

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
Faculdade de Direito Largo São Francisco
História do Direito - II

Professor Titular Ignácio M. Poveda Velasco
Prof^a Dr^a Maria Cristina Carmignani

Seminário I - A Lei da Boa Razão: “O marco miliário da evolução do Direito Português”.

Questões orientativas para leitura

- 1) Quais as diferenças entre costume (*consuetudo*) e estilo (*stylus*)? Qual a importância do costume nas Ordenações reinícolas? Quais os pressupostos da força vinculativa do costume, considerando sua classificação entre *secundum legem* ("conforme a lei"), *praeter legem* ("além da lei") e *contra legem* ("contrário à lei")?
- 2) Em que medida o direito subsidiário se relaciona ao problema da integração das lacunas da lei? Como se diferenciam o direito subsidiário geral e o direito subsidiário especial? Quais eram as fontes do direito subsidiário? No contexto estudado, é possível falar em liberdade, por parte do juiz, para a constituição do direito por via integrativa?
- 3) Quais correntes do pensamento jurídico europeu podem ser consideradas a base orientadora das reformas pombalinas? Por quê?
- 4) Quais os principais objetivos da Lei da Boa Razão? A considerar seu conteúdo, quais foram os requisitos trazidos para que o costume valesse como fonte do direito?
- 5) Qual o impacto da Lei da Boa Razão e da Reforma dos Estatutos da Universidade de Coimbra de 1772 no sistema de direito subsidiário português? Em que medida essas reformas se alinham com a posição filosófica e ideológica da administração pombalina?
- 6) Comente, brevemente, o papel do Estado no plano de ações das reformas efetivadas em Portugal ao longo do século XVIII, levando-se em conta os paradoxos da administração Pombalina.



Faculdade de Direito - USP História do Direito

O DIREITO NACIONAL PORTUGUÊS: AS ORDENAÇÕES DO REINO.

Atenção: este texto foi cedido pelo Prof. Ignácio M. Poveda Velasco, Professor Titular de História do Direito da Universidade de São Paulo e extraído do artigo publicado na Revista da Faculdade de Direito da USP, de 1984. Esta versão é para uso exclusivo dos nossos alunos, sem autorização de cópia.

A) ORDENAÇÕES DO REINO DE PORTUGAL. GÊNESE ¹

Tendo em vista a consolidação do poder constituído e a melhor distribuição da Justiça, é freqüente na história dos povos, após longo período de produção espontânea, a idéia de compilar a legislação vigente. A antiga lei romana das XII Tábuas,² o Código Teodosiano,³ o *Corpus Iuris Civilis*,⁴ as codificações germânicas e romano-germânicas do início da Idade Média como o Código de Eurico⁵ e a *Lex Romana Wisigothorum*⁶ respectivamente, assim como o *Fuero Juzgo*⁷ são, entre vários outros exemplos, prova desta afirmação.

Portugal sentiu de modo especial a necessidade de uma ordenação legislativa no início do século XV, em consequência de seu amadurecimento histórico.

Os primeiros cem anos da história lusitana - que podemos denominar, com diversos autores,⁸ período de formação do Estado Português (1140-1248)¹ - caracterizam-se pela falta de um estado

¹ Para um maior aprofundamento na História do Direito Português em geral, e de suas fontes em particular, indicamos entre outras as seguintes obras: Caetano, Marcello José das Neves Alves, *História do direito português: 1140-1495*, Lisboa, Verbo, 1981; Silva, Nuno Espinosa Gomes da, *História do direito português: fontes do direito*, 2ª ed., Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1991; Hespanha, Antonio Manuel, *História das Instituições: épocas medieval e moderna*, Coimbra, Almedina, 1982; Cruz, Guilherme Braga da, "O direito subsidiário na história do direito português", separata da *Revista Portuguesa de História*, Coimbra, v. 14, p. 177-316, 1975.

² Promulgada aproximadamente no ano 450 a.C., apresenta uma síntese das principais regras costumeiras praticadas na época, herança dos três primeiros séculos da história de Roma.

