

ANTÓNIO MANUEL HESPANHA

RAZÕES DE DECIDIR NA DOCTRINA PORTUGUESA E
BRASILEIRA DO SÉCULO XIX.
UM ENSAIO DE ANÁLISE DE CONTEÚDO

Embora indirectamente, o tema enunciado tem sido recorrente em estudos de história do direito do sec. XIX, surgindo a propósito do quadro das fontes de direito ⁽¹⁾, das influências dos novos códigos europeus do início do século ⁽²⁾, da influência francesa ou alemã na doutrina jurídica de língua portuguesa ⁽³⁾.

Por via de regra, a abordagem tem sido a de colher dos próprios autores da época a imagem que eles têm acerca das fontes jurídicas que utilizavam; alguns deles são razoavelmente explícitos a

⁽¹⁾ V., por todos, NUNO ESPINOSA GOMES DA SILVA, *História do direito português*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 200, 392 ss. 429 ss.. Também: ANTÓNIO M. HESPANHA, “Um poder um pouco mais que simbólico. Juristas e legisladores em luta pelo poder de dizer o direito”, em RICARDO MARCELO FONSECA e AIRTON C. LEITE SEELAENDER (coords.), *História do direito em perspectiva, Do Antigo Regime à modernidade*, Curitiba, Juruá, 2008, 143-202. Já me referi a este tema em *Guiando a mão invisível. Direitos, Estado e lei no constitucionalismo monárquico português*, Coimbra, Almedina, 1994. Para Espanha, as inovadoras questões levantadas por Carlos Garriga e Marta Lorente, em *Cádiz, 1812. La constitución jurisdiccional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2007 (retomando textos anteriores); ver aí, também, o “Epílogo”, de Bartolomé Clavero. Para o Brasil: além de um texto provisório, recente e meritório, de Marcelo Dalmás Torelly (disponível, sob reserva, na Internet), (síntese em <http://www.sbpcnet.org.br/livro/58ra/SENIOR/RESUMOS/resumo-353.html>), Arnaldo Wald, “A obra de Teixeira de Freitas e o Direito Latino-Americano”. Brasília: Revista de Informação Legislativa, a. 41 n. 163 jul./set. 2004 (também em <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewFile/22188/21752>, em 26-08-2009).

⁽²⁾ V. MÁRIO REIS MARQUES, *Codificação e paradigma da modernidade*, Coimbra, 2003, *maxime*, 413 ss.

⁽³⁾ MÁRIO REIS MARQUES, “Références françaises et allemandes dans la formation du droit administratif portugais”, *Jahrbuch f. europ. Verwaltungsgeschichte* 2(1999).

este respeito, falando da sua percepção do que acontecia, eventualmente contraposto ao que entendiam dever acontecer ⁽⁴⁾.

É justamente esta percepção subjectiva que deve ser hoje controlada por processos que, com todos os défices que possam ter, nos informem sobre o que os próprios textos, eles mesmos, nos transmitem. Um destes métodos é o da análise de conteúdo que, tomando o próprio texto e prescindindo das intenções dos autores ou dos enviesamentos da leitura, extrai a informação bruta que o texto nos pode dar ⁽⁵⁾.

A análise de conteúdo, a par de vantagens evidentes, tem também, limitações, tanto maiores quando mais simples forem os métodos utilizados ⁽⁶⁾. A simples contagem ou frequência de palavras é, naturalmente, muito menos informativa e muito mais sujeita a equívocos, do que a contextualização de palavras-chave, a análise da co-ocorrência destas ou a análise da ocorrência combinada de uma série de características textuais (*textual clusters*). Nestas modalidades mais sofisticadas da análise de conteúdo podemos aspirar a reconstruir estruturas — semânticas e conceptuais — complexas de textos.

(4) Dois exemplos: ROCHA, MANUEL ANTÓNIO COELHO *Instituições de Direito civil português: para uso dos seus discípulos*, Coimbra, Impr. Universidade, 1844 (ed. util. 1852); LOUREIRO, LOURENÇO TRIGO DE, *Instituições de Direito Civil Brasileiro (4ª ed.)*. Reimpressão fac-similada em 2002, 2 vols., R. L. Garnier. Rio de Janeiro, 1871; 1ª ed. 1851).

(5) Sobre content analysis; clássicos: KLAUS KRIPPENDORF, *Content Analysis: An Introduction to Its Methodology*, Sage, Thousand Oaks (CA) 2004, 2ª ed.; KLAUS MERTEN, *Inhaltsanalyse: Einführung in Theorie, Methode und Praxis*, Westdeutscher Verlag, Opladen, 1995, 2ª ed.; Cornelia Züll, / Peter.P. Mohler, (Hrsg.), *Textanalyse. Anwendungen der computerunterstützten Inhaltsanalyse*, Westdeutscher Verlag (aplicações computacionais); Ritsert Jürgen, *Inhaltsanalyse und Ideologiekritik. Ein Versuch über kritische Sozialforschung*, Frankfurt am Main 1972. Além dos artigos da Wikipedia (alemão e inglês), que são bons, Mark A. Hal & Ronald F. Wright, “Systematic Content Analysis of Judicial Opinions” (<http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract-id=913336>, paper apresentado à 1st Annual Conference on Empirical Legal Studies Paper; sobre esta linha de estudos jurídicos, v. *Empirical Legal Studies. www.elsblog.org Bringing Methods to Our Madness - http://www.elsblog.org/the-empirical-legal-studi/*); “Discourse analysis on line (revista on line) <http://extra.shu.ac.uk/daol/index.html>. Revisão de software disponível: <http://cmap.ihmc.us/download/dlp-CmapTools.php?myPlat=Win.>; <http://onlineqda.hud.ac.uk/Which-software/what-packages-are-available/index.php>; <http://academic.csuobio.edu/kneuen-dorf/content/>.

(6) MARK A. HAL & RONALD F. WRIGHT, “Systematic Content Analysis of Judicial Opinions” (<http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract-id=913336>, cit.).

Paradoxalmente, não foram correntes, durante muito tempo, análises deste tipo aplicadas a textos jurídicos. Hoje, em alguns países, estão na moda. Porque progrediram com a necessidade de encontrar algoritmos eficientes de busca da informação relevante em corpos textuais massivos, porque eram adequadas à despistagem do sentido do direito judicial nos países em que este tem uma importância decisiva (como nos EUA) e, finalmente, porque correspondem a uma reacção contra o realismo jurídico norte-americano, centrado na análise dos factores subjectivos que pré-formariam o processo de decisão, descuidando a estrutura da componente textual da decisão (7).

Note-se que os processos dogmáticos tradicionais (nomeadamente, a interpretação) têm um parentesco mais ou menos estreito com a análise de conteúdo, sobretudo se se basearem nos elementos objectivados ou textuais.

No domínio da história do direito, a análise de conteúdo tem sido muito raramente aplicada (8) (9). Neste caso, ela representa uma forma alternativa de, com as limitações adiante indicadas, avaliar duas questões.

A primeira tem sido frequentemente abordada, como se disse: é a questão de saber qual era o direito efectivamente aplicado, em Portugal, depois da promulgação das primeiras constituições, mas antes da promulgação do código que verdadeiramente contou, o Código Civil. Responder a esta primeira questão obrigará a ter em conta diversos níveis de aplicação. Por ora, limitamo-nos a sondar a doutrina; em relação à qual é mais fácil estabelecer um corpo textual de análise, ainda que com limitações.

(7) Também a sua estrutura axiológica (que, frequentemente, se pode ler numa análise de conteúdo adequada): RITSERT JÜRGEN, *Inhaltsanalyse und Ideologiekritik. Ein Versuch über kritische Sozialforschung*, Frankfurt am Main 1972.

(8) V. balanço recente em MARK A. HALL & RONALD F. WRIGHT, "Systematic Content Analysis of Judicial Opinions", em <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract-id=913336> (12.08.2009). Fiz um ensaio, bastante rústico, em ANTÓNIO M. HESPAÑHA, "Forma e valores nos Estatutos Pombalinos", *Vértice*, 347 (1972): 927-941.

(9) Na história geral, em contrapartida, o seu uso tem-se tornado mais corrente: W. NORMAN GUSTAFSON, "Content Analysis in the History Class", *Social Studies*, Vol. 89 (1998). Ex.: GILBERT SHAPIRO and JOHN MARKOFF, *Revolutionary Demands: A Content Analysis of the Cahiers de Doléances of 1789*, Stanford University Press, 1998.

Fazer o mesmo para a jurisprudência torna-se mais difícil. Haverá, desde logo, que distinguir vários níveis ⁽¹⁰⁾, sectores jurisdicionais ⁽¹¹⁾, tipos de acções e temas de litígio. Pois o direito aplicado não tinha, seguramente, uma estrutura uniforme para todas estas categorias. O mesmo se passando, de resto com a doutrina. Mas a principal dificuldade é a de obter corpos textuais adequados. Ou seja, basicamente, constituídos aleatoriamente. Se existem repertórios dos acórdãos do STJ para o período de 1837 a 1868 ⁽¹²⁾ — que não informam sobre a fundamentação das decisões, não existem publicações sistemáticas dos acórdãos ⁽¹³⁾. A *Gazeta dos tribunais*, aparecida em 1841 ⁽¹⁴⁾, publica alguns acórdãos, de acordo com a escolha dos editores, o que já prejudica o carácter aleatório da amostra. A *Collecção dos accordaos que contêm materia legislativa proferidos pelo Supremo Tribunal de Justiça desde a epocha da sua instalação* ⁽¹⁵⁾, 3 vols., deve o seu bizarro título ao facto de ser uma colecção de recursos de revista, que os compiladores, simplificando à maneira francesa, interpretavam como sendo os que julgavam a conformidade ou não com a lei ⁽¹⁶⁾. A *A jurisprudência dos tribunais em*

⁽¹⁰⁾ Tribunais de 1ª instância (leigos e letrados), tribunais de recurso (Relações) e tribunais de revista (Supremo Tribunal de Justiça).

⁽¹¹⁾ Tribunais comuns (no cível e/ou no crime), tribunais administrativos, tribunais fiscais, também com as suas instâncias.

⁽¹²⁾ FRANCISCO ANTÓNIO DA VEIGA, *Repertorio dos accordãos do Supremo Tribunal de Justiça desde a sua instituição até à publicação do Código Civil Portuguez*, 1 vols. (Coimbra, Imprensa Litteraria, 1869). Eventualmente (em menos de 2% dos casos), indica os lugares em que os acórdãos estão publicados nos *Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça* (v. nota seguinte) ou na gazeta oficial (normalmente, *Diario do Governo*). Há também, *Dicionário do Supremo Tribunal de Justiça, acordãos de 1867 a 1933*, por Francisco Mascarenhas Gentil [Lisboa, Tip. Imp. Lucas, [1933] (BN - S.C. 11911/9 V.).

⁽¹³⁾ *Collecção dos accordaos que contêm materia legislativa proferidos pelo Supremo Tribunal de Justiça desde a epocha da sua instalação / por A. X. de Barros Corte Real, J. M. Cardoso Castello Branco*. Lisboa, Imprensa Nacional, 1859 (BN - S.C. 1851-3 V.), que deve ser a revista a que se refere o *Dicionário [...]*, referido na nota anterior; *Accordãos do Supremo Tribunal de Justiça: 2a serie, que contém os accordãos de 1847 a 1862, inclusivé*. Porto, Impr. Popular de J. L. de Sousa, 1866 (BN - S.C. 11369//7 P); *Colecção oficial dos acordãos doutriniais do Supremo Tribunal de Justiça*, [Lisboa], 1900-1940 [BN - SC 11369-77 (BN - P.P. 18423 V)]; Sinopse da legislação da Republica portuguesa e dos acordãos doutriniais do Supremo Tribunal de Justiça; com a publicação destes na integra / Gregorio d'Azevedo. Lisboa: Imprensa Lucas. 1928. (C. M. Tondela - Biblioteca Tomás Ribeiro, 34 POR).

⁽¹⁴⁾ ANTÓNIO MARIA RIBEIRO DA COSTA HOLTREMAN, 1812-1890, ed. lit.; Gil, António, 1802-1879, ed. lit., *Gazeta dos tribunais*, Lisboa, Typ. da Gazeta dos Tribunais, 1841.

⁽¹⁵⁾ Dir. por A. X. de Barros Corte Real, J. M. Cardoso Castello Branco, 3 vols., Lisboa, Imprensa Nacional, 1859, BN S.C. 1851-3 V..

⁽¹⁶⁾ Não era assim, segundo a legislação portuguesa que criara ou regulamentara o STJ: v. A. M. HESPAHIA, "Nas origens do STJ em Portugal. Governo da lei ou

ultima instância, de João M. Pacheco Teixeira Rebello ⁽¹⁷⁾ parece que publica os acórdãos sistematicamente; mas cai fora do período que nos interessa. De resto, como as restantes, omite a data da propositura da acção, da interposição de recurso, o que prejudica a disponibilidade de indicadores importantes.

Mesmo em relação à doutrina tivemos, neste primeiro ensaio, que sondar o tema de estudo de uma forma ainda bastante limitada, cujas linhas são as seguintes:

a) Seleccionámos poucas obras, das que nos pareceram mais adequadas a este tipo de análise. Basicamente, dois manuais civilistas de referência a partir do meado do séc. XIX ⁽¹⁸⁾ —, cujo estudo foi complementado com a sondagem de algumas outras obras que podiam constituir, a vários propósitos, bons termos de comparação ⁽¹⁹⁾.

b) Escolhemos, de todo o corpo do direito civil, núcleos de questões diversamente significativos. Um — as obrigações —, pelo seu grande fechamento dogmático, que o tornaria muito mais sensível a mudanças internas à prática discursiva ⁽²⁰⁾ do que às alterações da conjuntura, política ou social, extra-discursiva. Outros — primeiro, a personalidade-capacidade-aspectos pessoais das relações familiares; depois, o direito das coisas, na sua parte geral, a propriedade perfeita e a posse. Estes últimos temas, em contrapartida, provavelmente bastante sensíveis à instauração de uma ordem político social fundada em valores e vectores jurídicos muito pouco familiares com o direito do Antigo Regime — a igualdade, a desvinculação do património, a valorização da propriedade absoluta e a desvalorização da posse.

c) Feitas estas opções, seguimos o método mais simples, atendendo a que, não podendo ainda contar com textos num

governo dos juízes?”, *Themis. Revista da Faculdade Direito da UNL* (a publicar, 2009/2010).

⁽¹⁷⁾ COIMBRA, Imp. Académica, 1894-1909, BN S.C. 15151-58 P..

⁽¹⁸⁾ Os do português Manuel António Coelho da Rocha e do (luso-)brasileiro Lourenço Trigo Loureiro (v. detalhes adiante).

⁽¹⁹⁾ *As Institutiones iuris civilis Lusitani*, DE PASCOAL DE MELO, e o *Digesto PortuguesePortuguês*, de José Homem Correia Telles (v. detalhes adiante).

