

As seu bom amigo
Nippolyte Rayona
com um abraço

ze

ESTUDOS DE HISTÓRIA DO DIREITO

o meu

DO MESMO AUTOR:

Introdução ao problema do feudalismo em Portugal (Coimbra, 1912);
Idealismo e direito (Coimbra, 1913);
História dos regimes matrimoniais — 2 volumes — (Coimbra, 1913);
Súarez, jurista: o problema da origem do poder civil (Coimbra, 1917);
Código civil brasileiro anotado (Lisboa, 1917);
Textos de direito visigótico (para uso das aulas) — 2 volumes — (Coimbra, 1920-1922);
História de Portugal para uso das classes 6.ª e 7.ª dos liceus — de colaboração com o Prof. Damião Peres — (Coimbra, 1921);
Condição jurídica dos filhos ilegítimos: estudos de legislação comparada (Coimbra, 1922);
Questionário sobre o direito consuetudinário português (Coimbra, 1923);
Lições de história do direito português, feitas ao curso de 1922-1923 (em publicação);
Artigos vários na « *Revista da Universidade de Coimbra* », no « *Instituto* », na « *Revista de História* », no « *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra* », no « *Boletim da 2.ª classe da Academia das Ciências de Lisboa* », etc. (alguns reproduzidos no presente volume).

EM PREPARAÇÃO:

Manual elementar de história do direito português;
Estudos de história do direito português (2.ª série);
Coleção de textos de direito português (para uso das aulas).

ESTUDOS
DE
HISTÓRIA DO DIREITO



COIMBRA EDITORA, L.^{DA}
(Antiga Casa FRANÇA & ARMÊNIO)
LIVRARIA OFICINAS
Rua Ferreira Borges, 79 | Avenida do Arnado
COIMBRA

A GAMA BARROS

: : : : Tipografia da : : : :
COIMBRA EDITORA, LIMITADA
: : : : : 1928 : : : : :

De André de Resende a Herculano

(Súmula histórica da história do direito português) ⁽¹⁾

I

Fazendo um rápido esboço histórico da história do direito alemão, acentua BRUNNER ⁽²⁾ que ela é uma ciência relativamente moderna. Os espanhóis ⁽³⁾ e os italianos ⁽⁴⁾ fazem idêntica observação acêrca dos seus respectivos direitos. Os franceses, conquanto um pouco mais precoces — para o que contribuiu o grande desenvolvimento do *droit cou-*

⁽¹⁾ Lição inaugural dum curso de história do direito pátrio, publicada pela primeira vez no *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, vols. v e vi.

⁽²⁾ *Deutsche Rechtsgeschichte*, 1.^a vol., 2.^a ed. (Leipzig, 1906), pág. 18.

⁽³⁾ Vidê UREÑA y SMENJAUD, *Discurso leído en la solemne inauguración del año académico de 1906 a 1907* (Madrid, 1906), sign. pág. 43, e cf. Altamira, *Cuestiones de historia del derecho*, pág. 11 e segs.

⁽⁴⁾ Vidê por ex. SALVIOLI, *Trattato di storia del diritto italiano* 8.^a ed. (1921) pág. 15.

tumier e da respectiva literatura —, não podem, em todo o caso, apontar historiadores do direito anteriores à segunda metade do século XVII (1).

As causas dêste facto são pouco mais ou menos as mesmas em toda a parte e escusado se torna insistir nelas; por um lado o predomínio absorvente dos direitos romano e canónico e a orientação dogmática na ciência do direito nacional, por outro a esfera restrita da historiografia e a falta duma concepção filosófica da história.

Portugal (2) não escapa a esta regra, porquanto a verdadeira história do direito português data apenas da segunda metade do século XVIII.

Até então deu-se entre nós o que, em

(1) *A Histoire du Droit François* de P.^e FLEURY data desta época (11.^a ed. Paris, 1674).

(2) Sobre o mesmo objecto dêste nosso estudo devem ver-se o parecer da Faculdade de Direito sobre a *História de Portugal* de ALEXANDRE HERCULANO (publicado pelo Sr. TEÓFILO BRAGA na sua *Hist. da Univ. de Coimbra*, vol. IV, pág. 479) e as observações do Sr. PEDRO DE AZEVEDO no *Boletim da Segunda Classe da Academia das Ciências de Lisboa*, vol. IV (1910-1911), pág. 318 e 319. — Estas observações são feitas pelo erudito escritor a propósito dum exemplar da *Lex Visigothorum* que faz parte da livreria do Sr. Conde da Arrochela: sojame lícito aproveitar este ensejo para fazer notar que êsse códice não é, como supôs o Sr. PEDRO DE AZEVEDO, nem o de S. Juan de los Reyes (que está em Toledo), nem o de S. Isidro (que está em Madrid). É o madrileno S. 170, a que se refere URZUA a pág. 93 da sua *Legislación Gótico-Hispana*. Vidê o que a êste respeito escrevi na *Revista de História*, vol. XI (1922).

maior ou menor grau, e durante um maior ou menor período de tempo, teve lugar em toda a parte; e não podia deixar de ser assim, desde que nem a orientação da ciência jurídica nem as condições da nossa literatura histórica eram de modo algum favoráveis ao desenvolvimento da história do direito nacional.

Os historiadores confinavam-se, em geral, na crónica dos factos e na biografia. Os jurisconsultos preocupavam-se pouco com o aspecto histórico da sua ciência. Na Universidade professavam-se apenas, como é sabido, os direitos romano e canónico, e êstes mesmos, dentro de um critério dogmático (1).

(1) Não é esta a oportunidade para demonstrar quais os progressos que a ciência jurídica deveu a esta orientação, nem tão pouco para fazer a apreciação dos tratados jurídicos portugueses, que não é lícito votar em globo a um sistemático desdém. Sobre os méritos, tão facciosamente desdenhados, do *mos italicus juris docendi*, em contraposição ao *mos gallicus*, são dignos de ler-se os estudos de B. BRUNI, ultimamente insertos nos dois volumes *Per la storia della giurisprudenza e delle università italiane*. Cf. DE DINGO, *Introducción al estudio del derecho romano*. — O ensino universitário do direito pátrio começou tarde em toda a parte. Foi só em 1679 que o direito francês penetrou, e com um lugar modestíssimo, nas Universidades francesas (ESMÉTIN, pág. 326; VIOLLET, pág. 217); em Espanha um diploma de 1741 mandou pela primeira vez que o professor acompanhasse a leitura do direito romano com a das leis nacionais correspondentes, e só em 1771 apparece uma cátedra independente de direito pátrio (ANTEQUERA, pág. 434; ALTAMIRA, *Hist. de Esp.*, vol. IV, pág. 325). Em 1766 pedião-se debalde aos reformadores da Universidade de Padua que creassem uma cadeira de direito veneziano e municipal e de história do direito (BRUGI, pág. 107). Na Alemanha foi BEYER quem fez o primeiro tentame em 1707 (SIEGEL, *Deut. Rechtsgeschichte*, pág. 152, cit. por RASHDALL, *English law in Renaissance*).

Finalmente, ressalvado um ou outro nome notável, a nossa ciência jurídica foi-se cada vez mais afundando numa triste decadência.

Não obstante, as investigações e notícias acêrca de antiguidades do direito portugueses ou de assuntos que com êste se relacionam remontam a um passado mais distante e merecem ser mencionadas.

O grande movimento da Renascença, tão favorável à orientação histórica no estudo do direito, teve entre nós representantes ilustres, e alguma coisa beneficiou com êle a história das nossas instituições jurídicas, porquanto — ao mesmo tempo que o GOVEANO, precedendo CUJACIO na renovação da ciência romanística, «exprimiam claramente as ideas fundamentais que informam o programa dos juriconsultos humanistas do século XVI» ⁽¹⁾ e, com admirável tino histórico, comentava como jurista os *Topica* de Cícero ⁽²⁾, — ANDRÉ DE RESENDE

⁽¹⁾ Palavras de GIRARD no artigo «La jeunesse de Cujas» ap. *Nouv. Rev. Hist. de Dr. Fr. et Etr.*, ano XI, n.º 3, pág. 494 e segs. É um trabalho da maior importância não só pela apreciação, que o autor faz, da obra de ANTÓNIO DE GOUVEIA, mas pelos dados novos que fornece para a sua biographia. Dêmos conhecimento dêste estudo notável na *Revista de História*, vol. VI, pág. 84.

⁽²⁾ Vidê EMILIO COSTA, *Storia delle fonti del diritto romano*, 1909, pág. 161 GOUVEIA — que, como é sabido, passou a sua existência no estrangeiro — representa uma escola romanística que mal transpôs as fronteiras de Portugal e que na própria Itália, a pátria de ALCIATO, não passou de um clarão fugaz. Todavia, não é êle o único romanista português cuja obra se integra na escola humanista. Entre os juris-

escrevia preciosíssimas linhas acêrca da organização da antiga Hispânia, podendo considerar-se como o fundador da história do direito público peninsular ⁽¹⁾.

No século seguinte alguns nomes cumprem destacar, tanto entre os historiadores como entre os juristas, e logo na primeira fileira FR. ANTÓNIO BRANDÃO, que na 3.ª e 4.ª partes da *Monarquia Lusitana* abordou, com as suas privilegiadas qualidades de historiador, diversos pontos da nossa disciplina e colleccionou importantes documentos para a reconstituição do antigo direito português.

Algumas noticias se encontram também noutros cronistas e historiadores, devendo

consultos portugueses que viveram em íntimo contacto com êsse movimento figura, anteriormente ao GOVEANO, LUÍS TEIXEIRA LOBO, discípulo de POLIZIANO e professor de direito civil na Universidade de Ferrara, autor dum comentário ao título do Digesto «de rebus dubilis» (Venetia, 1507). Infelizmente, nunca nos foi dado compulsar êsse livro, que supomos não existir em nenhuma livreria do país. ¿Que precursores e que sequazes portugueses de GOUVEIA cumprirá assinalar? Eis um ponto sedutor a tratar, mas sobre o qual nada se pode aventar sem uma cuidadosa busca nas bibliotecas e arquivos de Itália. O recente livro do nosso colega DR. GONÇALVES CEREJEIRA sobre CLAUDIO fornece alguns dados de valor para a história da nossa ciência jurídica no período humanista.

⁽¹⁾ *De Antiquitatibus Lusitaniae; De Antiquitatibus Eborac;* Cartas. A velha tendência portuguesa para amesquinhar o que é nosso fez que a opinião geral acolhesse precipitadamente o que os entendidos, deslucadamente o ilustre HÜNNER (*Inscriptiones*), escreveram acêrca da pouca probidade científica do autor das *Antiquitates*. Alguma coisa se tem exagerado ao formular contra êle a accusação de falsário. Vidê J. LAITE DE VASCONCELOS, in *Archeologo Português*, vol. VI, pág. 52.

especializar-se o continuador da *Monarquia Lusitana*, FR. FRANCISCO BRANDÃO; nos curiosos de antiguidades, cuja lista é longa, bastando apontar o nome de MANUEL SEVERIM DE FARIA; nos autores de escritos nobiliárquicos, como VILAS BOAS E SAMPAIO, de corografias ou «descrições de Portugal», de monografias locais, etc. Entre numerosas obras aparece mesmo uma pequena monografia histórico-jurídica: o «Epítome único da dignidade de grande, e maior Ministro da Puridade, e de sua muita antiguidade e excelência» (Lisboa, 1666), por FR. FRANCISCO DO SANTÍSSIMO SACRAMENTO.

Entre os jurisconsultos, também alguns, poucos, como JORGE DE CABEDO, DOMINGOS ANTUNES PORTUGAL e GABRIEL PEREIRA DE CASTRO, fornecem contribuição dalguma valia para a história do direito nacional. Mas são sobretudo de notar os juristas e escritores políticos que, capitaneados por JOÃO PINTO RIBEIRO, formam a bem conhecida pléiade da Restauração: a nossa libertação do jugo castelhano provocou, com efeito, uma copiosa literatura política e polémica, através da qual a exposição e discussão de alguns pontos de direito público tradicional — tais como o fundamento democrático da constituição portuguesa, as regras de sucessão da coroa, o papel das cortes, etc. — encontraram ensejo

para se desenvolver; assumindo uma importância considerável. A fortificar este movimento estavam as supostas actas das Côrtes de Lamego, que BRANDÃO apresentara muito dubitativamente, mas que logo foram acolhidas pelos patriotas como paládio da nossa independência.

No princípio do século XVIII deram-se as primeiras manifestações dum verdadeiro renascimento dos estudos históricos com a fundação da Academia Real da História ⁽¹⁾ e com a publicação da monumental *História Genealógica da Casa Real*, cujas *Provas* constituem um inextimável repositório de materiais para a história do nosso direito.

Ensombrados pela grande figura de ANTÓNIO CAETANO DE SOUSA, outros vultos de menor grandeza se movem que, dentro e fora da nossa Academia, prestam algumas, se bem que escassas e pouco valiosas contribuições para a nossa disciplina. Recordemos apenas os nomes de CARVALHÓ DA COSTA, D. LUÍS CAETANO DE LIMA, ANTÓNIO OLIVEIRA FREIRE, JOÃO BAPTISTA DE CASTRO, autores de bem conhecidas corografias, e o de DAMIÃO ANTÓNIO DE LEMOS, que escreveu a *Política Moral e Civil* ⁽²⁾.

⁽¹⁾ Sobre uma tentativa da Academia Real da História vide as *Memórias* desta Academia, ano 1721, «Sistema da história feito pelo Conde da Ericeira e pelo P.^o D. Manuel Caetano de Sousa».

⁽²⁾ Sobre outros frequentadores de cartórios e colecionadores de documentos vid. J. P. Ribeiro, *Diss. Cron.*, IV, 11 segs.

Outro, noutra ordem de trabalhos, reclama de preferência a nossa atenção, e não devemos encerrar a resenha dêste período sem lhe fazer referência: o eruditíssimo ABADÉ DE SEVER, que na sua magnífica obra prima — a *Biblioteca Lusitana* ⁽¹⁾ — nos deu uma muito completa relação dos nossos juristas, com preciosas indicações bio-bibliográficas. Quem um dia empreenda a sedutora tarefa de historiar a nossa literatura jurídica terá de conferir um lugar de honra, entre os seus livros de diária consulta, a êste mestre da bibliografia.

Não pode pois negar-se que alguma coisa se fez, na esfera dos nossos estudos, durante o século XVII, e principalmente na aurora do renascimento do século XVIII. Mas o que há sobretudo de valioso nesse contingente são os pacientes e rigorosos trabalhos de compilação de fontes e de bio-bibliografia: os dois nomes de ANTÓNIO CAETANO DE SOUSA e DIOGO BARBOSA MACHADO sintetizam, respectivamente, êsses gêneros.

Fora dêsse campo, apenas uma ou outra alusão, quando muito uma ou outra investigação ou notícia de curioso, freqüentemente cheias de erros e quasi sempre sem critério

(1) Não deve esquecer-se o *Índice* de juristas — civilistas e canonistas — que figura no fim do IV volume da *Biblioteca*.

científico, fruto raras vezes apreciável de estudiosos isolados, sem unidade nem homogeneidade de esforços, sem escola nem tradição.

II

Na segunda metade do século XVIII, uma grande figura de precursor — a de LUÍS ANTÓNIO VERNEY — exige que nela fixemos a nossa atenção, porquanto, se é incontestável que, de um modo geral, ocupa um lugar proeminente na história da mentalidade portuguesa, não é menos certo que lhe cabe um posto de honra nos annaes da nossa história jurídica.

As suas críticas, por vezes mordazes mas em regra justas, representam uma reacção contra a inferioridade da nossa cultura jurídica; e forçoso é confessar que esta inferioridade se revelava manifestamente na maioria dos nossos professores e escritores.

No ambiente mental da época — no seu conjunto pouco glorioso — a sciência do direito era justamente uma das mais profundamente atingidas, e o ensino universitário, longe de dar o estímulo do trabalho inteligente e progressivo, fornecia o modêlo da rotina e do verbalismo estéril. Para um tão deplorável

estado de coisas uma só atenuante pode e deve invocar-se: a de que o mal não era exclusivo do nosso país, sendo êste em grande parte da Europa um período de decadência para a ciência do direito e arrastando-se em regra as Universidades numa pouco honrosa mediocridade ⁽¹⁾.

As páginas de VERNEY que documentam esta apreciação, não as transcreveremos, pois são por demais conhecidas. Quem não lêu ao menos a passagem, de tão perspicaz observação e tão brilhante colorido, em que o autor nos descreve o currículo intelectual de um estudante de direito?..

Referindo-se à ignorância da história por parte dos nossos jurisconsultos, escrevia o BARBADINHO ⁽²⁾: «Encontrará V. P. muitos homens, que communmente são tidos por grandes jurisconsultos, os quais, tirados do puro texto que teem estudado, são tão rudes, que parecem chegados novamente do Paraguai ou Cabo da Boa Esperança. Falando em certa ocasião com um dêstes de grande fama, e guiado desta comua preocupação, entrei em

⁽¹⁾ Sobre a decadência das Universidades e da ciência do direito podem ver-se SEMPERE, UREÑA, SCHUPFER. Cf. BRUI, *ob. cit.*, (nota 6). A França continuou tendo no século XVII illustres jurisconsultos, mas as Universidades estavam também decadentes.

⁽²⁾ *Verdadeiro método de estudar*, Tomo II, (Valença, 1746), pág. 117.

uma matéria erudita, própria daquela Faculdade em que casualmente se falou no Imperador Alexandre Severo e suas acções, e protecção que concedeu aos jurisconsultos, etc. E fiquei pasmado, quando me disse que, occupado com as suas leis, não tivera tempo de se aplicar à História. Cuido que, se V. P. fizer algumas vezes esta experiência, achará muitos dêste parecer».

VERNEY não exagerava. O desdém dos conhecimentos históricos por parte dos nossos jurisconsultos era, com poucas excepções, completo. As nossas mais antigas leis eram para êles uma lenda vaga e nebulosa, a que só por pretensão pseudo-erudita aludiam de quando em quando. À parte as Córtes de Lamego — cuja autenticidade só os espanhóis contestavam —, não citavam senão de maneira genérica as disposições dos primeiros reis, e as próprias Ordenações Afonsinas eram quasi completamente ignoradas ⁽¹⁾. Que admiração, se mesmo as leis mais modernas eram no geral conhecidas e referidas através dos tratadistas e comentadores!

É triste verificar que a primeira tentativa

⁽¹⁾ Apontam-se raras excepções. DUARTE NUNES alude à compilação de direito romano mandada organizar por D. João I. REINOSO (*Obsev.* 61, n.º 61) transcreve um texto da Ordenação Afonsina, que diz se achava na Torre do Tombo, e BARBOSA tinha um manuscrito em seu poder (*Remiss. à Ord.*, liv. 5, tit. 47).

de exposição ordenada da história da nossa legislação é um resumo destituído de qualquer valor, traçado em 1737 por um tal FRANCISCO DE ALMEIDA JORDÃO, em apêndice à tradução que fez da detestável *Arte Legal* de D. FRANCISCO PEDRAZA ⁽¹⁾. Não vem fora de propósito notar que é dêste livro—do original castelhano—que o conhecido historiador SEMPERE reproduz várias passagens ⁽²⁾, a fim de que o leitor possa formar uma idea da decadência da cultura jurídica espanhola no século XVII. Pois bem: após cento e vinte cinco anos, merecia essa indigesta produção as honras de tradução em português!

Para se avaliar de que fôrça eram os conhecimentos históricos do tradutor, basta dizer que as únicas leis antigas que cita são as actas das Côrtes de Lamego e que, saltando por sobre as Ordenações de Afonso V, das quais certamente nunca lhe chegara rumor, hesita, quanto à data das Manuelinas, entre a opinião de CABEDO e a de BARBOSA, que as supunha de 1505.

Em compensação, o autor impressiona-se...

⁽¹⁾ *Arte legal para estudar a jurisprudência...* pelo L.^o FRANCISCO BERNARDINOS DE PEDRAÇA, traduzida por FRANCISCO DE ALMEIDA JORDÃO. Lisboa, 1737. Pág. 138: *Appendix—Da origem do direito real de Portugal*.

⁽²⁾ *Hist. del derecho español*, Libro IV, cap. IX. Cf. UREÑA, *ob. cit.* (nota 2).

com a «predestinação do número cinco» — em cinco livros se divide a Ordenação, em cinco o Corpo de Direito Canónico, etc.,—acrescentando que da excelência de tal número «se pode ver em ALMEIDA, BARBOSA e RHO-DIGNIO».

Examinada em confronto com esta decadência, a personalidade do BARBADINHO assume proporções formidáveis, pois foi êle quem primeiro entre nós, rompendo audazmente com a rotina, viu com clareza e proclamou em páginas imorredoiras a necessidade de vivificar com o estudo da história os conhecimentos da jurisprudência.

Dotado de perspicaz inteligência e de um equilibrado tino crítico, VERNEY, a quem a longa permanência no estrangeiro comunicara aquela ânsia de progresso que inflamou os grandes espiritos do seu século, confrontou o nosso espantoso atraso—note-se em todo o caso, uma vez mais, que não era apenas nosso—com o brilho dos estudos jurídicos na Holanda, onde ainda se não haviam extinguido os écos de GROCIO, e na Alemanha, onde, não obstante o predomínio da orientação prática, havia historiadores do mérito de HEINECKE ⁽¹⁾. O resultado foi êsse tremendo libelo, que

⁽¹⁾ VERNEY tem por HEINECKE uma especial predilecção. Vide *Verdadeiro Método*, II, pág. 166.

ocupa uma boa parte do seu *Verdadeiro Método*, contra a cultura jurídica portuguesa.