³ Promulgado pelo imperador Teodósio II junto com Valentiniano III no ano 438 d.C., é uma compilação de *Leges* - constituições imperiais - em vigor.

⁴ A denominação foi cunhada pelo romanista francês Dionísio Godofredo em 1538. Iniciada a compilação com a promulgação do *Novus Iustinianus Codex*, em 529 d.C., seguiram-se a ele o *Digesto* e as *Institutas* em 533. Um ano depois vem à luz o *Codex Repetitae Praelectionis* atualizando o *Codex Vetus* com as novas constituições imperiais. A 4ª parte do *Corpus Iuris*, as *Novellas - Novellae Leges*-, tal como hoje a conhecemos, é o resultado de coleções particulares que recolheram as novas constituições baixadas por Justiniano de 535 até 565, ano de sua morte.

⁵ Promulgado por Eurico, rei dos visigodos, em 476 d.C. aproximadamente, representa uma compilação de costumes vigentes entre a população germânica do novo reino. Embora se trate de direito costumeiro germânico, a influência romana é grande nessa compilação devido ao trabalho de juristas de formação romanística na sua realização e ao relativo estado de romanização desse povo, fruto de seu longo convívio com a cultura dominada, primeiro às margens do Danúbio, mais tarde na Gália meridional e, finalmente, na Hispânia, onde se fixaram definitivamente.

⁶ Promulgada em Toulouse no ano 506 d.C., recebe também o nome de Breviário de Alarico, em lembrança de seu idealizador, Alarico II. Essa compilação, a mais importante do início da Idade Média, não continha direito consuetudinário gótico mas, tão-somente, uma seleção de textos de Direito Romano - *leges* e *iura* - utilizada para facilitar a administração da Justiça aos galo e hispano-romanos.

⁷ *Liber iudicum, forum iudicum* ou *liber iudiciorum*, também conhecido como Código Visigótico, foi promulgado por Recesvindo em 654 d.C. Aprovado no VIII Concílio de Toledo, é uma legislação comum a godos e hispano-romanos, obrigatória em todo o território da península ibérica, unificada desde o reinado de Leovigildo (572-586). É portanto o introdutor do princípio da territorialidade das leis na antiga Hispânia.

⁸ Assim, Caetano, ob. cit., p. 31.

estruturado. O Estado Português dessa época, que surge como monarquia autônoma após seu desmembramento do Reino de Leão, reflete uma sociedade cujo principal objetivo é a guerra de reconquista. Detentora do poder político, a nobreza é a elite militar do reino. A corte do rei, um exército em campanha permanente. O estado da reconquista é, pois, um estado guerreiro para o qual a organização administrativa e a produção do direito não constituem a principal tarefa. Assim, as populações resgatadas ou formadas pelas constantes migrações deste período tendem à auto-suficiência, inclusive no concenrente ao direito. Para autores como Gomes da Silva e Kern,² isto é, também, resquício daquela mentalidade germânica segundo a qual o rei deve antes observar o direito do que criá-lo. É o *rei-juiz* e não o *rei-legislador*. Embora oficialmente o reino continue a se governar pelas leis do Código Visigótico, então legislação geral de todas as Espanhas,³ as vilas e cidades vão estabelecendo as normas pelas quais se regularão. Assiste-se, deste modo, a um florescimento do direito consuetudinário em detrimento da lei escrita. Os costumes, de origem a mais variada,⁴ são progressivamente reunidos nos *foros municipais*.

