

vigor a legislação civil que lhe era adversa, sem declaração authentica. Os architectos do absolutismo real, os juristas romanistas, viram com extremo desprazer este resultado, e indispensavel era contrarial-o.. Eis a verdadeira causa da codificação das *Ordenações Philippinas.*»

São eloquentes estas considerações e nada julgamos necessario accrescentar-lhes.

Conciuiremos affirmando que as *Ordenações Affonsina, Manoelina e Philippina*, tomadas em globo, representam em ultima analyse o esforço pacifico, ao mesmo tempo theorico e pratico, da nação portugueza para a consolidação da sua independencia politica pelo prestigio decisivo da monarchia e do poder mages-tatico.

CAPITULO IV

Confirmação do Codigo Philippino.— Vista synthetica da legislação portugueza posterior a essa codificação.—Leis de 18 de Agosto de 1769 e de 28 de Agosto de 1772; tendencias a que obedeceram.

1.—A dominação dos Philippes de Hespanha não podia perpetuar-se em Portugal. Por mais que fizessem para subordinar definitivamente os seus novos subditos, recordando e fazendo manter aparentemente a promessa proferida nas Côrtes de Thomar, de que *guardariam os fóros, costumes e isenções da nação portugueza, fariam, andar em separado do resto da Hespanha o seu governo administração e economia, e só a portuguezes dariam os empregos do reino*: não conseguiram os principes estrangeiros captar a amizade sincera dos depositarios das glorias de Aljubarrota. O movimento revolucionario de 1640 explodiu finalmente, como resultante natural das condições politico-sociaes da já então metropole brasileira. O dia da aclamação foi a vespera da victoria do rei acclamado: — o duque de Bragança, D. João, quarto dos reis portuguezes desse nome.

A restauração encheu Portugal de orgulho e de energia, como nos tempos do mestre de Aviz. Os *tres estados* da nação hobrearam com o rei nas *Côrtes*

deliberantes, revigoradas pelo espirito de independencia nacional, e dispuzeram-se a pesar nas conchas da balança governativa. E D. João 4º, de bôa ou má vontade, teve, como no verso de Camões, de *suspender por um pouco a magestade*, não só «commettendo aos Estados o prover sobre as necessidades da guerra e meios de salvar a patria» mas até sancionando pelo silencio os principios audaciosamente liberaes invocados então por toda a extensão do reino sobre a origem do poder real e os attributos soberanos da nação. (1)

Ora, as Côrtes de 1641, prenhes de ressentimentos contra a Hespanha e contra a dynastia repellida, apresaram-se a reclamar uma revisão das *Ordenações Philippinas* e a confecção de um novo codigo nacional. A situação era difficima e D. João tratou de ladear a questão, que não lhe convinha se resolvesse sob a pressão das condições do momento e sobretudo das idéas reinantes.

Compreende-se facilmente que o poder monarchico absoluto sahiria diminuido, largamente deformado, da empresa, si em face das aspirações liberalisantes do paiz entrasse a fazer a derruba do edificio legislativo em que elle se dava tão bem, pisando o marmore rijamente autoritario do direito romano. O partido regalista, chegado

(1) Referindo-se a este periodo da historia de Portugal, escreve Coelho da Rocha: «Nesta assembléa (as Côrtes de 1641) adoptaram-se como principios incontestaveis de direito publico: que o poder dos reis proem originariamente da nação, á qual por isso compete decidir as questões sobre a successão; velar pela execução das leis; e até recusar-se á obediencia, quando o rei pelo seu modo de governar se torne indigno e tyranno.» «Nas Côrtes seguintes (diz o mesmo autor) os procuradores dos povos fizeram uso mais energico de suas attribuições: propuzeram accusação contra os ministros do rei, principalmente contra o secretario Francisco de Lucena, arguido de traidor, o qual foi por este crime mettido em processo e decapitado.»

pelos doutores romanistas não podia convir nessa jornada perigosa; não podia consentir que «o Poder Real praticasse o erro palmar» de abandonar as *Ordenações Philippinas*, «expondo o paiz e o predominio da reallea aos azares da revolução e ás elocubrações fluctuantes do patriotismo, que deveria ser somente aproveitado no que havia de fructuoso aos interesses da dynastia.» (1)