Não se limitou porém a criticar: apontou também o caminho a seguir, as reformas a executar.

Sobretudo em duas das suas cartas — a XIII e a XV, em que respectivamente se ocupa da jurisprudência civil e da canónica — insiste na necessidade dos estudos históricos para formação do jurisconsulto. Como a cultura da história jurídica tinha ao tempo por objecto principal os direitos romano e canónico ⁽¹⁾, são êstes que lhe merecem maior atenção, e por isso principalmente aconselha que se ensine nas faculdades jurídicas a história do direito e da jurisprudência romana e canónica, bem como a história eclesiástica e a história geral, mas também, lhe não esquece o estudo do direito nacional — público e privado — e da sua história, bem como o do direito comparado. O seu espírito progressivo concebe claramente a necessidade de uma sólida base realista para o jurisconsulto, e por isso, não obstante apregoar a excelência do direito natural e das gentes, exalta por outro lado o

⁽¹⁾ Sobre o desenvolvimento tardio da história do direito nacional e suas razões vid. BRUNNER, *ob. cit.* (nota 1) pág. 19 e segs. Cf. a proposição, *Comp. Hist.* § 282, nota (a). Vidê também a nossa nota de pág. 9.

estudo da economia, da ciência política e doutras disciplinas destinadas a fornecer ao jurista uma concepção viva da realidade social ⁽¹⁾.

O estado lastimoso da nossa cultura revela-se claramente na polémica interminável a que deu origem o livro do BARBADINHO. Em contraposição às largas vistas e aos alevantados conceitos de VERNEY, quantas parvoeiras! que rosário de enjoativas inépcias ⁽²⁾!

III

A lição frutificou; mas para admirar os frutos é preciso transpôr ainda um quarto de século, até atingir a gloriosa reforma pombalina.

⁽¹⁾ Não diremos todavia, com o sr. TEÓFILO BRAGA, que o eminente autor do *Verdadeiro Método* foi um precursor de SAVIGNY (*Hist. da Univ.*, III, pág. 235): o leitor que, sem ir mais longe, queira conhecer alguns dos escritores que em várias épocas tem encarecido a união da história com o direito encontra grande número de citações no *Compêndio Histórico*, notas ao livro II, cap. II, §.º Estrago.

⁽²⁾ É tristemente edificante a resposta de Fr. ARSENIO (JOSÉ DE ARAUJO), nas *Reflexões Apologéticas*, onde diz (XIII, pág. 46): «que é boa curiosidade estudar as histórias, mas que é impertinência que, sendo o direito tão vasto, lhe queira o crítico pôr mais um contrapeso tão grande como é o da história, sem ser preciso para o intento; que a lei promulgada e aceita obriga ao súbdito enquanto se não abroga; e que para obrigar tem por ventura maior força que seja de JUSTINIANO ou de ADRIANO?...» E o resto neste teor: a *Balança Intelectual*, o *Retrato de Mortecor*, a *Conversação Familiar*, etc.

Com efeito, no célebre *Compêndio Histórico* ⁽¹⁾, cujo principal autor — ao menos na parte jurídica — foi JOÃO PEREIRA RAMOS DE AZEVEDO COUTINHO ⁽²⁾, consagram-se longas considerações à necessidade do estudo da história do direito e da cultura histórica geral, salientando-se o nosso atraso nesse ponto e o desprêso a que eram geralmente votadas essas disciplinas.

«A história — lá se diz ⁽³⁾ — tem um comércio tão íntimo, tão familiar e tão freqüente com a jurisprudência como a alma tem com o corpo... A história deve preceder e acompanhar perpétuamente os estudos do direito...» etc.

Orientados por este critério, e apoiando-se na autoridade dos sábios estrangeiros, principalmente alemães e holandeses ⁽⁴⁾, o erudito autor do *Compêndio*, não só insiste na importância dos estudos históricos, mas indica aos investigadores o verdadeiro caminho, aconse-

⁽¹⁾ Vide Parte II, cap. 2.^o

⁽²⁾ A reforma Universitária foi, como se sabe, confiada à Junta da Providência Literária, cujos vultos proeminentes eram o reitor D. FRANCISCO DE LEMOS, o bispo CENÁCULO, JOSÉ DE SEABRA e JOÃO PEREIRA RAMOS, irmão do reitor. A este último se deve, ao que parece, em primeiro lugar a reforma jurídica. Vid. ANTÔNIO PEREIRA DE FIGUEIREDO, *Biogeo*, pág. 259; *O Conimbricense*, n.º 2328 (novembro de 1869); e TRÓFILO BRAGA, *Hist. da Univ.*, III, pág. 399 e 732.

⁽³⁾ *Compêndio*, Parte II, cap. 2.º, § 183.

⁽⁴⁾ HUBER, SCHULTING, STRUV, BÖHMKE, THOMAS, HOFFMANN, etc. É também muito citado o italiano GRAVINA.

lhando a permanente consulta das fontes e o manejo das chamadas ciências auxiliares.

É especialmente de notar o desenvolvimento que o *Compêndio* entende dever ser dado aos estudos de literatura e bibliografia jurídicas ⁽¹⁾.

Ao mesmo tempo que se exaltava o estudo da história, chamava-se a atenção no *Compêndio* para a legislação nacional, vituperando-se o esquecimento a que era votada nas cátedras universitárias em benefício do direito romano ⁽²⁾.

É certo que o *Compêndio* enaltece também, e não pouco, o direito natural, mas este, longe de ser apresentado em conflito com a orientação histórica e nacionalista, concilia-se com esta segundo o modelo da escola holandesa ⁽³⁾. Na luta contra o direito romano,

⁽¹⁾ Para se ver até que ponto o autor do *Compêndio* tinha uma nítida compreensão do conceito e importância da história da literatura jurídica — disciplina que, sobretudo a partir de SAVIGNY, tem tido cultores entusiastas — leia-se liv. II, Parte II, 9.º Estrago.

⁽²⁾ Por isso se insurgem, em exageradas apóstrofes (a que a «jesuitofobia» imprimia um ridículo tom de violência), contra a orientação escolástica no ensino do direito romano, exaltando a tradição cujariana. Releve-se-lhes a unilateralidade de vistas, que assim os fazia condenar em bloco... toda a obra da nossa jurisprudência.

⁽³⁾ «A escola holandesa, cujos principais representantes foram PEREZ (1583-1672), VINNIO (1585-1657), VOET (§ 1704), NOODT (§ 1724), BYNKERSOECK (§ 1743) e GROCIUS, reñeia as duas correntes que se manifestaram no século XVII no campo da jurisprudência: uma que visava a estudar os direitos nacionais e as leis positivas, outra toda filosófica que aspirava à reconstrução do direito chamado natural»

de que a Lei da Boa Razão fôra já uma manifestação eloqüente, as duas correntes que no século anterior se haviam revelado no campo da jurisprudência contraíam dêste modo uma transitória aliança.

Inspirados na mesma orientação reformadora, os notabilíssimos *Estatutos* de 1772 ⁽¹⁾ não só mandaram ensinar pela primeira vez, e principalmente, o direito pátrio, mas criaram uma cadeira de «história civil dos povos e direitos romano e português» e uma de «história da Igreja universal e portuguesa e do direito canónico comum e próprio dêstes reinos». Estas disciplinas históricas eram consideradas pelos autores dos Estatutos (também aqui o principal colaborador parece ter sido PEREIRA RAMOS) como «auxiliares de todas as outras disciplinas jurídicas», e por isso recomendavam que, enquanto isso fôsse praticável, as lições delas não só precedessem mas acompanhassem sempre as lições de todas as outras.

SALVIOLI, *ob. cit.* pág. 147. Também entre nós, onde foi grande a influência da escola holandesa, o entusiasmo pelo direito natural não trouxe consigo, como aconteceu na Alemanha (BRUNNER, *ob. cit.* pág. 19) a depreciação sistemática do direito nacional. Sobre a conciliação das duas tendências vidê o *Compêndio Histórico*, pág. 228 e 239, nota (b) e os *Estatutos*, II, passim. Descrevendo o estado da Universidade antes da reforma pombalina dizia D. FRANCISCO DE LEMOS, na *Relação Geral*, «que no direito se havia deixado de consultar a razão e a história».

(1) Vidê liv. II.

Tais eram, das cadeiras novamente creadas, aquelas cujo objecto interessa ao nosso estudo.

É porêr sabido que os autores dos famosos Estatutos se não limitaram a organizar um novo quadro de cadeiras, porquanto, no seu entusiasmo de reformadores, entenderam dever impôr dogmáticamente aos professores a escola e o método, e baixaram mesmo nas suas considerações a minúcias, é certo que inteiramente destoantes, mas para o nosso caso cheias de interesse.

Pelo que respeita à primeira das citadas cadeiras de história, devia o professor principiar pelas noções preliminares da história em geral, e em seguida cingir-se à seguinte ordem: 1.º História do povo romano, 2.º História do povo português, 3.º História do direito romano e 4.º História do direito português.

Traçava-se por sua vez nos Estatutos o programa de cada uma destas partes. Assim, as lições de história do direito pátrio deviam começar pela «história das leis, usos e costumes legítimos da nação portuguesa», passando depois o professor à «história da jurisprudência teórica (ou da sciência das leis de Portugal)», e concluindo com a «história da jurisprudência prática (ou do exercício das leis e do modo de obrar e expedir as causas e negócios nos auditórios, Relações e tribunais dêstes reinos)».

Fazia-se ainda uma desenvolvida exposição do que o professor devia dar a conhecer em cada um destes capítulos, podendo bem dizer-se que este extenso programa é a primeira tentativa séria de sistematização da história do direito português, da qual, não obstante algumas incorrecções e deficiências, os autores mostravam ter um notável conhecimento.

Finalmente, indicavam-se ao professor os processos de investigação e de exposição que devia adoptar para ser fiel ao espírito da reforma.

A história do direito pátrio completava-se com a cadeira de história do direito canónico, que também era obrigatória para os legistas, e com as lições de direito civil pátrio, nas quais o professor não devia perder de vista o critério histórico.

IV

Dado o *mot d'ordre*, restava realizar a obra — e essa impunha-se tanto mais, quanto é certo que os Estatutos ordenavam aos mestres a imediata redacção de compêndios.

Os lentes então em exercício não se desem-

penharam dessa difícil missão ⁽¹⁾, mas logo em 1772 foi despachado substituto de Direito Pátrio PASCOAL JOSÉ DE MELO FREIRE, o qual, volvidos cinco anos, concluía o seu bem conhecido compêndio, mais tarde (1778) publicado por ordem da Academia, e por fim (1805) aprovado oficialmente para o ensino.

Metendo ombros ao magno empreendimento de escrever a *Historia Juris Civilis Lusitani*, MELO FREIRE dispunha-se a pisar terreno quasi inexplorado e achava-se em frente de temerosas dificuldades. Êle próprio nos descreve, sem exagerar, os espinhos da empresa, acentuando a novidade do assunto: « Quid nos de scriptoribus nostris dicemus? Ti omnium maxime incuriosi esse videntur, et reipublicae nostrae statum, nostrarum legum origines, et politicam vivendi rationem vix, ac ne vix quidem, aut nimium obscure commonstrarunt... »

(1) O professor Vieira Godinho, que em 1772 fôra despachado para a nova cadeira de Direito Pátrio, pouco fez, não obstante haver-se demorado em Lisboa e lhe ter sido recomendado pelo reitor que se manisse na capital dos conhecimentos necessários, explorando o Arquivo Nacional. Lá trabalhou, com efeito, mas o seu exercicio foi effimero, passando depois para a Junta do Código (JOÃO PEDRO RIBEIRO, *Reflexões históricas*, I, pág. 41). Sei, por informação amável do sr. dr. Mesquita do Figueiredo, que existe uma *Hist. do direito público português* de Vieira Godinho, 3 vols. (n.ºs 1800, 1808 e 1809 dos ms. literários da Torre do Tombo). Quanto ao lente de História do direito romano e português, Francisco Xavier de Vasconcelos Coutinho, parece ter-se preocupado muito pouco com o direito pátrio.

Como se saiu das dificuldades que o assoberbavam, di-lo uma voz autorizada, a de JOÃO PEDRO RIBEIRO, ao reconhecer que «ê (MELO FREIRE) fez ainda mais do que o pareciam permitir o tempo em que escreveu e o seu carácter um tanto audaz».

A *História* de MELO FREIRE é, com efeito, para a época em que foi composta, uma obra do mais subido mérito e um dos maiores títulos de glória do seu autor. Entre as numerosas fontes de que se socorreu, cumpre especializar as *Ordenações Afonsinas*, das quais pela mesma altura foram encontrados exemplares, e que o nosso autor largamente aproveitou para o conhecimento do nosso mais antigo direito.

Não foi, de resto, apenas na *Historia Juris Civilis* que MELO FREIRE pôs em acção os seus excelentes dotes de historiador: também nas *Institutiones*, designadamente no tomo consagrado ao Direito Público, recorreu constantemente à história, descrevendo o passado de muitas instituições.

Perfeitamente compenetrado das necessidades do momento, MELO FREIRE inspirou-se em toda a sua obra da nova orientação apontada por VERNEY e traçada pela reforma pomбалina, bem merecendo a qualificação consagrada de «fundador da história do direito português».

Não se deve todavia esquecer que, se em regra os seus livros evidenciam um severo rigor histórico, pontos há em que as opiniões políticas do autor, intransigente partidário do absolutismo, o conduziram a emitir doutrinas insustentáveis ⁽¹⁾. Basta recordar a forma totalmente falseada por que êle descreve a constituição portuguesa dos primeiros tempos...

V

O período que se segue é um período extraordinariamente fecundo para a história das instituições nacionais. A investigação paciente por parte de estudiosos isolados, e principalmente a iniciativa de duas corporações científicas — a Universidade e a Academia Real das Ciências — originaram um intenso recrudescimento e uma profunda transformação dos trabalhos históricos.

Da Universidade saíram ainda, como adiante mais largamente referiremos, valiosas produções relativas à história jurídica, bem como a

⁽¹⁾ É curioso vêr afirmar que MELO FREIRE foi o mestre da nova geração liberal! — Vidê D. ANTÓNIO DA COSTA, *Hist. da Instrução Popular*, pág. 135. Cf. JOSÉ DE ABRIAGA, *Hist. da Revolução de 1820*, vol. I.

idea da publicação de importantes monumentos do antigo direito português.

Mas é sobretudo a Academia Real das Sciências, fundada em 1779, que cabe a glória de ter, nesta brilhante quadra da cultura portuguesa, fomentado com o mais notável êxito o desenvolvimento das investigações histórico-jurídicas. A ela se deve, com efeito, na mais larga medida, o impulso dado a esses estudos, que então tiveram um período de verdadeiro esplendor.

No intuito de edificar sobre novas bases a história da nacionalidade, escolheu a Academia uma comissão, composta dalguns dos mais competentes homens do tempo, que visitou os cartórios municipais e eclesiásticos, buscando subsídios seguros para a reconstituição do nosso passado ⁽¹⁾.

As publicações bem conhecidas, intituladas *História e Memórias da Academia* e *Memórias de Literatura Portuguesa* são — para só citar as que directamente interessam à nossa ordem de estudos — inextimáveis repositórios de mo-

⁽¹⁾ A semelhança do que se deu por ocasião da libertação de Portugal em 1640, as polémicas políticas do principio do século XIX, geradas no meio do embate dos conservadores e dos liberais, trouxeram à luz questões referentes à história da nossa organização política; mas esses trabalhos — entre os quais avulta o *Ensaio* de José Liberato — não tem o cunho da história imparcial. É prova clara da sua insuficiência crítica a 16 depositada, em qualquer dos campos, na autenticidade das Córtes de Lamego.

nografias, fruto de conscienciosas e pacientes explorações, muitas das quais tem por objecto a história do direito e das instituições portuguesas. A mesma corporação promoveu também a publicação de valiosos monumentos inéditos, igualmente do maior interesse para o assunto.

VI

Passemos rapidamente em revista os mais illustres representantes da história do direito nacional durante este período.

ANTÓNIO CAETANO DO AMARAL — O seu nome ressalta com superior brilho, no meio da gloriosa pléiade dos colaboradores das *Memórias*. As suas valiosíssimas *Memórias para a história da legislação e costumes de Portugal* ⁽¹⁾ não são apenas uma síntese ou sistematização de trabalhos anteriores, mas sim uma obra profundamente original, preciosamente documentada e revelando a mais segura erudição, a par de privilegiados dotes críticos. Ficou, infelizmente, incompleta.

⁽¹⁾ As *Memórias* de ANTÓNIO CAETANO DO AMARAL acham-se publicadas nas *Memórias da Literatura da Academia* e na colecção que tem o título de *História e Memórias da Academia*. As publicadas nas *Memórias de Literatura* abrangem o período anterior à fundação da monarchia portuguesa.

Se, com o seu pequeno compêndio, MELO FREIRE lançara as bases da história do nosso direito, ANTONIO CAETANO DO AMARAL, empreendendo uma obra de muito mais amplas dimensões em obediência a um plano muito mais vasto, tem o elevado mérito de encarnar as novas tendências da história jurídica na transição para o século XIX — tendências magistralmente resumidas por UREÑA, quando lhes atribue como objecto, por um lado « a idea dum mais largo desenvolvimento no estudo da história das fontes do direito... », por outro « a necessidade de ir pouco a pouco penetrando o da transformação evolutiva das instituições » ⁽¹⁾.

Desta forma pode bem afirmar-se que AMARAL desempenha na evolução da nossa disciplina um papel comparável ao do grande MARTINEZ MARINA na história do direito castelhano ⁽²⁾.

RICARDO RAIMUNDO NOGUEIRA — Foi professor ilustre da Universidade e autor dumas valiosas *Prelecções de Direito Pátrio*, feitas ao curso do quinto ano jurídico de 1795-96 e mais tarde divulgadas pela imprensa ⁽³⁾. Nada se

⁽¹⁾ UREÑA, *Discurso* cit., pág. 87.

⁽²⁾ Observação semelhante em Herulano, *Opúsculos*, vol. V, pág. 192.

⁽³⁾ Obra póstuma, publicada primeiro no *Jornal de Jurisprudência*, vol. VI, e depois reeditada em volume separado (Coimbra, Imprensa da Universidade, 1866).

contêm, além duma desenvolvida história da nossa legislação, um capítulo sobre jurisprudências portuguesas, que é o que possuímos de mais acabado como síntese histórica da nossa ciência jurídica.

FR. JOAQUIM DE SANTA ROSA DE VITERBO — É o bem conhecido autor do *Elucidário*, obra que, não obstante os seus defeitos, e mau grado, só acidentalmente se referir a assuntos jurídicos, constitui um auxiliar imprescindível para quem se dedica ao estudo das antiguidades do direito nacional.

Para a organização do seu *Elucidário* percorreu o erudito frade diversos pontos do reino e realizou demoradas investigações no Arquivo Nacional ⁽¹⁾.

ANTÓNIO RIBEIRO DOS SANTOS — Foi professor da Universidade e um dos nossos mais insignes eruditos. Devem-se-lhe, entre muitos trabalhos do maior interesse para a história da nação, as importantíssimas *Notas ao Novo Código*, censura ao projecto de código de direito público do seu rival MELO FREIRE, obra do mais alto valor e que, pelo largo campo conferido aos argumentos de ordem

⁽¹⁾ Afirmo J. P. RIBEIRO que VITERBO se aproveitou dos trabalhos que deixara preparados D. BERNARDO DA ENCARNAÇÃO e que lhe foram franqueados no mosteiro da Serra do Porto. Elogio de D. Bernardo da Encarnação em J. P. Ribeiro, *Obs. Diplom.*, 79 e *Diss. Cron.*, IV, 12.

histórica, constitui um dos livros de mais útil consulta para o historiador do direito público nacional.

Enquanto MELO FREIRE, na redacção do seu projecto, se inspirava nos princípios do mais rígido absolutismo, RIBEIRO DOS SANTOS a custo reprimia as explosões do seu pensamento liberal, formado no convívio da nova literatura política ⁽¹⁾: daí o fazer reviver por

⁽¹⁾ A figura de RIBEIRO DOS SANTOS merece largo estudo, a que ainda um dia nos consagraremos, salientando o seu papel na história das nossas doutrinas políticas. Vêde Dr. LOPES PRAÇA, *Colecção de leis e subsídios*, vol. I, pág. XXXIV e Dr. MAGALHÃES COLAÇO, *Da Inconstitucionalidade das leis*. Espírito sempre pronto a acolher as novas idéas liberais, não obstante o discreto respeito que afecta pelas prerogativas do monarca, o autor das *Notas*—que sobretudo se inspira nas *Maximes du droit public français* (obra do padre CLAUDIO MEY, escrita em defeza dos *Parlements*) e nas exposições da constituição inglesa de Blackstone e De l'Olive—representa a reacção contra a doutrina do absolutismo, tal effeito foi entre nós professada na *Dedução Cronológica* e nas obras de MANOEL ANTÔNIO LUTÃO BANDEIRA (*De origine societatis civilis*, 1779), MELO FREIRE (*Institutiones*), SOUSA SAMPAIO (*Prelecções*) e RICARDO R. NOGUEIRA (*Prelecções publicadas no Instituto*, vol. VII, e depois em volume, Imprensa da Universidade, 1858).