Com o avanço da Reconquista as duas maiores preocupações tornaram-se o povoamento e a agricultura. Preocupados com atrair novos moradores, os reis freqüentemente concediam certos favores e isenções aos que se dispusessem a cultivar a terra e estabeleciam, nas cartas de privilégio, os direitos e deveres que a eles cabiam em função da extensão da terra distribuída e dos frutos colhidos. Dentre as cartas de privilégio destacavam-se as *cartas de foral* ou simplesmente *forais* que concediam aos habitantes de determinada vila pré-existente ou a fundar determinadas regalias, principalmente de caráter fiscal e administrativo.⁵ Os forais definiam também outros direitos decorrentes do comércio, cominavam penas aos delitos (quase sempre pecuniárias) e continham medidas de ordem pública (polícia, governo municipal). Embora outorgados pela autoridade, os forais confirmam em todo caso a predominância do direito local nesse período, já que, sendo concedidos a certo agrupamento de pessoas, faltava-lhes o caráter de generalidade que, para alguns, é atributo da lei.

Após a conquista do Algarve (1249), logo no início do reinado de D. Afonso III (1248-1279), Portugal alcança sua definitiva extensão territorial. Encerrada a Reconquista inicia-se o período de consolidação (1248-1495)⁶ caracterizado pela progressiva organização política do Estado Português e pela concentração do poder nas mãos do rei. No campo jurídico este período se caracteriza pela influência crescente do direito comum, recebido num primeiro momento através da legislação castelhana das *Siete Partidas*, e que ganha força mais tarde com os estudos realizados na recém-fundada Universidade de Coimbra.⁷ O direito imperial justinianeu, servindo muito bem aos propósitos de centralização política dos monarcas, é privilegiado pela coroa portuguesa em detrimento dos direitos locais.

As Leis Gerais, que vinham sendo promulgadas timidamente desde as Cortes de Coimbra de 1211,⁸ multiplicam-se neste período. Por outro lado, nas Cortes Gerais, cada vez mais freqüentes, promulgavam-se muitas respostas e decisões dos reis sobre questões a eles apresentadas pelo povo. Essas respostas, embora não tivessem forma de lei como passou a acontecer mais tarde, tinham força coercitiva por si mesmas.

¹. Mais especificamente, 1140 é o ano em que D. Afonso Henriques passa a se auto-intitular rei de Portugal. A independência de Portugal é selada no tratado de Samora, de 1143, quando o rei Afonso VII de Leão, mediante a intervenção do Papa Inocêncio II, lhe reconhece esse título.

². Cf. Gomes da Silva, ob. cit., p. 138 e nota 1 à mesma pág.

³. Cf. Prefação da edição conimbricense das Ordenações Afonsinas de 1792, p. II.

⁴. Os costumes e instituições dessa época provêm normalmente da experiência jurídica anterior (céltica, romana, gótica, muçulmana e franca), mas são, também, em alguns casos, fruto das peculiaridades do ambiente social. É o caso dos *concelhos*, instituição nascida na Idade Média. Para um maior aprofundamento sobre este assunto ver Gomes da Silva, ob. cit., p. 137 e ss.

⁵. Cf. Gomes da Silva, ob. cit., p. 151-2.

⁶. Seguindo sempre a divisão histórica proposta por Caetano. Cf. nota 8 supra.

⁷. Em 1289 D. Diniz fundou o 1º Estudo Geral em Lisboa, transferido em 1308 para Coimbra. Trazido de volta para Lisboa em 1338, ao tempo de D. Afonso IV, fixou-se definitivamente em Coimbra, já como universidade, no ano 1354.

⁸. Cf. Prefação, p. III (IV).

Por outro lado, inúmeras disposições dos antigos Forais tinham sido reformadas, diversos costumes mudados, muitas das primeiras Leis e Capítulos de Cortes alterados ou revogados por decisões posteriores. Chamado com frequência a desempenhar o papel de árbitro nos inevitáveis conflitos de regras entre o direito comum e os direitos forais, o rei intensificou sua produção legislativa, ora a favor do costume local, ora - mais freqüentemente - na defesa da norma romano-canônica.

A multiplicidade de normas jurídicas (representada pelos foros e cartas de foral, pelas disposições do direito justiniano e canônico, pelos capítulos de Cortes, leis régias, etc.), e as contradições originadas dessa multiplicidade (dificultando sobremaneira a administração da Justiça), foram a causa imediata das Ordenações portuguesas.