⁽²⁰⁾ Alteração dos autores de referência, mudanças na língua de escrita (v.g., do latim para o alemão), disponibilidade dos livros, sistema de comunicação “científica” no domínio do direito.

formato que permita o seu tratamento automático pelos programas de análise de conteúdo, quase todo o trabalho de contagem teve que ser feito manualmente.

d) Contámos as fontes citadas *a propósito* de cada opinião defendida. Isto quer dizer que, em rigor, o resultado não será uma constelação de razões de decidir, pois nem sempre (embora, quase sempre ...) as “autoridades” são citadas em abono da solução que se adopta. Por vezes, citam-se autoridades rejeitadas, ou mesmo (tratando-se de leis) revogadas; ou apoios para soluções divergentes igualmente possíveis, na opinião do autor. O resultado, exprimindo bastante aproximadamente o universo dos fundamentos das doutrinas acolhidas, revela mais concretamente o “universo de referência do autor”, ou seja, o arquivo textual *tido em conta*.

e) Tratando-se de um processo que se baseia na mera contagem de citações ⁽²¹⁾, prescindiu-se do contexto destas: se as fontes citadas eram aceites, se não o eram, se eram objecto de alguma cadeia interpretativa ou argumentativa ou se apareciam como puros apoios textuais; se desempenhavam o papel de princípios muito genéricos, capazes de fundamentar todo um capítulo, ou se valiam apenas para uma proposição isolada. Esta é, seguramente, uma limitação grande, embora dependa do estilo dos textos. Se estes, como acontece com os que escolhemos, são pouco “sistemáticos”, atomizando as “unidades dogmáticas” e apontando para cada uma os seus fundamentos “locais”, o método seguido é menos arriscado do que se se tratasse de obras com uma forte estrutura sistemática ⁽²²⁾, organizadas segundo o modelo de árvore de conceitos, em que os de nível inferior herdariam os fundamentos dos de nível superior ⁽²³⁾.

f) Também estes fundamentos, ou “autoridades”, tiveram que levar algum tratamento, designadamente o de categorização, que

⁽²¹⁾ A unidade de citação é cada ocorrência de uma citação explícita no texto; ou seja, todas as citações explícitas foram contadas. Em texto ou em notas. Mesmo quando, com alguma proximidade, se reiterava uma citação já feita, a propósito de uma proposição relacionada com a anterior.

⁽²²⁾ Como acontecerá lá para o fim do século, por exemplo com o clássico Guilherme Moreira: GUILHERME ALVES MOREIRA, *Instituições do direito civil português*, 2 vols., Coimbra, Imprensa da Universidade, 1907, S.C. 7467 V..

⁽²³⁾ Existem técnicas de análise de conteúdo que permitem lidar com textos deste tipo, revelando a sua estrutura.

permitisse agrupá-los em grupos entre si significativamente distintos, do ponto de vista que interessava à pesquisa. Assim, distinguimos:

— Usos: indicado por expressões como “é uso”, “está em uso” (24);

— Direito comum: direito romano (esmagadoramente do *Corpus iuris civilis*), direito canónico (esmagadoramente, do *Corpus iuris canonici*; mas, em matéria de casamento, alguns decretos de Trento)

— *Ordenações filipinas* (25);

— Legislação extravagante portuguesa pré-constitucional;

— Assentos portugueses pré-constitucionais;

— Legislação estrangeira de Antigo Regime;

— Jurisprudência ou estilos (mas não assentos) portugueses de Antigo Regime;

— Jurisprudência ou estilos estrangeiros de Antigo Regime;

— Jurisprudência ou estilos portugueses pós-constitucionais;

— Jurisprudência ou estilos brasileiros pós-constitucionais;

— Legislação portuguesa pós-constitucional;

— Legislação brasileira pós-constitucional;

— Legislação estrangeira pós-constitucional: destacando os novos códigos;

— Doutrina portuguesa pré-pombalina;

— Doutrina estrangeira pré-revolucionária;

— Doutrina portuguesa pós-pombalina (i.e., a partir de Melo Freire, inclusive): esta opção permitiu agrupar na mesma categoria textos que continuamente dialogam: as *Institutiones iuris civilis*, de Pascoal de Melo Freire; as *Notas a Melo*, de Manuel de Almeida e Sousa (Lobão); as obras de José Joaquim Pereira e Sousa, nomeadamente as suas *Primeiras* (e *Segundas*) *Linhas de Processo Civil*; e algumas outras obras escritas nos finais do sec. XVIII ou nas duas décadas antes da revolução de 1820;

— Doutrina estrangeira de Antigo Regime: realmente, a doutrina estrangeira anterior às grandes codificações, quase toda ela, nos textos analisados, coincidente com os grandes tratadistas e sumistas

(24) Por via de regra, não foram consideradas citações de autoridades descritas como “estando/tendo caído em desuso”, bem como “estando revogadas”.

(25) Mas não as Afonsinas ou Manuelinas, concordantes, quando apareciam citadas.

do *usus modernus*, muitos dos quais, como Johannes Voet (1647-1713), Samuel Stryck (1640-1710) ou Justus Henning Boehmer (1674-1749), na Holanda e na Alemanha, ou, em França, Robert-Joseph Pothier (1699-1772) anteciparam — neste último caso quase literalmente — as soluções dos ulteriores códigos da Prússia (ALR: *Allgemeines Landrecht f. den preussischen Staaten*) e da França (*Code Civil des Français*, *Code Napoléon*).

Resta recapitular as hipóteses a testar.

Em que medida representou o constitucionalismo, em Portugal e no Brasil, uma ruptura da tradição doutrinal do direito, pelo menos naquilo que então era o cerne da dogmática jurídica — a civilística?

Em que medida as autoridades doutrinárias pré-constitucionais se mantiveram, senão como fundamentos da decisão doutrinal, pelo menos como elementos do arquivo textual dos civilistas oitocentistas?

Se admitirmos que, nestas autoridades de Antigo Regime, umas representam o direito doutrinal praticado na Península e suas colónias — a chamada “praxística” — e outras a doutrina mais internacionalizada e mais modernizada do *usus modernus* centro-europeu do direito comum, antecipando já as codificações que haveriam de surgir, qual o peso relativo destes dois conjuntos nas obras estudadas?

Há elementos que apontem para uma divergência sensível, quanto aos seus quadros de referências doutrinárias, entre os saberes jurídicos português e brasileiro?

Na doutrina portuguesa civilística portuguesa da primeira metade de oitocentos, o estudo das citações pode sugerir a existência de “escolas”?

Seria insensato supor que, com o nível incipiente de análise realizado, estas perguntas pudessem ser cabalmente respondidas. Na melhor das hipóteses, elas fornecerão sugestões. É isso que veremos de seguida.

Como se explicou, neste primeiro ensaio de estudo quantitativo do horizonte normativo dos juristas oitocentistas, utilizámos apenas amostras limitadas, procurando combinar nelas um leque de matérias de direito civil previsivelmente diversas quanto ao arquivo textual de referência. Os temas seleccionados foram:

— a capacidade, matéria em que o regime constitucional trouxe alterações, pois este era um dos pontos em que tinham impacto os novos princípios da igualdade perante a lei, mesmo que imperfeitamente aplicados;

— o casamento e relações familiares de natureza pessoal, em que a regulamentação canónica mantinha um grande peso e em que o direito legislado só ganha relevo muito mais tarde;

— as coisas, o domínio (ou propriedade) e a posse ⁽²⁶⁾, e a parte geral das obrigações, matéria de genealogia mais compósita: a classificação das coisas era fundamentalmente romanista e doutrinal, embora pontualmente afinada por normas legislativas; a propriedade, permanecendo muito dependente de esquemas doutrinários romanistas, foi afectada pelo constitucionalismo, dado o seu alegado “individualismo possessivo” e consequentes reformas institucionais a que ele conduziria (desamortização, desvinculação, desfavor das formas imperfeitas de propriedade).

— A parte geral das obrigações, quase integralmente dependente de fontes romanistas e doutrinárias, embora o liv. IV das *Ord. Fil.*, a propósito de alguns contratos, pudesse aportar um ou outro contributo e as reformas judiciárias do sec. XIX, ou os novos Códigos Comerciais pudessem afectar o regime tradicional.

Escolhidos os temas, escolhemos os textos.

— Um primeiro texto, serve como padrão da literatura jurídica dos fins do Antigo Regime, em ruptura com o discurso jurídico tradicional — agora substituído pelo do *usus modernus pandectarum* ⁽²⁷⁾ — foi uma amostra das *Institutiones Juris Civilis Lusi-*

(26) Bibliografia sobre o ambiente jurídico filosófico do direito privado português do liberalismo: MONCADA (1949), LUÍS CABRAL DE, “Origens do moderno direito português. Época do individualismo filosófico e crítico”, *Estudos de história do direito*, 55-178, COIMBRA, Acta Universitatis Conimbrigensis, 1949; GUILHERME BRAGA DA CRUZ, “Formação histórica do moderno direito privado português brasileiro, BRAGA, *Scientia juridica*, 4(1954), 314-351; MÁRIO J. ALMEIDA e COSTA, “Enquadramento histórico do Código Civil”, *Bol. Fac. Dir. Coimbra*, 37(1961), 138-160; FRANCISCO JOSÉ VELOSO, “Na iminência de um novo Código Civil português. Orientações filosóficas do Código de 1867 e do actual projecto”, *Brotéria*, 83(1966), 145-174; MAXIMINO JOSÉ DE MORAIS CORREIA e MANUEL AUGUSTO DOMINGUES DE ANDRADE, “Em Memória do Visconde de Seabra”, *Bol. Fac. Dir. Coimbra*, 28, 1952, p. 270-301.

(27) WIEACKER, FRANZ. *História do Direito Privado Moderno*. Trad. de A.M. HESPAÑHA. Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1980. Helmut Coing, *Europäisches*

tani ⁽²⁸⁾, de Pascoal (José) de Melo (Freire dos Reis) ⁽²⁹⁾, um clássico da doutrina jurídica setecentista, tido como exemplar até meados do século seguinte. O trecho analisado foi o comentário às Obrigações (Liv. IV, tít. 1-5), contendo 541 citações.

— Um segundo texto, serve como padrão da literatura jurídica dos do primeiro constitucionalismo. É a obra *Digesto portuguez ou Tratado dos direitos e obrigações civis, accommodados às leis e costumes da Nação portuguesa, para servir de subsídio ao novo código civil*, de José Homem Correia Teles (1780-1849) ⁽³⁰⁾, que se diz ter sido

Privatrecht: Älteres Gemeines Recht (1500-1800), I, p. 4 ss.; PHILIP J. THOMAS, “Usus modernus pandectarum. A spurious transplant”, *Revue internationale des droits de l'Antiquité*, 3ème série XLVII (2000): 483-496. Para os vários juristas, Michael Stolleis (ed.), *Juristen*, München: C. H. Beck, 1995.

⁽²⁸⁾ *Institutiones Juris Civilis et Criminalis Lusitani*, na Typ. da Academia Real das Sciencias. 1789. 4.º 5 Tomos. - Dividem-se em cinco livros: 1.º *De Jure publico*. - 2.º *De Jure personarum*. - 3.º *De Jure rerum*. - 4.º *De Obligationibus et Actionibus*. - 5.º *De Jure criminali*. Lisboa, na Typ. da Academia Real das Sciencias, 1789. Foram reeditadas até aos meados do séc. XIX (1852).

⁽²⁹⁾ PASCOAL DE MELO FREIRE (1738-1798), nasceu em Ansião, pequena vila dos arredores de Coimbra e morreu em Lisboa. Doutorou-se na Faculdade de Direito (1757), da qual foi professor, tendo colaborado na reforma pombalina do ensino jurídico e sendo primeiro regente da nova cadeira de Direito Pátrio, para que as *Institutiones* serviam de compêndio. Jubilou-se em 1790. A sua obra foi objecto de um comentário sistemático de um jurista ulterior, mas mais conservador, MANUEL DE ALMEIDA E SOUSA (Lobão): SOUSA, MANUEL DE ALMEIDA e, 1745-1817, *Notas de uso prático e críticas, adições, ilustrações, e remissões sobre todos os títulos e todos os do livro primeiro das Instituições do direito civil lusitano do doutor Paschoal José de Mello Freire*, Lisboa, Na Impressão Régia, 1816, 4 vols..

⁽³⁰⁾ JOSÉ HOMEM CORREIA TELES (1780-1849) nasceu em Santiago de Besteiros, Tondela, na Serra do Caramulo. Licenciou-se em Cânones pela Universidade de Coimbra em 1800 e advogou em Tondela, iniciado pelo seu pai. Desempenhou as funções de Juiz de Fora, na Figueira da Foz. Desembargador da Relação do Porto e sócio honorário da Associação dos Advogados de Lisboa. Foi ainda Superintendente das obras da Barra de Aveiro (1927). Foi Deputado em quatro Legislaturas, a primeira das quais nas CGECNP, em que representou o distrito de Aveiro. Foi autor de um Projecto de Código do Processo Criminal (1840) e, antes, terá participado na elaboração de um projecto de Código Civil (1827/1828). Faleceu em Estarreja e está sepultado em Beduído. Logo em 1824 publica um *Commentario Critico a lei da Boa Razão em data de 8 de agosto de 1769*, Lisboa, Tip. de M.P. de Lacerda, 1824. A sua obra principal, de grande erudita e muito reputada, é o *Digesto portuguez ou tratado dos direitos e obrigações civis, accommodado às leis e costumes da Nação Portugueza para servir de subsidio ao novo código civil*, Imp. da Universidade, 1835, embora escrita, provavelmente, na

escrita em 1826, mas apenas publicada em 1835 ⁽³¹⁾. Também se trata de um texto tido como exemplar, cujo objectivo foi o de estabelecer um cânone doutrinal, numa época em que a síntese de Pascoal de Melo ⁽³²⁾, se ia tornando obsoleta, pela implantação do constitucionalismo e, sobretudo, pelo aparecimento de prestigiados códigos na Prússia, na França e na Áustria ⁽³³⁾, bem pelo o surgir de

segunda metade da década de vinte. Sobre ele, Viriato Sertório de Faria Blanc, Elogio histórico do Doutor José Homem Correia Teles, Lisboa, Typ. da Silva, 1849.

⁽³¹⁾ Coimbra, Imprensa da Universidade.

⁽³²⁾ Há ainda uma outra síntese, deixada inacabada pela prisão e ulterior falecimento do autor: a de Manuel Borges Carneiro, Direito civil de Portugal (<http://purl.pt/705> <http://purl.pt/705>; Biblioteca Digital da Faculdade Direito da UNL: <http://www.fd.unl.pt>). Por isso não foi, para já utilizada. Manuel Borges Carneiro (1774-1833) nasceu em Resende Alto-Douro, e falecida no forte de Cascais. Matriculou-se na Universidade de Coimbra em 1791, tendo-se formado em Cânones em 1800. Foi juiz de fora em Viana do Alentejo (1803-1809). Com as invasões francesas, foi preso por conspirador. Provedor da comarca de Leiria (1812), secretário da Junta do Código Penal militar (1817), desembargador supranumerário da Relação (1820), onde se comprometeu com a revolução de 1820, juntamente com outros juristas ilustres, como Manuel Fernandes Tomás e José Ferreira Borges. Foi deputado às Cortes Gerais e Constituintes por Lisboa, alinhando na ala mais radical do vintismo. Depois do golpe de Estado promovido pelo partido absolutista, Borges Carneiro propôs uma declaração de protesto, aprovada pelo Congresso. Foi demitido do cargo de desembargador da Relação do Porto (1823), que lhe foi, porém, restituído, depois da subida ao trono de D. Pedro IV (1826), e novamente eleito deputado. Em 1827 foi nomeado desembargador ordinário da Casa da Suplicação, começando a publicação do *Direito Civil Português*, de que saíram 3 volumes, de 1826 a 1828. Com o regresso dos absolutistas ao poder, foi de novo preso e demitido do lugar de desembargador (1828). Morreu de *cólera morbus*, cativo, em Cascais, para onde foi transferido da Torre de S. Julião da Barra. Os seus restos mortais encontram-se no cemitério ocidental, desde 1879. V. *Diário de Notícias* de 23 e 24.06.1879; *Occidente*, de 1879, vol. II, diferentes páginas (biografia e retrato de Borges Carneiro); *Gazeta dos Tribunaes*, 24.01. 1842. O *Direito civil de Portugal, contendo tres livros: 1.º das pessoas; 2.º das cousas; 3.º das obrigações e acções*, tomos I, II e III, foi publicado em Lisboa, 1826 a 1828. O tomo IV só se publicou depois da morte do autor, em 1840. A obra ficou, ainda assim, incompleta, faltando-lhe a parte referente às obrigações e às acções. A sua última edição é de 1867.