Aproveitamos esta oportunidade para completar os citados estudos dos Drs. LOPES PRAÇA e MAGALHÃES COLAÇO na parte em que se referem ao conceito que R. dos S. formava das «leis fundamentais», trasladando a enumeração destas leis do manuscrito do autor, hoje conservado na Biblioteca Nacional, intitulado *Discursos vários do Dr. António Ribeiro sobre matérias de direito público*. As leis fundamentais consuetudinárias são, segundo o autor:

- 1.^a A profissão da religião católica;
- 2.^a A indivisibilidade do reino;
- 3.^a O benefício da representação na successão da corôa;
- 4.^a A indivisibilidade dos bens da corôa;
- 5.^a O estabelecimento dos três estados;

forma bem mais fiel e verdadeira do que o seu adversário as instituições tradicionais do nosso direito público.

JOSÉ ANASTÁCIO DE FIGUEIREDO—Estudioso infatigável, um dos mais apaixonados entusiastas da pléiade da Academia, morto infelizmente no princípio da sua carreira literária. Colaborou com várias monografias ⁽¹⁾ nas *Memórias de Literatura*, escreveu a valiosa *Nova História de Malta*, e elaborou a bem conhecida *Sinopse Cronológica*.

JOÃO PEDRO RIBEIRO—A sua obra enormíssima domina um período de mais de quarenta anos. Investigador paciente, infatigável e escrupulosíssimo, dotado de largos conhecimentos de paleografia e diplomática, obtidos graças a um admirável esforço e ao ininterrupto convívio dos pergaminhos, os seus trabalhos magistrais, infelizmente fragmentários,

- 6.^a O estabelecimento das côrtes;
- 7.^a O juramento dos reis na exaltação ao trono;
- 8.^a A liberdade, que tem o povo, de se tributar;
- 9.^a A estabilidade do valor da moeda;
- 10.^a O provimento dos officios em naturals do reino;
- 11.^a A data dos officios das câmaras.

Além destas regras, claramente enunciadas por esta ordem, existe, à margem e em borrão, este apontamento: «a lei da successão ab intestato dos colaterais».

⁽¹⁾ Nas *Memórias de Literatura*, vol. I, publicaram-se as seguintes memórias de FIGUEIREDO: sobre a origem dos nossos juizes de fôra; sobre qual seja o verdadeiro sentido da palavra *Façanhas*; para dar uma idea justa do que eram as beatrias; sobre qual foi a época certa da introdução do direito de Justiniano em Portugal.

abrangem uma amplíssima área de assuntos e impõem-se pela pujança da erudição e segurança da crítica.

Em 1790 foi JOÃO PEDRO RIBEIRO encarregado pela Academia de visitar os cartórios das câmaras, mosteiros, etc., a fim de colher materiais para a história pátria.

Em 1792 publicava a sua memória sobre as côrtes, iniciando com plena segurança essa longa série de trabalhos que lhe assinalam um papel de primeira grandeza na historiografia nacional. Efectivamente, não só volta a colaborar nas *Memórias de Literatura*, mas publica, sucessiva ou paralelamente, as *Observações Diplomáticas*, as valiosíssimas *Dissertações Cronológicas*, as memórias sobre a reforma dos forais, sobre a subdivisão das correições no reinado de D. João III, sobre as inquirições e sobre as confirmações — para só citar as que tocam directamente à história jurídica. Tanto as *Observações Diplomáticas* como as *Dissertações Cronológicas* — colecção de estudos originais de história, diplomática, cronologia, esfragística e paleografia — contem estudos que muito interessam à nossa disciplina, em geral acompanhados da enumeração e transcrição de grande cópia de documentos demonstrativos.

Finalmente, em 1835-36 dá à estampa as *Reflexões Históricas*, miscelânea de apontamen-

tos, em parte inéditos, em parte já publicados avulsamente (¹).

Faremos finalmente menção especial do 2.º VISCONDE DE SANTAREM, a cuja pena erudita se devem as *Memórias para a História e Teoria das Côrtes Gerais*, compostas em 1824 e publicadas dois anos depois.

Tais os nomes principais, aos quais, numa resenha completa, cumpriria ainda acrescentar os de António Pereira de Figueiredo, António de Elescano Barreto e Aragão, José Veríssimo Álvares da Silva, Tomás António de Vila Nova Portugal, Joaquim José Ferreira Gordo, Vicente Ferreira da Costa, José António de Sá, Francisco Coelho de Sousa e Sampaio, Luís Joaquim Correia da Silva, José Inácio da Rocha Peniz, Manuel de Almeida e Sousa (Lobão), João Pereira Baptista Vieira Soares, Vicente António Esteves de Carvalho, Francisco Freire de Melo, António da Visita-

(¹) Nas *Memórias de Literatura Portuguesa* interessam particularmente a história jurídica: a *Memória sobre as Fontes do Código Filipino* (vol. II), onde Ribeiro disserta sobre as côrtes e dá uma lista cronológica destas assembleias, e a *Memória sobre a época da introdução das Decretais em Portugal* (vol. VI), que alguém ousou acusar de plágio (!). Nas *Observações Diplomáticas* vido as que teem os números IV, V, VII, VIII e IX; nas *Dissertações Cronológicas* a XVII (vol. IV) e a XXI (vol. V); nas *Reflexões Históricas*, entre outras, a que trata da subdivisão das correições no tempo de João III. No *Índice Cronológico*, vol. IV, pág. 325 vem uma memória sobre a obra incumbida pelo Senhor Rei D. João III ao desembargador Francisco Coelho acerca das *Ordenações do Reino*.

ção Freire de Carvalho, Joaquim José Pereira e Sousa, Mateus de Sousa Coutinho, Joaquim José Pedro Lopes, José Liberato Freire de Carvalho, António Joaquim de Gouveia Pinto, Vasco Pinto de Sousa Coutinho, Francisco Trigo de Aragão Morato, José Lourenço Domingues de Mendonça, João de Sousa Santos Ferreira, e outros mais.

VII

Durante este mesmo período empreendeu-se a publicação de importantes monumentos — alguns inéditos — do nosso antigo direito, merecendo menção especial as *Ordenações Afonsinas*.

A Universidade de Coimbra se deve a fecunda iniciativa de «imprimir um corpo seguido de legislação antiga e moderna». Em 1786 foi, efectivamente, solicitada e concedida faculdade para esse fim, que não chegou a realizar-se cabalmente, imprimindo-se no entanto, além das *Ordenações de D. Afonso V*, a colecção de Duarte Nunes de Leão, vária legislação extravagante e assentos da Casa da Supplicação. Empenharam-se nesta obra o Principal CASTRO e os professores CORREIA DA SILVA e

dêstes lentes o valioso prefácio das *Ordenações*.

Nos *Inéditos* da Academia foram pela primeira vez publicados alguns antigos costumes e outras valiosas fontes de direito dos primeiros tempos da monarquia, e vários dos escritores acima mencionados acompanharam a sua exposição com a transcrição de numerosos documentos, sendo especialmente digna de nota neste particular a vasta obra de JOÃO PEDRO RIBEIRO.

DELGADO DA SILVA organizou uma útil compilação de leis extravagantes. JOÃO ANASTÁCIO DE FIGUEIREDO, JOÃO PEDRO RIBEIRO e BORGES CARNEIRO elaboraram índices cronológicos. FERNANDES TOMÁS levou a cabo o seu copioso *Repertório alfabético*. NUNES FRANKLIN publicou em 1846 o seu *Índice dos Forais*. Finalmente, começou a publicar-se o *Quadro Elementar*.

O empreendimento da Academia Real das Sciências relativo à organização duma colecção de *Documentos para a história portuguesa*, bem como a referente à publicação dos textos das nossas antigas côrtes, não tiveram seguimento.

VIII

Os sucessos do princípio do século XIX haviam feito afrouxar, sem todavia estancar por completo, o desenvolvimento dos trabalhos históricos, que, dum modo geral — como já observou OLIVEIRA MARTINS — «também a abolição das ordens religiosas prejudicou dum modo notável». Mas, logo após o restabelecimento do regime constitucional, o bem conhecido autor do *Ensaio sobre o governo e a legislação de Portugal*, COELHO DA ROCHA, empreendeu e realizou uma valiosa síntese dos trabalhos mencionados, destinada a fornecer uma ideia de conjunto da história do direito nacional.

Encarregado, nos dois anos lectivos de 1834-35 e 1836-37, de reger a cadeira de *História do direito romano e pátrio*, o grande jurisconsulto julgou oportuno entregar-se de preferência às matérias pertencentes à segunda parte. Serviu-se para tal do compêndio de MELO FREIRE, mas, necessitando de pô-lo em dia, de o aperfeiçoar e de o expurgar do partidatismo que se revela numa grande parte dessa obra, teve de reuquir grande número de apontamentos, dos quais veio a sair um novo e excelente

compêndio — o seu *Ensaio*, publicado pela primeira vez em 1841.

Nem sempre recorreu o autor às fontes originais, porque as circunstâncias do ensino lho não permitiram, mas serviu-se das melhores obras, dando-nos uma clara e segura síntese da história das fontes do nosso direito e das instituições do direito público, completada ainda por outros e variados aspectos da civilização nacional.

O *Ensaio* de COELHO DA ROCHA, que substituiu, como compêndio de aula, a *História* de MELO FREIRE, é ainda hoje um precioso manual, que no seu género nenhum outro ultrapassou, e a admiração que lhe votava HERCULANO é penhor seguro da sua excelência. Uma ou outra apreciação parcial dos factos não é de estranhar da parte de quem, liberal convicto, escrevia numa época de vivas disputas políticas, em que uma grande parte dos espíritos esclarecidos professavam pelo liberalismo um verdadeiro culto e viam a história do país através do seu entusiasmo.

Se algum defeito se lhe pode encontrar, pelo que respeita à história jurídica, é ter sacrificado algum tanto a exposição desta matéria ao propósito mais vasto de descrever a largos traços a história da civilização portuguesa.

À semelhança de MELO FREIRE, também o

autor do *Ensaio* não fez uma grosseira separação entre o seu manual de história e as suas *Instituições*, pois também nesta obra magistral usa constantemente do método histórico, sendo sobretudo valiosas para a história do direito privado algumas das notas que servem de apêndice ao compêndio.

Pela mesma época, um escritor alemão de todos conhecido, HENRIQUE SCHAEFER, escrevendo a sua tão valiosa *História de Portugal*, aproveitou também com seguro critério os melhores trabalhos portugueses, traçando, a par do quadro dos acontecimentos políticos, bons resumos das instituições portuguesas nos diferentes períodos da sua história. O direito ocupa aí um largo lugar.

IX

Enquanto na Alemanha SCHAEFER publicava a sua excelente *Geschichte*, alguém de mais dilatada envergadura ia entre nós levantando o magestoso e monumental edifício que é a —infelizmente incompleta— *História de Portugal*. Esta e outras obras de HERCULANO, que de certo modo constituem um complemento da sua *História*, e das quais a maior parte se acham insertas nos conhecidos volu-

mes de *Opúsculos*, marcam uma nova era na *história da história do direito nacional*.

Aqui se encerra o período que pretendemos bosquejar. Um dia falaremos do Mestre, e bem assim da pléiade dos seus continuadores, entre os quais a personalidade de GAMA BARROS sobressai com indisputável preeminência.

A versão portuguesa das “Flores de las leyes,, de Jácome Ruiz ⁽¹⁾

Existe no nosso Arquivo Nacional um precioso exemplar — o único conhecido — da versão portuguesa das *Flores de las leyes* de JÁ-COME RUIZ.

As *Flores de las leyes* ⁽²⁾, compêndio de direito processual também conhecido pelo nome de *Suma*, são, sem sombra de dúvida, uma das obras mais importantes da literatura jurídica medieval. Colhidas em grande parte — directamente ou através dos glosadores — nas compilações de JUSTINIANO ⁽³⁾, represen-

(1) Palavras de introdução à publicação deste importante inédito na *Revista da Universidade de Coimbra*, ano vi, pág. 343.

(2) Também se deu o nome de *Flores das leis* ao *Fuero Real*. Sobre obras com o título *Flores legum* vid. STINTZING *Gesch. der popul. Liter. des röm. Rechts*, 122.

(3) O autor, obedecendo à tendência da época, aproveitou-se também, conquanto em menor escala, das Decretais e do Decreto, bem como do *Fuero Juzgo*.

tam uma das manifestações mais nítidas e directas do renascimento do direito romano na Península, podendo dizer-se que são o primeiro livro em que se revela já florescente a cultura do direito justinianeu. Delas foram extraídas numerosas passagens para o *Fuero Real* e para o célebre código das *Partidas*, e a sua autoridade não se confinou dentro dos limites de Castela, pois delas se conhece, além da versão portuguesa, uma tradução catalã do fim do século XIV ou princípios do XV ⁽¹⁾.

Discutiram-se, em tempos, a data e a autoria das *Flores de las leyes*, e, porque essa doutrina, apesar de abandonada, não deixa de ter interesse para o nosso propósito, referir-nos hemos à opinião emitida pelo conhecido RODRIGUEZ DE CASTRO na sua *Biblioteca Rabinica* ⁽²⁾.

RODRIGUEZ DE CASTRO attribuía as *Flores de*

⁽¹⁾ A tradução catalã — *Obra dels alcajyes e dels jutjes que deven jutjar* — encontra-se no Ms. 865 da Biblioteca Nacional do reino vizinho. URRÉS, *Discurso leído en la solemne inauguración del curso académico de 1906 a 1907* (Madrid, 1906), pág. 21, nota. No Arquivo do reino de Mallorca existe também um manuscrito do século XIV, duma obra intitulada *Flores des leys*, que não é senão a tradução catalã da de Mestre JACOB: este Ms. foi descrito e em parte transcrito por JOSÉ M.^a QUADRADO, *Privilegios y franquicias de Mallorca*, Palma, 1894-96, págs. X, XI, 265-6 e 268-9 (informação do Prof. LEOPOLD PERELS, de Heidelberg).

⁽²⁾ JOSÉ RODRIGUEZ DE CASTRO, *Biblioteca Española*, t. I, Madrid, 1781, fl. 268, col. 1.^a

las leyes ao judeu R. MOSE ÇARFATI, castelhano, do século XIV. Levára-o a essa conclusão o facto de o código escurialense que êle analisara ⁽¹⁾ conter duas dedicatórias: uma de MOSE ÇARFATI e a outra de Mestre JACOB. Segundo o bibliógrafo, na primeira dedicatória MOSE ÇARFATI oferecia as *Flores*, como fruto do seu engenho, a Mestre JACOB; na segunda êste último oferecia a obra, como se fôra sua, a Alfonso Fernandez, *el Niño*, filho do rei Afonso o Sábio. *El Niño* teria encomendado a obra a Mestre JACOB, e êste teria encarregado do trabalho o seu valido ÇARFATI, limitando-se a sua intervenção a mandar copiar o manuscrito do judeu, tirando-lhe a dedicatória dêste, para o oferecer ao filho de Afonso o Sábio.

Das duas asserções de RODRIGUEZ DE CASTRO — que o verdadeiro autor das *Flores* foi o judeu ÇARFATI (século XIV) e que a obra foi oferecida a Alfonso Fernandez, *el Niño*, filho bastardo de Afonso o Sábio —, a primeira não tem o menor fundamento. O equívoco de RODRIGUEZ DE CASTRO proveio do pouco cuidado com que examinou o código e as duas

⁽¹⁾ É o código B. IV, 15, que nem sequer é do século XIV, mas sim do século XV. Vid. *Memorial Histórico Español, colección de documentos ... que publica la Real Academia de la Historia*, t. II, Madrid, 1861, pág. 140.

dedicatórias: é evidente que CARFATI se limitou a oferecer a um grande senhor, de quem se declara vassalo, uma cópia das *Flores*, obra composta muito tempo antes pelo Mestre JACOB das Leis ⁽¹⁾.

A segunda afirmação é mais séria. RODRIGUEZ DE CASTRO, que apenas conhecia o código escorialense e um código com data de 1404, da livraria do mosteiro de San Martin, encontrando em ambos as palavras «al señor don Alfonso Fernandez, hijo del señor don Alfonso, por la gracia de Dios Rey de Castilla y de Leon», concluiu, não sem verosimilhança, que se tratava de *el Niño* ⁽²⁾.

(1) Vid. o prólogo de FLORANES, ap. *Memorial* cit., pág. 155. Cf. MARINA, *Ensayo histórico-crítico sobre la antigua legislación*, ed. 1808, § 315. Segundo ASSO E MANUEL, na 6.ª ed. das *Instituciones del derecho civil de Castilla* (1805, pág. 11), a obra foi escrita em latim por Mestre JÁCOME e depois vertida para castelhano pelo judeu ZARTAFY (sic); esta afirmação também carece em absoluto de fundamento.

(2) A mesma doutrina encontramos em ASSO E MANUEL, *ob. e ed. cit.*, pág. LI. Entre nós, emitiu idêntica opinião a sr.ª D. CAROLINA MICHAELIS, sem dúvida porque os códigos antigos que foram utilizados pela Academia de la Historia na edição de 1851 — e que, por serem os únicos divulgados até então pela imprensa, eram os únicos que S. Ex.ª conhecia — continham todos a mesma dedicatória: «al señor don Alfonso Fernandez, hijo del señor don Alfonso» — Vid. *Cancionero da Ajuda*, t. II, pág. 155, nota e o *Memorial* cit., t. II, pág. 187. Sabemos, todavia, porque no-lo disse a Ilustre escritora, que sobre o assunto — então versado acidentalmente numa nota do seu *Cancionero* — não tem opinião formada. É de supor que S. Ex.ª, voltando a ocupar-se do assunto, abandone a sua primitiva idea.

Mas, em contrário, já FLORANES ⁽¹⁾ fez notar que as *Flores de las leyes* não podiam ter sido oferecidas a Alfonso Fernandez, filho bastardo do Rei Sábio, visto que certas passagens da obra ⁽²⁾ indicam claramente ser ela dedicada a uma pessoa destinada a exercer a realza ⁽³⁾. A dedicatória de Mestre JACOB dirige-se ao infante D. Afonso, filho de D. Fernando, — mais tarde Afonso X, o Sábio —, por cuja encomenda o jurisconsulto empreendeu a compilação ⁽⁴⁾. É o que se infere claramente da linguagem do código de 1289, a que adiante nos referiremos, e do qual FLORANES se aproveitou para o seu estudo: «Al muy noble é mucho ondrado sennor Don Alfonso Fernandez fijo del muy noble é bien aventurado sennor Don Fernando por la gracia de Dios Rey de Castilla é de Léon...» ⁽⁵⁾.

É esta a opinião correntemente professada

(1) *Memorial* cit., t. II, pág. 156. Cf. MARINA, *Ensayo* cit., § 315.

(2) Liv. I, tit. 1, lei 1: «E ayades siempre vuestros escribanos que sean á vuestros pies é porteros é monteros», e lei 3: «Otro si los abogados que pleytearen con los dueños... non deven alegar en vuestra Corte».

(3) Contra, mas sem argumentos que convençam, MARICHALAR e MANRIQUE, *Hist. de la leg.*, vol. III, pág. 76.

(4) *Memorial*, II, pág. 148.

(5) *Memorial*, II, pág. 146. Cf. AMÉRICO CASTRO e FEDERICO DE ONIS, *Fueros Leoneses de Zamora*, etc., I (Madrid, 1916), pág. 2, nota. Na transcrição dos srs. CASTRO e ONIS lê-se «sennor don Alfonso Perez Perez», mas é um erro: o código tem só «Perez» (informação do Prof. URRUTIA).

pelos escritores espanhóis. Depois de FLORANES, exprimiu-a o grande MARTINEZ MARINA no seu *Ensayo* ⁽¹⁾. Perfilham-na também os editores da obra de JÁCOME RUIZ no *Memorial Histórico* ⁽²⁾, e não tem hoje, que saibamos, contraditores ⁽³⁾.

JÁCOME RUIZ, ou JACOBO RUIZ, — também conhecido por Mestre JACOB *das leis*, em virtude da sua profissão e conhecimentos —, que nos aparece no reinado de D. Fernando como autor duma obra dedicada ao príncipe herdeiro, era, ao que parece, aio dêste ⁽⁴⁾.

Sabe-se, por documentos fidedignos, que a sua vida alcançou a maior parte do reinado de Afonso o Sábio ⁽⁵⁾, e tudo leva a supôr que, dada a consideração de que merecidamente gozava e os conhecimentos que reve-

lara nas suas obras, fôsse êle um dos jurisconsultos que maior ingerência tiveram no *Fuero Real* e na grandiosa compilação das *Partidas* ⁽¹⁾, às quais, como dissemos, serviram de fonte as *Flores de las leyes*.

Segundo uma tradição que encontramos exposta em mais dum autor ⁽²⁾, e que supomos fundar-se na *História de Murcia* de CASCALES, JÁCOME RUIZ não era castelhano originário, mas sim genovês — Paganis de apelido —, naturalizado em Espanha ⁽³⁾.

Além das *Flores de las leyes*, o mesmo JÁCOME RUIZ compôs o *Doctrinal de los pleytos*, para leccionação de seu filho Bonaiunta, e os *Nueve tiempos del juicio* ⁽⁴⁾.

Do original castelhano das *Flores de las leyes* sabemos que existem, além de várias có-

(1) Edição de 1808, § 313.

(2) *Memorial*, II, pág. 139 (isto apesar de os editores não ligarem grande importância à cópia de FLORANES).

(3) Vide, recentemente, a obra citada de CASTRO e ONIS, *Fueros leoneses*, pág. 2.