Assim o declara expressamente o Proêmio do Livro I das Ordenações Afonsinas: "*No tempo que o mui alto e mui excelente Príncipe El-Rei D. João de gloriosa memória, pela graça de Deus reinou em estes reinos, foi requerido algumas vezes em Cortes pelos fidalgos e povos dos ditos reinos que por bom regimento deles mandasse prover as leis e ordenações feitas pelos reis que ante ele foram, e acharia que pela multiplicação delas se recreciam continuamente muitas dúvidas e contendas, em tal guisa que gravemente e com grão dificuldade os podiam diretamente desembargar...*".

Surgem, assim, as Ordenações do Reino de Portugal que representam, considerando a Europa do século XV, esforço pioneiro de sistematização do que podemos propriamente chamar um direito nacional, fato este que ajuda a caracterizar Portugal como um dos primeiros Estados da época moderna.

B) ORDENAÇÕES. NOTAS HISTÓRICAS

B.1) Ordenações Afonsinas

Concluídas em 1446 d.C., durante a menoridade de D. Afonso V, as Ordenações Afonsinas tiveram longa gestação. Como lembra o Proêmio do Livro I, transcrito acima, foi no tempo de D. João I (1385-1423) que se iniciaram os trabalhos de compilação. O encargo foi confiado a João Mendes, Cavaleiro e Corregedor da Corte. Não tendo concluído a obra quando da morte do monarca, continuou nos trabalhos a pedido do sucessor D. Duarte (1423-1438). Contudo, veio ele próprio a falecer logo depois, sendo substituído por Ruy Fernandes, do Conselho do Rei. É desta época o aparecimento de uma coleção cronológica de leis conhecida como *Ordenações de D. Duarte* que serviu, parcialmente, de preparação da compilação posterior, ao lado do *Livro das Leis e Posturas*. Para alguns autores, como Alexandre Herculano, teria sido obra de João Mendes. Para outros deve ser atribuído a Ruy Fernandes.¹ Após a morte de D. Duarte, o regente D. Pedro determinou ao compilador que se consagrasse inteiramente a essa tarefa. Terminada a obra na Vila de Arruda aos 28 de julho de 1446, foi submetida, a seguir, à apreciação de uma comissão revisora composta pelo Corregedor da cidade de Lisboa, Dr. Lopo Vasques, e dois desembargadores do Paço, Luis Martins e Fernão Rodrigues, além do próprio Ruy Fernandes. Feita a revisão, que reformou o texto em algumas partes, aprovou-se a compilação por mandato régio, expresso no mesmo Proêmio.

De acordo com Gama Barros,² "os juízes utilizariam as Ordenações não como uma lei, mas como uma compilação de leis de vários reinados, aplicadas na forma recolhida pelos compiladores. A compilação era uma registro prático e autêntico dos diplomas vigentes, como a própria forma que lhe foi dada inculca".

Embora a autoria de Ruy Fernandes seja reconhecida, discute-se sobre a participação de João Mendes. Alguns autores entendem que este se limitou a coligir materiais (nas *Ordenações de D.*

¹ Cf. *Ordenações Del-Rei Dom Duarte* (reprodução fac-símile), Lisboa, Gulbenkian, 1988. Introdução, p.XV. A FDUSP possui um exemplar desta reprodução (U16-33-35) que foi doado pela Fundação Gulbenkian, em março de 1989.

² *Apud* Caetano, ob. cit., p.534.

Duarte?), cabendo àquele o trabalho de sistematizá-los em livros e títulos.¹ Contudo, a Prefação da edição de Coimbra,² a propósito de diferenças na forma da redação, dá a entender que o primeiro livro pudesse ter sido de autoria de João Mendes, começando a partir do segundo o trabalho de Ruy Fernandes.