⁽³³⁾ Além de outros de menor impacto, como o da Holanda (1838), o da Polónia e o da Sardenha (1838). Na Polónia, então dividida, vigorou o *Code civil*, inicialmente, no Principado de Varsóvia, criado por Napoleão e extinto pelo Congresso de Viena (1807-1815). Na parte russa (Reino Polaco), também vigorou o mesmo Código, remodelado levemente em 1810. Em 1825, foi substituído pelo Código Civil de Reino Polaco. Deve ser a este que Correia Telles e Coelho da Rocha se referem. Agradeço a Profª Anna Labno (Faculdade de Direito, Katowice) estes esclarecimentos.

uma doutrina anotativa (ou exegética). O autor era tido justamente como um bom e erudito jurista, embora com orientações de política do direito (e, mesmo, orientações políticas gerais) que não são as mesmas do outro grande jurista da época, Manuel António Coelho da Rocha. Como se verá, isto acaba por se notar na análise do seu universo de referências normativas. O seu caráter exemplar levou-nos a preferi-los a outros civilistas também muito lidos na época, como Manuel de Almeida e Sousa (Lobão) ⁽³⁴⁾ e Manuel Borges

⁽³⁴⁾ MANUEL DE ALMEIDA e SOUSA (1744 - 1817), nasceu em Vouzela, (Viseu), na Beira, filho de um boticário. Entrou para a Universidade de Coimbra em 1756, Graduando-se em cânones em 1762; antes, portanto, da grande reforma dos estudos jurídicos de 1772. Dedicou a sua vida à advocacia, numa pequena terra do concelho de Tondela (Viseu, Bera Alta), Lobão, topónimo que se incorporou no seu nome e porque veio a ser mais comumente conhecido, estagiando com um prestigiado local, que o apoiou nos seus inícios, Aí casou e chefou uma família patriarcal, que, na segunda e terceira geração, forneceu dois conselheiros do Supremo Tribunal de Justiça. Ganhou fama como do Mosteiro de Santa Cruz, sobre o seu privilégio de isenção do ordinário, e como autor de uma obra de referência sobre uma matéria da maior importância prática morgadios (*Tratado pratico de morgados*, Lisboa, Imp. Regia, 1814., 1807, 1814 [2ª ed. aumentada]); a que se seguiu uma outra obra de êxito sobre a complexa e quotidiana matéria da enfiteuse (*Tractado pratico, e critico de todo o direito emphyteutico, conforme a legislação, e costumes deste reino e o uso actual das nações*, Lisboa, Impressão Régia, 1814; *Appendice diplomatico-historico ao tractado pratico do direito emphyteutico*. Lisboa, mp. Regia, 1814) e mais de 10000 páginas de outros escritos jurídicos, alguns de grande divulgação no meio forense. Para o público académico, porém, a sua obra prima são os comentários que escreveu, com um sensível pendor crítico, às *Institutiones iuris civilis*, em que, acolhendo embora muitas das soluções do professor de Coimbra, lhe opõe frequentemente as fontes doutrinárias tradicionais ou, pelo menos, as cita como antecedentes das doutrinas mais modernas. O seu estilo é tradicionalista, pouco elegante, nem sempre claro e carregado de citações. Mas, como haveria de escrever Coelho da Rocha, “as suas obras para o uso do foro suprem uma livraria”. Dele escreveu Alexandre Herculano: “Houve na Beira um letrado de curta inteligência e nenhuma filosofia, chamado por alcunha o Lobão. Tinham-no adivinhado por instinto os bernardos e os cruzios. Era o seu advogado. Este homem escreveu nas primeiras décadas deste século, em ódio da gramática e da língua, uma pilha de volumes refertos de erudições gravíssimas, pesadíssimas, pedantíssimas, onde o pró e o contra das opiniões dos jurisconsultos se acham acumulados por tal arte, que a leitura dessas dezenas de *in quartos* é o meio mais seguro de se não saber qual é o verdadeiro direito na maior parte das matérias jurídicas. São os livros de Lobão tesouro precioso, mina inesgotável de alegações eternas e contraditórias, para advogados medíocres. Como o mestre de meninos de Atenas que emendava Homero, o causídico beirão engenhou três grossos volumes a endireitar as torturas do ilustre Melo Freire. Com que delícias não castiga ele

Carneiro ⁽³⁵⁾). Do primeiro, a obra que poderia ser aproveitada eram as suas *Notas a Melo* ⁽³⁶⁾, que tinham a desvantagem de, justamente

às vezes a ignorância desse pobre homem de génio! Era naqueles volumes que estava escrita a minha sentença condenatória. Sem o saber, eu tinha o Lobão contra mim.”, *Estudos sobre o casamento civil*. 1866, 186-187. JOSÉ PINTO LOUREIRO, *O jurisconsulto Manuel de Almeida e Sousa*, Coimbra 1942, Separata do Bol. da Faculdade de Direito de Coimbra, 18(1942), sep. 93 pp.; JOAQUIM DE ALMEIDA NOVAIS e SOUSA, *Índice geral das obras de Manuel de Almeida e Sousa Lobão*, Lisboa, Impressão Régia, 1829; LUÍS GUILHERME PERES FURTADO GALVÃO, *Directorio para presto se achar nos vinte livros das obras do Jurisconsulto, Sousa de Lobão, a explicação, ilustração, e combinação de todos os títulos e das ordenações do reino*, Lisboa, Imprensa Nacional, 1836; “Biographia, Manuel de Almeida e Sousa de Lobão”, *Panorama*, 1843, pp. 282-383; INOCÊNCIO FRANCISCO DA SILVA, *Diccionario bibliographico portuguez: estudos de Innocêncio Francisco da Silva applicáveis a Portugal e ao Brazil*; Imprensa Nacional, 1858 ss.; ALBANO CHAVES, “Descendência do Jurisconsulto Manuel d’Almeida e Sousa (o Lobão)”, *Beira Alta*, 13, Fasc. 1 e 2(2004, 1.º e 2.º trim.), 69-111; ANTÓNIO GOMES DA ROCHA MADAHIL, O privilégio do isento de Santa Cruz de Coimbra, Coimbra Editora, 1940; ARLINDO CORREIA, *Manuel de Almeida e Sousa, de Lobão, e outros Jurisconsultos de antes do Código Civil (1744 - 1817)*, em <http://www.arlindo-correia.com/020806.html>.

⁽³⁵⁾ MANUEL BORGES CARNEIRO (1774-1833). Nasceu em Resende Alto-Douro, e faleceu, preso pelos absolutistas, no forte de Cascais. Matriculou-se na Universidade de Coimbra em 1791, tendo-se formado em Cânones em 1800. Foi juiz de fora em Viana do Alentejo (1803-1809). Com as invasões francesas, foi preso por conspirador. Provedor da comarca de Leiria (1812), secretário da Junta do Código Penal militar (1817), desembargador supranumerário da Relação (1820), onde se comprometeu com a revolução de 1820, juntamente com outros juristas ilustres, como Manuel Fernandes Tomás e José Ferreira Borges. Foi deputado às Cortes Gerais e Constituintes por Lisboa, alinhando na ala mais radical do vintismo. Depois do golpe de Estado promovido pelo partido absolutista, Borges Carneiro propôs uma declaração de protesto, aprovada pelo Congresso. Foi demitido do cargo de desembargador da Relação do Porto (1823), que lhe foi, porém, restituído, depois da subida ao trono de D. Pedro IV (1826), e novamente eleito deputado. Em 1827 foi nomeado desembargador ordinário da Casa da Suplicação, começando a publicação do *Direito Civil Português*, de que saíram 3 volumes, de 1826 a 1828. Com o regresso dos absolutistas ao poder, foi de novo preso e demitido do lugar de desembargador (1828). Morreu de *cólera morbus*, cativo, em Cascais, para onde foi transferido da Torre de S. Julião da Barra. Os seus restos mortais encontram-se no cemitério ocidental, desde 1879. V. *Diário de Notícias* de 23 e 24.06.1879; *Occidente*, de 1879, vol. II, diferentes páginas (biografia e retrato de Borges Carneiro); *Gazeta dos Tribunaes*, 24.01.1842. O *Direito civil de Portugal, contendo tres livros: 1.º das pessoas; 2.º das cousas; 3.º das obrigações e acções*, tomos I, II e III, foi publicado em Lisboa, 1826 a 1828. O tomo IV só se publicou depois da morte do autor, em 1840. A obra ficou, ainda assim, incompleta, faltando-lhe a parte referente às obrigações e às acções. A sua última edição é de 1867.

por serem um comentário às *Institutiones iuris ciivilis* de Pascoal de Melo, poderem apresentar um corpus textual “dependente”, atraído pelo arquivo de autoridades do autor comentado. A obra mais importante do segundo é o seu livro *Direito civil de Portugal*, 1826-1828; mas está incompleto, faltando-lhe precisamente uma parte que tomámos, nos outros textos, como amostra — as obrigações. O corpus textual é constituído por capítulos cobrindo as matérias das obrigações, propriedade e posse, pelas razões já indicadas ⁽³⁷⁾. A amostra contém 2050 referências.

Os terceiro e quarto textos são aqueles em que se irá ensaiar uma comparação entre juristas coetâneos de Portugal e do Brasil. Para Portugal, Manuel António Coelho da Rocha e, para o Brasil, Lourenço Trigo Loureiro. O primeiro, da autoria de um dos professores de direito de Coimbra comprometido com o novo regime, Manuel António Coelho da Rocha ⁽³⁸⁾, foi o manual *Instituições de*

⁽³⁶⁾ *Notas de uso prático e críticas [...] Instituições do direito civil lusitano do doutor Pascoal José de Mello Freire*, Lisboa, Na Impressão Régia, 1816, 4 vols..

⁽³⁷⁾ 01, 001, Dos direitos e obrigações em geral; 01, 003, Dos direitos e obrigações pessoais e reais; 01, 004, Dos direitos e obrigações condicionais; 01, 005, Dos direitos obrigações modais ou causais; 01.006, Dos direitos e obrigações alternativas; 01, 007, Dos direitos e obrigações solidárias; 01, 008, Dos direitos e obrigações indivisíveis; 01, 009, Das obrigações de dar, fazer e não fazer; 01, 010, Direitos e obrigações derivadas dos contratos; 01, 011, Direitos e obrigações acessórias; 01, 013, Direitos e obrigações resultantes da posse; 01, 014, Direitos e obrigações resultantes da propriedade; 01, 15, Das provas dos direitos e obrigações; 01, 016, Cessaçao dos direitos e obrigações.

⁽³⁸⁾ MANUEL ANTÓNIO COELHO DA ROCHA (1793-1850) nasceu em Covelas, freguesia de S. Miguel do Mato (Arouca, Aveiro), na Beira Litoral. Em Outubro de 1811, matriculou-se nas duas Faculdades de Leis e de Cânones, graduando-se como bacharel canonista em 1815 e legista em 1816. Doutorou-se em 1818. Foi ordenado sacerdote em 1820. Em 1822 entra como professor para a Faculdade de Leis. O seu liberalismo leva à sua expulsão da Universidade de Coimbra, juntamente com outros catorze professores e cerca de três dezenas de estudantes, em 1823. Volta a Covelas de 1828 a 1834, onde advogou e exerceu funções sacerdotais. Com a vitória do liberalismo, em 1834, retoma o seu lugar de professor em Coimbra — juntamente com colegas juristas como Basílio Alberto de Sousa Pinto —, leccionando História do Direito (1834-1837) e de Direito Civil Português. Em 1835, um ano após a extinção das Ordens Religiosas, compra a igreja e o convento de Stº António dos Olivais, em Coimbra. Foi deputado na legislatura de 1836. Publicou as *Instituições de Direito Civil*, como manual da cadeira que regia (1844), obra que se tornou numa referência até ao Código Civil de 1867. Com Vicente Ferrer, Pais da Silva e Sousa Magalhães, integrou uma das Comissões de revisão do anteprojecto do Código Civil. Bibl.: Henrique de Brito Câmara, Manuel Augusto Domingues de Andrade e Guilherme Braga

Direito Civil (1841, com edições até 1867), a obra de referência no ensino universitário, até à promulgação do Código Civil (1867), quando, no ensino do direito civil, este passou a ser utilizado, directamente ou em edições anotadas ⁽³⁹⁾, como livro de texto ⁽⁴⁰⁾. A amostra escolhida correspondeu aos seus capítulos sobre capacidade, casamento e relações pessoais familiares, coisas, propriedade, posse e obrigações ⁽⁴¹⁾, em que se encontraram 1306 referências. O texto brasileiro tomado como base de análise foi Lourenço Trigo Loureiro ⁽⁴²⁾, *Instituições de Direito Civil brasileiro* (1ª ed. 1851), tidas como a primeira exposição sistemática do direito civil brasileiro. Pouco posteriores (1865) são as *Instituições de Direito Civil Brasileiro. Parte geral* ⁽⁴³⁾, de Antônio Joaquim Ribas ⁽⁴⁴⁾ (1820-?),

da Cruz, “Centenário da morte de Manuel António Coelho da Rocha”, *Boletim da Fac. Direito da Univ. Coimbra*, 26 (1950), p. 275-301.

⁽³⁹⁾ Sobretudo a DE JOSÉ DIAS FERREIRA, também professor de Coimbra, *Código civil português. Anotado*, Lisboa, Imprensa nacional, 1870-1976, 5 vols.. Tem edições até 1894, pelo menos.

⁽⁴⁰⁾ O que acontece até aos inícios do sec. XX.

⁽⁴¹⁾ COELHO DA ROCHA, *Instituições [...]* (Capacidade [§§ 55-75; pp. 34-49] e família, I, §§ 198-230; coisas, modos de adquirir [excepto heranças], posse e domínio [perfeito] §§ 400-423; pp. 317-335; § 433-453; pp. 341-357; actos jurídicos e obrigações em geral, I, 04.

