Universidade de Coimbra*, tomo III, (1700 a 1800), Lisboa, 1898, pág. 571, e M. H. DA ROCHA PEREIRA, *Ecos da Reforma Pombalina na Poesia Setecentista*, in “Bracara Augusta”, cit., vol. XXVIII, págs. 313 e segs., designadamente pág. 324.

⁽²⁾ Ver PAULO MEREÁ, *O ensino do direito em Portugal de 1805 a 1836*, in “Jurisconsultos Portugueses do Século XIX” (Direcção e colaboração de JOSÉ PINTO LOUREIRO), vol. I, Lisboa, 1947, págs. 149 e segs.

⁽³⁾ Alvará de 1 de Dezembro de 1804.

⁽⁴⁾ Alvará de 16 de Janeiro de 1805.

mente ao ensino desenvolvido do direito romano e do direito canónico. Alcançaram-se, aliás, apreciáveis melhorias no próprio ensino romanístico e canonístico.

61. Literatura jurídica

Fez-se uma síntese do que a época do jusracionalismo trouxe em matéria de ciência e estudo do direito, assim como se indicaram as suas correntes inspiradoras. Complementa a exposição uma breve análise da subsequente literatura jurídica, a qual se relaciona, não só com o ensino universitário, mas também com a prática forense⁽¹⁾.

O mais destacado executor das novas orientações foi Pascoal José de Mello Freire dos Reis, que já referimos ao tratar da criação da ciência da história do direito português⁽²⁾. A sua obra, no entanto, ultrapassa de longe o âmbito historiográfico-jurídico.

Observou-se o empenho que os poderes públicos puseram na elaboração de compêndios para o ensino universitário. Todavia, apesar das sucessivas insistências e de os lentes comissionados se haverem lançado ao trabalho, apenas os manuais de Mello Freire vieram a ser oficialmente aprovados. Formam eles um tríptico respeitante: à história do direito pátrio; às instituições do direito pátrio, abrangendo quatro livros, que tratam do direito público, sob múltiplos aspectos (liv. I), do direito das pessoas, em que se inclui o direito da família (liv. II), do direito das coisas, abrangendo o direito sucessório (liv. III), e das obrigações e acções (liv. IV); e às instituições de direito criminal, que, dada a especificidade da matéria, se encararam autonomamente⁽³⁾.

⁽¹⁾ Sobre esta época, ver MARIO REIS MARQUES, *Elementos para uma aproximação do estudo do "usus modernus pandectarum" em Portugal*, in "Bol. da Fac. de Dir.", cit., vol. LVIII, tomo II, págs. 801 e segs.

⁽²⁾ Cfr., *supra*, pág. 47

⁽³⁾ O mencionado tríptico de MELLO FREIRE abrange, com efeito, a *Historiae Iuris Civilis Lusitani Liber Singularis*, Lisboa, 1788, as *Institutiones Iuris Civilis Lusitani, cum Publici tum Privati*, Lisboa, 1789/1793 (liv. I — 1789; livs. II e III — 1791; liv.

A *Historia* significa como que uma introdução às *Institutiones*. E estas condensam, nos seus cinco livros, correspondentes a outros tantos volumes, todo o direito português do tempo, quer público, quer privado. Quanto ao último, adopta-se o plano clássico, usado nas instituições romanas, da divisão em pessoas, coisas e acções. Pela primeira vez o nosso sistema jurídico foi exposto de uma forma sistemática.

Tais compêndios representam o núcleo fundamental da obra de Mello Freire. Da sua restante produção científica, destaca-se a referente à participação que teve na tentativa de reforma das Ordenações realizada nos fins do século XVIII e que adiante se analisará⁽¹⁾.

Mello Freire identificou-se com a corrente do "uso moderno". Revela-se um perfeito conhecedor da bibliografia estrangeira mais expressiva. Talvez a dispersão das matérias versadas prejudique, algumas vezes, a profundidade com que aprecia os temas. Não se discute, todavia, que foi um jurista de excepcional envergadura. Só por si marca uma época. Atribui-se-lhe a posição de precursor do nosso direito penal moderno, fazendo-se eco do pensamento iluminista e humanitário⁽²⁾, posto que a legislação de Pombal aderisse

IV — 1793), e as *Institutiones Iuris Criminalis Lusitani*, Lisboa, 1794. Pertenceu à Real Academia das Ciências de Lisboa a iniciativa de promover a 1.ª ed. da *Historia* e das *Institutiones* (sessões de 13 de Março e de 10 de Novembro de 1788). Já se indicou que existe tradução para português dessas obras redigidas em latim (ver, *supra*, nota 3 da pág. 47). Os vários compêndios receberam aprovação para as cadeiras correspondentes. As *Institutiones* através de Aviso Régio de 7 de Maio de 1805 e largo tempo assim se manteriam. A vinculação de Mello Freire a posições do Despotismo Esclarecido fez com que a sua obra acabasse por ser posta no *Índice dos Livros Proibidos*, em 7 de Janeiro de 1836.

⁽¹⁾ Ver, *infra*, págs. 372 e segs.

⁽²⁾ Não falta quem o compare aos grandes reformadores, como Montesquieu, Voltaire, Beccaria ou Christian Thomasius (cfr. HANS-HEINRICH JESCHECK, *Principes et solutions de la politique criminelle dans la réforme allemande et portugaise*, in "Estudos 'in memoriam' do Prof. Doutor José Bezeza dos Santos", vol. I, Coimbra, 1966, págs. 436 e segs.). Quanto ao problema básico do direito de punir, Mello Freire, sob influência manifesta do pensamento da época, deriva-o da ideia de contrato ou pacto social. Neste contexto, sequaz de Grócio e Wolff,