(4) FLORANES (*Memorial*, II, pág. 147) avança a hipótese verossímil de as *Flores de las leyes* terem sido compostas a pedido de D. Afonso numa das longas ausências de seu pai nas conquistas da Andaluzia, durante as quais êle ficava governando os reinos de Castela e Leão e sentia a necessidade, para o correcto desempenho dêsse cargo, de ter algumas instruções jurídicas. MARTINEZ MARINA (*ob. cit.*, § 313) declara ser um «facto incontestável» que JÁCOME RUIZ foi aio do infante D. Afonso e que nessas circunstâncias compôs a *Suma*.

(5) Vid. *Memorial Histórico*, vol. I, pág. 312, e vol. II (prólogo de FLORANES), pág. 151 e segs.

(1) Vid. sobre os colaboradores do rei Sábio na obra legislativa — Mestre JÁCOME RUIZ, Mestre ROLDAN, Mestre FERNANDO DE ZAMORA — UREÑA, *Discurso cit.*, págs. 20 e 21.

(2) Vid. especialmente ASSO e MANUEL, *Instist.*, 6.^a edição (1805), pág. II. Cf. LA SERNA, introdução à edição das *Partidas* nos «*Códigos españoles concordados y anotados*».

(3) Os editores do *Memorial* dão-no simplesmente como castelhano.

(4) O *Doctrinal de los pleytos* só há pouco tempo é conhecido, graças a uma feliz descoberta de ADOLFO BONILLA, e conserva-se inédito. Os *Tempos dos preitos* acham-se, vertidos para português, nos *Portugalia Monumenta Historica, Leges et Consuetudines*, I, págs. 330-332, e também nos *Inéditos da Academia*, t. V. Talvez se possa também atribuir a JÁCOME RUIZ a *Margarita de los pleytos* que mais frequentemente se apresenta como obra de FERNANDO DE ZAMORA.

pias ⁽¹⁾, seis códices escurialenses ⁽²⁾ e um que é propriedade do sr. Elói Garcia de Quevedo y Concellon, residente em Burgos ⁽³⁾.

Os códices escurialenses pertencem aos séculos XIII a XV ⁽⁴⁾. Alguns dêles foram utilizados pela *Academia de la Historia* na publicação, feita em 1851, das *Flores de las leyes*. Dois são do século XIV ⁽⁵⁾: um dêles (Z, III, 13) ⁽⁶⁾ serviu de texto para a referida edição, o outro (Z, III, 11) contém apenas uma parte da obra—até ao fim da lei 3.^a do título XIII do livro I—e serviu para notar as variantes. Um terceiro códice escurialense (B, IV, 15) ⁽⁷⁾ é do século XV e, pelo facto de o copista ter acomodado a linguagem do códice à da época

(1) Na Biblioteca Nacional (Espanha) existem cópias preparadas por FLORANES e outras de diversa proveniência. Existe também uma cópia no códice 43, 22 da Biblioteca do Cabido de Toledo (UREÑA, *Discurso* cit., pág. 21, nota). No *Memorial Histórico*, II, pág. 140, faz-se referência a um códice do século XV existente na Biblioteca Nacional (ID, 56). RODRIGUEZ DE CASTRO viu na livraria do mosteiro de San Martín um códice com a data de 1404. Vid. ainda CASTRO e ONÍS, *ob. cit.*, pág. 5 e 6. Posteriormente à publicação deste meu artigo tive notícia, pela leitura dum importante opúsculo do Prof. UREÑA (*Las ediciones del Fuero de Cuenca*), de outra cópia que faz parte do ms. 39, sig. 88-5-21, da Biblioteca da Universidade de Valencia.

(2) UREÑA, *Discurso* cit., loc. cit. Cf. CASTRO e ONÍS, *ob. cit.*

(3) CASTRO e ONÍS, cit. *Fueros leoneses*, pág. 2, nota.

(4) UREÑA, *Discurso* cit., loc. cit.

(5) UREÑA, *Discurso* cit., loc. cit.

(6) Descrito no prólogo dos *Opúsculos legales del Rey don Alfonso el Sabio*, 1896 (cit. no *Memorial Histórico*, II, pág. 140).

(7) Descrito por RODRIGUEZ DE CASTRO, *ob. cit.*, pág. 258, mas incorrectamente, porquanto a letra não é do século XIV.

em que escrevia, não foi aproveitado pela corporação editora senão para notar algumas variantes ⁽¹⁾. Os três restantes (Z, III, 21; P, III, 2; M, II, 18) não foram compulsados nessa ocasião. Ignoramos a data de cada um dêles, mas, em vista do que escreve o Prof. UREÑA ⁽²⁾, um dêles, pelo menos, remonta ao século XIII.

O códice hoje existente em Burgos tem a data de 1289 (era cristã), e foi dêle que FLORANES—mais tarde seu proprietário (?)—extraiu a cópia que serviu de base aos seus comentários à obra de JÁCOME RUIZ ⁽³⁾.

A única edição impressa das *Flores de las leyes* é a do *Memorial Histórico Español* ⁽⁴⁾, publicação interessantíssima da *Academia de la Historia* à que já por várias vezes nos referimos. Como dissemos, escolheu-se para texto o códice escurialense Z, III, 13, e utilizaram-se para variantes o códice Z, III, 11 ⁽⁵⁾ e a cópia de FLORANES feita sobre o códice de 1289—

(1) *Memorial*, II, pág. 140.

(2) UREÑA, *Discurso* cit., loc. cit.

(3) *Memorial*, II, pág. 154; CASTRO e ONÍS, *Fueros* cit. pág. 3 (com a indicação das fontes). Este códice de Burgos é o adoptado na edição crítica em preparação (informação do Prof. UREÑA).

(4) Tomo II (1851), págs. 137 a 248: *Flores de las leyes: Suma legal del Mestre Jacobo Ruiz, llamado de las Leyes, juriscónsulto castellano de la época del Santo Rey Don Fernando y de su hijo don Alfonso el Sabio*.

(5) Indicado pela abreviatura *Rsc*.

«incorrecta e cheia de erros», dizem os editores (1). O texto das *Flores* é acompanhado de notas de FLORANES, em que êste distintíssimo cultor da história do direito espanhol determina as fontes da obra de JÁCOME RUIZ, e precedido dum prólogo do mesmo com o título de «Noticias literarias de Mestre Jacob de las Leyes».

Torna-se absolutamente necessária uma nova edição, para a qual se aproveitem os elementos que os editores do *Memorial* não conheciam, e em que todos os códices sejam submetidos a um acurado exame crítico. A tarefa não pode estar melhor confiada. ADOLFO BONILLA e RAFAEL DE UREÑA, os dois eminentes professores da Universidade de Madrid, há anos já que veem prometendo a publicação, não só das *Flores de las leyes*, mas de todas as obras conhecidas de JÁCOME RUIZ (2). Oxalá não se faça esperar muito essa publicação.

Falemos agora da versão portuguesa.

Os primeiros dos nossos antiquários que do assunto se ocuparam desconhecaram que

(1) *Memorial*, II, pág. 140.

(2) Vid., por exemplo, UREÑA, *Discurso cit.*, pág. 21, nota; BONILLA, tradução espanhola da *Historia da Literatura Española* de FRIZ MAURICE KELLY, pág. 104, nota.

se tratava duma tradução. Assim, JOSÉ ANASTÁCIO DE FIGUEIREDO, na sua bem conhecida «Memória sôbre qual foi a época certa da introdução do direito de Justiniano em Portugal» (1), supõe que o compêndio do *Mestre Jacob das Leis* foi escrito em português por encomenda e insinuação de Affonso Fernandes, filho de D. Affonso rei de Castella e Leão, a quem o mandou e dirigiu. Não se pode afirmar que FIGUEIREDO, ao reproduzir os termos da dedicatória, tais como constam da tradução (2), tivesse na mente determinadas personagens; admitindo, porém, que se quisesse referir a pessoas determinadas, essas pessoas não podem ser outras senão o rei Afonso o Sábio e seu filho bastardo Alfonso Fernandez, el Niño, morto em 1281. Efectivamente, FIGUEIREDO é de opinião que a *Suma* de Mestre JACOB deve ser reportada ao tempo de D. Sancho II ou D. Afonso III de Portugal (3).

ALEXANDRE HERCULANO já não caiu no mesmo erro: nos *Portugaliae Monumenta His-*

(1) Ap. *Memorias de litteratura portuguesa, publicadas pela Academia Real das Sciencias de Lisboa*, T. 1 (Lisboa, 1.^a ed., 1792) pág. 275.

(2) «Ao muito onrrado senhor don Alfonso fernandez filho do muy noble e ben auenturado senhur don Alfonso pella graça de deus Rey de Castela, e de leon . . .»

(3) Foupâremos trabalho ao leitor apresentando o seguinte quadro cronológico:

torica ⁽¹⁾ apresenta-se a verdadeira doutrina quanto à índole da obra, dizendo-se que é uma versão da *Summa* ou *Flores de Direito* de Mestre JACOB das Leis ⁽²⁾.

Os escritores espanhóis referem-se, por vezes, à tradução portuguesa das *Flores de las leyes*, mas todos, segundo supomos, sem conhecimento directo do nosso código. HINOJOSA ⁽³⁾, por manifesta deficiência de informes, pretende que a tradução foi feita a ins-

Castela	Portugal
1221. Nascimento de Afonso X (o Sábio)	
1223	Subida ao trono de D. Sancho II
1245	Regência de D. Afonso, irmão de D. Sancho
1248	D. Afonso III, rei
1252. Subida ao trono de Afonso X	
1279	Subida ao trono de D. Dinis
1281. Morte de Afonso Fernandez (el Niño)	
1284. Morte de Afonso X.	

Nos *Inéditos da Academia*, T. v, pág. 454 (Lisboa, 1824) também se parte da falsa suposição de que se trata dum original português. No mesmo erro caíram mais tarde SCHAEFER (*Geschichte von Portugal*, II Band, Hamburg, 1839, pág. 83) — o qual, baseando-se em FROUEN-REDO, se refere todavia expressamente a um filho de Afonso X, — e o sr. TSÓFILO BRAGA, que, na sua *Historia da Universidade de Coimbra*, vol. I, pág. 68 e nota, reproduzia textualmente a FIGUEIREDO.

(1) *Leges et Consuetudines*, I, pág. VI e 155. Cf. Carta de Herculano publicada no «Arch. Hist.» IX, pág. 142.

(2) Cf. D. CAROLINA MICHAELIS, *Cancioneiro da Ajuda*, II, pág. 155.

(3) HINOJOSA, *Historia del derecho romano segun las mas recientes investigaciones* (Madrid, 1880-1889), II, pág. 293.

tâncias de «Afonso Fernandes, filho do rei D. Afonso III» ⁽¹⁾. Tal personagem nem sequer existiu!

Dêmos, pois, como assente que a obra portuguesa é uma tradução das *Floris de las leyes*, que JÁCOME (ou JACOBO) RUIZ, o célebre jurisconsulto de Afonso o Sábio, escreveu em castelhano e ofereceu ao dito Afonso quando ainda era infante, portanto não posteriormente a 1252.

Faz parte esta tradução dum código em 4.º, composto de 155 fôlhas de pergaminho ⁽²⁾, existente no Arquivo Nacional da Torre do Tombo (*Forais Antigos*, maço 6.º, n.º 4), conhecido pela designação de «Foros da Guarda» e assás conhecido dos nossos historiadores ⁽³⁾. É um volume bem conservado, protegido por uma encadernação característica do estilo renascença. As dimensões *actuais* das fôlhas — que foram cerceadas, tanto em altura como em largura — são 219×163 milímetros. Foi paginado por fôlhas posteriormente ao

(1) Cf. DE DIEGO, *Introducción al estudio de las instituciones de derecho romano* (Madrid, 1906), pág. 411.

(2) Não contamos as que estão coladas à encadernação.

(3) Uma grande parte do código acha-se publicada nos *Inéditos da Academia*, t. V, e mais acuradamente nos *Portugaliae Monumenta Historica*, *Leges et Consuetudines*, t. I e II.

meado do século xv ⁽¹⁾. Na terceira fôlha (fl. 1, segundo a paginação) lê-se o seguinte: «Foraes antigos da garda he leis âtigas do Reino».

O seu conteúdo, que já foi cuidadosamente descrito nos *Portugaliae Monumenta Historica* ⁽²⁾, é, em resumo, o seguinte:

a) Certidão do foral latino e doutros documentos pertencentes ao concelho da Guarda, passada em 1449 dos livros e registos da Torre do Castelo de Lisboa (Torre do Tombo) a petição daquele concelho (fl. 2 a 12 v.º);

b) Versão portuguesa das *Flores de las leyes*, pela qual começa o texto original da compilação, como em breve mostraremos (fl. 18 a 40);

c) Foral da Guarda traduzido em vulgar (fl. 41 a 43 v.º);

d) Costumes municipais do mesmo concelho (fl. 44 a 60 v.º);

e) Leis gerais do reino (fl. 61 a 67 v.º);

f) «*Tempos dos preitos*» de JÁCOME RUIZ (fl. 67 v.º a 70);

g) Tradução portuguesa do *Fuero Real* (fl. 70 v.º a 149).

A certidão do século xv, com que abre o

volume, é escrita em caracteres cursivos muito mais modernos que a letra do códice original. Êste é escrito em letra gótico-francesa—preta, com excepção das iniciais com que abre cada parágrafo, e dos títulos, pois em tais casos o artista recorreu ao vermelho. Na parte inferior da fl. 70 aproveitou-se um espaço em branco para inserir uma lei de D. Dinís. No fim do volume lançou-se, em letra porventura mais moderna, uma cópia da «lei da avoenga» de Afonso III.

A parte do volume que neste momento nos interessa—a tradução das *Flores de las leyes*—abrange desde o alto de fl. 18 ⁽¹⁾ até um pouco antes do meio de fl. 40. Ê, como se vê, a primeira parte do códice propriamente dito, pois devemos abstrair das fl. 1 a 17, mais modernamente acrescentadas. Cumpre, todavia, observar que a sua colocação em primeiro lugar não pode atribuir-se com segurança ao próprio escrevente, porquanto o resto de fl. 40, bem como o verso, se acham em branco, e com o foral que vem a seguir inaugura-se um novo caderno de pergaminho.

A versão não é precedida de nenhuma introdução nem título, assim como não é acompanhada de nenhuma explicação final. Está

(1) Efectivamente, a numeração abrange a certidão de 1449 a que nos referimos no texto.

(2) *Leges*, I, pág. 155.

(1) Na *Revista da Universidade de Coimbra*, vol. v, pág. 10, publicámos o fac-simile da fl. 18.

dividida em títulos, mas sem numeração. Os títulos não se subdividem em leis, nem se agrupam em livros, não obstante o prólogo nos informar de que a obra compreende três livros ⁽¹⁾.

Em cursivo mais moderno — cremos que do século xv — lê-se, no alto da primeira fôlha, a seguinte advertência, ligeiramente mutilada pelo encadernador: « ysto sã leis ja nõ necessarias polas do Reyno ». No final (fl. 40, a meio), a mesma mão escreveu: « todo ysto destas leis nõ aproveita Atebquy ». Além destas duas advertências similares, o pergaminho apresenta até certa altura breves glosas marginaes, em letra bastante mais recente ⁽²⁾.

Qual será a idade deste documento?

O tipo paleográfico não permite fixar a data, nem sequer aproximadamente, porquanto pode remontar ao século xiii ⁽³⁾ ou estender-se pelo século xiv adiante ⁽⁴⁾.

(1) « . . . party esta nossa obra en tres liuros. » (fl. 18). O códice escurialense Z, III, 13, também não numera os títulos, nem os reparte em livros.

(2) De ambos os cursivos fornece exemplos o fac-símile a que se refere a nota da pág. 59.

(3) Sabemos que em 1280 um escrevente da Chancelaria régia usava de caracteres minúsculos gótico-francoses (*Mem. Acad.*, t. i, pág. 44). A Prof. D. CAROLINA MICHAËLIS aventa com muita verosimilhança ter sido inaugurada em Portugal esta caligrafia por influência de Afonso III. Cfr. *Cancioneiro*, t. II, págs. 152 e 153.

(4) « Datas precisas sobre a introdução do novo gosto na arte dos calígrafos e illuminadores da península não estão por ora fi-

O termo *a quo* não é, todavia, difícil de precisar, já que no mesmo códice — e certamente transcrita pela mesma mão — aparece (a fl. 64 v.^o) uma lei que se sabe ser de 1273 ⁽¹⁾. É esta, das leis com data conhecida, a mais moderna que o códice nos fornece, abstraindo da lei de D. Dinis a que já nos vamos referir ⁽²⁾.

E o termo *ad quem*?

HERCULANO, que examinou cuidadosamente o códice no seu conjunto, exprimiua a convicção de que êle remonta ao século xiii ⁽³⁾, e a razão por êle aduzida, e que se nos afigura ponderosa, é a de que mão diversa, mas da época, intercalou, no espaço em branco deixado ao fundo da fl. 70, uma única lei de D. Dinis, começando imediatamente no verso da fôlha a tradução do *Fuero Real* ⁽⁴⁾. Parece-nos, por isso, que se pode fixar com certa probabilidade a data do códice entre

xadas». D. CAROLINA MICHAËLIS, *Cancioneiro da Ajuda*, II (Halle, 1904), pág. 161; e *Grundriss der rom. Phil.* pág. 176.

(1) É a lei reproduzida nos *Portugaliae Monumenta Historica*, *Leges*, I, pág. 228. HERCULANO attribuiu-a ao mês de setembro, mas não encobrindo que se não trata duma data segura, porquanto o *Livro das Leis* e *Posturas* autoriza a substituição de setembro por dezembro.

(2) Se apurássemos a data da lei de Afonso X (?) intercalada no livro II — fl. 30 v. a fl. 32 — poderíamos talvez aproximar o termo *a quo*.

(3) *Portugaliae Monumenta Historica*, *Leges*, I, págs. 155 e 156

(4) Vid. *supra*, pág. 9.

1273 e 1282, que tal é a data da lei de D. Dinís ⁽¹⁾.

Estamos convencidos de que se trata, não da primitiva versão, mas duma cópia grosseira e cheia de erros, feita por quem aliava uma grande distração a um completo desconhecimento da matéria. Lacunas constantes que transtornam por inteiro o sentido, palavras e frases de aspecto semelhante mas de significado diverso ou sem significado, repetições e transposições, dislates como «porturis» em vez de «peculio», etc., mostram-no à saciedade.

Não deve, em todo o caso, esquecer-se que a versão primitiva não pode ser muito mais antiga, porquanto o original castelhano — admitida a possibilidade de ter sido oferecido ao Infante quando este tinha catorze anos — não remonta além de 1235.

Que as «Flores das leis» tiveram aplicação em Portugal, parece-nos fora de dúvida, embora não possamos precisar o âmbito geográfico dessa aplicação; e assim o entendeu HERCULANO quando, no prefácio ao volume das *Leges et Consuetudines* ⁽²⁾, não hesitou em declarar «ser assás provável que tivessem sido direito vigente entre nós». A circunstância

de a versão se encontrar, como as leis gerais de Afonso III, junta ao caderno de costumes da Guarda mostra que ela devia servir aos alcaides deste município ⁽¹⁾, e nada nos proíbe de acreditar, antes tudo leva a crer, que estivesse divulgada pelo país, fornecendo precioso subsídio numa época em que era ainda escassa a legislação processual. Depois, com o desenvolvimento da legislação geral, — que, numa grande medida, tende justamente a precisar a chamada «ordem do juízo» —, o compêndio foi sendo relegado para um plano secundário, até se tornar perfeitamente dispensável. Isto explica, em parte, o não se conhecer outro exemplar, e, porventura, o ter desaparecido o original, se é que se trata dum apógrafo.

Que no concelho da Guarda a compilação de Mestre JACOB foi suplantada pela legislação do reino, mostram-no à evidência as já citadas indicações em cursivo. Sabemos, em todo o caso, por um apontamento manuscrito lançado pelo erudito JOÃO PEDRO RIBEIRO na margem do seu exemplar dos *Inéditos* ⁽²⁾, que numa sentença do século xv, do Cartório da Câmara do Porto, se citam ainda as *leis Jaco-*

(1) 24 de agosto da era de 1220.

(2) Vol. I, pág. vi.

(1) Cf. *Portugaliae Monumenta Historica, Leges*, I, pág. 148.

(2) Na Biblioteca da Universidade de Coimbra.

meas — título pelo qual, sem dúvida, se pretendem designar as *Flores de Direito*.

Só depois de os ilustres Profs. UREÑA e BONILLA levarem a cabo a prometida edição crítica do texto original castelhano, é que será possível estudar as relações existentes entre este texto e a nossa versão, e é mesmo provável que o esclarecimento destas relações lance, por sua vez, luz mais intensa sobre a questão da antiguidade do código português. Não devemos, por enquanto, avançar qualquer conjectura, que seria precipitada, dada a deficiência dos elementos de que dispomos.

Efectivamente, não nos tendo sido possível estender aos arquivos espanhóis as nossas pesquisas, o que lográmos conhecer do original castelhano foi apenas:

- a) o texto do código escurialense Z, III, 13 (*Memorial Histórico*, t. II, págs. 167 a 248);
- b) as variantes do código (incompleto) Z, III, 11 (*ibid.*);
- c) o princípio do texto do prólogo das *Flores* no código de Burgos de 1289 (CASTRO e ONÍS, *Fueros leoneses*, pág. 2);
- d) o texto do prólogo da cópia de FLO-
RANES, feita sobre o código de 1289 (*Memorial*, 148) e as variantes de toda a cópia;
- e) o texto do prólogo do código escurialense B, IV, 15 (RODRIGUEZ DE CASTRO).