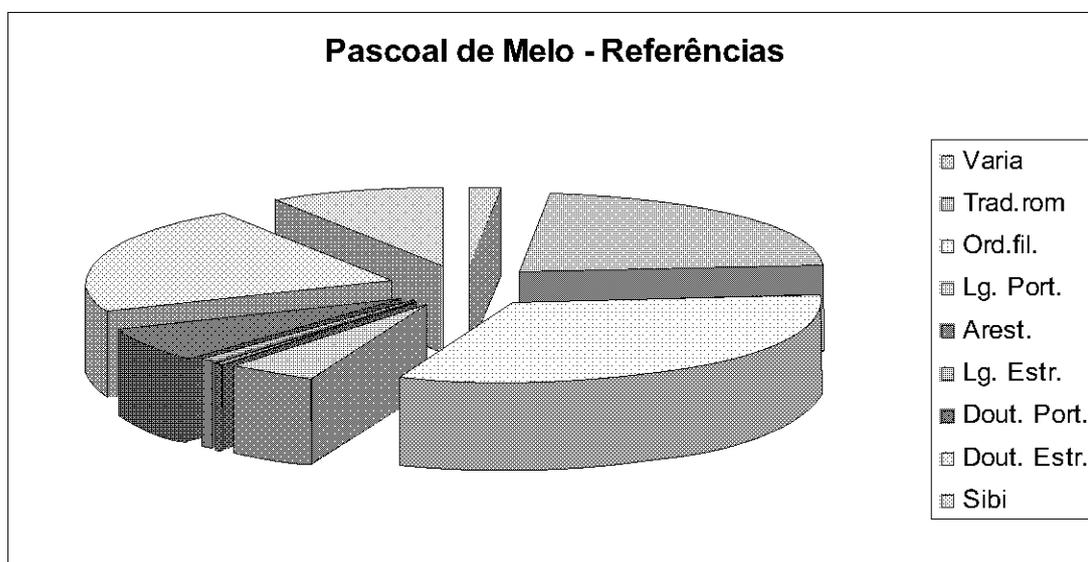
⁽⁴²⁾ LOURENÇO TRIGO DE LOUREIRO (1793-1870), nasceu em Viseu, iniciou os estudos de Direito em Coimbra; foi para o Brasil aquando das invasões francesas. Retomou os estudos jurídicos em Olinda, onde se graduou em 1832, doutorando-se em 1833 e seguiu a carreira docente na sua escola, onde se tornou catedrático em 1852. As suas *Instituições de Direito Civil brasileiro* (1ª ed. 1851) são a primeira exposição sistemática do direito civil brasileiro. Segundo as avaliações disponíveis, usa as Ordenações Filipinas (1603), particularmente o seu livro dedicado ao direito civil (Liv IV), legislação extravagantes, assentos da Casa da Suplicação, os usos e costumes, direito romano, a doutrina portuguesa e estrangeira, e as leis das “nações cultas e civilizadas”. As *Instituições [...]*, precederam a Consolidação das Leis Civis, de Teixeira de Freitas (1858). Foi Presidente da Assembleia Legislativa de Pernambuco (1864) (www.alepe.pe.gov.br/paginas/?id=3542). O seu filho, Ovídio Fernandes Trigo de Loureiro, também juriconsulto (Faculdade de Direito de São Paulo, 31.12.1848) foi Ministro do Supremo Tribunal de Justiça (1890) e do Supremo Tribunal Federal (1890), Procurador-Geral da República (1894) (v. <http://www.stf.jus.br/portal/ministro/verMinistro.asp?periodo=stf&id=363>; 23.08.2009). Fonte principal desta nota: Paulo Távora, “Loureiro, Lourenço Trigo de. *Instituições de Direito Civil Brasileiro*. Ed. fac-sim. Brasília, Senado Federal, Conselho Editorial: Superior Tribunal de Justiça, 2004, 2 vols.” em <http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/cej/article/view/805/987>; 23.08.2009.

⁽⁴³⁾ 2 vols., Typ. Universal de Laemmert. Rio de Janeiro, 1865.

professor da Faculdade de Direito de São Paulo desde 1840; apesar de se tratar de uma obra muito interessante pelo arquivo de referências que mobiliza, obedece a uma organização que dificulta o confronto, para além de que só se publicou aquilo que o autor designou como “Parte geral”. Das *Instituições* [...], de Lourenço Loureiro escolhemos uma amostra cobrindo os temas: capacidade (classes de pessoas), família (excepto regime de bens e *restitutiones in integrum* ⁽⁴⁵⁾), Lourenço Loureiro, Instituições — Obrigações. 1679 referências.

Em síntese, na amostra textual das *Instituições* de Pascoal de Melo, o quadro de referências de autoridades é o seguinte:

Nº Refs.	Varias (⁴⁶) (%)	<i>Ius comm.</i>	Ord. fil.	Legisl. Extravag.	Doutrina port. AR	Doutrina estr. AR	Doutrina moderna. portug.	Doutrina moderna estrang.	Soma %
541	2	22	33	5	7	22	9 (⁴⁷)	0	100
(valores em percentagens)									



⁽⁴⁴⁾ Formado pela Faculdade de Direito de São Paulo (1840), ingressa aí como professor de história, economia política, direito administrativo, direito público, direito civil e direito eclesiástico. Foi deputado provincial em várias legislaturas, desde 1849; mudou-se para o Rio de Janeiro, onde passou a exercer a advocacia.

⁽⁴⁵⁾ Que trata a propósito da *restitutio in integrum ob aetatem*.

⁽⁴⁶⁾ Obras de literatura clássica, basicamente.

⁽⁴⁷⁾ Referências para a sua própria obra, noutros dos seus passos.

Quanto aos equilíbrios entre fontes legais e fontes doutriniais, Pascoal de Melo cita a lei (*Ord. Fil.* ou legislação extravagante) em 38% dos casos, enquanto que se abona em fontes doutriniais em 60% dos casos, se considerarmos que o direito romano ou canónico devem ser consideradas, na tradição jurídica medieval e moderna, como fontes doutriniais. Não por serem ou não doutrina no direito romano originário, mas por estarem integradas numa elaboração doutrinal que valia como a fonte da sua autoridade. Na expressão da época, o direito romano (e o direito canónico nos tribunais civis) valia não *ratione imperii sed imperio rationis*. Ou seja, a amostra das *Institutiones* de Melo confirma o amplo espaço deixado pela Lei da Boa Razão ao direito doutrinal, apesar do “legalismo” que nela aparece como motivo dominante ⁽⁴⁸⁾.

Vale a pena aprofundar um pouco mais a composição destas referências doutriniais, para se perceber o seu sentido, num outro diapasão.

Apenas 22 % delas correspondem a textos dos *Corpus Júris Civilis* ou *Canonici*.

Os restante 38% dividem-se entre referências à praxística portuguesa (7%) ⁽⁴⁹⁾ e a poucos representantes da doutrina estran-

⁽⁴⁸⁾ Como tenho defendido; cf. ANTÓNIO MANUEL HESPANHIA, *Guiando a mão invisível* [...], cit., 32 ss.; *Hércules confundido* [...], cit., 38 ss.

⁽⁴⁹⁾ Entre parêntese, número de citações e percentagem em relação ao total das citações deste tipode literatura): JORGE CABEDO (15?? - ca. 1603), *Practicarum observationum sive Decisionum supremi Lusitaniae Senatus. Pars Prima*, Ulyssipone, apud GEORGIUM RODRIGUES, 1602; *Secunda Pars*, apud Petrum Craesbeeck, 1604 (6,17%); MANUEL BARBOSA 1546-1629), *Remissiones doctorum de officiis publicis, jurisdictione, et ordine judiciario in librum primum, secundum, et tertium Ordinationum Regiarum Lusitanorum, cum concordantijs utriusque juris, legum partitarum, ordinamenti, ac novae recopilationis Hispanorum, Accessere Castigationes et additamenta ad Remissiones libri quarti, & quinti Ordin. Reg. [...]*, Ulyssipone, typis Petri Craesbeeck, 1620 (5,14%); Domingos A. Portugal (? - 1677), *Tractatus de [donationibus jurium & honorum regiae coronae]*, 2 vols., Ulyssipone, 1673-1675. (5,14%); BENTO GIL (15??-1623), *Directorium Advocatorum et de Privilegiis eorum Autore Benedicto Aegidio Lusitano Pacensi, in suprema Lusitaniae Supplicatione causarum Advocato, ad illustrem et generosum, D.D. Vincentium Nogueiram Ecclesia Metropolitana Olyssipponensis Caoinicum, Summi Pontificis in utraque signatura Referendarium, Sacra Caesarea Majestatis Consiliarium, apud Catholicum Majestatem Regium in summa ordine, Equitem et Senatorem; Leopoldi Austriae Archiducis Cubicularium*. Olyssipone, Apud Petrum Craesbeeck Regium typographum 1630 (5,14%); MELCHIOR FEBO (15??-1632), *[Melchior Phaebus] Decisiones*

geira tardo-medieval e e do início da época moderna (c. de 3%)⁽⁵⁰⁾. Neste grupo, os textos mais usados são os que, genericamente, recolhem a prática dos altos tribunais portugueses: As *Decisiones* da Casa da Suplicação, compiladas e comentadas por Jorge Cabedo (1602-1604); as *Remissiones doctorum* às Ordenações, de Manuel Barbosa (1620); o canónico tratado de Domingos A. Portugal sobre as doações de bens da coroa, uma espécie de suma do direito hoje dito público, mas com importância, também, em matéria de doações em geral (*Tractatus de donationibus jurium & honorum regiae corone* (1673-1675); uma obra de tipo enciclopédico de Bento Gil, o *Directorium Advocatorum* (1630); e as *Decisiones Senatus Regni Lusitaniae*, de Melchior Febo (1619), que tinha a particularidade de incluir uma boa e praticamente única colecção de Arestos da Casa

Senatus Regni Lusitaniae: in quibus multa, quae in controversiam quotidie vocantur, gravissimo illustrium senatorum iudicio deciduntur, Lisbonæ, 1619 (4,11%); FRANCISCO DE CALDAS PEREIRA (1543-1597), *Tractatus de emptione, et venditione. Tum pragmaticis cum gymnastis admodum utilis, ac necessarius diuque ab utrisque exoptatus nunc primum post auctoris obitum in lucem prodit*, Conimbricæ, ex officina Nicolai Carvalho, expensis Michaelis de Sande bibliopolæ, 1617, octavo kalendas Junij 1616 (3,9%); ÁLVARO VALASCO (1543-1597), *Quaestionum iuris emphyteutici liber primus seu prima pars; reperientur in initio summa quaestionum capita & in fine materiarum locupletissimus index*. Olisipone, [s.n.], 1569 (ult^a 1731); Id., *Consultationum ac rerum iudicatarum in Regno Lusitaniae [...] Cum indice consultationum in initio & materiarum locupletissimo indice in fine*. Olyssipone, excudebat Emmanuel de Lira, Sebastiani de Carvalho bibliopolæ expensis, 1588-1601 (ult^a 1730) (2,6%); MANUEL DA COSTA (1512-1562), *Ambiguitates juris (?)* (1, 3%); MANUEL MENDES DE CASTRO (15??-16??), *Practica lusitana, advocatis, iudicibus, utroque foro quotidie versantibus, admodum utilis et necessaria ... cum ducentis et quadraginta novissimis Senatus decisionibus. Et centum contra cautellis. Item et nonnullis animaduersionibus ad bonu publicum iustitiae concernentibus. Et allijs utilissimis. Ordinationum declarationibus / auctore Emanuele Mendes à Castro*. Olyssipone, apud Georgium Rodericum, 1619. (1, 3%); MANUEL ÁLVARES PEGAS (1635-1696), *Emmanuelis Alvarez Pegas [...] Commentaria ad ordinationes Regni Portugalliae [...]*, Ulyssipone, Ex Typographia Ioannis a Costa, [Ex Typographia Michaelis Deslandes, sumptibus Antonii Leyte Pereyra], 1669-[1759], 12+3 vols. (1,3%); Aires Pinhel (ca. 1512-1562?), ?? (1,3%); MIGUEL REINOSO, *Observationes practicae in quibus multa quae in controversiam in forensibus indiciis adducuntur, faelici stylo pertractantur / Michaele de Reinoso; ed. lit. Ludovici de Reinoso*, Olyssipone, Petri Craesbeeck, 1625 (1,3%).

⁽⁵⁰⁾ Sobre a presença e as relações inter-textuais da doutrina portuguesa em bibliotecas de desembargadores do séc. XVIII, v. o inovador artigo de Nuno Camarinhas, “Bibliotecas de magistrados - Portugal, século XVIII”, em <http://www.neps.ics-uninbo.pt/aphes28/papers/Nuno%20Camarinhas.pdf>; 25.08.2009.

da Suplicação. Algo em comum há, como se disse, entre estes autores: são todos eles comentadores do direito reinícola, na interpretação que lhe era dada pelo tribunal supremo de justiça do reino (a Casa da Suplicação). Como esta interpretação era muito apoiada nos textos de direito comum, estes textos faziam, portanto, a ponte entre a tradição textual do direito comum tardo medieval e a prática dos altos tribunais da monarquia no início da época moderna. Na verdade, não fora o seu fechamento ao racionalismo e ao individualismo, quase que se poderia dizer que este corpo de referências realizava, em Portugal (como em Espanha), a mesma função que o *usus modernus pandectarum* estava a realizar, quase contemporaneamente, no centro da Europa.

A doutrina europeia perfaz 30% do total das citações — ou cerca de 80% das referências directas a obras doutrinárias. Porém, não é um qualquer conjunto de autoridades da tradição jurídica medieval e moderna. Não. O grosso das citações provêm dos autores mais emblemáticos das várias correntes modernizantes da jurisprudência centro- ou norte-europeia dos sécs. XVII e XVIII ⁽⁵¹⁾: desde

(51) Eis a lista dos mais citados (entre parênteses, o número e percentagem das citações, no conjunto de todas as citações de juristas estrangeiros): SAMUEL STRYCK (1640-1710), *Usus modernus pandectarum*, 1690, in 4 (14,12%); CHRISTIAN THOMASII (1655-1728), *Dissertationes variae* (14,12%); JUSTUS HENNING BOEHMER (1674-1749), *Ius ecclesiasticum protestantium*, 1714-1737 (9,7%); HEINRICH VON COCEJI (1644-1719), *Disputatio juridica, de jure seminis, quam divini numinis auspicio respondet Autor Johannes Petrus Thiele*, Frankfurt, Zeidler, 1693; *Jus controversum civile. Pars II. Ubi illustriores juris controversiae breviter et succincte deciduntur, difficiliore materiae explicantur, objectiones solide solvuntur, et legum dissensus nova saepe ratione, ubi hactenus satisfactum non videtur, conciliantur*, Frankfurt/Oder, Conrad, 1729 (9,7%); JOHANN SCHILTER (1632-1705), *Exercitationes, sive praxis juris Romani in foro [...] Meditationes ad Pandectas, Leipzig und Wolfenbüttel 1717-1748*, 9,7%); SIMON GROENEWEGEN VAN DER MADE (1613-1652), *Tractatus de legibus abrogatis et inusitatis in Hollandia vicinisque regionibus*, 1649 (5,4%); ULRIC 6 (1838-1694), *Praelectiones in Institutionibus*, 1678; *Eunomia Romana*, 1700 (5,4%); SAMUEL PUFFENDORF (1632-1694), *De iure naturae et gentium libri octo*, 1672. (resumo: *De officio hominis et civis iuxta legem naturalem libri duo*, 1673) (5,4%); ARNOLD VINNIO (1558-1657), *Comentaria ad institutiones*, 1642 (5,4%); WOLFGANG ADAM LAUTERBACH (1618-1678), *Compendium Juris, Brevissimis Verbis, Sed amplissimo sensu & allegationibus, universam fere materiam Juris exhibens*, 1679 (ult^a ed. 1744 (5, 4%); ANTONIO PEREZ (1583-1672), *Praelectiones in duodecim libros Codicis Justiniani Imp. Quibus leges omnes & Authenticae perpetua serie explicantur, mores hodierni inferuntur, & quid sit Iuris Antiqui, Novi, & Novissimi, enodatur, ac*

a “escola elegante” e “histórico-crítica” dos Países Baixos ⁽⁵²⁾, passando pelos “renovadores” holandeses e alemães do direito romano de acordo com o seu “uso moderno” no foro ⁽⁵³⁾, até aos que propunham uma construção sistemática do direito em vigor, dominada por axiomas extraídos da razão natural ⁽⁵⁴⁾. Os mais antigos, mesmo os representantes do humanismo francês ou *mos*

breviter exponitur. Editio nova, ab Auctore recognita & aucta, Summariis Indicibusque locupletata. Amstelodami, Apud Danielelem Elzevirum, 1626, 12 vols., in-4° (4,3%); EVERARD OTTO (1685-1756), *Thesaurus juris romani continens rariora meliorum interpretum opuscula, in quibus jus romanum emendatur, explicatur, illustratur. Itemque classicis aliisque auctoribus haud raro lumen accenditur. Cum praefatione Everardi Ottonis,* Trajecti ad Rhenum, apud Joannem Broaedelet, 1726-1735, 4 vols. (3, 2%); JOHANN GOTTLIEB HEINNECCIUS (1681-1741), *Elementa iuris naturae et gentium*, 1737; *Historia juris civilis Romani ac Germanici*, 1733 (3,2%); GEORG ADAM STRUVE, (1619-1692), *Jurisprudentia romano-germanica forensis*, 1770 (3,2%); JOHANNES BRUNNEMANN (1608-1672), *Commentarius in quinquaginta libros Pandectarum*, 1670 (3,2%); CORNELIS VAN BYNKERSHOEK (1673-1743), *Observationes juris romani*, 1733 (3,2%); LUÍS DE MOLINA (1535-1600), *Tractatus de justitia et de jure*, 6 vols., 1593-1609 (3, 2%); ROBERT JOSEPH POTHIER (1699-1772), *Traité des obligations*, 1761; *Traité des contrats aléatoires, selon les regles, tant du for de la conscience, que du for extérieur*, 1775 (3, 2%). Para dados biográficos de quase todos estes juristas, v. Michael Stolleis (coord.) *Juristen [...]*, cit..