Quanto à sistemática da codificação, a obra, dividida em 5 livros, parece seguir a estrutura das Decretais de Gregório IX, que teriam servido de modelo.³ O Livro I ocupa-se daquele direito que hoje poderíamos denominar administrativo, e traz os regimentos dos cargos públicos, quer régios, quer municipais. O motivo desta precedência é expressamente declarado no Proêmio do Livro I: "*a obra começa tratando das pessoas que tem o encargo de reger e ministrar justiça em Nossa Corte, sem as quais as leis feitas pouco aproveitariam porque toda a principal virtude das leis está na boa prática e execução delas*". O segundo livro contempla a matéria relativa à Igreja, sobretudo quanto à jurisdição, pessoas e bens dos eclesiásticos. Trata, igualmente, dos direitos régios, do estatuto dos fidalgos, da jurisdição dos donatários e do estatuto dos judeus e mouros. O terceiro cuida da ordem judiciária, da regulamentação dos termos do processo, dos recursos, das seguranças reais e cartas de segurança. O livro quarto regula o Direito Civil em sentido amplo: contém determinações sobre contratos, sucessões, tutelas, etc. O último livro enumera os crimes e as penas, incluindo investigação dos crimes, prisão de delinquentes ou acusados, emprego da tortura nos processos, etc.

Quanto ao conteúdo, as Ordenações recolhem abundantes leis régias, geralmente reproduzidas na íntegra, mencionando o monarca que as promulgou, a data e o local da sua publicação. São, também, numerosas as respostas régias a artigos ou capítulos das Cortes. Nesses casos inclui-se breve notícia a respeito das circunstâncias em que se deram. A compilação mantém, ainda, normas consuetudinárias que passam a valer como lei. Aparecem, finalmente, regras do direito justinianeu, interpretadas pelos antigos glosadores e adaptadas pelos compiladores, e textos do direito castelhano, notadamente das Partidas.

Embora a maior parte das leis compiladas sejam transcritas na íntegra, em forma narrativa, algumas, principalmente em quase todo o Livro I, tiveram seu texto reescrito, muitas vezes de forma resumida, no estilo *legislatório* ou *decretório*, ou seja, com forma imperativa, exprimindo a vontade do Rei. As diferenças na forma da redação podem ser consequência de autorias diversas. Na hipótese mencionada acima ao tratar da identidade do compilador, é possível que além de recolher o material, João Mendes pretendesse dar ao Código inteiro um estilo que revelasse a autoridade legiferante do soberano. Após a morte daquele, Ruy Fernandes, talvez premido pelo tempo, teria optado por fazer uma simples compilação, reunindo todo o material disponível para posterior sanção real. Contudo, é possível entender, também, que o estilo decretório do Livro I seja devido ao fato de nele estar o monarca legislando *ex novo* sobre a matéria.⁴ Seja como for, com exceção do Livro I, as Ordenações Afonsinas não apresentam aquele caráter hipotético e abstrato, característico da legislação moderna, não sendo possível considerá-las propriamente um código, no sentido atual da palavra.

Questão especialmente interessante é a da hierarquia das normas no tocante ao direito subsidiário.⁵ Sendo o Direito Canônico vigente em certas matérias no território português ao tempo da aprovação das Ordenações, e considerada, ainda, a influência do Direito Imperial Romano, interessava fixar a prevalência de cada um, no caso de conflito de regras.

O primeiro critério adotado é o predomínio do direito pátrio ou nacional, incluindo nele não somente as leis do Reino mas também o estilo da Corte (costume jurisprudencial do tribunal supremo) e o costume do Reino antigamente usado. Assim, onde a lei do Reino dispusesse cessariam

¹ Assim Caetano, ob. cit., p.532.

² Prefação, p. VIII (IX).

³ Cf. Prefação, p. VI. Vide, também, Gomes da Silva, ob. cit., p.247.

⁴ Cf. Prefação, p. VIII (IX).