Assim, ouvindo provalvemente as advertencias e conselhos do legista Thomé Pinheiro da Veiga, Procurador da Coroa, e notavel discipulo de Jorge de Cabêdo, o duque de Bragança resolveu adiar a realisação do desejo das Côrtes quanto á reforma do Direito vigente. Tinha para isso o magnifico pretexto da guerra, successiva á sua acclamação. (2)

Como consequencia dessa resolução surgiu a Lei de 29 de Janeiro de 1643, confirmatoria e revalidadora das *Ordenações Philippinas*, a qual, depois de um longo *considerando*, terminava assim:

«Hei por bem, de minha certa sciencia, Poder Real e absoluto, de revalidar, confirmar, promulgar, e de novo ordenar e mandar que os ditos cinco livros das *Ordenações e Leis*, que nelles andam, se cumprem e guardem, como se até o presente praticarão e observa-

(1) Candido Mendes: *Introd. aoCodigo Philippino*.

(2) Resava deste modo um dos periodos preliminares do dispositivo da lei que ordenou a manutenção doCodigo Philippino: «E porque a occasião da guerra, prevenção e disposição da segurança e defensão do reino para meio da paz e socego publico d'elle, e confederação e commercio dos principes Christãos, não dão logar para logo satisfazer ao que pelos tres Estados em Côrtes se me tem pedido, de entender na reformação e nova recopilación das *Ordenações* com supplemento das leis, que depois se fizeram, e com a alteração, que com a occasião presente fór necessario haver, prover e reformar, e o que accrescem por capitulos de Côrtes dos tres Estados particulares dos povos...»

rão, como se por mim novamente forão feitas e ordenadas, promulgadas e estabelecidas, em tudo o que não estiver por mim feito em minhas Leis e Provisões, e outras, validamente depois dellas feitas, praticadas e observadas em quanto não mandar fazer a dita recopilação e não mandar o contrario. E quero e mando que em todos os meus reinos e senhorios se guardem e pratiquem como até aqui; e por ellas se julguem e determinem os casos, que occorrerem; para o que revogo e annullo todas e quaesquer Leis e Ordenanças, posto que ordenadas em Côrtes que até o tempo da publicação das ditas Ordenações em 11 de Janeiro do dito anno de 1603 estavam feitas, e fóra dellas fossem achadas; salvo as que se acharem escriptas em hum livro da Casa da Supplicação, que por serem sobre as cousas que se podem mudar e alterar com os tempos, se mandou que se não incorporassem nos ditos cinco livros da Ordenação.»

Conhecido este trecho capital da famosa lei da confirmação, parece-nos que podemos applicar-lhe com justiça as profundas palavras de Candido Mendes: «Era o triumpho do partido absolutista apoiado em um fundamento especioso, mas á primeira vista mui aceitavel.»

Realmente, com a promulgação da Lei de 29 de Janeiro de 1643, D. João 4º fazia mais do que adiar o desejo impertinente das Côrtes quanto a confecção de um novo codigo, que o podia prejudicar de futuro: — preparava o espirito publico para o regimen de absolutismo sem freio que D. Pedro 2º, D. João 5º e D. José haviam de proclamar e realisar systematicamente, e de que elle proprio se sentia um portador consciente, embora cauteloso. Aquellas notaveis palavras da lei: *de minha certa sciencia, Poder Real e absoluto*, são extre-

mamente significativas das idéas e intenções do Duque de Bragança, extravasantes do dique que a guerra de Hespanha e a attitude fogosa das Côrtes, oppunham aos seus instinctos autocraticos.

Como quer que fosse, a verdade é que a excepção dilatoria offerecida por D. João 4º á aspiração nacional manifestada nas Côrtes de 1641 vingou como sentença definitiva, e as *Ordenações Philippinas* ficaram galvanisadas, para reger por mais dois seculos o reino de Portugal.

2 — Candido Mendes, o operoso e notavel jurista brasileiro a que tantas vezes nos temos referido, conta, para a legislação portugueza, a partir de 1640, tres epochas:— daquelle anno a 1750, deste a 1778 e de 1778 a 1823.