⁽⁵²⁾ Como Antonio Perez, um espanhol professor numa Lovaina aberta ao neo-humanismo e ao “espurgo” do direito romano; Arnold Vinnio, o jurista holandês desta corrente mais editado por toda a Europa, editado em Espanha ainda no sec. XIX, e que também é o mais citado na amostra; Cornelis van Bynkershoek e Ulrik Huber, ambos da então famosa universidade holandesa de Franeker, e ambos fundadores do chamado direito romano-holandês, tal como Simon Groenewegen van der Made, professor em Leiden; Everard Otto, um “histórico-crítico”, que foi professor em Utrecht.

⁽⁵³⁾ Como Johann Schilter ou Johannes Brunnemann, que escreveram sobre a prática do direito romano no foro alemão, sendo o último um reputado cultor do direito eclesiástico reformado; tal como Justus Henning Boehmer, o responsável pela última grande edição do *Corpus iuris canonici*; ou Samuel Stryck ou Heinrich von Cocceji, que combinam a ideia de “uso moderno” com a de um sistema racional de direito; ou Georg Adam Struve, autor da *Syntagma juris civilis*, 1658, considerado como a melhor síntese do direito romano praticado na Alemanha Alemanha (*usus iuris romani in foro germanico*).

⁽⁵⁴⁾ Como Samuel Pufendorf, cujo jusracionalismo, enquadrado pelas ideias de dever e de solidariedade, facilitava o trânsito de um modelo corporativo para um modelo individualista do sistema doutrinal do direito; Christian Thomasius, filósofo tornado jurista, fundador da jurisprudência iluminista alemã; Johann Gottlieb Heineccius, autor de dois famosos compêndios de direito natural, particularmente assimiláveis no mundo católico e, por isso, compêndios em Coimbra, a partir de 1772 e cujo manual de *Institutiones* foi editado 150 vezes durante o sec. XVII e início do XVIII; Robert Joseph

gallicus — o pioneiro Andrea Alciato (1492-1550), o português António Gouvea (Goveanus, ca. 1505-1565?), o grande Jacques Cujas (Cujacius, 1520-1590) ⁽⁵⁵⁾, Hugh Doneau (Donellus, 1527-1591), François Duaren (Duarenus, 1509-1559), mesmo Jean Bodin (Bodinus, 1530 — Laon, 1596) — não são citados na amostra, apesar da insistência que, nos documentos da reforma pombalina dos estudos e na literatura reformista contemporânea ⁽⁵⁶⁾, se faz às orientações humanistas ⁽⁵⁷⁾.

Para além disto, tem ainda que se ter em conta que os textos romano-canónicos citados são, muito provavelmente, também objecto desta leitura modernizante, proposta pelas correntes do “*usus modernus*” e da construção jurídica “elegante” ou “sistemática”.

Há, portanto, balanços a fazer sob dois eixos.

No eixo do legalismo-doutrinarismo, as referências textuais permitem classificar o texto como acentuadamente apoiado num direito doutrinal.

No eixo tradicionalismo-modernismo, a amostra identifica-se, também muito nitidamente, com uma orientação correspondente à doutrina do “uso moderno” e jus-racionalista, cujo impacto, indiciado pela análise das citações, pode ser considerado esmagador, ainda mais se considerarmos que as próprias fontes romanas citadas são interpretadas de acordo com ela.

Passaram-se 50 anos, fornadas novas de juristas saíam da Universidade de Coimbra, com as cabeças feitas pela leitura de Pascoal de Melo (no direito pátrio), de Heinneccius (no direito das gentes e no direito romano), de Van Espen (no direito canónico) e, seguramente, atentos a obras de Vinnius, de Struvius, de Pudfffen-

Pothier, juiz e professor em Orléans, e que, para França, levou a cabo e mesma revisão que os alemães e holandeses faziam da tradição romanista

⁽⁵⁵⁾ É citado uma vez, tal como Hugh de Groot (Grotius, Grócio), um outro famoso, este holandês um tanto mais antigo (1583-1645), mas cuja obra já tinha sido recebida e reelaborada por juristas ulteriores, esses citados.

⁽⁵⁶⁾ Cf. ANTÓNIO BARNABÉ DE ELESANO BARRETO ARAGÃO, *Demetrio moderno* (agora em <http://purl.pt/431/3/>; 26.08.2009), Lisboa, Oficina de Lino da Silva Godinho, 1781.

⁽⁵⁷⁾ NUNO J. ESPINOSA GOMES DA SILVA, *Humanismo e Direito em Portugal no século XVI*, Lisboa, [s.n.], 1964.

dorf, de Thomasius, que ainda hoje se encontram com frequência em bibliotecas e alfarrabistas. No estrangeiro, tinham aparecido códigos na Prússia, na França, na Áustria, na Toscana, na Sardenha, na Holanda e na Bélgica.

E, quanto à maneira de escrever direito, muito tinha mudado, como o velho Lobão já tinha notado quando escrevia: “Reconheço que não me conformarei com o gosto do século, qual é serem as obras sumárias, compendiaras, sem montes de citações, um contexto continuado com notas separadas, etc.. Porém, como sou velho, estou aferrado a este sistema porque: 1°. Os sumistas não dão ciência aos principiantes, e só avivam a lembrança dos sábios; 2°. Penso que nem todos têm ou podem ter uma grande biblioteca, nem ainda como a minha, e por isso lhes faço um aparato de muitas doutrinas e transcrições de alguns mais esquisitos, outras vezes em continuado texto, costume inserir as formais palavras deles, como de autoridade superior à minha [...].” (58).

Foi neste momento, nos meados da década de '30 do sec. XIX, que testámos uma segunda amostra: a do *Digesto* português, de Correia Telles (59). Os resultados, organizados como os da amostra de Pascoal de Melo, com as alterações indispensáveis, foram os seguintes:

Não jur.	Uso	Trad. rom.	Ord. Fil.	Leg. Port. AR	Leg. Estr. AR	Leg. Const. Port.	Leg. Const. Estr.	Doutr. Port. AR	Doutr. Estr. AR	Doutr. Const. Port.	Doutr. Const. Estr. (60)	Total
0	0	820	308	48	3	28	264	209	283	82	12	2050
0%	0%	40%	15%	2%	0%	1%	13%	10%	14%	4%	1%	100%
Pascoal de Melo (para comparação)												
												541
2%	0%	22%	33%	7%	5%			7%	22%	0%	0%	100%

(58) MANUEL DE ALMEIDA e SOUSA (Lobão), *Tratado sobre as execuções*, “Prefácio”, Lisboa, Impr. Regia, 1817.

(59) V., acima, os critérios de construção.

(60) Realmente, francesa.

às Ordenações caem 18%, ao passo que as citações dos novos códigos ganham c. de 13%. Seja como for, trata-se de como que de uma transferência, no seio das referências legislativas, com vantagem para a legislação daquilo a que a Lei da Boa Razão chamava as “nações cultas e civilizadas” em desfavor da mais antiquada e desusada legislação reinícola das *Ordenações*.

Em suma, atenuação forte do legalismo, no conjunto. E, dentro do ainda remanescente, franco acolhimento dos novos códigos — em consonância com o que estava permitido pela Lei da Boa Razão —, que passam a constituir uma autoridade com um peso um pouco superior ao das *Ordenações*.

Quanto à doutrina, ela representa agora 29% em referências directas, mais 40% em referências indirectas, pelo viés da invocação da tradição romanista. No total c. de 70%. Em Pascoal de Melo, pelos mesmos critérios, ela chegava aos 51%. Ou seja, cresceu em c. de 20%. Mas o que cresce espectacularmente não é o que talvez se esperasse, a parte da doutrina constitucionalista — que não representa mais do que 5% do conjunto das citações. É a da doutrina embebida na tradição romanista, cuja invocação quase duplica percentualmente (de 22% para 40%), embora a citação directa da doutrina estrangeira desça, em contrapartida, cerca de um terço (de 22% para 14%).

Da doutrina estrangeira, os mais citados são os juristas centrais do *usus modernus*, tal como em Pascoal de Melo. Mas, acima de todos, o grande inspirador do Code civil, Robert-Joseph Pothier; o qual atrai para um lugar honroso na lista o seu predecessor Jean Domat, um dos principais obreiros das exposições sistemáticas do direito francês, precursor, portanto, de Pothier Pothier e do *Code Civil* ⁽⁶¹⁾. Há, nesta relação entre a tradição doutrinal e os novos

⁽⁶¹⁾ Autores com 4 ou mais citações na amostra (no final, entre parênteses, o número de citações e a sua percentagem em relação a este grupo de referências): Robert Joseph Pothier (1699-1772) (59,22%); Johannes Voet (1647-1713), um clássico do *usus modernus* e da escola “elegante” holandesa (41,15%); Samuel Stryck (1640-1710) (37,14%); Antonio Perez (1583-1672) (17,6%); Justus Henning Boehmer (1674-1749) (13,5%); Arnold Vinnio (1558-1657) (13,5%); Johannes Brunnemann (1608-1672), 9, 3%; Hermann Wesseling (1586-1671), versado em direito canónico, (9,3%); Ulrik Huber (1636-1694) (8,3%); Jean Domat ou Dumat (1625-1696) (7,3%); Guillaume Durand (c. 1230-1296) (4,1%); Kaspar Manz (1606-1677). Escreveu um *Commentarius*

códigos, uma certa homologia de padrões: a continuada referência aos códigos como que atrai para o proscênio a doutrina que lhes estava mais próxima; a força daí confirma a autoridade da prudência jurídica.

A citação da praxística portuguesa sobe um pouco (de 7% para 10%), porque Correia Telles, que era advogado, tem um universo de referências normativas em que o direito praticado no foro estava mais presente. Assim, vêm para o topo as obras mais usadas na prática forense, como os comentários às Ordenações, os repertórios ou as obras sobre temas processuais ⁽⁶²⁾.

ratio-regularis: Institutionum Imperialium / Casparo Manzio, Ingolstadii, Haenlinus, 1645, 4 vols., que ainda se reeditava em 1727 (4, 1%).

⁽⁶²⁾ Obras com mais de cinco referências, ordenadas por frequência decrescente. Entre parênteses, número de citações e percentagem em relação ao total das citações deste tipo de literatura: Manuel Gonçalves da Silva, ?-1748, Ad Pegas, *Commentaria ad Ordinationes Regni Portugalliae [...] continuando scilicet ex libro III & tit. XIII ad perficiendum opus commentariorum ab Emmanuele Alvares Pegas*, Ulyssipone, Typ. Regalibus Sylvianis, 1732, 35, 20%; SILVESTRE GOMES DE MORAIS, (??-??), *Tractatus de Executionibus iustrumentorum et sententiarum*, Conimbricae, apud Ludovicum Secco Ferreyra, 1729-1742, 24, 14%; MANUEL ÁLVARES PEGAS (1635-1696), *Emmanuelis Alvarez Pegas [...] Commentaria ad ordinationes Regni Portugalliae [...]*, Ulyssipone, Ex Typographia Ioannis a Costa, [Ex Typographia Michaelis Deslandes, sumptibus Antonii Leyte Pereyra], 1669-[1759], 12+3 vols. (1,3%), 19,11%; Id., *Consultationum ac rerum iudicatarum in Regno Lusitaniae [...] Cum indice consultationum in initio & materiarum locupletissimo indice in fine*, Olyssipone, excudebat Emmanuel de Lira, Sebastiani de Carvalho bibliopolae expensis, 1588-1601 (ult^a 1730) (2,6%), 15,09%; DIOGO GUERREIRO CAMACHO DE ABOIM, 1661-1709, *De munere iudicis orphanorum: opus in quinque tractatus divisum, quorum primus est De inventario, in quatuor libros distributus... / authore Didaco Guerreyro Camacho de Aboym [...]*, Conimbricae. apud Emmanuelem Rodericum de Almeyda. authoris expensis, 1699; agora em <http://purl.pt/14132> / Id., *Tractatus de recusationibus omnium iudicum, officialiumque. Nunc primum in lucem datus. Authore Didaco Guerreyro Camacho de Aboym*. Ex officina Joannis Antunes. authoris expensis, Conimbricae 1699; agora em <http://purl.pt/14266>, 13,08%; ANTONIO CORDEIRO, 1641-1722, *Resoluções theojuridicas dadas pelo P. Antonio Cordeiro*, Na Officina Antonio Pedroso Galram, 1718-, 09,05%; ANTÓNIO CARDOSO DO AMARAL (16??-17??), *Liber utilissimus iudicibus, et advocatis / compositus ab Antonio Cardoso do Amaral [...]* - Ulyssipone. excudebat Antonius Alvarez, 1610. Agora em <http://purl.pt/13997>, 07, 04%; Pedro Barbosa (15??-1621), *Commentariorum ad interpretationem tituli ff. soluto matrimonio.*, Matriti, apud Ludovicum Sanchez, 1595; Id., *Commentarii ad interpretationem tituli ff. De iudicijs / authore Petro Barbosa Lusitano [...]*; *opera, diligentia, et expensis Petri Barbosa de Luna [...]*, Ulyssipone. Ex officina Petri Crasbeeck, 1613; Id, *Commentarii ad rubricam, et legem, codice De praescriptionibus triginta vel quadraginta*

Quanto à doutrina do período proto-revolucionário ou posterior, a sua invocação é pequena, como se viu (4%). O tradicionalista Lobão reúne mais de metade das citações (51%), dividindo Pascoal de Melo e Pereira e Sousa entre si a outra metade. Dos estrangeiros, raramente citados, são todos comentadores do *Code civil* (Thuiller, Pardessus, Vazeille, Duranton; Dunod, na verdade, é anterior, mas fora *mis à jour* no início do séc. XIX) ⁽⁶³⁾.

Em suma, no plano doutrinal, um claro reforço do impacto da doutrina europeia dos sécs. XVII e XVIII, ainda potenciado pela invocação dos códigos estrangeiros, sobretudo do *Allgemeines Landrecht* prussiano; embora a tradição jurídica francesa, menos o Código do que as suas origens doutrinárias, celebradas por Portalis no *Discours préliminaire* ⁽⁶⁴⁾ e estudadas por André-Jean Arnaud ⁽⁶⁵⁾. A praxística reinícola é objecto de certa recuperação. Submergem, em contrapartida, os grandes tratadistas, e mesmo praxistas, dos finais do sec. XVI e primeira metade do século XVII, que entretanto, se

annorum [...] / authore Petro Barbosa Lusitano [...] ; opera, et diligentia Petri Barbose de Luna [...] cum indice [...], Ulyssipone, Apud Gerardum de Vinea. Expensis Melchioris Pereira bibliopolae, 1627, 06,04%; MANUEL MENDES DE CASTRO (15-16-), *Practica lusitana, advocatis, iudicibus, utroque foro quotidie versantibus, admodum utilis et necessaria [...] cum ducentis et quadraginta novissimis Senatus decisionibus. Et centum contra cautellis. Item et nonnullis animaduersionibus ad bonu publicum iustitiae concernentibus. Et allijs utilissimis. Ordinationum declarationibus / auctore Emanuele Mendes à Castro*. Olyssipone, apud Georgium Rodericum, 1619 (1,3%), 05, 03%.