⁵ Vide a respeito o importante trabalho de Braga da Cruz, *O direito subsidiário...*, cit.

todas as outras leis e direitos. Porém, se o caso a decidir não fosse contemplado pelo direito pátrio, observar-se-iam, então, as leis imperiais desde que sua aplicação não implicasse para as pessoas em transgressão das leis divinas ou da moral religiosa, quando a prevalência seria do Direito Canônico. Caetano¹ cita o caso da posse de má-fé que, embora perante o Direito Romano sirva de fundamento para o usucapião, caracteriza em face da moral cristã uma infração - a consciência de deter e reter coisa que não pertence ao possuidor. Em tais condições a posse não poderia ser título aquisitivo de um direito.

Na falta de determinação expressa no direito pátrio, nas leis imperiais e no Direito Canônico, a fonte subsidiária para a solução do caso seriam as glosas de Acúrcio incorporadas às leis imperiais e, na ausência de tais glosas, valeria a opinião de Bártolo.

Finalmente, sendo omissas todas as fontes para a solução do caso, ou, perante o silêncio do direito pátrio e das leis imperiais, havendo diferença entre a solução canônica e a opinião dos doutores (glosas e comentários), o processo deveria ser remetido à Corte para que o rei criasse a norma a observar, tanto no caso pendente como em futuros casos análogos.²

Na época de sua promulgação, dado o caráter recente da descoberta de Guttemberg, o texto não foi impresso. Acredita-se³ que o manuscrito original tivesse ficado na Chancelaria do rei D. Afonso V extraindo-se dele cópias para a Casa de Suplicação, que andava com a Corte, para a Casa do Cível, de Lisboa e para alguns *concelhos* ricos que tivessem condições de custear cópias completas, como os do Porto e Santarém, ou mosteiros poderosos como o de Alcobaça.⁴ Tais são alguns dos manuscritos que permitiram a primeira (e única, até o momento) impressão das Ordenações Afonsinas, feita em Coimbra no ano de 1792.

B.2) Ordenações Manuelinas

As Ordenações Afonsinas tiveram escassa divulgação e vida curta. O problema da divulgação deve-se ao fato de não terem sido impressas. Tirar cópias de uma compilação extensa como era a daquelas leis constituía tarefa demorada e onerosa, como o prova o reduzido número de manuscritos chegados até nós.⁵ Assim, o conhecimento da compilação difundiu-se necessariamente com grande vagar. Sua vida curta decorre da promulgação, poucas décadas mais tarde, de nova Ordenação mandada compilar por D. Manuel.

Pensando em aproveitar as vantagens da imprensa - introduzida em Portugal em 1487 - para melhorar a divulgação das Ordenações do Reino, D. Manuel (1495-1521), antes de imprimi-las, resolveu rever a compilação afonsina para nela introduzir a vasta legislação extravagante do reinado de D. João II e do seu próprio. Encarregou da tarefa o Chanceler-Mor Rui Boto. Em 17 de dezembro de 1512 sai o Livro I das novas Ordenações, e em novembro do ano seguinte o Livro II, ambos das prensas da oficina de Valentim Fernandes. De março a dezembro de 1514 vem à luz, impressa agora por João Pedro Bonhomini, uma edição completa das novas ordenações, já apelidadas de Manuelinas e divididas também em 5 livros.⁶ Esta nova compilação pretendia acabar com as dúvidas e debates dos julgadores, decorrentes das contradições, defeitos e regras desnecessárias encontradas na legislação anterior.

Contudo, a promulgação imediatamente posterior de importante legislação extravagante levou o monarca à reforma definitiva das Ordenações do Reino, que data de 1521. Temendo que a

¹. Ob. cit., p.549.

². Cf. Caetano, ob. cit., p.551.

³. Cf. Prefação, p.XIII (XIV).

⁴. Vide Caetano, ob. cit., p.534, citando Gama Barros.

⁵. Cf. Gomes da Silva, ob. cit., p.265.