Por mais arbitraria que pareça, esta divisão nos convem para o rapido golpe de vista que pretendemos lançar daqui sobre o direito portuguez escripto, posterior ao advento da dynastia bragantina. Melhor do que as de Coelho da Rocha e Villa Nova Portugal (1) ella nos aproveita para o fim que temos em vista. Adoptamol-a, portanto, lançando mão em grande parte dos proprios subsidios que para o respectivo desenvolvimento nos fornece, em seu luminoso resumo historico, o douto commentador do *Codigo Philippino*.

(1) No seu *Ens. sobre a hist. do gov. e leg. de Port.* o illustre professor coimbrão (que apenas leva suas explanações até 1842) divide a historia externa do Direito Portuguez em 8 epochas: 1ª *tempos primitivos até a redução da Hespanha a provincia romana*; 2ª *desde a occupação romana até a invasão dos barbaros*; 3ª *desde a invasão dos barbaros do norte até a dos sarracenos ou mouros*; 4ª *desde a dominação moura até a fundação da monarchia portugueza*; 5ª *desde a fundação do reino até a extincção da 1ª dynastia portugueza*; 6ª *desde a eleição de D. João 10 até a morte de D. Hen-*

De 1640 a 1750 a legislação e jurisprudencia portuguezas passaram por duas phases. Na primeira soffreram os efeitos da profunda reacção politica contra os restos do passado dominio hespanhol. Isto quer dizer que foi vigoroso o embate do elemento nacional, representado nas valentes côrtes de 1641, 1643, 1668, 1674, 1679 e 1697, de encontro ao absolutismo real, acastellado no Direito Romano e nas tradições dos seculos anteriores. Já vimos até que conclusões de alto e liberalissimo Direito Publico chegaram os procuradores da nação nos primeiros tempos do reinado de D. João 4°. Na segunda phase, « passada a effervescencia do patriotismo, mortos os coriphêos da revolução », a corrente juridica voltou ao seu primitivo leito romano, reatando-se « com duplo vigor a cadeia do predomínio do Poder Real. » Foi assim a partir do começo do secuio 18, isto é, desde os ultimos tempos do reinado de D. Pedro 2°, até D. José, passando por D. João 5°.

Na primeira metade daquelle periodo de 90 annos— periodo convulsivo, social e geologicamente epileptico, porque foi encetado por uma revolução politica e terminou por um terremoto :—D. João 4° teve de contentar-se com o absolutismo um tanto platonico de que fallou a lei da confirmação das Ordenações, chegando a

rique ; 7°— desde a occupação de Portugal por Felippe 2° de Hespanha até a morte de D. João 6° em 1826 ; 8°— desde a morte de D. João 6° até 27 de Janeiro de 1842.

O outro reinicola citado, Villanova Portugal, parando nos ultimos annos do seculo passado, faz em 4 epochas, uma divisão differente, que é a seguinte : 1°—*desde o inicio da monarchia até D. João 1°* (epocha feudal) ; 2°—*desde D. João 1° até D. Manoel* (epocha romana) ; 3°—*desde D. Manoel até D. José* (epocha bartholina ou dos arestos e da renovação dos estudos e methodos) ; 4°—*desde D. José até o fim do seculo* (epocha do Direito Publico, da Economia etc, modificadores do Direito Romano.)

assistir ao supplicio do seu secretario Lucena, *ex-vi* de processo mandado intentar pelo voto dos tres estados.

Por sua vez D. Affonso 6° « arguido de accessos de furor e de incapaz de governar » sentiu voar-lhe a corôa ao sopro quente das côrtes de 1668, e D. Pedro 2°, apesar das suas velleidades de imitar Luiz 14 de França, teve muitas vezes de « empregar desculpas e subterfugios » para obter das Camaras o pagamento de tributos que não haviam sido votados pelos procuradores das cidades, A esta phase historica é que pertencem os juristas Pinto Ribeiro, Antunes Portugal, Velasco de Gouveia e Souza de Macedo, dos quaes diz Candido Mendes que « basta confrontar-lhes os escriptos com os dos jurisconsultos anteriores e seguintes, para ver que a liberdade de uns contrasta com o servilismo dos outros. »