⁽⁶³⁾ JEAN-MARIE PARDESSUS, 1772-1853, *Cours de droit commercial*, 1813-1817; Touiller, *Le droit civil français, suivant l'ordre du Code*, 1820-1828, 14 vols. (v. anúncio de assinatura num jornal luxemburguês, em <http://www.luxemburgensia.bnl.lu/cgi/getPdf1-2.pl?mode=page&id=25392&option=>; 26.08.2009); F. A. VAZEILLE, *Traité du mariage: de la puissance maritale et de la puissance*, 1825(1), Dunod, Duranton, *Cours de droit français suivant le Code civil*, Paris, 1825-1842; J. B. DE LAPORTE, *Le nouveau Dunod - Francois Ignace Dunod de Charnage (1679-1752) -, ou Traité des prescriptions de ce célèbre auteur, mis en concordance avec la législation actuelle, contenant tout ce qui peut être encore utile de cet excellent ouvrage, auquel on a ajouté toutes les prescriptions introduites par les Codes*, Paris, chez Clament Frères, 1810.

⁽⁶⁴⁾ Texto magnífico sobre a supremacia da *prudentia* do jurista sobre a *voluntas* do legislador, sobretudo porque escrito como preâmbulo a um texto legislativo que se queria fundador [...] (v. <http://classiques.uqac.ca/collection-documents/portalis/discours-1er-code-civil/discours.html>).

⁽⁶⁵⁾ LEMBRO: A. J. ARNAUD, *Les origines doctrinales du Code civil français*, Paris, LGDJ, 1969.

tinham desactualizado ⁽⁶⁶⁾. Do direito contemporâneo, a primazia vai para o mais tradicional, representado por Lobão e Pereira e Sousa, enquanto que Pascoal de Melo é citado apenas no indispensável.

Correia Telles, pelo menos no plano do direito, era um conservador, como mostrara no seu famoso *Commentario critico à lei da boa razão, em data de 18 de Agosto de 1769* ⁽⁶⁷⁾. No seu arquivo entra mal, não apenas a legislação pós revolucionária, como a doutrina a que ela dá origem. Em contrapartida, o uso moderno na prática de Antigo Regime é-lhe familiar e palatável, bem como aqueles códigos que, como o *ALR* prussiano ou mesmo o Code civil francês, representam menos um início do que uma ratificação legislativa da tradição. O recurso à praxística do reino, além de corresponder ao perfil forense do autor, como magistrado, contribui para atenuar os exageros e perigos que ele via no sistema de fontes da Lei da Boa razão e, seguramente ainda mais, na transplantação do seu conteúdo “internacionalista” para um período pós-revolucionário.

Nove anos depois, sai o manual de Direito civil de Manuel António Coelho da Rocha, professor em Coimbra, onde fora reintegrado depois da vitória de D. Pedro IV.

As alterações do direito privado, desde o aparecimento do *Digesto português* não tinham sido grandes. É certo que mudara a Constituição, que agora era de novo a *Carta constitucional*, reposta em 1841, depois da restauração da *Constituição de 1822* (1836-1838) e da efémera vigência da *Constituição de 1838* (1838-1841). Havia um novo *Código Administrativo* (1841), que substituíra o Código setembrista de 1836. Tivera uma meteórica vigência um *Código penal* (1837). Porém, nada disto mexia muito com o direito civil. Mais importantes para as matérias analisadas eram a *Reforma Judiciária* (1832) e o *Código Comercial* (1833). De qualquer modo, uma e outro já existia quando Correia editou a sua obra. É certo que, em

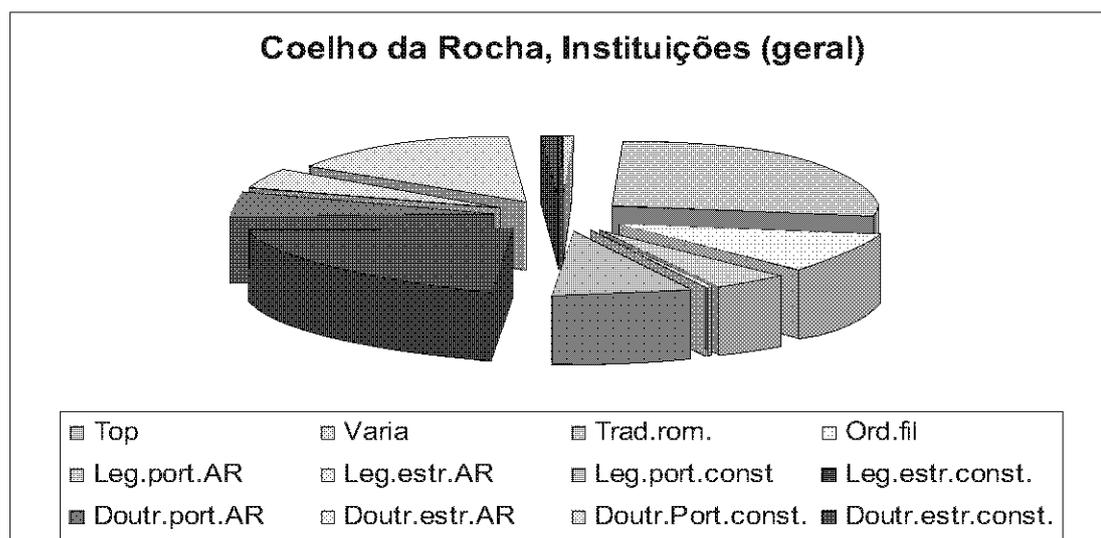
⁽⁶⁶⁾ Jorge Cabedo, Manuel Barbosa, Domingos A. Portugal, Bento Gil, Melchior Febo, Francisco de Caldas Pereira, Álvaro Valasco, Manuel da Costa, Aires Pinhel ou Miguel Reinoso.

⁽⁶⁷⁾ Lisboa, Tip. de M.P. de Lacerda, 1824. Reedita-se até 1865, já nas vésperas da promulgação do Código Civil.

geral, o regime constitucional se estabilizara, o público se acomodara aos novos conceitos e pontos de vista; e isto teria como efeito que o velho direito parecesse cada vez mais longínquo e obsoleto.

Porém, os autores tinham perfis diversos. No aspecto profissional, um era advogado, o outro lente da Universidade. Um tinha-se acomodado a todos os regimes. O outro fora afastado da Universidade pelos absolutistas e repostado nela pelos liberais. Isto, mais do que uma sensível mudança do contexto jurídico, explicará matrizes de referências substancialmente diferentes

Não jur.	Varia	Trad. rom.	Ord. Fil.	Leg. Port. AR	Leg. Estr. AR	Leg. Const. Port.	Leg. Const. Estr.	Doutr. Port. AR	Doutr. Estr. AR	Doutr. Const. Port.	Doutr. Const. Estr. (68)	Total
0	9	356	136	59	3	112	302	79	56	189	13	1314
0%	1%	27%	10%	4%	0%	9%	23%	6%	4%	14%	1%	100%
Correia Telles (para comparação)												
0	0	820	308	48	3	28	264	209	283	82	12	2050
0%	0%	40%	15%	2%	0%	1%	13%	10%	14%	4%	1%	100%
Pascoal de Melo (para comparação)												
												541
2%	0%	22%	33%	7%	5%			7%	22%	0%	0%	100%



Vejamos.

(68) Realmente, francesa.

A legislação de Antigo Regime continua a perder impacto. As suas citações perfazem agora apenas 14% do total (17%, em Correia Telles). As *Ordenações* ainda perdem mais — apenas representam 10% do total, descendo um terço em relação ao valor que tinham em Correia Telles (15%). O mesmo acontecendo à tradição romanística (cuja participação passa de 40% para 27%). Em contrapartida — e contrariamente ao que constatámos em Correia Telles, a legislação pós-constitucional dispara — de 1% passa para 9% das citações, quintuplicando em números absolutos ⁽⁶⁹⁾. Porventura, ao contrário de Correia Telles, Coelho da Rocha crê na legitimidade e bondade desta nova legislação, lamentando que a sua falta o obrigue a basear-se em opiniões, segundo critérios pessoais (v. *infra*). Também sobe muito, quase duplicando a invocação dos novos códigos (de 13% em Correia Telles, para os 23% de agora). E, embora se mantenha o predomínio dos dois principais — o da França e o da Prússia ⁽⁷⁰⁾ —, agora já se citam, não apenas esses, mas também o austríaco ⁽⁷¹⁾, e os Códigos da Holanda (1838), da Sardenha (1838),

(69)

Legislação Constitucional Portuguesa			
	Nº de referências	% “local”	% “global”
Código comercial	46	41%	4%
Reforma Judiciária	35	31%	3%
Carta Constitucional	14	13%	1%
Código Administrativo	3	3%	0%
Outra	14	13%	1%
Total	112	100%	

(70) Que Coelho da Rocha diz ter sido traduzido para francês, como subsídio preparatório do *Code civil*, o que explica a sua acessibilidade aos juristas portugueses. De facto, essa tradução existe: *Code général pour les Etas Prussiens, traduit par les Membres du Bureau de Législation étrangère, et publié par ordre du Ministre de la Justice* (1794, Paris, na IX. Já Mirabeau o considerara — no seu livro *De la Monarchie Prussienne sous Frédéric-le-Grand*, Paris, Le Jay Fils, A Londres 1788 - 4 vol.) — “um meio eternamente digno de ser admirado”, por uma razão algo imprevisível: “estes súbditos poderiam, de alguma forma, participar na feitura das leis que os haviam de governar”. Mais concretamente, v., do mesmo, Honoré-Gabriel de Riquetti, conde de Mirabeau, “L’analyse raisonnée du projet d’un nouveau Code prussien (1788)”, publ. por M. da Passano, em G. Tarello, *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 6 (1976) 93-186.

(71) Que o autor esclarece ser, não os do terceiro quartel do séc. XVIII (Maria

da Baviera e, até, da Luisiana) (72). Finalmente, com Coelho da Rocha, o *Code civil* ganha uma primazia clara sobre o ALR prussiano (73). Quando se lê a caracterização que faz de um e outro (Nota B ao §43, p. 283), percebe-se porquê:

“Deixando do parte as infinitas variações, em que todos ou combinam. ou diferem uns dos outros, e atendendo unicamente aos elementos mais pronunciados podemos reduzi-los a dois caracteres, ou tipos: o carácter Alemão, e o carácter Francês. Os Alemães, entre os quais se pode contar o da Holanda, ainda consideram os actos do estado civil, principalmente o matrimónio, nas suas relações eclesiásticas, contém o artigo dos esponsais: e nas doutrinas sobre as coisas afastaram-se menos do direito romano: conservam as mesmas definições, as mesmas divisões gerais, e os mesmos princípios sobre servidões, sobre sucessões, sobre prescrições, e sobre contratos. No Francês, filho da revolução, não se encontra nem a mais leve alusão à intervenção eclesiástica: este *código* não cogitou dos esponsais, empregou um esquecimento afectado das formas e sistema da legislação romana; proscreeu a prescrição nos bens móveis e atribuiu imediatamente aos contratos o efeito da transferência do domínio, que por direito romano resultava da tradição. Os códigos das Duas Sicílias e da Sardenha seguiram o modelo Francês, ainda que dele se separaram em quanto às relações eclesiásticas.

Porém a mais importante nota distintiva entre os dois tipos é o sistema do *registro*. Na Alemanha, a transferência da propriedade, ou aquisição de qualquer direito real sobre bens de raiz, não se efectua, senão pela inscrição no registro público. Na Franca e nas nações do meio-dia somente está introduzido o registro nas hipotecas. Os Franceses não desconhecem a vantagem do sistema Alemão; mas encontram ainda grandes dificuldades para o adoptar” (I, Nota

Teresa, José II e Leopoldo II), mas o ABGB (*Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch*) de 1812 (I, Nota B ao § 43, p. 283).

(72) Ainda refere, num passo não tardado, os códigos das Duas Sicílias e dos cantões da Suíça (Vaud, D’Agovie, St. Gallen), como fontes de inspiração (Nota B ao § 43, p. 283).

(73) Códigos citados: *Code civil* francês, (153,51%); ALR prussiano, (115,38%); ABGB austríaco, (15,5%); Código da Sardenha, (5,2%); Código da Holanda, (3,1%); Código da Baviera, (1,0%); Código da Luisiana, (1,0%); Outros, (8,3%); Total, (301,100%).

B ao § 43, p. 283). Ou seja, o que separava, no fundamental, os dois códigos, era o laicismo e consensualismo individualista do *Code civil*, que assim se opunha às vinculações religiosas do prussiano, assim como às suas restrições ao poder performativo da mera declaração de vontade, não acompanhada de actos externos que a consolidassem na ordem das coisas.

A doutrina portuguesa antiga perde peso (de 10% para 6%), sendo sobretudo citados os grandes decisionistas (como Valasco, Cabedo e Gama, prestigiados também por Pascoal de Melo), os principais comentadores às ordenações (como Pegas e Silva), algum praxista (Guerreiro Camacho de Aboim) ⁽⁷⁴⁾.

Também perde impacto a doutrina estrangeira pré-revolucionária (de 14% para 4%), embora se mantenha um uso muito importante (embora menos — baixa de 40% para 27%) do direito romano, no entendimento que os “modernos” tinham estabelecido ⁽⁷⁵⁾.

Em contrapartida, sobem em flechas as referências aos autores portugueses mais modernos (de 4% para 14%) ⁽⁷⁶⁾, embora, neste

(74) Lista dos autores mais citados: MORAIS, SILVESTRE GOMES DE (1644-1723), *Tractatus de executionibus instrumentorum, & sententiarum in sex libros divisus opus tum gymnastics tum foro versantibus* [...], 1729-1742. (15,18%); VALASCO, ALVARUS (1526-1593), *Decisiones supremi eminentissimique Senatus Portugalliae: ex grauissimorum patrum responsis* [...], 1609 (12,14%); GUERREIRO CAMACHO DE ABOIM, DIOGO (1661-1709), *Decisiones, seu quaestiones forenses: ab amplissimo, integerrimo que portuensi senatu decisae... cum duplici indice quaestionum scilicet, et earum materiae / Diogo GUERREIRO CAMACHO DE ABOIM, Ulyssipone Occidentali: A. de S. Sylva, 1738* (12,14%); MANUEL ÁLVARES PEGAS (1635-1696), *Emmanuelis Alvarez Pegas [...] Commentaria ad ordinationes Regni Portugalliae* [...], Ulyssipone, Ex Typographia Ioannis a Costa, [Ex Typographia Michaelis Deslandes, sumptibus Antonii Leyte Pereyra], 1669-[1759], 12+3 vols. (9,11%); GAMA, ANTÓNIO DA (1520-1595), *Decisiones Supremi Senatus Regni Lusitaniae*, 1599. (9,11%); SILVA, MANUEL GONÇALVES DA (16??-1748), *Comentaria ad Ordinationes* [...], 1741, (6,7%); JORGE CABEDO (15??-ca 1603), *Praticarum observationum sive Decisionum supremi Lusitaniae Senatus. Pars Prima*, ULYSSIPONE, APUD GEORGIUM RODRIGUES, 1602; *Secunda Pars*, ibi., apud Petrum Craesbeeck, 1604 (5,6%).