⁶. Tem-se discutido muito sobre a existência de uma edição completa dos 5 livros da compilação, anterior à de 1514. Vide a respeito Gomes da Silva, "Algumas notas sobre a edição das Ordenações Manuelinas de 1512-1513", *Scientia Juridica*, Braga, v. 26, n. 148-9, p.575-593, set./dez. 1977.

proximidade da edição anterior pudesse provocar confusões, D. Manuel, por carta de 15 de março de 1521, determinou fossem destruídos, no prazo de três meses, todos os exemplares da edição de 1514, sob pena de punir os transgressores com multa de cem cruzados e mais a "degradação por dois anos para além". De acordo com Gomes da Silva,¹ "é a existência desta medida que explica a raridade das Ordenações anteriores a 1521". Visando sua rápida divulgação, o Rei mandava que dentro no mesmo prazo de três meses os *concelhos* adquirissem as novas Ordenações.

O sistema das novas Ordenações é idêntico ao das Afonsinas. A matéria encontra-se dividida em cinco livros, subdivididos em títulos e parágrafos, seguindo os moldes anteriores. Quanto ao conteúdo, desaparecem tanto a legislação relativa aos judeus em consequência de sua expulsão do Reino em 1496, quanto as normas relativas à fazenda real, que passaram a formar as autônomas *Ordenações da Fazenda*.

A maior mudança, porém, da nova compilação diz respeito ao estilo no qual foi redigida. Ao contrário das Afonsinas, as Ordenações Manuelinas não são mera compilação de leis anteriores, transcritas na sua maior parte no teor original e indicando o monarca que as promulgara. Em geral, todas as leis são reescritas, em estilo *decretório*, como se de leis novas se tratasse, embora não passando muitas vezes de nova forma dada a leis já vigentes. Fazendo esse esforço de abstração das coordenadas espaço-temporais, e dando à redação cunho mais hipotético e abstrato, as Ordenações Manuelinas são consideradas por alguns² como precursoras das modernas codificações.

O título V do Livro II trata do direito subsidiário e segue fundamentalmente o critério das ordenações precedentes. Declara-se expressamente que a vigência das leis imperiais se dá "*pela boa razão em que são fundadas*". A glosa de Acúrcio e a opinião de Bártolo, continuam a ser consideradas direito subsidiário, porém, suas doutrinas, agora, aparecem tuteladas pela "*comum opinião dos Doutores*", ou seja, pela interpretação que recolhe o consenso da doutrina posterior aos mestres.³

B.3) Ordenações Filipinas

A história mostra-nos como após uma fase de codificação segue-se, quase sempre, outra de legislação extravagante. Extravagante porque, tratando de matéria já compilada, tal legislação não se inclui no corpo codificado, passando a vigorar "*por fora*".⁴ Aumentando, esse corpo de legislação extravagante origina a necessidade de sua própria compilação. Redigidas as Ordenações Manuelinas definitivamente, o grande número de leis posteriores começou a tornar antiquada aquela compilação. Durante a menoridade de D. Sebastião e sendo regente o Cardeal D. Henrique, tendo em vista a confusão provocada pela abundância de novas leis e as numerosas determinações da Casa de Suplicação, que tinham valor de interpretação autêntica, encarregou-se o licenciado Duarte Nunes do Leão, procurador da Casa de Suplicação, de juntar toda a legislação extravagante e as determinações em uso, resumindo-lhes o conteúdo. Duarte Nunes compilou as leis que se encontravam nas Casas de Suplicação e do Cível, na Chancelaria-mor, os regulamentos e capítulos das Cortes, fazendo-lhes a síntese, como lhe tinha sido determinado. A obra, embora fruto da atividade de um particular, adquiriu o caráter de compilação oficial em virtude do alvará de 14 de fevereiro de 1569 que a aprovou, conferindo-lhe, assim, o valor de fonte de direito. A coletânea se compõe de seis partes que disciplinam sucessivamente os ofícios e os oficiais régios, as jurisdições e os privilégios, as causas, os delitos, a fazenda real e, na última, outras matérias.

¹ Ob. cit., p.271, nota I.

² Cf. Mendes de Almeida, Cândido. *Prefácio à edição das Ordenações Filipinas de 1870*, p.XXI.