Da aproximação destes mais que escassos elementos e do código português apenas nos é permitido fazer ressaltar a constatação de que a versão portuguesa difere notavelmente do código Z, III, 13 (século XIV), aproximando-se muito mais dos outros — dos quais todavia também difere mais ou menos. As semelhanças com o código de 1289 são, às vezes, flagrantes, mas isso não impede que haja importantes divergências, e nomeadamente a da palavra *Alfonso* em vez de *Fernando*. Supomos que nenhum dos códigos que conhecemos foi a fonte da tradução portuguesa: ¿será algum dos que se conservam inéditos, ou ter-se há perdido?

Para terminar devemos chamar a atenção para a circunstância de, de fl. 30 v.º a fl. 32, aparecer escrita pelo mesmo punho a versão portuguesa duma lei que supomos ser de Afonso o Sábio e que nada tem com o tratado de JÁCOME RUIZ: ¿deverá esta inserção despropositada atribuir-se ao tradutor, ou dar-se-ia já o facto no código castelhano que lhe serviu de base?

O mais antigo morgado de Portugal? ⁽¹⁾

(O morgado de Carvalho)

Num dos mais notáveis capítulos da sua *História da Administração Pública em Portugal* ⁽²⁾ versou o sr. GAMA BARROS — com a abundância de material documentário e o sólido processo construtivo que distinguem esta obra monumental — o difícil, obscuro e (pode dizer-se) inexplorado problêma da origem e desenvolvimento dos morgados entre nós, reconstituindo, através de cinquenta magistrais páginas, o período de formação dêste importante instituto.

Como sempre sucede com as questões abordadas pelo eminente historiador, o estudo em questão, sem deixar de revelar pleno conhe-

(1) Artigo publicado no volume XIII do «Boletim da Classe de Letras» da Academia das Ciências de Lisboa (Homenagem a GAMA BARROS).

(2) Livro III, pág. 647 e segs. (Propriedade vinculada).

cimento da literatura nacional e estrangeira sobre o assunto, apresenta-se sobretudo como um trabalho de acentuado cunho pessoal, construído com admirável segurança sobre os monumentos originaes.

Familiarizado, graças ao convívio de muitos anos, com as riquezas medievais do nosso Arquivo, vendo — como o seu mestre FUSTEL — no testemunho dos documentos a garantia mais sólida do valor das conclusões, entendendo, como êle, que « para um dia de síntese são necessários anos de análise » e, como êle, dotado, para essa análise, de privilegiadas qualidades que uma longa prática desenvolveu e apurou até à perfeição, deu-se o autor illustre da *História da Administração Pública* ao trabalho de recolher e extrair, designadamente dos livros das chancelarias, um avultado número de casos de instituições vinculares, criteriosamente escolhidos como mais importantes ou característicos, e que, juntos a outros já publicados, permitem, no seu conjunto, formar acêrca da matéria uma idea segura, relegando para plano muito secundário algumas tentativas anteriores, nomeadamente a de VILA NOVA PORTUGAL (1).

(1) « Memória sobre a origem, progressos e variações da jurisprudentia dos morgados em Portugal », nas *Memórias de Literatura Portuguesa*, vol. III.

As notas que a seguir offereço, e que, na sua insignificância, pretendem sobretudo representar um testemunho da minha profunda consideração pelo mestre eminente da história das instituições portuguesas, relacionam-se estreitamente com algumas das considerações e afirmações feitas pelo sr. GAMA BARROS no referido capitulo, e visam a fornecer-lhes um modestissimo complemento com a análise de uma espécie vincular de cujas origens o mestre não teve conhecimento e que, por mais dum título, encerra manifesto interesse. Refiro-me ao morgado de Carvalho, um dos mais antigos, senão o mais antigo vínculo instituído em Portugal (12).

Escreve Fr. ANTÓNIO BRANDÃO (3), citando um *códice antigo dos Bispos de Coimbra*, na

(1) A paróquia de Carvalho (concelho de Penacova, distrito de Coimbra) — outrora vila — fica situada a N. N. O. da vila de Penacova, da qual dista uns 10 quilómetros, e assenta sobre a encosta da Serra de Santo António do Cântaro, próximo à ribeira de Gondelim. É a sede da igreja paroquial da freguesia de Carvalho.

(2) Forçado pelas absorventes occupações do meu cargo a viver permanentemente longe de Lisboa, falece-me infelizmente o tempo para demoradas buscas no Arquivo Nacional, e porisso no presente ensaio apenas utilizei alguns poucos documentos que em duas ou três visitas à Torre do Tombo logrei recolher.

(3) *Monarquia Lusitana*, parte III, Livro IX, cap. 24.

vida do Bispo Bermudo, que communmente se tinha por primeiro instituidor do morgado de Carvalho a Bartolomeu Domingues, e essa tradição é corroborada por um diploma de 1215 (era de 1253), que consta do chamado *Livro Preto* da Sé de Coimbra ⁽¹⁾ e há muito é considerado como a carta de instituição do vínculo ⁽²⁾.

Mostra êste diploma que em outubro do referido ano Bartolomeu Domingues doou à albergaria que êle próprio criara a «vila maior de Carvalho», determinando ao mesmo tempo que, após a morte de Sueiro Gomes (que êle

(1) Fls. 254 v. Êste documento vem mencionado em *Viterbo*, v.º *Albergaria*.

(2) Nota Fr. ANTÓNIO BRANDÃO, loc. cit., que do «Livro da Sé de Coimbra que trata dos Bispos» consta que instituiu o morgado Domingos Feirrol e que Bartolomeu Domingues deu princípio ao hospital e albergaria daquele morgado: mas êste livro, acrescenta, «não é mui certo». O teor do diploma de 1215 convence-me de que é realmente a carta de instituição, sendo de estranhar que o autor da *Parte da Monarquia Lusitana* (que conhecia o *Livro Preto*) o não refira. Conheço um diploma mais antigo, no qual se faz referência à *vila de Carvalho*: é um contrato celebrado em abril de 1178 (era de 1216) entre o Bispo de Coimbra D. Bermudo, duma parte, e da outra uma tal *Domna Biliida* e seus filhos. (*Livro Preto*, fl. 116, transcrito por M. RIBEIRO DE VASCONCELOS in *Nat. Hist. do Mosteiro da Vacaça*). Muito provavelmente, o instituidor Bartolomeu Domingues é o mesmo Bartolomeu que figura no diploma de 1178 como filho de D. Biliida, a qual neste caso seria casada com o Domingos Feirrol a quem se refere Fr. ANTÓNIO BRANDÃO. Assim o entende o Padre CARVALHO DA COSTA (*Corografia Portuguesa*, tom. II, pág. 77), considerando por sua vez êste Domingos como filho dum Paio de Carvalho a que faz referência um documento de 1131 (*Monarquia Lusitana*, Part. III, Liv. IX, cap. 24): não apresenta, porém, provas concidentes.

nomeara por ser a pessoa mais idónea da família) seria o administrador da albergaria escolhido *pelo alcaide e alvaxis do concelho de Coimbra*, devendo a escolha recair sôbre a pessoa *da geração do instituidor* que se lhes afigurasse mais idónea para o desempenho dessas funções.

Eis o teor do documento:

«In nomine Patris et Filii et Spiritus Sancti amen. Cuncta que fiunt in cursu temporis cito deficiunt nisi scripto memorie commendentur. Innotescat igitur presentibus et futuris quod ego Bartholomeus Dominici divino commotus Spiritu intuitu Dei et helemosine do et concedo in perpetuum pro anima mea patris mei et matris mee villam maiorem de Carvalio in qua est ecclesia cum palatio vel quintana et suas senaras tam de meis universis quam hereditatibus albergarie mee quam ego feci pro anima mea et parentum meorum. Et sic determinatur a sumitati montis quomodo descendit directum per Soverarium de inforcado et vadit in directum ad Portum Mauriscum de inde ascendit per viam que vadit per sumitatem montis de Soveral de inde vadit ad oliveiram que stat in cauto dicte ville quod est super villam de Cerquosa quam ego iam olim dedi prefate albergarie et item totam et integram firmiter concedo de inde quomodo dividit

cantum meum cum termino de Mortua aqua ascendendo ad Sanctam Eufemiam de inde per cucumina montis Busaco et includitur in ipso loco a quo incepimus. Preterea do supradicte albergarie medietatem de toto sauto et medietatem molendini. Do inquam et concedo in perpetuum totum istud quod superius resonat. Et albergarius vel procurator ipsius albergarie habeat plenariam potestatem faciendi et disponendi sicut habet in albergariam pro ut sibi visum mellius fuerit. Ut autem totum quod dixi maius robur et firmitus habeat dedi in potestatem Colimbriensi Concilii, quod Pretor ipsius ville et alvasiles post obitum Suerii Gomezii quem de genere meo in presenti magis idoneum ad hoc servicium et helimosinam faciendi inveni instituant aliquem quem viderent magis idoneum et utilem de genere meo vel tribu. Si forte quod non credo aliquis contra hanc donationem et scriptum venire temptaverit pro sola temptatione quantum inquietaverit tantum ipse albergarie in duplo componat et Concilio Colimbrie et in super quingentos soldos provate monete. Facta carta donationis et firmitudinis mense Octobris Era M.^a CC.^a L.^a III.^a Ego Dominus Bartholomeus qui hanc cartam facere jussi sigillo Colimbriensi concilii precepi corroborari multis presentibus habitatoribus de Carvalio commorantibus in albergaria. Martinus Suarii, testis

= Menendus Pelagii presbyter, testis = Petrus Bonnus, testis = April, testis = Mancipii albergarie, testes = Vincente, testis = Pelagius Petri meus abbas, presens = Johannes Johannis, presens = Johanne filio meo presente = Johannes Cipriani, testis = Pelagius Pelagii, testis = Petrus Martini, testis = Isti qui audierunt Colimbrie hanc donationem a me esse factam. Martinus Petri = Martinus Stephanus, testes = Fernandus Johannis magister Elbore vidit ».

As disposições do doador parecem implicar, como se vê, a existência duma instituição vincular, e, se tal foi, com efeito, a sua intenção, temos de a considerar como o mais antigo morgado conhecido, mais antigo do que o instituído pelo arcebispo de Braga D. Martinho Geraldês (1271), que o sr. GAMA BARROS ⁽¹⁾ apresenta como sendo o primeiro.

O objectivo do instituidor era decerto assegurar a perpetuidade do estabelecimento de caridade por êle fundado, ao mesmo tempo que providenciava para que a sua adminis-

(1) *História da Administração Pública*, vol. III, pág. 664, citando D. RODRIGO DA CUNHA, *Hist. Eccl. de Braga*, II, cap. 31, pág. 14. Em Castela o mais antigo que se aponta pertence a 1260 (vid. autores cit. pelo sr. GAMA BARROS, III, pág. 666).

tração se conservasse sempre numa pessoa da sua família, a qual teria os encargos da fundação e os proventos excedentes da propriedade vinculada ⁽¹⁾. Entre vários processos técnicos por que nesta época se assegurava a permanência duma fundação figuram, efectivamente, os vínculos e fideicomissos, e várias espécies da mesma natureza, embora diversas nas cláusulas da instituição, figuram na série dos exemplos apresentados pelo sr. GAMA BARROS ⁽²⁾.

As características essenciais dos vínculos (morgados e capelas) — inalienabilidade, indivisibilidade, sucessão perpétua dentro da família — são assás claras no diploma referido, e

(1) Os encargos da albergaria, especificados no foral dado ao concelho de Carvalho por D. Manuel (1514), consistiam em ter três camas nas devidas condições, dar fogo e sal aos caminhantes e, durante os três meses do maior calor, ter permanentemente um cântaro com água para beber — donde, (dizem) vem àquela serra o nome de *Serra do Cântaro*. O principal e avultado rendimento do vínculo era constituído pelas prestações variadas que ao administrador e senhor da vila pagavam os habitantes do concelho residentes fora da terra da albergaria.

(2) Vid. pág. 570 (doc. de 1313) e 585 (doc. de 1393). Cf. a pág. 577 um testamento (de 1349), em que se instituem um morgado e um hospital, sendo designado para administrador d'este quem fosse abade de certa freguesia. De instituições de encargos pios em que a terra fica vinculada para sempre ao seu cumprimento, cita o sr. GAMA BARROS muitos casos: o mais antigo é de 870 (III vol., pág. 548). Sobre o assunto pode ver-se LAPRADELLE, *Fondations perpétuelles* (Paris, 1895), onde se mostra como as fundações revestiram formas muito variadas, aproveitando-se, para conseguir o mesmo fim essencial, vários processos jurídicos.

nenhuma dúvida resta de que desde cedo assim foi considerado, porquanto a designação de *morgado* ⁽¹⁾ é já empregada num documento de 1386, ao qual em breve voltaremos a aludir, e desde então como tal nos surge sempre, citando-se em abono desta qualificação a referida carta de instituição.

Além da sua antiguidade, tem este morgado, ou capela, a particularidade notável e rara de ser um vínculo *electivo*, da espécie daqueles de que nos dá conta Molina ⁽²⁾, salientando que em Castela não abundavam. Entre nós, se bem que as palavras da lei de 3 de agosto de 1770 (que, entre outras disposições, os declara abolidos) pareçam dar a entender que existiam vários, não podemos apontar nenhum semelhante ⁽³⁾, e, como adiante veremos, não faltam razões para supor

(1) Nos documentos é muitas vezes indiferente o uso das palavras *morgado* e *capela*, e a característica legal que os distinguia só foi formulada nas Ordenações Manuelinas.

(2) De *hispanorum primogenitis libri quatuor* (Compluti, 1573) liv. II, cap. IV. Refere-se também a eles MELO FREIRE, *Inst. Juris Civ.*, III, IX, § 6.

(3) O sr. GAMA BARROS cita (pág. 680, nota) o caso duma capela cujo administrador, quando não existissem já descendentes do instituidor, devia ser nomeado pelo concelho de Elvas; cf. pág. 669, um vínculo cuja administração, acontecendo não existir já ninguém da família, seria cometida pelo rei a um cavaleiro da casa. Dos vínculos com cláusula de primogenitura o mais antigo que com segurança se pode apontar em Portugal é de 1271.

que o legislador tivesse precisamente em mente o morgado de Carvalho.

A escolha do administrador cabia, como vimos, segundo uma das cláusulas da doação de Bartolomeu Domingues, aos magistrados do concelho de Coimbra, os quais deviam designar, dentre as pessoas da geração do instituidor, a que lhes parecesse mais idónea.

Já no referido documento de 1386 el-rei aparece confirmando a certa pessoa o morgado de Carvalho «à eleição e apresentação do concelho e homens bons da cidade de Coimbra» (1), e como electivo funcionou sempre, mostrando-se a câmara de Coimbra muito ciosa dessa prerrogativa, que, como veremos, exerceu até 1759.

Agora duas palavras acêrca da história do morgado.

(1) O sr. GAMA BARROS refere incidentalmente (pág. 680, nota 2) o doc. de 1386; como, porém, não estava ao corrente dos factos que temos vindo apontando, limitou-se a aventar duas hipóteses, uma das quais — que é a que, de facto, se verifica — é a de se tratar duma prerrogativa da câmara consistindo na faculdade de escolher o administrador. Foi levado talvez a essa presunção pela analogia do documento a que nos referimos na nota de pág. 75, segundo o qual, extinta a descendência, cabia a eleição ao concelho de Elvas.

Da sua fase primitiva pouco se sabe com segurança.

Por ocasião da guerra da independência, após a morte del-rei D. Fernando, era administrador do morgado e da albergaria Álvaro Gil de Carvalho, mestre da ordem de S. Tiago (1), ao qual, à semelhança do que succedeu a muitos partidários de Castela (2), foram confiscados os bens vinculados, sendo dados por D. João I em 1385 a um tal João Homem, que ignoro se pertencia à família do instituidor (3). Pouco tempo depois, o diploma de 1386, a que já mais de uma vez me referi, confirma a administração a Fernando Homem «à eleição e apresentação do concelho e homens bons da cidade de Coimbra» (4).

Passados alguns anos, mercê do perdão

(1) Segundo alguns nobiliários, o pai de Álvaro, Gil Fernandes de Carvalho, era filho legítimo de Fernão Gomes de Carvalho, — vassallo do infante D. Afonso, filho del-rei D. Dinis de Portugal — o qual era, por sua vez, filho de Suetonio Gomes (vid. Notas de LAVARENA ao Nobiliário do conde D. Pedro e cf. CARVALHO DA COSTA, *Corografia*, pág. 77 do vol. II); mas o nobiliário chamado do conde D. Pedro, tal como no-lo transmitiu o manuscrito aproveitado para os *Portugalia Monumenta Historica* (Scriptores, I, referindo-se a Fernão Gomes de Carvalho (pág. 257), não nos informa da sua ascendência nem da sua descendência. A legitimação de Álvaro Gil de Carvalho consta dum diploma de 1361 (*Chanc. de D. Pedro*, liv. I, fl. 66).

(2) Vid. vários casos enuenerados pelo sr. GAMA BARROS, II, pág. 680, nota 2.

(3) Carta dada em Torres Vedras a 13 de fevereiro de 1385 (*Chanc. de D. João I*, liv. 1.º fl. 9).

(4) É o doc. a que se refere o sr. GAMA BARROS a pág. 680, nota 2 (*Chanc. de D. João I*, liv. 1, fls. 32 v.).

régio ⁽¹⁾, o vínculo voltou para o poder dum descendente de Álvaro Gil de Carvalho — Gil de Carvalho (filho de Diogo Álvares de Carvalho), que na *História Genealógica* ⁽²⁾ figura como tronco destes Carvalhos.

Daqui por diante é possível enumerar, por ordem cronológica, os administradores do morgado, que também se intitulam senhores da vila de Carvalho ⁽³⁾, sendo de notar que durante um extenso número de anos a administração passa, provavelmente por indicação do concelho de Coimbra, de pais para filhos: — Álvaro de Carvalho, Álvaro de Carvalho, Pedro Álvares de Carvalho, Álvaro de Carvalho, Pedro Álvares de Carvalho —, só deixando de assim suceder quando, a certa altura, falta a descendência masculina ⁽⁴⁾.

Pedro Álvares de Carvalho não teve, com efeito, filhos varões, e por isso a eleição recaiu num irmão, Gil Fernandes de Carvalho ⁽⁵⁾, ao qual sucedeu, cremos que imediatamente,

(1) *Chanc. de D. Afonso V*, liv. 33, fls. 26. Cf. liv. 30, fls. 169 v.

(2) Tomo ix, pág. 643.

(3) O documento citado de 1385 declara confiscado o *contó* de Carvalho.

(4) Vid. *Hist. Genealog.*, t. xi, pág. 750 e s. Para mais clara compreensão do que se segue, convém ter presente o quadro genealógico que acompanha este artigo, no qual os administradores do morgado se distinguem pelo asterisco. A data é a da eleição.

(5) *Hist. Genealog.*, t. xi, pág. 755.

D. Fernando de Menezes, neto materno de Pedro Álvares de Carvalho, o qual foi eleito em 1643, e não teve também filhos varões ⁽¹⁾.

A D. Fernando de Menezes sucedeu Fernando Teles de Faro Menezes e Carvalho cuja eleição (1655) se acompanha dum pormenor curioso, bem demonstrativo de quanto a câmara conimbricense era ciosa da sua regalia.

Resta-nos, com efeito, um documento ⁽²⁾, pelo qual se mostra ter el-rei D. João IV insinuado fortemente a eleição dum seu protegido, D. Jorge Mascarenhas, 2.º Conde de Serêm, neto materno de D. Fernando de Menezes. Não obstante esta indicação, a eleição da câmara recaiu no referido Fernando Teles de Carvalho; e só mais tarde, quando este Fernando sofreu a pena de confisco por crime de alta traição, sendo degolado em estátua (1659), é que a administração do morgado foi confiada ao conde de Serêm ⁽³⁾.

Por morte do conde de Serêm foi eleito (1668) seu irmão uterino, o VIII conde de Atouguia D. Luís de Ataíde, filho do VI conde e de D. Leonor de Menezes, filha de D. Fer-

(1) No livro respectivo das vereações da Câmara de Coimbra.

(2) Carta régia de 5 de dezembro de 1655, na *Colecção Pombalina* da Biblioteca Nacional.

(3) Documento avulso da Câmara de Coimbra.

nando de Menezes, e desde então permaneceu o vínculo na administração dos condes de Atouguia.

Algumas das últimas eleições foram vivamente disputadas, habilitando-se à administração mais do que um pretendente, e nos debates genealógicos a que davam lugar estas pretensões tomaram mais duma vez parte acesa os antepassados do Marquês de Pombal, os quais alegavam pertencer à família por descenderem de Diogo Álvares de Carvalho, e portanto do instituidor do morgado, Bartolomeu Domingues. Foi assim que já o referido Fernando Teles de Carvalho venceu contra Sebastião de Carvalho, avô do Marquês, e o X conde de Atouguia triunfou, por unanimidade de votos, do pai do Marquês, Manuel de Carvalho e Ataíde ⁽¹⁾.

A história das mistificações genealógicas dos Carvalhos da Rua Formosa, aos quais pertencia o Marquês, está feita, e as razões alegadas foram com segura crítica apreciadas pelo sr. PEDRO DE AZEVEDO no artigo que

(1) Docs. da Câmara de Coimbra.

publicou sobre a ascendência de Pombal ⁽¹⁾. Aí se mostra que a família do Marquês remonta a um clérigo de nome Sebastião de Carvalho, filho de um tal *mestre Carvalho*, nascido em 1465. A filiação d'este mestre Carvalho é desconhecida, não sendo lícito entroncá-lo nos Carvalhos da vila de Carvalho. Sustentavam porém os genealogistas afeiçoados aos Carvalhos da rua Formosa (entre os quais se conta o padre Carvalho da Costa), com aquela bem conhecida facilidade e falta de escrúpulos com que então se fabricavam linhagens, que o tal Sebastião de Carvalho (casado, segundo alguns) era filho de um suposto Diogo de Carvalho, filho por sua vez daquele mesmo Diogo Álvares de Carvalho a quem atrás nos referimos ⁽²⁾.