(75) Os mais citados são: Pothier (21,38%); Voet (10,18%); Waldeck (4,7%); Riegger (3,5%); Stryck (3,5%); Vattel (3,5%).

(76) Lista dos mais citados: MANUEL DE A- E SOUSA DE LOBÃO, *Obras várias*, (71,38%); PASCOAL DE MELO, *Instituitonis iuris civilis* [...], *cit.*, (42,22%); CORREIA TELES, *Digesto portuguez* [...], *cit.*, (33,18%); LOBÃO A MELO, *Notas a Melo* [...], *cit.*, (30,16%); JOAQUIM J. PEREIRA e SOUSA, (10,5%); VICENTE J. F. CARDOSO DA COSTA, (1,1%); Total de citações: 187 (100%).

texto constitucional quase inaugural, apenas Correia Teles seja, propriamente, um contemporâneo. Os outros (Melo, Lobão e Pereira e Sousa) são, na verdade, os epígonos do proto-liberalismo); mas são justamente estes continuam a obter a maior percentagem de citações dentro do grupo:

As referências à doutrina estrangeira pós-revolucionária não abundam e são pouco sofisticadas (Mackeldey ⁽⁷⁷⁾ (6, 46%); Savigny ⁽⁷⁸⁾ (3, 23%); Duranton ⁽⁷⁹⁾ (2, 15%); Dunot ⁽⁸⁰⁾ (1, 8%); Delvincour ⁽⁸¹⁾ (1, 8%). Aparecem exegetas do *Code civil* (Duranton, Delvincourt, Laporte-Dunod) e, provavelmente pela primeira vez, uma referência ao *das Recht des Besitz*, de C.-F. von Savigny, que, na sua edição alemã, já tinha quase quarenta anos; o que confirma aquilo que já tínhamos podido entrever pelos livros de registo das aquisições de livros, neste período, na Universidade de Coimbra — uma cultura que perdera o cosmopolitismo com o desaparecimento do latim como língua veicular do grupo dos juristas, limitando agora as suas leituras internacionais fundamentalmente às obras escritas em francês ⁽⁸²⁾.

Corresponde este resultado ao programa exposto pelo próprio

(77) FERDINAND MACKELDEY, *Manuel de droit romani. La théorie des institutes, précédée d'une introduction a l'étude du droit romain*, trad. por Jules Beving, 1837. Original: *Lehrbuch des Institutionen des heutigen römischen Rechts*, 1814. É a este autor que Coelho da Rocha vai buscar o sistema segundo o qual organiza o livro: “Agradou-nos porém, e fizemos por imitar um que encontramos na mui acreditada obra *Manuel de Droit Romani*, de Mackeldey, professor da universidade de Bonn [*] [...] *Servimo-nos da tradução francesa de Jules Beving, Bruxelles, 1837[...]”.

(78) *Traité de la possession en droit romain*, par Frédéric Charles de Savigny. Publiée [...] par M. Ad. Fr. Rudorff [...] traduit de l'allemand par Henri Staedtler; Bruxelles, Société Belge de Librairie. 1840. Ed. Original, Gießen, Heyer, 1803.

(79) ALEXANDRE DURANTON, *Traité des contrats et des obligations suivant le Code civil*, Paris, Chez Néve, 1819, 4 vols..

(80) Provavelmente, LAPORTE, J.B. De, *Le nouveau Dunod* [François Ignace Dunod de Charnage (1679-1752)], ou *Traité des prescriptions de ce célèbre auteur* [...], cit., 1810.

(81) *Cours de code civil.*, Paris, Chez Delestre-Boulage, 1824, 3 vols..

(82) António Manuel Hespanha, “Um poder um pouco mais que simbólico. Juristas e legisladores em luta pelo poder de dizer o direito”, em Ricardo Marcelo Fonseca e Airton C. Leite Seelaender (coords.), *História do direito em perspectiva, Do Antigo Regime à modernidade*, Curitiba, Juruá, 2008, 143-202.

Coelho da Rocha no “Prefácio” e nos capítulos introdutórios, sobre as fontes de direito?

No “Prefácio”, Coelho da Rocha traça uma imagem muito plástica da acerca da situação do direito civil nos últimos 70 anos.

“O Direito pátrio — escreve ele, I, III — deve ao génio reformador e patriota do Marquez de Pombal o sair da obscuridade, em que jazeu ate ao reinado de el Rei D. José. As profundas e luminosas providencias, ditadas por este memorável Ministro na Lei de 18 de Agosto de 1769, e nos Estatutos da Universidade de 1772, fizeram que este Direito assumisse, assim no foro, como na academia, a superioridade, de que até aí tinha andado excluído pelo romano e canónico. Para o mesmo fim concorreu sobretudo o sábio Lente da Universidade o Sr. Pascoal José de Mello Freire, ilustre fundador da nossa escola de jurisprudência pátria, publicando nos fins do século passado o seu abalizado escrito das *Institutiones Juris Civilis Lusitani, curn publici, tum privati*, no qual pela primeira vez apareceu entre nos a legislação portuguesa reduzida a um sistema regular, e expendida com critica e filosofia. [...]. Porém desde a época, em que escreveu o Sr. Pascoal, a legislação tem sido quase inteiramente alterada [...]”. A consequência fora que: “Privando os textos de direito romano de toda a autoridade externa na nossa jurisprudência, permitindo unicamente invocá-los nos casos omissos, quando as suas disposições *fossem conformes à Boa Razão, isto é, ao direito divino, natural e das gentes*; à excepção das matérias económicas ⁽⁸³⁾, mercantis e marítimas, mas quais declara exclusivamente leis subsidiárias as leis das nações modernas ⁽⁸⁴⁾. Mas deixando a todos a liberdade de julgar da boa razão das leis romanas, os juízes, para decidirem na maior parte dos negócios da vida civil, ficaram desligados da lei positiva, abandonados aos princípios gerais do direito natural, de que o legislador mesmo não tinha podido dar ideia exacta; e por conseguinte precipitados na arbitrariedade” (I, 281/282).

Face a esta situação, Coelho da Rocha está consciente das dificuldades que ia ter na elaboração do seu manual de direito civil:

⁽⁸³⁾ Com o significa alargado que a palavra então tinha, equivalente a “boa polícia”, bom governo da cidade (nota AMH).

⁽⁸⁴⁾ Preferindo o *imperium* de um *legislador* estrangeiro à *auctoritas* de um jurisconsulto indígena.

“Quando o empreendemos, não nos eram desconhecidas as dificuldades. Não se trata de explicar um código ⁽⁸⁵⁾, porque o não temos; nem de reduzir a síntese, ou desenvolver os princípios fixos e constantes de um sistema coerente, porque o não há na nossa legislação civil. Pelo contrário, no meio do caos, em quo ela se acha, o escritor até certo ponto é obrigado a tomar a vez do legislador: tem de formar o plano: tem de fazer a selecção das doutrinas: e tem de redigir até às últimas ilações [...]” (I, IV).

“A compilação das doutrinas não era sujeita a menos embaraços, do que a escolha do método. Tínhamos de extractar as leis publicadas no longo período de mais de dois séculos ⁽⁸⁶⁾: tínhamos de combinar as *Ordenações*, a cuja redacção presidiu a influência eclesiástica, ou a supremacia do direito romano ⁽⁸⁷⁾, com as leis da reforma Josefina, ditadas por um espírito inteiramente oposto; e além disso de pôr em harmonia umas e outras com os princípios da Carta, e com as reformas novíssimas: tínhamos finalmente de suprir as imensas lacunas das leis pátrias, mendigando os materiais pelos escritos dos praxistas, pelas colecções de direito romano e canónico, e pelos códigos modernos das nações civilizadas. Esta tarefa complicada colocava-nos em um estado de perplexidade; ou (porque o não havemos de confessar?) dava-nos uma arbitrariedade, que sendo vantagem em outro género de escritos, é um verdadeiro embaraço nos do direito positivo, em que a razão se deve ocupar antes de coligir, concordar e filiar os princípios já fixados pelas leis, do quo do os escolher e discutir” (I, VI/VII).

Daí que esboce uma linha de orientação a seguir na escolha das fontes:

“Ainda que estejamos convencidos de que muito errará aquele, que na execução das *Ordenações* e leis antigas atender ao espírito, que as ditou, sem modificar a sua aplicação conforme as circunstâncias, e tendência da época presente: contudo, em desempenho do nosso dever de professor, pusemos especial cuidado em as sustentar e seguir, e somente as abandonámos por antiquadas, quando nem no sentido literal, nem no lógico, as podemos concordar com as reformas posteriores.

⁽⁸⁵⁾ Como se tornara obrigatório em França, depois do *Code civil*.

⁽⁸⁶⁾ Desde 1603, data das *Ordenações*.

⁽⁸⁷⁾ Este era o diagnóstico típico da época; hoje, complexificar-se-ia mais a coisa.

Nos casos omissos ordinariamente adoptámos as decisões do direito romano: muitas vezes porém recorreremos aos códigos modernos, principalmente ao Civil Francês e ao da Prússia. As razões, que a isso nos impeliram, acham-se desenvolvidas na Nota B do Tom. 1.º, para onde remetemos os leitores” (II, VII).

Estava encontrado o caminho: “Fundados pois nos Estatutos, que são lei, como todos sabem, e na prática dos nossos escritores, enumeramos entre os subsídios da nossa jurisprudência civil as leis ou códigos das nações modernas ⁽⁸⁸⁾. Sendo elas o contraste legal para se julgar do uso das leis romanas, não sabemos decidir se aquelas, se estas, têm maior autoridade entre nós: limitamo-nos aqui somente a expor o nosso sistema e o uso, que delas fazemos nesta obra” (I, 284).

O que escreve a seguir adapta-se bastante bem ao que a nossa análise documentou, para além de mostrar com a própria matriz das autoridades varia de tema para tema ⁽⁸⁹⁾:

“Um tratado de jurisprudência entre nós é um composto de muitos e variados elementos, para o qual as leis pátrias hoje por desgraça ministram o menor contingente; todos os mais são subsídios. A dificuldade de obter o elemento, que se nota no todo do quadro, encontra-se depois na dedução de cada um dos artigos. Em toda a parte o primeiro subsídio ser o dos e escritos los nossos praxistas, porque neles se acham indicados os estilos a pratica de julgar, ou direito consuetudinário, e até nos modernos o uso actual do direito romano. E ainda que na sua selecção se deva marchar com muita cautela, porque muitos escreveram sem critica, outros são contraditórias, e as opiniões do alguns estão em parte revogadas ou em desarmonia com as reformas posteriores, contudo em certos

⁽⁸⁸⁾ Uma colega — Teresa Violante — sugeriu-me generosamente o paralelismo que esta atitude podia ter com o judicial cosmopolitanism, recentemente proposto por Cass Sunstein (*A Constitution of many minds. Why the founding document doesn't mean what it meant before*, Princeton University Press, 2009). Descontada a diversidade dos contextos, as semelhanças de estratégia são grandes. Como no período a que nos referimos, a ideia de um limite constitucional era mais fraca (embora existisse, formulada noutros termos), o projecto oitocentista é mais radicalmente criativo, sobrepondo a lição do direito estrangeiro à própria tradição jurídico-“constitucional” nativa. Em contrapartida, tinha a expressa caução da lei, tanto na Lei da Boa razão, como nos Estatutos Pombalinos; pois estes tinham como que nacionalizado o direito estrangeiro.

⁽⁸⁹⁾ O que dificulta a construção de amostras para a análise de conteúdo.

artigos são eles o único recurso, como no da comunicação dos bens entre os cônjuges, nos morgados na enfiteuse, e nos mais, que têm por fonte os antigos costumes, ou leis da meia idade. Os outros subsídios não podem aqui ser chamados, senão par analogia.

Alguns artigos têm já por fontes subsidiariam os códigos modernos. Assim o artigo das tutelas na *Reforma [Judicial]*, e o dos princípios gerais sobre contratos no *Código Comercial* são tirados directamente do Civil Francês: e nós fomos extractar do da Prússia as doutrinas *sobre obrigações que resultam dos actos ilícitos, sobre esponsais, sobre testamentos de mão comum, e sobre as obrigações dos criados*, e outras muitas, cujos elementos achamos introduzidos entre nós pelas leis, ou pelos praxistas, talvez pela frequente leitura dos jurisconsultos alemães.

Finalmente grande número de artigos apresentam ainda a sua origem romana, uns patente e bem conservada, como o *das obrigações, sua extinção e provas, das diferentes espécies de contratos, dotes, modos de adquirir, prescrições, etc.*; outros já mui desfigurada, como o artigo do *pátrio poder, e o dos testamentos*. Em todos estes é que nos pareceu indispensável usar da faculdade dos Estatutos colocando os códigos ao lado do Digesto. Todos sabem quanto na jurisprudência romana é difícil e arriscado deduzir da decisão especial de um fragmento a ilação geral necessária para a coordenar pelo método sintético assim como decidir entre os diferentes sentidos, que os intérpretes dão a alguns textos. Ora nós não temos o desvanecimento de nos julgar hoje capazes de ser juizes entre Acúrsio e Cujácio, ou entre Vinnio e Heinneccio: nestas dificuldades decidimo-nos pela opinião, eu antes pela formula enunciada ⁽⁹⁰⁾ em um código, o qual, além da autoridade dos seus redactores, tem em seu abono o ascenso do uma nação civilizada. Não queremos encobrir, que muitas vezes vamos encontrar entre um código e outro código estas mesmas diversidades de opiniões; a então é necessário confessá-lo) como não temos regra, decidimo-nos per aquela disposição, que nos parece mais análoga ao nosso sistema de legislação, aos nossos costumes e estilos, e talvez a alguma autoridade, que nos deva melhor conceito” (I, 284-285).

E, basicamente, foi isto que fez. Expurgou da sua obra as

⁽⁹⁰⁾ Não é uma mera *opinião* (nota AMH).

fontes que, pela incerteza da interpretação e arbitrariedade da interpretação dominante (baseada na contagem das opiniões — *opinio communis doctorum*), eram um factor de incerteza do direito. Isso acontecia tanto com as *Ordenações* como com o direito romano. Salvo nos casos — pouco frequentes — em que estas fontes fossem claras e claramente compatíveis com os tempos constitucionais, em que as utilizou com fundamentos das suas decisões doutrinárias. De resto, encostou-se a fontes que, para além da razoabilidade, tinham a caução da autoridade. Esta era a vantagem dos códigos modernos, cujas soluções serviam de “contraste legal”, pois apareciam caucionadas com a autoridade de um legislador que, se não estava ainda legitimado pelo voto, já o estava pela sua sapiência e pela autoridade do monarca, que a doutrina jurídica do pós-iluminismo pressupunha. O que, como pondera o punha a salvo “da nota de inovador; indica ao leitor o lugar aonde deve recorrer para se esclarecer, ou entender o verdadeiro sentido das nossas expressões; e além disto comunica a esta obra algum tanto de jurisprudência comparada, que nos parece não será sem utilidade” (*Instituições [...]*, cit., I, 284-285)

Dez anos depois do aparecimento das *Instituições* de M. A. Coelho da Rocha, e do outro lado do Atlântico, aparece uma obra formalmente quase gémea, no seu nome e na sua estrutura básica — as *Instituições de direito civil brasileiro*, de Lourenço Trigo de Loureiro (1851) ⁽⁹¹⁾.

Como para os outros textos, apresenta-se um quadro-súmula da análise das referências por ele feitas na amostra elaborada a partir das suas *Instituições*.