Mas na segunda metade do periodo a que nos remontamos, é outro o scenario e muito differente o espectáculo. Pisam o tablado dos acontecimentos D. João 5° e D. José— por outra o Marquez de Pombal— e o sonho de João das Regras e Jorge de Cabêdo faz-se realidade viva no esplendor avassallante da omnipotencia real. Eis como o commentador brasileiro do *Codigo Philipino* synthetisa esta epocha :

« D. João 5° illudio e poz termo á convocação das Côrtes, lançando impostos sem ouvil-as. E D. José 1°, ou antes o seu potente Ministro, desconheceu-as, desconsiderou-as e proscreeu-as ; reconhecendo em si a *alta e independente Soberania, que recebia immediatamente de Deus*, afim de transmittil-a ao seu Ministro para bem usufruil-a, pois neste regimen o Rey reina, e os Ministros ou validos governam e administração. No reinado de D. João 5° o perfume de liberdade dos Juristas, que acima notamos, desaparece ; o servilismo mais

vulgar occupa as posições; e se transparece alguma liberdade em escrever he nas lutas contra a Santa Sé, que a Realeza affaga e auxilia com mais ou menos empenho, segundo permite o estado de suas relações com Roma.» (1)

E' ao findar esta epocha (em 1747) que apparecem a edição *Vicentina* das Ordenações, com o accrescimento das leis, decretos, provisões etc, publicados nos reinados de D. João 4.º e seus successores, e o *Repertorio das Ordenações*, contendo um extracto de toda a legislação, acompanhado de notas e remissões. (2)

De 1750 a 1778 a pro e preeminencia são ainda do discricionarismo pombalino, cruel, porém salutar e fecundo. Mas dá-se então o phenomeno interessante do decahimento do Direito Romano tal como era ensinado, surgindo d'entre as ruinas da escola *bartholina* o methodo *cujaciano*. Apreciaremos daqui a pouco este caso, estudando as leis de 18 de Agosto de 1769 e de 28 de Agosto de 1772.

Neste periodo, diz Candido Mendes, «a legislação e jurisprudencia tomarão nova direcção; as Leis respirão um ar de jactancia, uma linguagem de vaniloquencia e de rodomontadas bem dispensaveis.»

(1) D. João 5º, em carta dirigida á Camara do Porto em 1709 mandou continuar o tributo das decimas e sizas dobradas *sem embargo de se não celebrarem Côrtes*. No reinado de D. José o despotismo não se desfarçou. Nos documentos do governo não se fallou mais em prerogativas dos povos nem em Côrtes. Não é o concurso das ordens, nem a opinião dos povos, que occupa os pomposos preambulos das leis deste tempo; mas sim a *alta e independente soberania, que o rei recebe immediatamente de Deus, pela qual manda, quer e decreta aos seus vassallos, de sciencia certa e poder absoluto* (Vid. Coelho da Rocha.)

(2) Vid. Coelho da Rocha, ob. cit. e Mello Freire, *Hist. Jur.* que aliás considera o *Repertorio* obra de pouco merecimento.

Pedantes e oppressoras ou não, a verdade é que as leis de Sebastião José de Carvalho e Mello, successivamente conde de Oeiras e marquez de Pombal, fizeram, á monarchia, e, podemos dizer, á civilisação, o enorme serviço de affastar dellas os tentaculos perigosos da theocracia e da olygarchia aristocratica. Pelos Alvarás de 10 de Março de 1764 e de 18 de Janeiro de 1765 determinou-se que a jurisdicção ordinaria dos prelados era restricta aos negocios puramente espirituaes; puzeram-se em vigor as leis de amortisação, prohibiu-se a instituição da alma por herdeira, restringiu-se a antiga liberdade de testar em legados pios, capellas e suffragios, etc. Por outro lado as leis de 7 de Março de 1761, de 3 de Agosto de 1770 e de 9 de Julho de 1773 cahiram sobre os privilegios da nobreza reduzindo-os quanto possivel, e permitiram á burguezia aspirar as honras do *segundo estado*. (1)