Daqui a pertinácia com que já os ascendentes de Pombal faziam opposição nas eleições dos administradores, tendo por este processo um tio do futuro Marquês logrado investir-se no morgado, que só ao cabo de anos voltou para a casa de Atouguia ⁽³⁾.

(1) *Arch. Historica*, vol. III.

(2) Vid. as genealogias citadas pelo sr. PEDRO DE AZEVEDO no referido artigo e cf. SORIANO, *Hist. do reinado de D. José*, vol. II, Apêndices.

(3) J. LÚCIO DE AZEVEDO, *O Marquês de Pombal e a sua época*, pág. 178. Os docs. da Câmara de Coimbra não são suficientemente elucidativos sobre este ponto.

Com idêntica pretensão nos surge o próprio Sebastião José; mas a êste era mais fácil fazê-la valer — extremamente fácil até, como se viu. Com efeito, logo que morreu o infeliz D. Jerónimo, condenado como implicado na famosa tentativa de regicídio, tratou o futuro Marquês de chamar a si o morgado, e para êsse fim insinuou a sua eleição à Câmara de Coimbra.

Esta, bem mais submissa então do que em 1655, quando el-rei D. João IV se empenhara pela nomeação do Conde de Serém, proveu-o efectivamente na administração do vínculo em verificação de 19 de fevereiro de 1759 — trinta e seis dias volvidos sobre a morte do Atouguia... (1). Assim conseguiu o despotismo do ministro de D. José esbulhar do morgado os legítimos pretendentes, isto é, os Carvalhos da geração de Bartolomeu Domingues.

Não ficou por aqui. Uma resolução régia de 29 de dezembro de 1769 (2) sobre consulta da Junta das Confirmações alterou a cláusula da instituição, sendo nessa conformidade redigida a Carta Régia de 9 de janeiro de 1770 «para que regular e perpétuamente na forma da lei do reino continue (a administração do vínculo) nos descendentes legítimos do dito

Conde de Oeiras, em cuja linha presentemente está, os quais conservarão a albergaria no estado actual e usarão o apelido de Carvalho». Na total extinção dos ditos descendentes, providenciava a mesma carta no sentido de ficar a eleição reservada ao real arbitrio (1).

Em obediência a esta Carta Régia e à Provisão da Junta das Confirmações de 12 de Janeiro foram remetidos pela Câmara para a Torre do Tombo os documentos relativos ao morgado, entre êles a carta de instituição (2).

Vê-se, pois, que ainda antes da conhecida lei de 3 de agosto de 1770, a qual regulou a a sucessão dos vínculos acabando com todos os irregulares, Sebastião José havia conseguido que o seu se convertesse em regular, pondo termo aos privilégios seculares da Câmara de Coimbra.

Poderia porventura discutir-se, à face do direito da época, se o rei podia, por uma me-

(1) Vid. *Índice Cronológico dos pergaminhos e forais existentes no Arquivo da Câmara de Coimbra* (por J. C. AIRES DE CAMPOS, 2.ª ed., pág. 72, nota 1).

(2) Os documentos remetidos pela Câmara — carta de instituição do morgado, tombos dos seus bens, etc. — não se encontram na Torre do Tombo. Assim me communicou o sr. PEDRO DE AZEVEDO, que com razão suspeita terem ficado em poder de Pombal. Por acaso ou de propósito, vários documentos ficaram ainda no Arquivo da Câmara de Coimbra, cuja lista se pode ver no *Índice Cronológico e nos Índices e Sumários* de AIRES DE CAMPOS.

(1) Doc. da Câmara de Coimbra.

(2) Idem.

dida de aplicação singular como foi a carta régia atrás referida, alterar a cláusula da instituição ⁽¹⁾, mas ao futuro Marquês não preocupou com certeza um só instante essa subtil questão jurídica, como o não preocupara a questão moral.

(1) Argumentando para os vínculos regulares, ensinavam os nossos juriconsultos (v. g. Portugal, *De Donat.*, II, cap. 11, n.º 71) que o rei não podia alterar a ordem da sucessão dos morgados... salvo se assim o exigisse urgentemente a utilidade pública.

QUADRO GENEALÓGICO (1)

Diogo Alvares de Carvalho

* Gil de Carvalho

* Alvaro de Carvalho

* Alvaro de Carvalho

* Pedro Alvares de Carvalho

* Alvaro de Carvalho

* Pedro Alvares de Carvalho

D. Constança de Carvalho

* D. Fernando de Menezes (1613)

* D. Fernando Teles de
Faro Menezes e Carvalho
(1656)

D. Leonor de Menezes

do 1.º casamento

* D. Jorge Mascarenhas, 2.º Conde de Sorém (1630) * D. Luís, VIII conde de Atouguia (1648)

* D. Jerónimo, IX conde (1689)

* D. Luís, X conde (1712)

* D. Jerónimo, XI conde (1761)

do 2.º casamento

1 Vão indicados com um asterisco (*) os administradores do morgado. A data é a da eleição.

Os limites da reivindicação mobiliária no antigo direito português ⁽¹⁾

Na Europa medieval vigorou durante muito tempo em matéria de reivindicação mobiliária uma regra diversa da do direito romano. Enquanto pelo direito romano a propriedade das coisas móveis era protegida pelas mesmas acções *absolutas*, isto é, intentáveis contra terceiros, que tutelavam a propriedade imobiliária, acções cujo tipo era a *rei vindicatio*, na Idade-Média esteve muito espalhada a regra «*mobilia non habent sequelam*» (*Hand muss Hand wahren*), a qual significa que em certos casos a propriedade mobiliária não era sancionada por uma acção *absoluta*, por forma que o *terceiro* adquirente, ainda que de má fé ⁽²⁾, não podia ser atingido ⁽³⁾.

(1) Artigo publicado no *Instituto*, vol. LXVIII, n.º 9.

(2) A não ser que fôsse acusado de cumplicidade material em condições de ser assimilado ao próprio delinquento, o que devia ser muito raro (BRESSAUD, *Hist. du droit privé*, pag. 221, n.º 21).

(3) «Das Recht an der Forderung nur nicht in allen Fällen durch eine absolute, gegen jeden Dritten wirksame Klage geschützt (BRUNNER, *Grundzüge*, § 48).

Distinguiam-se, com efeito, duas hipóteses:

1.^a O proprietário (1) era *involuntariamente* privado da coisa, porque lha furtavam ou porque a perdia.

2.^a O proprietário *confiava* a coisa a outrem (depositário, comodatário, locatário, credor, mandatário, empreiteiro, criado...).

No primeiro caso o proprietário tinha uma acção absoluta, a chamada *Anfangsklage* (ou *Drilthandverfahren*), da qual trataremos noutro estudo. Pelo contrário, na segunda hipótese vigorava a referida regra «*mobilia non habent sequelam*», isto é, o proprietário só tinha uma acção contra a pessoa a quem confiara a coisa (depositário, comodatário, etc.), a fim de obter a própria coisa ou o seu valor (2), mas não podia ir reclamar a coisa das mãos duma terceira pessoa, quere esta estivesse de boa, quere de má fé.

Várias explicações teem sido apresentadas

(1) Figuramos o caso típico de se tratar do proprietário. Notaremos em todo o caso que a chamada *Anfangsklage* podia ser intentada por quem não fôsse proprietário.

(2) Há quem considere esta acção como *real*, por pertencer ao número das que teem a fórmula típica *in illo ordine possides* (HEUSLER), mas em qualquer caso não é uma acção absoluta como a *reivindicatio* romana.

para esta singularidade (1), tanto mais digna de nota quanto é certo que a reivindicação (2) mobiliária existe em muitas legislações antigas.

Explica-se em parte (quer-nos parecer) pela razão, tantas vezes invocada sob várias formas, do «predomínio do *facto* sobre o *direito*». Não será também indiferente a distinção que se fazia entre o furto e as outras formas de apropriação ilícita. Todavia, as razões fundamentais são, a nosso ver:

1.^a O carácter *formalista* do processo, a tirania do que hoje chamamos «*direito adjectivo*» — que impedia a concessão duma acção fora dos quadros organizados (*fides facta, res praestita*, delitos) (3) — e a idea de que toda a demanda devia presupor um acto delituofo (4).

(1) Vid. BRISSAON, pág. 224.

(2) Empregamos «reivindicação» no sentido de «acção absoluta», sem nos pronunciarmos sobre o carácter *real* ou *personal*, *civil* ou *penal*.

(3) Demandando o terceiro adquirente na hipótese por exemplo de depósito, a vítima não podia intentar contra o réu nem um processo *ex jure factu*, nem um processo *ex re praestita*, nem um processo *ex delicto*.

(4) Nem pela quebra da fé prometida, nem pela prática dum delicto propriamente dito, o autor incorrera na «*evancura*» e podia ser atingido pela «*querela*» (para usar os termos portugueses correspondentes a *plainte*, *claim*, *clamor*, *chiaga*, *klage*) do autor: o facto de ter adquirido a coisa das mãos do depositário infiel não era um delicto. Não assim no caso de furto — porque a *Anfangsklage* assentava sobre

2.^a A ideia expressa no adágio germânico: *Wo du deinen Glauben gelassen hast, musst du ihn suchen*. Entendia-se que quem confiava alguma coisa a outrem devia saber o risco a que se expunha (1).

Pode estranhar-se que a mesma regra não vigorasse para os bens de raiz, mas é preciso ter presente que as acções imobiliárias são mais recentes do que as mobiliárias, as quais dêste modo nos aproximam mais dos costumes primitivos. Mais tarde, é certo, a dissolução da propriedade familiar (entre outras causas) trouxe consigo uma maior frequência de acções imobiliárias, mas, quando mesmo tivessem persistido vivas as condições que haviam determinado a formação da regra, razões fortíssimas de ordem pública haviam necessariamente de opôr-se à sua adopção para os imóveis, visto que êles eram a principal fonte de riqueza e de valor político, garantindo-se por todos os modos a sua conservação nas famílias (2).

A opinião geralmente admitida hoje em dia

o facto objectivo do furto e visava a encontrar o seu autor, embora o queixoso não accusasse directamente o tореedor de o ter praticado, nem tão pouco no caso de coisa perdida, que era assimilado ao furto.

(1) Cf. a *fiducia romana* (GIRARD, pág. 522).

(2) Não nos parece necessário recorrer ao aforismo *res mobiles, res vilis*.

é a de que é esta a pura regra germânica, explicando-se a existência do princípio oposto nalgumas *leges* pela influência do direito romano (1); mas, não obstante a copiosa literatura sobre o assunto, continua a justificar-se a divergência das opiniões, bem como a hesitação de mestres eminentes. Já sobre a origem do princípio, já sobre a extensão da sua aplicação.

*

No direito visigótico há sobretudo dois textos que reclamam a nossa atenção: o cap. 289 do *Codex Euricianus* e o liv. v, tit. 4, l. 8 (*Antiqua*) da *Lex Visigothorum*, de que aquele capítulo é a fonte.

Segundo o Código Euriciano, na hipótese de alguém vender coisa alheia, o proprietário podia reavê-la, restando ao comprador o direito a exigir do vendedor a restituição do preço e uma indemnização equitativa (arbitrada pelo juiz) no caso de bemfeitorias introduzidas na coisa. É o que se entende pelas palavras *«In nullum domino praeiudicium comparetur»*, pois não só é essa a sua significação literal, como de outra forma não se explicaria o

(1) Veremos que os textos peninsulares dão a esta tese uma nova força.

recurso facultado ao evicto. Além disso o vendedor ficava obrigado a pagar como pena ao proprietário uma multa correspondente ao valor da coisa.

Na reforma a que foi submetido o Código de Eurico no tempo de Leovigildo, a qual, como se sabe, consistiu na adição de algumas leis, na supressão de outras e na *correção* de muitas (ea, quae ab Eurico incondite constituta videbantur correxit) ⁽¹⁾, a lei em questão assumiu uma forma um tanto diferente (V, 4, 8), sendo sobretudo de notar que a frase «nullum *domino* praeiudicium comparetur» foi substituída por «nullum *emptori* praeiudicium fieri poterit».

Esta alteração, que é a que neste momento nos interessa, pode, à primeira vista, parecer que encerra uma completa mudança de doutrina, visto que, a dar-se à expressão «nullum praeiudicium fiat...» o sentido — que a lei euríciana lhe atribuía, e que é o mais natural — de «seja a coisa restituída (ou mantida)...», a substituição de *domino* por *emptori* significaria que o novo legislador tinha querido proteger o comprador (ou donatário) contra a reivindicação do proprietário. Mas, se assim fôsse, não se compreenderia a manutenção da

frase «*emptori quod accepit pretium redditurus*», pois esta frase presuppõe que se deu a evicção.

Temos portanto de concluir que a modificação foi apenas de forma e não de fundo, e para a explicar temos de recorrer, ou a um equívoco (improvável) do redactor, ou ao propósito deliberado de empregar a expressão «nullum praeiudicium fiat» num sentido diverso do originário, que neste caso poderia ser: «que o comprador seja indemnizado», ou, mais provavelmente, «que o comprador não sofra pena alguma» ⁽¹⁾.

A *Lex Visigothorum*, como já anteriormente o Código Euríciano (c. 280), também se refere ao caso de a coisa confiada ser furtada ao seu detentor, e nesse caso apenas figura (V, 5, 3) a acção d'este último contra o ladrão. Poderá talvez daqui inferir-se que o proprietário nenhuma acção tinha contra o ladrão, mas sim apenas contra a pessoa a quem confiara a coisa. Todavia, não nos parece que este argumento indirecto deva prevalecer contra a regra fundamental do liv. V, 4, 8, e do Cod. Eur. c. 289.

Nestes textos, que são os fundamentais, se baseia a opinião, geralmente seguida, de que

(1) Contra: OHTLIEB (citado por JOBBÉ-DUVAL), DAHM, BETHMANN-HOLWEG.

(1) ISIDORO DE SEVILHA, *Chron. Min.*, II, 288, c. 51.

as leis visigóticas, influenciadas desde cedo pelo direito romano, concedem sempre ao proprietário uma acção *absoluta* para reaver as suas coisas — opinião que se nos afigura, com efeito, a preferível (1).

*

O facto, bem conhecido dos historiadores do direito peninsular, da existência, nas fon-

(1) Resta, é certo, a dúvida se o legislador, embora não tenha feito explicitamente a distinção, teria em mente apenas o caso (mais vulgar) de furto — dúvida tanto mais legítima quanto é certo que:

1.º A lei visigótica apenas organiza o processo de reivindicação (*Anfangsverfahren*) no caso de furto (VII, 2, 8).

2.º Em alguns textos da Reconquista aparecem disposições semelhantes (foros do tipo de Cuenca) (1), cuja interpretação mais aceitável é a de que apenas se presuppõe o caso de furto.

Apesar disto, tendo presente que a lei visigótica se distingue por uma técnica relativamente perfeita e que nela domina o influxo romano (2), adoptamos — não sem reconhecer que o problema é difícil — a solução, mais seguida hoje em dia, de que o proprietário podia sempre reivindicar as suas coisas, no que esta lei se afastava de outras *leges barbarorum*, designadamente da *Lex Salica*, que parece representar a pura doutrina germânica (3).

(1) ZORRA, § 687: «Tod aquel que esta fiadura (de salvo) non recibiere et depues sobre la compra embargado fuere de alguno, pierdala si non diere otor segund el fuero». Corresponde a Cuenca, cap. XXII, rubr. 2, na *Alcázar* rom., 188.

(2) A lei visigótica que temos vindo a analisar inspira-se nas Sent. de PAULO III, 1, 1, e sua interpretação.

(3) Poder-se-ia talvez dizer que as leis V, 4, 6 e VII, 2, 8 representam uma dupla corrente, sendo a primeira fruto da tradição romana e a segunda da germânica.

tes jurídicas dos Estados da Reconquista, de instituições ignoradas da *Lex Visigothorum* ou por ela combatidas — facto que, pelo menos no que respeita a algumas instituições, se explica pela subsistência dum direito visigodo consuetudinário (1) — encontra, a nosso ver, no presente caso mais uma confirmação, tanto mais para notar, quanto é certo que, não sendo (como já observámos) a regra «*mobilia non habent sequelam*» característica comum dos direitos primitivos, se avoluma a probabilidade de que a sua vigência nos estados da Reconquista seja a subsistência duma norma consuetudinária de importação germânica.

Também para o conhecimento da evolução geral do direito privado a existência da sobredita regra, bem caracterizada, no direito dos estados neo-góticos encerra manifesto interesse, pois os textos que a formulam ou pressupõem veem juntar-se àqueles (2) que é de

(1) Éste facto, notado já por PIAL, LABOULAYE, GRIMY, MUÑOZ, HERCULANO, TEÓFILO BRAGA, GAMA BARROS e GIDE, foi, como se sabe, pôsto sobretudo em relêvo por FICKER (*Ueber nähere Verwandtschaft zwischen gotisch-spanischen und norwegisch-isländischen Rechi*, in *Mitteilungen des Instituts für österreichische Geschichtsforschung*, 1886, e *Untersuchungen zur Erbfolge der ostgermanischen Rechi*, INNSBRUCK, 1891-1904), e é hoje correctamente assinalado.

Também é geralmente admitido que «os herdeiros mais imediatos da tradição germânica» são: Leão, Castela e Portugal (HINOJOSA, *El Elemento germánico en el derecho español*, Madrid, 1915, pág. 13), não sendo talvez para desprezar a influência sueva (*ibid.*, pág. 30).

(2) Vide BRISSAUD, pág. 230.

uso invocar para demonstrar a importância no direito medieval da não-reivindicação dos móveis, e conseqüentemente fortalecem uma tese que, apesar de comumente seguida, tem encontrado contraditores.

Parece-nos que o princípio *Hand muss Hand wahren* vigorou largamente durante séculos nos estados de Leão, Castela e Portugal ⁽¹⁾, tendo só desaparecido quando, com o predomínio do direito justinianeu ⁽²⁾, se generalizou a reivindicação de tipo romano, acção puramente civil, aplicável tanto a imóveis como a móveis, quere no caso de furto, quere noutro qualquer.

Textos fundamentais são, a nosso ver, os que, em vários estatutos ou cartas municipais (*fueros*, «foros», «costumes»), se referem à «demanda de haver móvel», que corresponde essencialmente ao chamado *Dritthandverfahren*, mais conhecido na história jurídica por *Anfangsklage* ⁽³⁾.

Essa demanda, na qual o queixoso se dirige contra o detentor da coisa móvel para a

(1) O Sr. GAMA BARROS, abordando de passagem o assunto ao tratar da prescrição (III, pág. 86), também se inclina para esta opinião.

(2) A transição é apreciável no *Fuero Real* (III, 10, 6, 7, 9 e IV, 13, 3, 8, 7).

(3) Noutro artigo assinalaremos as diferenças entre a *Anfangsklage* propriamente dita e a «demanda de haver móvel» dos nossos costumes.

reivindicar, implicava geralmente o facto de a coisa ter sido *furtada* ou *perdida*, hipóteses que andavam assimiladas ⁽¹⁾.

Com efeito, examinando um grande número de foros, vemos que era indispensável que o queixoso jurasse: 1) que perdera a coisa ou lha haviam furtado, ou 2) que não a cedera nem confiara a ninguém ⁽²⁾.

(1) Sobre a assimilação ao furto da apropriação de coisas perdidas — no direito português — vide GAMA BARROS, III, pág. 82 e seg.

(2) SORIA, § 349: «... et iure que aquella cosa sobre que quiere encartar que la perdio por furto...»; 558: «Sj aquel que quiere perdido alguna cosa...»; § 560: «... jurando el demandador por su cabeza que nunca la vendio nin la mal metio nin la enageno». Cf. § 379 (reivindicação de coisas confiadas a um terceiro pelo ladrão). Ed. GALO SANCHEZ (1919).

ALCALÁ DE HENARRES, § 180: «... si iurare que suo es, que no lo vendio ni lo malmetio, si non que lo perdio». § 281 (*idem*). Ed. GALO SANCHEZ (1919).

ZORITA, § 800: «... et el demandador iure... que aquella cosa nunca vendio, nin la dio, nin la enpresto, mas que la perdio por desahentura o por furto...»; «... que muchas otras cosas... la fueron furtadas o tollidas, operdidas...» (Corresponde a Cuenca, esp. XL rubras. 20 e 21, e a Alcázar rom. 572) Ed. URSUA, 1911.

URSUA, § 214: «... iure el otro que demanda que suyo fue et non lo vendio, nin lo dio, nin lo enpresto a ninguno». Cf. § 304. Ed. URSUA e BONILLA, 1907. (Corresponde a Cáceres, 205, Castelo Bom (P. M. H., *Leges*, I, pág. 169), Alfaiates (*ibid.*, pág. 815), Castelo Rodrigo (pág. 876), e Castelo Melhor (pág. 921). Cf. Gravião, *lud.* V, 336.

No *fuero* de Alba de Tormes (§ 24) o queixoso deve fazer manquadra a cada um dos «autores» de que demanda o objecto «por que yelo furtaron o lo perdio e non lo dio nin lo vendio ni lo preste...» (ed. CASTRO e ORIS, 1916), e se tal manquadra não fizer, não lhe respondam.