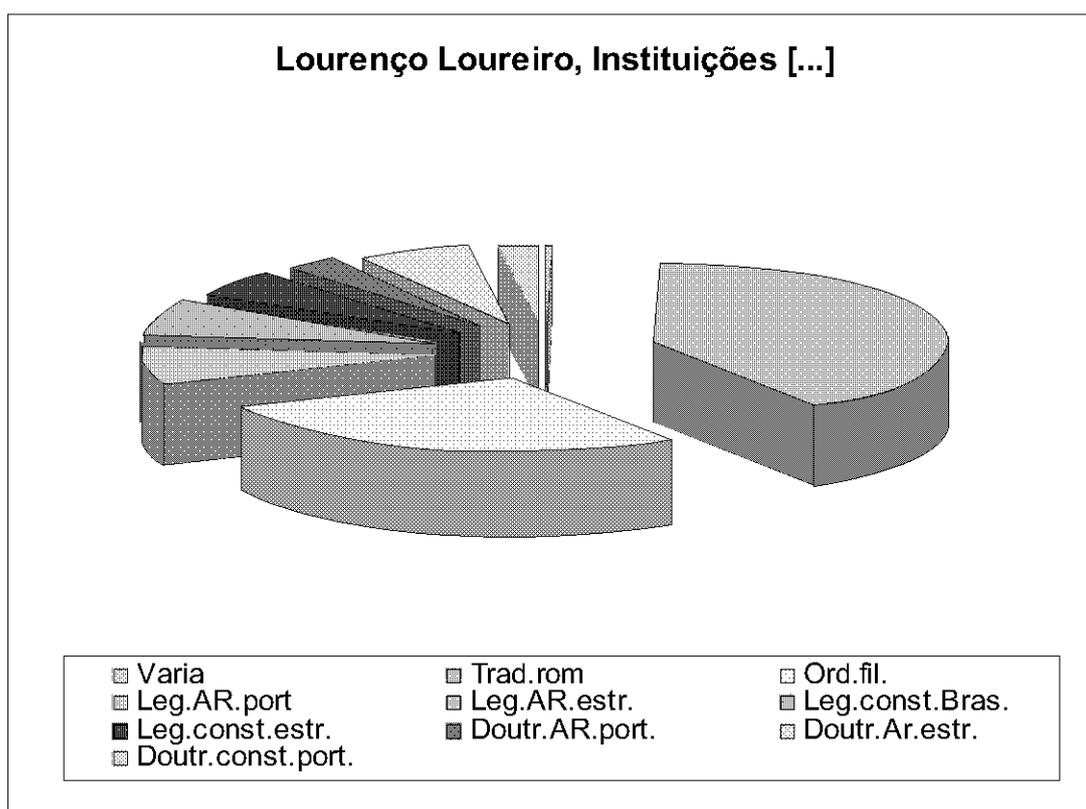
Não jur.	Varia	Trad. rom.	Ord. Fil.	Leg. Port. AR	Leg. Estr. AR	Leg. Const. Port./Br	Leg. Const. Estr.	Doutr. Port. AR	Doutr. Estr. AR	Doutr. Const. Port.	Doutr. Const. Estr. ⁽⁹²⁾	Total
4	2 (uso)	677	461	136	0	114 (93)	89	47	102	37	1	1678
0%	0%	40%	27%	8%	0%	7%	5%	3%	6%	2%	0%	100%

⁽⁹¹⁾ Disponíveis *on line*, com outros textos importantes da civilística brasileira, em <http://www.civilistica.com.br/link0201.html>.

⁽⁹²⁾ Realmente, francesa.

⁽⁹³⁾ Só brasileira.

Não jur.	Varia	Trad. rom.	Ord. Fil.	Leg. Port. AR	Leg. Estr. AR	Leg. Const. Port./Br	Leg. Const. Estr.	Doutr. Port. AR	Doutr. Estr. AR	Doutr. Const. Port.	Doutr. Const. Estr. (92)	Total
Coelho da Rocha (para comparação)												
0	9	356	136	59	3	112	302	79	56	189	13	1314
0%	1%	27%	10%	4%	0%	9%	23%	6%	4%	14%	1%	100%
Correia Telles (para comparação)												
0	0	820	308	48	3	28	264	209	283	82	12	2050
0%	0%	40%	15%	2%	0%	1%	13%	10%	14%	4%	1%	100%
Pascoal de Melo (para comparação)												
												541
2%	0%	22%	33%	7%	5%			7%	22%	0%	0%	100%



Embora isso não transpareça muito das citações, é claro que tanto Correia Telles, como sobretudo Coelho da Rocha, foram fontes inspiradoras.

Mas há diferenças importantes na matriz das referências.

A primeira é que a tradição romanística e as *Ordenações* (as

fontes, formalmente, “legais”) ganham um impacto muito maior, superando mesmo os valores encontrados em Correia Teles. A explicação pode ser outra, evidentemente, mas o que dá ideia é que, num novo país, se procura começar tudo desde o princípio, suspendendo tradições literárias, e apontando ao chão firme da autoridade das leis — ou das “universais”, como o direito romano, ou das brasileiras coloniais, como as *Ordenações*. O argumento poderia ainda ser estendido, em vista da importância que é dada à legislação extravagante portuguesa-brasileira de Antigo Regime (8%, o valor mais alto encontrado, apenas semelhante ao das *Institutiones* de Melo Freire); mas ainda mais à nova legislação do Brasil, à semelhança do que já acontecera, em Portugal, com Coelho da Rocha. Neste último aspecto, ambos juristas estariam convencidos de que o constitucionalismo deveria reflectir-se também no direito privado. O que era patente, por exemplo, no domínio do direito das pessoas⁽⁹⁴⁾, em que se colocavam questões como a da escravidão, da capacidade civil e das relações pessoais na família⁽⁹⁵⁾.

À moderna legislação estrangeira — aos códigos — recorre-se pouco (5%; em Correia Telles, 23%; em Coelho da Rocha, 13%), possivelmente pela mesma pré-compreensão acerca das especificidades do Brasil e dos costumes e génio das gentes de um outro hemisfério. Mas, tal como em Coelho da Rocha, a preferência vai para o *Code civil*⁽⁹⁶⁾.

A doutrina tem um pequeno impacto. A portuguesa de Antigo Regime é minimamente usada (3%)⁽⁹⁷⁾, um outro sinal de distanciamento com um mundo doutrinal — e, sobretudo, “praxístico” — não brasileiro. Como que reconhecendo que a prática do foro português não tinha que ser norma para o direito brasileiro. Prefere-

(94) Discriminando o valor global das referências à legislação pós-constitucional, incluindo a própria Constituição Imperial — pelos temas considerados: Direito das pessoas: 50%; direito das coisas: 28%; Direito das obrigações: 27%.

(95) Em que o constitucionalismo fora, no entanto, pouco inovador.

(96) *Code civil* (62,70%), *Código da Prússia* (25,28%), *Código da Áustria* (2,2%).

(97) Com 3 citações ou mais: Bento Gil, *Directorium advocatorum* (7,15%); Agotinho Barbnosa (5,11%); Manuel Barbosa *Remissiones doctorum* [...] (5,11%); Jorge de Cabedo, *Decisiones* [...], (5,11%); CALDAS PEREIRA, *Tracatus de emptione venditione* (3,6%); Cardoso da Costa, *Liber utilissimus* [...] (3,6%).

se-lhe a doutrina europeia do *usus modernus* — mais do que no “inovador” Coelho da Rocha, menos do que no “conservador” Correia Teles; o seu impacto duplica o da doutrina portuguesa da mesma época, cujo impacto é duplo (6%), citando-se quase mesmos autores presentes nas obras de Coelho da Rocha e de Melo Freire ⁽⁹⁸⁾. A doutrina constitucional portuguesa é conhecida, mas pouco usada (2%). A doutrina brasileira ainda é desconhecida.

Em suma, Lourenço Trigo Loureiro, para além de porventura menos elaborado, é mais claramente legalista ⁽⁹⁹⁾. E, embora realce, justamente, a diminuta contribuição das Ordenações para o direito civil ⁽¹⁰⁰⁾, na verdade usa-as mais intensamente do que Coelho da Rocha. O mesmo acontece com o direito romano, que usa mais abundantemente do que os seus contemporâneos portugueses e que considera que “constitui entre nós a mais copiosa fonte subsidiária da nossa jurisprudência civil, já porque as Ordenações expressamente o mandam observar em muitos casos, já porque a citada Lei de 18 de Agosto de 1769 o declarou subsidiário do direito pátrio nos casos omissos nele, ou incompletamente providenciados, uma vez que, na espécie sujeita, ele seja conforme a boa razão, ou direito natural, e não se baseie em motivos supersticiosos, e peculiares ao povo romano, ou em costumes, máximas, ou princípios rejeitados

⁽⁹⁸⁾ POTHIER, *Traité des obligations*, 22,21%; STRYK, *Usus Modernus*, 11,11%; VINNIUS *Quaestiones selectae*, 7,7%; RIEGGER, *Jurisprudentia ecclesiastica*, 6,6%; THOMASIIUS, *Dissertationes variae*, 5,5%; VOET, *Commentarius ad Pandectas*, 5,5%; BOEHMER, *Exercitationes ad pandectas [...]*, 1745-51, 4,4%; HUBER, *De verborum obligationibus*, 4,4%; *Compendium iuris*, 11679, 4,4%; COCCEJI, *Jus civile controversum*, 1740 3,3%; Schilter *Exercitationes ad 50 libros Pandectarum*, 1674, 3,3%.

⁽⁹⁹⁾ “Odireito positivo de uma nação, considerado em relação ao modo da sua introdução, e as fontes próximas, donde deriva, repousa, parte sobre as leis expressas do poder soberano do estado, e estas constituem o *direito escrito*, e parte sobre os usos e costumes, os quais, dadas certas circunstâncias, formam o direito não escrito, chamado *consuetudinário*, ou *costumeiro* (*Introd.* I, 18). O resto era direito “sem força de lei”, subsidiário (*Ibid.*, I, 24). A que, todavia, se tinha que lançar mão, “que o Brasil ainda se rege, seja, além da desordenada, sem sistema, e sem nexos, e omissa, ou defeituosa em uma infinidade de assuntos da ciência legislativa”, convindo, por isso, “indicar as fontes a que devemos recorrer, enquanto não tivermos um Código Civil, que nos dispense da necessidade de recorrermos a fontes estranhas” (*Ibid.*, I, 24).

⁽¹⁰⁰⁾ “A parte delas, respectiva ao direito civil, acha-se quase toda no Livro 4.º, ainda que sem sistema, sem ordem, sem nexos, e muito incompletamente” (*Instituições [...]*, I, I, 14).

pela civilização moderna. [...]” (*Ibid.*, I, 27-28). Relativamente aos códigos modernos, as suas intenções expressa vão muito mais além do que a sua prática de citar. Embora lhes dê relevo, como fontes de direito subsidiário ⁽¹⁰¹⁾, remete muito pouco para eles.

Lançando mão de uma oposição que vem fazendo curso, Lourenço Trigo de Abreu — tal como, mais tarde, Augusto Teixeira de Freitas — arruma-se melhor no grupo dos juristas que, tendo como ponte o Código da Prússia e o *usus modernus* alemão, reatavam com a tradição da praxística portuguesa dos sécs, XVII e XVIII, do que no dos que, assumindo o programa de ruptura da Lei da Boa Razão, mas, sobretudo, da reforma pombalina e a inovação do *Code civil* e, depois, da legislação constitucional, estavam abertos a uma reforma mais radical da ordem jurídica, de que as pedras de toque eram o individualismo ⁽¹⁰²⁾ e o consensualismo.

Como vemos, o confronto entre as intenções expressas destes últimos autores quanto ao uso que vão fazer das várias fontes jurídicas, numa situação de extrema indecisão sobre o corpo normativo do direito, e os resultados de uma análise de frequência das citações não revela grandes disparidades.

No entanto, isto é algo que só se sabe depois de construir uma meta-fonte (o corpo das referências) e, sobre ela, realizar alguma análise estatística. Antes, apenas se podia acreditar na intenção expressa dos autores que, de resto, nem sempre aparecem.

Nestes casos em que dispomos de uma declaração de intenções, esta serve também para testar a fiabilidade de métodos de

⁽¹⁰¹⁾ “§ XLII. Das Leis das nações modernas. XI. Finalmente as leis, e Códigos mais acreditados das Nações modernas, que também nos servem de fontes subsidiárias do Direito Civil, já como objecto, ou termos de comparação entre elas, e o Direito Romano, para escolhermos os melhor, já como meios subsidiários, e supletórios das lacunas das leis pátrias, em que elas merecem a preferência sobre o Direito Romano” (Instituições, I, 27-28). Mas não refere que, tal como o direito romano, também eles colhiam a sua força da própria lei pátria — a Lei da Boa Razão — que justamente lhes atribuía uma função de pedra de contraste da bondade do direito romano.

⁽¹⁰²⁾ Que tocava matérias como a das relações entre o pai de família e os seus dependentes — escravos, criados (menos, esposas e filhos); ou a dos efeitos dos contratos, incluindo o de transmissão da propriedade; ou das desvinculação da propriedade e desvalorização da posse.

análise do discurso para aproximações à teoria do direito — explícita ou não — que presidia à elaboração dos textos.

Há planos, em todo o caso, que esta abordagem não permite detectar, já que não se exprimem ao nível da pura materialidade dos textos. Por exemplo, o das razões de uma certa matriz de distribuição das referências. Pode ser que seja uma subjacente teoria das fontes do direito. Mas podem ser pré-compreensões ainda mais profundas, como, por exemplo, a do carácter “legislativo” ou “natural” ⁽¹⁰³⁾ do direito romano” ⁽¹⁰⁴⁾; a da “arbitrariedade” do direito legislado”; a da natureza não inovadora da jurisprudência ⁽¹⁰⁵⁾. Ou questões meramente empíricas, como a inacessibilidade da doutrina estrangeira ou as competências linguísticas dos autores ⁽¹⁰⁶⁾.

Seja como for, este ensaio, limitado nas suas ambições e nos meios técnicos usados, tornou manifesto que o quadro efectivo das fontes de direito pode variar muito sensivelmente ainda quando os dados legislativos que lhe dizem respeito sem mantêm inalterados. Durante o arco de tempo considerado, o quadro das fontes de direito — e, portanto, o elenco “oficial” das razões de decidir, manteve-se inalterado: a Lei da Boa Razão, de 19.9.1769, que nada revogou, nem a constituições imperial brasileira, nem as portuguesas (1822, 1826, 1838). Não obstante, os quatro autores estudados mantiveram — sobre as mesmas matérias — quadros de referências normativas bastante diferentes, como se pôde ver. Não sendo estas diferenças imputáveis ao quadro legislativo formalmente obrigatório, teremos que buscar a explicação das variações, ou em factores subjectivos dos autores, ou em características objectivas das respectivas práticas discursivas (auditórios esperados, inserção nas redes de comunicação literária, capacidades linguísticas do autor e do público alvo, representações socioprofissionais sobre o direito, a sua

⁽¹⁰³⁾ Uma espécie de paleo-legislação, produto de “órgãos representativos” (como os comícios ou o Senado”, ratificados por uma diuturna aceitação da “nação”.

⁽¹⁰⁴⁾ Uma e outra coisa eram elementos míticos, mas muito consistentes com o casamento, típico dos meados do século, entre a ideia representativa e a ideia organicista de “nação”.

⁽¹⁰⁵⁾ Que, nos casos analisados, nunca é utilizada, a não ser a provida de autoridade quase-legal, como os assentos da Casa da Suplicação.

⁽¹⁰⁶⁾ Como aqui é patente, na invocação dos autores alemães, que desaparecem quando deixam de escrever em latim.

adequação, a sua certeza, a sua verificabilidade). Incapaz, com a pequena sofisticação usada, de dilucidar estas questões, a análise do discurso foi, no entanto, suficiente para as tornar visíveis, fazendo surgir novas questões, porventura o mais importante da pesquisa histórica.