³ Cf. Gomes da Silva, *História.....*, cit., p. 273 e nota 2 à mesma pág.

⁴ Cf. Gomes da Silva, *História... ,* cit., p.278.

Cada uma das partes compreende vários títulos, cujos preceitos são chamados leis, embora extraídos de fontes de natureza diferente. As leis mais extensas encontram-se divididas em parágrafos.¹

Contudo, nem mesmo a publicação da *Coleção de Leis Extravagantes de Duarte Nunes do Leão* conseguiu evitar que nascesse, aos poucos, o desejo de realizar nova compilação à medida que se aproximava o fim do século.

Por determinação de Felipe II da Espanha, à época soberano também de Portugal, a tarefa se inicia em data não precisa mas que parece ser anterior a 1589.² Trabalharam nela diversos juristas portugueses, entre os quais se destacaram os desembargadores Jorge de Cabedo e Afonso Vaz Tenreiro. O próprio Duarte Nunes do Leão parece ter também contribuído, conforme opinião de Gomes da Silva.³ Embora terminadas e aprovadas por Felipe II em 5 de junho de 1595, as Ordenações Filipinas somente entraram em vigor em 1603, já no reinado de Felipe III (Felipe II de Portugal), por força de nova lei de 11 de janeiro.

Não se trata de obra inovadora. No fundo, a preocupação principal foi reunir, num mesmo texto, as Ordenações Manuelinas, a Coleção de Duarte Nunes do Leão e as leis a esta posteriores. Para tanto concorreu, além da crise em que se encontrava à época a cultura jurídica, no rescaldo da investida humanista contra o Direito Romano,⁴ a preocupação política de Felipe II de não ferir a suscetibilidade dos novos súditos, manifestando assim o seu respeito pelas instituições portuguesas. Por isso, a legislação filipina nada mais é que uma atualização das Ordenações Manuelinas e não propriamente uma legislação *castelhanizante*. Contudo, esse respeito deu também origem à falta de clareza, à obscuridade de muitas de suas disposições que é apontada como o seu maior defeito.

A nova compilação acompanha o sistema das anteriores, dividindo a matéria em cinco livros. Também o esquema geral relativo ao direito subsidiário é mantido, mudando tão-somente sua localização. Este aspecto, porém, tem importância. Nas compilações anteriores, o tema era tratado no Livro II, traduzindo de alguma forma o conflito de jurisdições entre o poder temporal - simbolizado pelo direito romano - e o poder religioso - simbolizado pelo direito canônico. Ao transferi-lo para o Livro III, consagrado ao Processo Civil, passa ele a ser encarado como mera questão processual, de determinação de critérios para o julgamento das causas pendentes em juízo, superando substancialmente a idéia inicial do conflito de jurisdições.⁵

A Revolução de 1640 não suspendeu a vigência das Ordenações Filipinas. Nesse mesmo ano D. João IV confirma todas as leis promulgadas pela dinastia castelhana em geral, e em 1643, especialmente, as Ordenações Filipinas, em tudo quanto não tivesse sido mudado por suas próprias leis.

Apesar das várias tentativas de reforma, as Ordenações vigoraram em Portugal até o advento do Código Civil de 1867, e no Brasil até nosso Código de 1917. Elas são, pois, o monumento legislativo com maior vigência, tanto em Portugal quanto em nosso país.

¹. Vide a respeito a Nota de Apresentação à edição fac-símile (Lisboa, Gulbenkian, 1985), de autoria de Mário Júlio de Almeida Costa. A FDUSP possui um exemplar desta reprodução (Q14-11-39), que foi doado pela Fundação Gulbenkian, em setembro de 1987. Um volume original da edição conimbricense de 1796 (A2-22-7), existente no acervo da Biblioteca Central de acordo com os fichários, encontra-se extraviado.

². Cf. Gomes da Silva, *História...* cit., p.285.

³. *Ibidem*.

⁴. Ob. cit., p.286.

⁵. Sobre tudo isto vide Braga da Cruz, ob. cit., p.251 e ss.