Em alguns *fueros*, se a compra tinha lugar em *sitio público*, o dono, para a recuperar, tinha de jurar que lha fôra furtada. Cf. as *Costumes* da França meridional e outros monumentos citados por

Se, pelo contrário, emprestara, ou empenhara, ou por qualquer outro título confiara a coisa a alguém ⁽¹⁾, não tinha nenhuma acção absoluta contra terceiros adquirentes ⁽²⁾, ao contrário do que se dava tratando-se de bens de raiz — « herdades » —, porque tais bens em qualquer hipótese podiam ser reivindicados, contanto que a acção fôsse proposta dentro dum ano, que tal era o prazo da prescrição segundo a maioria dos costumes.

*

Incluimos entre estes estatutos os do tipo de Cáceres (Cáceres, Usagre, Cima-Coa). É

BRISLAUD, pág. 230, n. 1 e 234, n. 1. Se a regra fôsse a reivindicacção limitada dos móveis, não haveria razão para se limitar a reivindicacção nesta hipótese ao caso de se tratar de coisas furtadas.

As disposições do *Fuero Viejo* (II, 3, e IV, 2, 4) giram também em torno das duas hipóteses do furto e da perda: é porém de notar que, tratando de compras realizadas em mercados públicos, diz (II, 3, 1): «... e despues vinier algund otro... diciendo, que gelo furtaron, o que lo perdió, o otra raxon alguna».

(1) Convém ter presente que na linguagem medieval era frequente a confusão entre os termos pelos quais se pretendiam designar os diferentes contratos reais — comodato, mútuo, depósito, etc. — e que os próprios conceitos nem sempre eram diferenciados com nitidez. Hajam vista no nosso direito os termos «prestar» e «[en]comendar». Cf., para o direito romano, PERNICE, I, 429 e E. COSTA, 367, nota 6.

(2) SORIA, § 552: «Si el demandado... dixiere que aquella cosa quel demanda que la non perdió por furto... los alcaldes manden lo soltar a las pesquisas, etc.».

certo que, quanto a êles, se poderá objectar ⁽¹⁾ que o juramento do queixoso apenas excluía a doação, a venda e a dação *em penhor* — em vista (dir-se há) da faculdade de alhear que tinha o credor —, e não as várias formas de detenção precária. Parece-nos todavia que a frase referida deve ser interpretada, não *literalmente*, mas sim no sentido de que o autor afirmava não se ter privado *voluntariamente* da coisa. Com efeito:

1) No caso de demanda de bens de raiz não se exigia um juramento semelhante, o qual aliás teria todo o cabimento se com êle apenas se quisesse significar que o queixoso não renunciara à propriedade da coisa ⁽²⁾.

2) Fórmula semelhante — não só nestes mas noutros foros — pronunciava o «autor», isto é, a pessoa chamada à autoria, e é evidente que àquello que o chamara (o réu ou um anterior «autor») tanto servia, para se livrar de responsabilidade, provar que a coisa lhe tinha sido confiada ou emprestada, como demonstrar que lhe fôra transferida ou empenhada.

3) Esta interpretação explica bem a circunstância de nos costumes em questão, à

(1). Vide o *Post-scriptum*.

(2). Vide F. DE USAGRE, § 94.

semelhança do que sucede nos outros da mesma época, não haver referência à usucapião dos móveis (¹).

4) Há exemplos de fórmulas análogas — v. g. no *Liber Papiensis* (²) —, de cujos termos todavia se depreende que o que se pretendeu foi contrapor ao caso de furto os de privação voluntária.

Uma outra objecção, e essa de ordem mais geral, se poderá levantar: a de que no próprio conceito de furto se abrangeria o caso de alguém dispôr de uma coisa que lhe fôra confiada; e em apoio dêste modo de ver poderão invocar-se as numerosas disposições dos foros e costumes que para o efeito da pena assimilam ao ladrão o depositário infiel (³). Todavia,

1) Por um lado, esta assimilação não vai ao ponto de se dar a designação de « furto » ao facto de o depositário se negar a restituir o depósito.

(1) L. ALAS, D. DE BUEN e E. S. RAMOS, *De la Usucapión*, pág. 69.

(2) *Expos. ad Edict. Roth.*, 232, § 7: « quod ipse caballus suus proprius est, nec eum vendidit vel donavit, et justa lege perdere debeat, sed furtive ei abstractus fuerit ». (O comentador desta fórmula insiste sobre a diferença que existe entre o direito romano e a tradição lombarda). Cf. *fueros de ALCALÁ e SORIA* (pág. 97).

(3) GAMA BARROS, III, 318.

2) Por outro lado, muitos dos textos por nós citados opõem o furto ao empréstimo, sendo certo que um conceito lato de furto abrangeria naturalmente o abuso de confiança praticado pelo comodatário.

3) Se o furto abrangesse a venda de coisa alheia, não distinguiria o *fuero* de SORIA — conforme já vamos ver que se dava — a aquisição de boa fé da aquisição de má fé, visto que em ambos os casos o adquirente ficava possuindo uma coisa furtada, a qual, como tal, devia ser restituída ao reivindicante (¹).

4) Se a palavra *furto* tivesse um significado lato, também compreenderia o caso de apropriação de coisa achada; ora êste caso, embora assimilado ao furto para o efeito da reivindicação, é sempre enunciado distintamente.

Finalmente, poderá argumentar-se contra a nossa dedução, dizendo que os textos citados se referem exclusivamente a uma acção especial fundada no furto (ou na perda) da coisa, sem que isso exclua a existência nos outros casos da acção de reivindicação. Mas ainda a esta objecção cremos poder opôr:

(1) E note-se que os termos em que está redigido o § 372 do *fuero* de SORIA mostram que se quis *estender* a reivindicação aos adquirentes de má fé, e não *limitá-la* para proteger os de boa fé.

1) Não só não há nas nossas cartas qualquer menção duma acção de reivindicação intentável em qualquer hipótese ou nos casos de detenção precária, como nem sequer se enuncia o princípio geral de que no caso de alguém dispôr de coisa alheia o proprietário a pode reivindicar. Pelo contrário: o nome da acção — «demanda de haver móvel» —, a fórmula da querela (do tipo: *res mea est*), a analogia com a demanda de bens de raiz, mostram tratar-se da acção apropriada a reaver as coisas móveis nos casos em que era facultado recobrá-las ⁽¹⁾; além de que a índole primitiva dos foros não se coaduna com a existência de duas acções para o mesmo caso ou para casos tão semelhantes.

2) A evolução posterior desta acção mostra que era ela que se destinava a sancionar a propriedade das coisas móveis, visto que, uma vez generalizados os princípios romanos, foi adaptada às funções da reivindicação propriamente dita ⁽²⁾.

3) A acção de reivindicação, segundo o modelo romano, desapareceu por toda a parte

(1) Independentemente da questão de apurar qual o verdadeiro carácter dessa acção, o que tentaremos num ulterior estudo.

(2) *Fuero Real*, IV, 13, 3; *Lei de Afonso III*, de 1273 (P. M. H. *Leges*, XXII, pág. 228 et CXXIII e seg.); *Ord. Afons.*, III, 40 e 41; IV, 59; *Man.* (1514), III, 33 e 34 — *Man.* (1521), III, 30 e 31; e *Philip.* III, 44 e 45.

na Europa medieval, para só voltar a usar-se com a lição dos romanistas e canonistas ⁽¹⁾, mostrando o direito comparado que até essa data foi a *Anfangsklage* o tipo da acção destinada a recobrar as coisas furtadas, quando se encontrava o objecto mas não se podia formular a acusação directa de furto contra o seu detentor.

4) A ser verdadeira a objecção, deveriam as cartas consignar regras sobre a usucapião das coisas móveis, o que segundo já observámos, se não dá.

5) Nos foros que regulam a hipótese de venda em feira ou outro sítio público, apenas se concede indemnização ao evicto no caso de ter adquirido coisa furtada, quando é certo que, se as coisas móveis pudessem ser sempre reivindicadas, a indemnização deveria estender-se aos casos de abuso de confiança.

Se, fundados nestas razões, nos atrevemos a sustentar que no direito português *vigorou*, e porventura *predominou*, a regra «*mobilia*

(1) Vidê os textos citados por BRISSAUD, pág. 230, n. 1, e 234, n. 2; PERTILE, IV, pág. 256, n. 26 e 27; PLANIOL, I, 2464; POLLOCK, II, 176.

non habent sequelam», não queremos com isto significar que esta regra vigorasse *em toda a parte e sem restrições*.

Quando mais não fôsse, conviria não esquecer a vigência da *Lex Visigothorum*.

Mas há ainda outro facto, muito digno de nota: é que a distinção entre os casos de boa e má fé aparece no *fuero* de SORIA (1), e porventura noutros, para o efeito de se facultar a reivindicação só no segundo caso, isto é, na hipótese de o terceiro adquirente ter recebido a coisa sabendo que não pertencia ao alienante. Em tal caso, determina o *fuero* que ambos devem pagá-la com outro tanto do seu valor, além dos frutos e rendimentos.

Parece pois que o princípio «*Hand muss Hand wahren*» só atenuado vigorava nalguns

(1) § 372: «Si alguno comprare dentro hereditat o otra cosa que es agena et non del vendedor, si el comprador lo supiere que es agena et non del vendedor, ambos sean tenidos de pecharla con otra tanta, etc.». Isto mismo sea daquel que la cosa agena dier a camiar, et del que la recibiere sabiendo que es agena et non daquel que la oniere». (Ed. GALO SANCHEZ). Em conformidade com este § se deve entender o § 420, que proíbe empenhar coisa alheia. Não é de estranhar que o facto se observe no *fuero* de SORIA. Este *fuero*, «mais romanizado que outros, e mais completo», parece representar um «momento típico da evolução do direito medieval castelhano», posterior ao sintetizado no *fuero* de CUENCA e anterior ao do *Fuero Real*. A estes caracteres do *fuero* de SORIA se deve, sem dúvida, a preferência que mereceu ao autor do *Fuero Real*, do qual constitui, pode dizer-se, «o núcleo». Vid. GALO SANCHEZ, *Fueros Castellanos*, pág. 256 e seg. O § 687 do *fuero* de ZORITA (que citamos a pág. 94) é ambíguo.

lugares, pois se formara uma corrente intermediária entre a da reivindicação ilimitada, representada pelo *Forum Judicum*, e aquela que julgamos dominante.

Segundo este terceiro sistema, a aquisição de má fé duma coisa alheia, ainda que não furtada nem perdida, era tratada aproximadamente como o furto (1).

P. S. — Este artigo estava havia tempo redigido e pronto para a impressão quando finalmente me chegou às mãos um trabalho que eu ansiava por conhecer, e que é realmente uma obra magnífica com que o autor veio enriquecer a literatura sobre história do direito espanhol e português. Refiro-me ao *Altspanisches Obligationenrecht* do Prof. ERNST MAYER, publicado em 1920-1921 na *Zeit. für vergel. R. Wiss.*

Versa o assunto, como eu já esperava, em três longas notas (2), das quais a primeira é

(1) Entre os §§ do *fuero* de SORIA citados a pág. 97 e o § 372 não há perfeita harmonia, pois que a aquisição de má fé, embora tratada como furto, não é todavia um furto. Não se pode, porém, abstrair da regra expressa do § 372, a qual talvez represente uma formação posterior, imperfeitamente enxertada no sistema foral originário. — Este sistema intermediário, que em geral se diz ter sido desconhecido do direito medieval (BRISSAUD, pág. 221, 234, 236; PLANIOL, I, n.º 2479), é actualmente o sistema da maioria das legislações (não da nossa), enunciado em geral por meio do adágio «en fait de meubles possession vaut titre».

(2) § 1.º, notas 83-85 (vol. XXXVIII, pág. 66 e seg.) O autor volta a occupar-se do assunto quando trata da *Anfangsklage* no § 2.º (pág. 105 e seg.) Cf. ainda o vol. XXXIX, pág. 40.

non habent sequelam», não queremos com isto significar que esta regra vigorasse *em toda a parte e sem restrições*.

Quando mais não fôsse, conviria não esquecer a vigência da *Lex Visigothorum*.

Mas há ainda outro facto, muito digno de nota: é que a distinção entre os casos de boa e má fé aparece no *fuero* de SORIA ⁽¹⁾, e porventura noutros, para o efeito de se facultar a reivindicação só no segundo caso, isto é, na hipótese de o terceiro adquirente ter recebido a coisa sabendo que não pertencia ao alienante. Em tal caso, determina o *fuero* que ambos devem pagá-la com outro tanto do seu valor, além dos frutos e rendimentos.

Parece pois que o princípio «*Hand muss Hand wahren*» só atenuado vigorava nalguns

(1) § 372: «Si alguno comprare dotro heredit o otra cosa que es agena et non del uendedor, si el comprador lo sopiere que es agena et non del uendedor, amos sean tenidos de pecharla con otra tanta, etc... Esto mismo sea daquel que la cosa agena dier a camiar, et del que la recibiere sabiendo que es agena et non daquel que la ouiere». (Ed. GALO SÁNCHEZ). Em conformidade com este § se deve entender o § 420, que proíbe empenhar coisa alheia. Não é de estranhar que o facto se observe no *fuero* de SORIA. Este *fuero*, «mais romanizado que outros, e mais completo», parece representar um «momento típico da evolução do direito medieval castelhano», posterior ao sintetizado no *fuero* de CERNCA e anterior ao do *Fuero Real*. A estes caracteres do *fuero* de SORIA se deve, sem dúvida, a preferência que mereceu ao autor do *Fuero Real*, do qual constitui, pode dizer-se, «o núcleo». - Vide GALO SÁNCHEZ, *Fueros Castellanos*, pág. 258 e seg. O § 687 do *fuero* de ZORITA (que citamos a pág. 94) é ambíguo.

lugares, pois se formara uma corrente intermediária entre a da reivindicação ilimitada, representada pelo *Forum Judicum*, e aquela que julgamos dominante.

Segundo este terceiro sistema, a aquisição *de má fé* duma coisa alheia, ainda que não *furtada* nem *perdida*, era tratada aproximadamente como o furto ⁽¹⁾.

P. S. — Este artigo estava havia tempo redigido e pronto para a impressão quando finalmente me chegou às mãos um trabalho que eu ansiava por conhecer, e que é realmente uma obra magnífica com que o autor veio enriquecer a literatura sobre história do direito espanhol e português. Refiro-me ao *Allspanisches Obligationenrecht* do Prof. ERNST MAYER, publicado em 1920-1921 na *Zeit. für vergl. R. Wiss.*

Versa o assunto, como eu já esperava, em três longas notas ⁽²⁾, das quais a primeira é

(1) Entre os §§ do *fuero* de SORIA citados a pág. 97 e o § 372 não há perfeita harmonia, pois que a aquisição de má fé, embora tratada como furto, não é todavia um furto. Não se pode, porém, abstrair da regra expressa do § 372, a qual talvez represente uma formação posterior, imperfeitamente enxertada no sistema foral originário. - Este sistema intermediário, que em geral se diz ter sido desconhecido do direito medieval (BRISAUD, pág. 221, 231, 236; PLANIOL, I, n.º 2479), é actualmente o sistema da maioria das legislações (não da nossa), enunciado em geral por meio do adágio «en fait de meubles possession vaut titre».

(2) § 1.º, notas 83-85 (vol. XXXVIII, pág. 66 e seg.). O autor volta a ocupar-se do assunto quando trata da *Anfangsklage* no § 2.º (pág. 105 e seg.). Cf. ainda o vol. XXXIX, pág. 40.

consagrada à análise dos textos do direito peninsular.

Dos textos que cita — os quais, à excepção do *fuero* de BRIHUEGA e do de VIGUERA-FUNES (que não pude consultar), eu tinha analisado, juntamente com outros, no meu trabalho — tira o Prof. MAYER conclusão diversa da minha, conclusão que me parece resultar, já da opinião que o autor professa acérea do princípio «*mobilia non habent sequelam*» no direito germânico (considera-o uma formação tardia), já de ter reduzido a sua análise a um pequeno número de «cartas», justamente aquelas (tipo — Cáceres), em que, como eu observara, o princípio aparece formulado com menos clareza.

Dos foros que apresenta, um único o Prof. MAYER considera favorável à tese que êle combate: o de BRIHUEGA, mas êsse mesmo procura explicá-lo por uma forma mais ou menos subtil, dando-lhe interpretações forçadas para o apropriar à sua doutrina ⁽¹⁾. A

(1) Alvitra, por exemplo, o Sr. MAYER que a referência do autor da *Anfangsklage* ao caso do empréstimo — «aquel que demanda hire... que ni lo vendio ni lo presto, ni lo dio ni lo empeño ni lo malmotio» — pode bem querer apenas significar que era preciso ao autor afastar a hipótese de ter emprestado a coisa, porque, se a tivesse emprestado e o prazo do empréstimo ainda não tivesse expirado, era lícito ao comodatário subcomodá-la. Mas é o mesmo Sr. MAYER quem sacrifica a engenhosa teoria, quando explica o silêncio a respeito desta hipótese nos outros foros «weil sie diese Weiterverleihung praktisch als *eines unbeträchtlichen* betrachten». Tal silêncio, de resto, não existe, visto que em numerosas costumes, que o ilústro escritor

verdade é que o *fuero* de BRIHUEGA vem fornecer *mais um elemento* valioso à lista dos textos que eu colecionara em abono da minha tese e que espero não será difícil alargar ⁽¹⁾.

Em compensação, a erudita nota do Prof. MAYER veio demonstrar-me que, excepcionalmente, o princípio da reivindicação mobiliária

não cita (vide a nota 2, pág. 97 deste trabalho), aparece a mesma fórmula — «nem o emprestou».

Permitir-me hei também observar que o *malmotio* do *fuero* de BRIHUEGA não pode significar «perdeu» (verlor), visto que no *fuero* de ALCALÁ se diz em caso idêntico (§ 180): «que no... lo *malmotio* si no que lo *perdio*». *Malmeter* tem por vezes o significado — que o Sr. MAYER também alvitra — de «malbaratar» (vergeuden) e bem assim, provavelmente, o de «deteriorar» (USAGRE, 103). Neste caso, porém, deve corresponder a uma garantia real, sendo talvez o mesmo que «assignare» (pignus ad frugiandum, Nutzungspfand) isto é, entregar uma coisa como garantia duma dívida, ficando o credor com a posse e o usufruto dela. Vide ZORITA, 633 (la raíz que non se malmeta) e cf. os §§ correspondentes dos *fueros* de CUENCA (... nunquam habeat tranzari nec fenerari) e ALCÁZAR rom. (la raíz nunca ade seer trançada, nin lograda en Alcazar). Também em SORIA, § 550 se figura o caso de a coisa ter sido «mal metida» a *alguém*, o que mostra que houve *commendatio*, locação ou dação em garantia, e não perda nem consunção. Cf. ainda as *Ord. Afons.*, I, 63, §§ 28 e 30 e o Dic. de MORAIS, que dá a «malmeter» o sentido de «empenhar, alhear o seu».

Quanto à passagem do *fuero* de SORIA que o Sr. MAYER cita (§ 552), o seu sentido esclarece-se pelo confronto com os §§ 549 e 558. A frase «que de otro alguno recibio pecho della» não tem o sentido que o Sr. MAYER lhe atribui, mas sim o de alegar o réu que o autor já recebeu o valor da coisa, não lhe sendo por isso lícito reclamá-la.

(1) A minha análise não se estendeu a um maior número de estatutos municipais de Leão e Castela, alguns dos quais aliás se acham publicados, por me ter sido impossível até hoje obtê-los.

palavra *couto* pretende-se designar, ora um território imune, ora uma ordenação ou postura, ora uma pena pecuniária, ora uma espécie de baliza, etc.

Julgo poderem agrupar-se as numerosas acepções do vocábulo em torno dos seguintes conceitos fundamentais: 1. Ordenação; 2. Multa; 3. Citação; 4. Apreensão de bens; 5. Protecção; 6. Território; 7. Limite; 8. Marco. O que eu vou tentar no presente ensaio é reconstituir a evolução semântica do termo, mostrando a ordem por que devem ter desabrochado estes diversos significados e explicando as transformações.

Insistirei particularmente naquilo a que poderá chamar-se a infância da palavra, não prolongando em princípio as minhas investigações àquem do século x.

Ao terminar este século já, com efeito, se acham definidas as acepções *essenciais* do vocábulo, e por isso para o historiador da língua, como para o historiador do direito, é sem dúvida o referido período o que maior interesse encerra.

Começarei por me referir à tese original sustentada pelo Prof. E. MAYER, de Würzburg, acerca da etimologia da palavra *couto* e do seu

significado essencial, no importantíssimo trabalho, recentemente publicado, sobre o antigo direito das obrigações nos estados cristãos da Península Hispânica. Foi essa tese que me sugeriu as presentes considerações, e na sua apreciação encontrarei ensejo para, ao mesmo tempo que exponho os motivos da minha discrepância, dizer o que penso sobre o assunto.

Segundo o eminente professor alemão — cujas ideas procurarei resumir com fidelidade, remetendo para o seu artigo o leitor que delas queira ter um conhecimento mais completo —, « a palavra *cautum* remonta a um frequentativo — *cabare*, *capitare* — derivado de *caput*, *cabo*; deve considerar-se como um equivalente de *cabatum* ou *capitatum* e significa a colocação dum *cabo*, isto é, do símbolo da personalidade » (1).

Por outras palavras, as diversas acepções do vocábulo *couto* vão todas filiar-se na dum suposto objecto material, *caput*, que interviria em diversos actos de natureza jurídica, representando simbolicamente a pessoa do príncipe.