No ultimo anno desta época e primeiro do reinado de D. Maria, (1778) teve logar a tentativa da confecção de um novo codigo, apparecendo então o Decreto de 31 de Março, que creou para o fim que se visava, uma Junta composta de seis magistrados e presidida pelo ministro do reino, o Visconde de Villanova da Cerveira. Na conformidade daquelle Decreto os compiladores deviam discutir os respectivos trabalhos em conferencias, de modo a evitar antinomias e redundancias. E realmente a Junta por sua actividade mostrou desejo tal de realisar a sua missão, que não se fez esperar o Decreto de 17 de Julho, pelo qual foram declaradas suspensas, provisoriamente, algumas leis anteriores, até a conclusão do *Codigo projectado*. A nova compilação,

(1) *Ens. sobre a hist. do gov. e da leg. de Port.* 6ª ed. pags. 180 e 185.

porém, não chegou a seu termo, apesar das esperanças que ainda em 1791 eram nella depositadas por juriscultos da ordem de Villanova Portugal. Fosse pelo eclipse das faculdades intellectuaes de D. Maria; fosse pelos acontecimentos immediatamente subsequentes que levaram a Portugal as tropas de Junot, o facto é que a recopilação planejada e em via de execução deixou de ser um facto consummado.

De 1778 a 1823 nada de superiormente notavel abrolhou no revoltado mar da vida nacional portugueza. A não serem os trabalhos de Paschoal José de Mello Freire (projectos de código criminal e de direito publico —1780 a 1790) «toda a azafama que houve foi em pura perda; parece que o que mais abundava nesses tempos era a vacillação e a incerteza, o desfallecimento e o desgosto por obras serias de legislação.» (1) As tentativas de *Código Penal Militar* e *Código Militar da Marinha*, manifestadas no principio da regencia de D. João 6º não modificam o *statu-quo* porque se frustraram immediatamente. Depois disso ha só a notar os actos legislativos emanados da côrte do Rio de Janeiro e na mór parte referentes ao Brazil. Com relação a Portugal avultam apenas, nessa época, a Carta regia de 1810, o Alvará de 11 de Abril de 1815, (relativos aos foraes) e os actos de 1822, consecutivos á revolução de 1820 e á volta de D. João 6º para a velha séde do reino.

3— A historia externa do Direito Portuguez, é— como facilmente se deduz de tudo quanto deixamos dito—nitidamente caracterizada pela progressiva expansão doutrinal e legal da legislação justiniana, a bater em brecha e a levar de vencida o velho Direito nacional

(1) Candido Mendes, *Introd. ao Cod. Philippino*.

representado nos institutos consuetudinarios e foraleiros, bem como em grande parte das leis geraes. A pugna entre essas duas forças juridicas, na qual o Direito Canonico achou-se sempre envolvido terçando armas, ora contra um, ora contra outro dos combatentes;—constitue a trama inteira da evolução do Direito em Portugal, até principios do nosso seculo.

Não é estranhavel, portanto, que do acervo da legislação a que passámos rapida revista, destaquesmos, para um estudo mais detido, duas inportantissimas leis em que accentuadamente manifestaram-se os effeitos da luta mencionada. São ellas as de 18 de Agosto de 1769 e de 28 de Agosto de 1772, ambas referendadas pelo grande estadista, que assessorou D. José no governo.

A primeira dessas leis é a chamada *da Boa Razão*, pela interpretação que veio dar ao dispositivo da Ord. do liv. 3º tit. 64, especialmente á parte final do respectivo preambulo.

Dissera assim, no livro e titulo citados, a codificação philippina:

«Quando algum caso fôr trazido em pratica, que seja determinado por alguma Lei de nossos Reinos, ou estylo de nossa Côrte, ou costume em os ditos Reinos, ou em cada uma parte delles longamente usado, e tal, que por Direito se deva guardar, seja por elles julgado, sem embargo do que as Leis Imperiaes acerca do dito caso em outra maneira dispoem; porque onde a Lei, stylo ou costume de nossos Reinos dispoem, cessem todas as outras Leis, e Direito. E quando o caso, de que se trata não for determinado por Lei, stylo, ou costume de nossos Reinos, mandamos que seja julgado, sendo materia que traga peccado, por os sagrados Canones. E sendo materia, que não traga peccado, seja julgado