Os actos eram vários — citações, arrestos, coutamento de terras ... —, mas o *cabo* figurava sempre, e sempre com a mesma função, com a função de *Leibzeichen*.

(1) *Zeitschrift* cit. xxxviii, (1920), pág. 126.

Eis, em resumo, a teoria do Prof. MAYER, teoria que êle relaciona engenhosamente com a sua doutrina acêrca da investidura (*Einkleidung*) ⁽¹⁾ e que, se me não engano, assenta principalmente sôbre os argumentos seguintes:

1.º — Existência de textos em que a palavra *couto* se refere a um objecto material, a respeito do qual freqüentemente se diz que é «posto» (*ponere, plantare cautos*), que é «lançado», etc.

2.º — Existência de textos nos quais em vez de *cautum, cautare*, aparecem as formas *captum, capture*; não podendo tratar-se duma derivação do verbo *capere*, porque o sentido exclui tal etimologia, devemos — entende o Prof. MAYER — recorrer ao étimo *caput*.

3.º — O facto de a palavra *caput, cabo*, ter nos textos hispano-portugueses o sentido de «pessoa», o que torna possível considerar como um *Leibzeichen* o objecto utilizado no acto de coutar ⁽²⁾.

4.º — A circunstância de se exprimirem actos análogos pelas palavras *racabdar, recab-*

(1) Só através de artigos da *Zeit. für Vergl. Rechtsw.* conheço a teoria do Prof. MAYER acêrca da *Einkleidung*; sei, porém, que ela foi exposta desenvolvadamente no trabalho com que o autor contribuiu para a *Festschrift* de Wach.

(2) Vidê principalmente *Zeit. cit.*, vol. cit., pág. 121-130.

do, (recaudar, recaudo), cujo étimo é *capitare* ⁽¹⁾.

Contra êste modo de ver do Prof. MAYER notarei, sem entrar na apreciação das suas ideas acêrca do simbolismo de certos actos jurídicos, simplesmente o seguinte:

a) — Expressões como «deitar coutos», «pôr coutos», «quebrar coutos», são constantemente empregadas nos antigos documentos da nossa língua em sentido figurado, metafórico, não podendo de forma alguma inferir-se delas que o *couto* fôsse sempre uma coisa corpórea, um sinal. Dizia-se «pôr um couto», «deitar um couto», como se dizia «pôr um decreto» ⁽²⁾, como ainda hoje se diz «lançar um pregão». É certo que o termo *couto* teve, entre outros sentidos, o de marco, baliza, e que *ponere cautum* se refere às vezes à colocação dum dêstes sinais divisórios, mas fora dêsse caso *ponere cautum* tem, como *jacitare cautum, frangere cautum*, significação imaterial.

(1) *Ibidem*, pág. 179-182.

(2) Não me parece necessário citar, tão freqüentes são os casos. Bem significativo o seguinte: «ponimus cautum et decretum» (P. M. H., dipl. n.º 864 do ano 1097). O próprio Prof. MAYER fornece, nas suas notas, alguns exemplos.

b) — *Captum, capture*, no sentido de «couto, coutar», são grafias bárbaras, corruptas e que só esporadicamente aparecem em textos relativamente modernos, por confusão com outros termos, ao lado de formas tais como *caucto, quoto*, etc., não sendo lícito construir sobre elas qualquer teoria etimológica (1). O mesmo creio poder dizer-se do caso único, alegado pelo Prof. MAYER, de três formas paralelas dum mesmo texto (2) em que as formas *capite, cabo* e *couto* se equivalem: a frase latina completa, que ocorre em vários forais, é «in capite suorum terminorum», e facilmente se explica, da parte de quem verteu para romance, a confusão entre «cabo» (fim, termo) (3) e «couto», vocábulo que também significava termo ou limite, mas que nenhuma relação filológica mantinha com *caput*.

c) — O Sr. MAYER não demonstra que existisse relação entre o marco que, com o nome de couto, servia no acto de coutar terras e os objectos usados no simbolismo da citação e da penhora.

(1) Pelo mesmo motivo, e porque nenhuma relação existe normalmente, quanto ao sentido, entre *coular* e *capture*, regeito igualmente a etimologia proposta por CORREIA nos seus *Subsídios*.

(2) P. M. H., *Leges*, I, pág. 394, 434 e 586.

(3) VITERBO, v.º Cabo III.

d) — *Capitare* não devia dar *cautare*, *coular*, mas sim — através de *cabedar, cabdar* — *caudar* (cf. caudal, recaudar), *coudar* (cf. cou-del) ou *cadar* (cf. recado, arrecadar). Como étimo de *cautum* só podemos apelar para uma de três hipóteses: *cautum*, part. de *cavere* (é a doutrina corrente), *captum*, part. de *capere*, e *cautes*, étimo nunca (que eu saiba) aventado.

e) — Os dois termos *coular* (*cautare*) e *recaudar* (de *capitare*) vieram a aproximar-se no decurso da sua evolução, visto o termo «recaudo» designar uma garantia, uma «caução», mas isso não quer dizer que a origem seja a mesma.

Apesar de me não ter rendido aos argumentos do Prof. MAYER, a leitura das suas eruditas páginas obrigou-me a reflectir sobre o assunto, encarando-o sob novos aspectos e hesitando entre vários caminhos.

Cheguei a duvidar do rigor da etimologia consagrada e a conjecturar que a origem do termo *cautum* estaria antes no substantivo latino *cautes* («scopulus, rupes», e também «lapis vel id quod ex lapide factum est» — segundo o *Thesaurus*), ou, pelo menos, que tivesse havido fusão deste étimo com *cautum*, de *cavere*.

Morfologicamente, a palavra *cautes* ⁽¹⁾ teria adoptado, como *pulvis* e *axis*, a forma dos temas em *o*; semânticamente, ter-se-ia passado do sentido de marco para o de território limitado, marcado, à semelhança do que se deu com as palavras *terminus* e *finis* e com o substantivo germânico *mark* ⁽²⁾.

Abandonei, porém, esta idéa — à qual não foi estranha a sugestão de MAYER — principalmente por não encontrar anteriormente ao século XII textos em que a palavra *cautum* possa com segurança atribuir-se o sentido de marco, sendo aliás frequentíssimas as referências a estes objectos, sempre com outros termos (*petras*, *petrones*, *lapides*, *marcos*, etc.) ⁽³⁾.

Acresce que, segundo me observou a Sr.^a D. Carolina Michaëlis, a palavra *cautes*,

(1) Num diploma do ano 1056 (P. M. H., *Dipl. et Ch.*, pág. 243, dipl. n.º 398) parece falar-se numa « vila coles ». Pode bem ser o termo latino *cautes*, que também significava « locus scopulosus ». Cf. num doc. de 824 « locum qui dicitur cotopetrosus ».

(2) Vidê FUSTEL DE COULANGES, *Recherches*, pág. 333. BRUNNER, *Rechtsgeschichte* I, 2.ª ed., pág. 282.

(3) Vidê alguns destes termos — não todos — na obra de ALBERTO SAMPAIO, *As Vilas do norte de Portugal*. Dizemos que o sentido de marco não pode ser atribuído « com segurança » à palavra *cauto* em textos anteriores ao século XII, mas é bastante provável que já fôsse esse o sentido que se lhe atribua em textos anteriores, por exemplo, no diploma de 916 que reproduzo no apêndice. Mesmo, porém, que assim seja, trata-se de marcos destinados a servir de sinal de imunidade e não de quaisquer marcos, explicando-se assim a designação de « coutos ».

como feminina, teria antes evoluído para os temas em *a*.

Posta de parte esta hipótese, e rejeitada, pelos motivos expostos, a do Prof. MAYER, cingo-me à lição tradicional que faz derivar *cautum* do verbo *caveo* ⁽¹⁾. Creio todavia poder esclarecer a história da palavra com algumas reflexões inéditas, colhidas no direito comparado.

O verbo latino *cavere*, cujo sentido primitivo é talvez « olhar », encerra como conceito essencial na linguagem clássica a idea de « prover a » (*prospicere*, *consulere*) ⁽²⁾, idea que se desdobra em duas modalidades semânticas: a significação positiva de *curare* e a negativa de *vilare*. Daqui derivou finalmente o sentido de *statuere*, visto que um *statutum*, uma ordenação, tem por escopo prover — cf. as palavras « providência », « provisão » — aos interesses

(1) Causa-me estranheza a forma demasiado simples por que o Sr. MAYER arreda esta etimologia: « Was heisst aber das Wort *cautum*? Mit *cavere* kann es dem Sinn nach nichts zu tun haben »; nem mais uma palavra!

(2) Da acção « olhar » derivou naturalmente a acção « prover a ». Cf. *spectare*, *prospicere*, *tueri*, « olhar por ». Cf. também o *all. warten* que hoje tem o significado de « cuidar de » e que primitivamente significou « espertar, vigiar » donde o ital. *guardare*.

dum indivíduo ou duma colectividade, *curando* e *vitando*.

Foi este último sentido, muito vulgar especialmente nos textos jurídicos ⁽¹⁾—quer se tratasse de *leges*, *edicta*, *constitutiones*, etc., quer de convenções privadas ou testamentos—, que originou o emprêgo dos termos *cautio* e *cautum* no sentido de *lex*, *regula*, *praeceptum* ⁽²⁾. *Cautum*, particípio passado do verbo *cavere* tornado substantivo, é « o estatuído », o « disposto », à semelhança de *decretum*, *praeceptum*, *statutum*, etc., e com este sentido aparece, bem como o plural *cauta*, em alguns textos da literatura post-clássica, ora acompanhado do genitivo *legis*, *legum*, ora (mais raramente) sem este determinativo ⁽³⁾.

Na literatura da época visigótica nada encontrei digno de nota. Tanto o *Breviarium* como o *Codex Euricianus* e o *Liber Iudicum* empregam o verbo *cavere*, o particípio *cautus*, o substantivo *cautio* nas mesmas acepções que já tinham.

Nem nestas leis, nem noutros textos de

(1) Vidê o *Thesaurus linguae latinae* e o *Vocabularium juris prudentiae romanae*. Vidê também DIRKEN, *Manuale latinitatis fontium iuris civilis romani*.

(2) *Cautio* equivale também por vezes a « securitas legibus data ».

(3) Podem ver-se os textos recolhidos no *Thesaurus*. Também aparece a forma *cautus*, us (toma em u).

carácter jurídico, incluindo a literatura canónica, nem nos escritores da época, encontrei o substantivo *cautum* (ou *cautus*), apesar de ter realizado nesse sentido cuidadosas pesquisas, conforme requeria a importância do assunto ⁽¹⁾.

Não quer isto, porém, dizer que o vocábulo se não usasse. Pelo contrário: a circunstância de nos aparecer já em diplomas da primeira metade do século IX convence de que seria empregado anteriormente, porventura já no período visigótico, uma vez conhecido o seu uso em escritores coetâneos extra-peninsulares e sabendo-se que dessa quadra da história da Espanha nos não restam infelizmente diplomas, seguindo-se-lhe imediatamente um período longo, em que também não abundam.

É com efeito em documentos do século IX que volta a deparar-se-nos o termo *cautum* (*cautus*, *cotum*), umas vezes com o significado que já tinha nos textos post-clássicos a que fiz referência—significado que reputo fundamental ⁽²⁾—, outras vezes em acepções diversas, novas, que passo a indicar.

(1) Os termos usados na época visigótica são *iustus*, *praeceptio*, *allogium*, etc.; vidê DARN, *Könige der Germanen*, VI, pág. 503 e segs.

(2) Por exemplo num doc. do ano 844 (*Exp. Sup.* xxvi, pág. 447): « firmiter noster *cautus* permaneat ».

Com uma destas novas acepções nos aparece logo o vocábulo *cautum* nos mais antigos diplomas do meu conhecimento em que esta palavra figura: o tantas vezes citado diploma do ano 804 (era de 842), pelo qual o rei Afonso II privilegia a igreja de S. Maria de Vallesposita, e uma escritura do mesmo dia referente à mesma igreja ⁽¹⁾.

Em qualquer dos dois documentos se lê na essência o seguinte: «si quis vero contemptor fuerit, etc., in primis... (seguem-se as costumadas imprecações, após o que se acrescenta): et in *cautum* damni saecularis Regi et Episcopo auri libras mille persolvat».

Na cláusula final, que a partir desta data se repete com grande frequência ⁽²⁾, a palavra *cautum*, na frase «pagar in *cautum* (em couto)», tem o sentido de multa, quantia que deve ser paga a título de penalidade pela infracção dum preceito da autoridade ou dum acôrdo privado.

(1) *Exp. Sag.* xxvi, pág. 442 e 444.

(2) Vidê vários exemplos em DUCANOS, v.º *Cautum*, III, (onde sem razão se atribue à palavra *cautum* o sentido de «fisco») e em MUÑOZ Y RIVERO, *Noções de diplom. española*, pág. 117. Não encontrei a palavra em fórmulas cominatórias de documentos extra-peninsulares.

O nexó semântico entre êste uso da palavra *cautum* e o que do mesmo termo se fazia nos textos latinos a que aludi e — como também já observei — em diplomas do século IX torna-se visível se nos lembrarmos de que também a palavra *bann* (*bannum* ou *bannus*, *bandum*) significava no direito germânico tanto a ordenação do chefe — *Gebot* ou *Verbot*, *edictum* ou *interdictum* — como a multa devida pela sua violação ⁽¹⁾.

O paralelo com o vocábulo *bann* esclarece por igual a passagem para uma outra acepção de *cautum*.

Assim como de *bann* derivou *bannire* com o sentido de chamar solenemente, e em especial chamar a juízo, *vocare in ius*, citar, porque a citação se fundava no *Banngewalt*, assim também o verbo *incautare* (encolar, acotar) e as expressões «pôr couto» ou «pôr encouto»

(1) A aproximação que faço entre o *cautum* peninsular e o *bannum* germânico é justificada por êste passo dos *Capitularia* (361, n. 805): «... de quibus [capitula] omnes admonere atque omnes ex Dei banno et nostro cavere praecipimus», e sobretudo por uma passagem do fuero de Lérida, na qual só reparar depois de concluído êste estudo, ao reler o *Westgothen-Recht* de Helmerich (pág. 417): «postquam de concilio communi cotas sive bannos ponere, minuire vel augere». Este fuero foi publicado por VILANURVA, no *Viaje literário* v. XVI. É curioso verificar como esta designação duplica nos surge justamente na Catalunha, portanto numa região intermédia entre a área filológica do *cautum* e a do *bannum*. É também digno de nota como a palavra *Acht* significa a um tempo «proscrição, banimento» e «atenções, cuidados». Cf. o que a respeito das palavras *mund* e *oferhyrnes* observa BRUNNER, II, 35.

se empregavam freqüentemente para significar a citação, como sinónimo de «testar», «empresar», etc.; e, posto isto, não há que estranhar, dadas as bem conhecidas afinidades entre o acto da citação e o do arresto ou embargo dos bens do demandado ⁽¹⁾, o emprêgo dos mesmos termos no sentido de embargar, penhorar (*pignorare*, *emparare*, etc.), e bem assim no de confiscar. Os verbos *testare* e *testificare* também eram usados nestas acepções.

Nestes dois sentidos não encontro o vocabulo em textos anteriores aos *fueros* e costumes do século XII, mas é natural que a palavra já muito antes tivesse estas acepções, não sendo de admirar, visto não haver anteriormente a essa data estatutos municipais desenvolvidos, a ausência do termo com os referidos significados.

*

É ainda partindo da acepção fundamental *cautum*—*edictum*, *statutum*, que me parece chegar-se ao sentido de território imune e, através dêle, ao de qualquer território.

Já no século IX as palavras *cautum* e *cotum* aparecem em mais dum diploma com a acepção

de lugar imune ou defeso, e logo em princípios do século X os verbos *cautare* e *incautare* são empregados para significar o acto de imunizar.

O facto é em geral explicado por uma forma um tanto simplista, opinando-se que o nome de *couto* era dado ao território privilegiado por êle estar defendido, protegido, acautelado, ideas encerradas no verbo *cavere*.

Esta idea é, no fundo, verdadeira, mas necessita de ser precisada, pois as coisas não se devem ter passado com tanta simplicidade, e para êsse fim mais uma vez convém recorrer ao paralelo tão elucidativo com o *bannus* do direito germânico.

É uma noção familiar aos cultores da história jurídica que a função essencial do príncipe era a protecção (*tuitio*, *defensio*, *Schutz*); nada por isso mais natural do que a palavra que designava a ordenação régia envolver—e isso se dava, com efeito, tanto com a palavra *cautum* como com o termo *bann*—uma idea de protecção ⁽¹⁾, isto independentemente mesmo da etimologia do termo. Mas além desta protecção de carácter geral havia, como é sabido, casos de protecção especial, casos

(1) HERCULANO, *História*; HINOJOSA, *El elem. germanico*; MAYER, *Zeit. cit.*, *passim*.

(1) A ligação entre a idea de proibir e a de proteger revela-se em termos como o port. *defender* (antiquado) e o fr. *défendre*. Cf. ainda hoje o port. *defeso*.

em que se criava em favor de certas pessoas, coisas ou lugares uma situação privilegiada, um estado de segurança, de « paz » (*pax, Frieden*), sendo exemplos bem conhecidos de protecção de lugares a chamada « paz da feira » (*Marktfrieden*), a « imunidade » — no sentido técnico que a este termo se liga na história jurídica —, etc.

Pois bem. O mesmo termo designa muitas vezes simultaneamente a ordenação que cria a situação especial de segurança e a própria segurança, o que nada tem de extraordinário e está dentro das leis da psicologia da linguagem. É a mesma razão profunda que faz que em muitas línguas ainda hoje se designe pela mesma palavra (v. g. *direito, Recht*) tanto o direito objectivo (ingl. *law*) como o subjectivo (ingl. *right*), confusão que é hoje apenas formal, verbal, mas que começou por ser real, conceitual ⁽¹⁾.

O facto dá-se com a palavra *bann* e com os correspondentes termos latinos *verbum, sermo*, os quais designam a um tempo o edicto régio (*Gebot*) e a « paz » (*Frieden*) que nele se funda ⁽²⁾.

(1) Vidê as agudas observações de GIERKE, *Das deut. Genossenschaftsrecht*, II, pág. 126 segs. e 462 segs.

(2) Vidê BRUNNER *Deut. Rechtsg.*, I (2.^a ed.), pág. 201; SCHROEDER, *Lehrbuch*, 6.^a ed., pág. 122; FLACH, *Origines*, passim, sign. III, pág. 325 e 341. Para designar a *Dingheyung*, a consagração solene do *thing*, dizia-se « *Bann und Frieden* ».

O mesmo, talvez em mais larga medida, se deu com o *cautum* peninsular. Entre as cartas do soberano avultavam justamente aquelas a que os alemães chamam *Schutz* — ou *Friedensgebot* ⁽¹⁾.

É assim que um doc. do ano 891 ⁽²⁾ diz: « *ponimus cotum per terminis, etc. . . ut nullus imperium nec potestas. . .* (segue-se a fórmula da imunidade) ». Da acepção de « acto pelo qual se privilegiava » se passou insensivelmente para o de « estado de privilégio, de segurança, de imunidade » ⁽³⁾, modalidade semântica de que é particularmente comprovativo um documento do ano 916, no qual se emprega a frase « *cautum et libertatem* » ⁽⁴⁾.

Daqui o sentido mais usual do verbo *cou-*

(1) *Ponere cautum* é empregado em diplomas do séc. XIII em relação à « paz da feira » (*Marktfrieden*). Vidê J. P. RIBEIRO, *Dies. Chron.*, vol. III, parte 2.^a, pág. 74 e GABRIEL PEREIRA, *Docs. de Noora*, pág. 25.

(2) *Esp. Sag.*, vol. XXXVII, pág. 339.

(3) Cf. a palavra *forum*, que tanto designava a « norma » como a « faculdade ». A frase « *cautos e foros* » aparece às vezes, por exemplo, num doc. de 1183 (*Esp. Sag.*, XVIII, pág. 363): *forum et cautum*, e nos costumes do Teruel, cap. 562: *cautos vel foros*. A mesma confusão entre o aspecto objectivo e subjectivo do direito se dá com o termo *privilegio* e outros.

(4) *Esp. Sag.*, XIX, pág. 354. Um outro sentido aparentado com este, o de força, autoridade dum preceito, devemos atribuir ao termo *cotum* num dip. de 867 (MURUZ, *Col. de fueros*, pág. 23), onde a frase « *roborem et cotum* » (aplicada a concessões de privilégios) equivale absolutamente à fórmula « *roborem et firmitatem* » frequente em textos deste período.

tar, que vem a ser: criar, por meio dum «couto-ordenação», a situação de «couto-paz», sentido certamente facilitado pela idea de protecção encerrada na palavra *cautum* por virtude da sua derivação de *cavere*.

Um passo ainda e o termo *couto* aplicar-se há, por um processo de derivação semântica bem conhecido ⁽¹⁾, ao próprio território protegido ou coutado: de *cautum* derivou *cautare* e de *cautare* um novo *cautum* com a significação de lugar coutado.

Um paralelo luminoso fornecem-no-lo textos extra-peninsulares nos quais se empregam as expressões «*bannire*» ⁽²⁾, «*mittere in bannum*», para significar a privilegiação de territórios, v. g. de matas, proclamada por meio de bando real ⁽³⁾, e, como consequência, o termo *bandita* (em documentos italianos) como equivalente de «*silva bannita*» (*guardata*,

(1) Cf. o que escreve BRÉAL, *Essai de Sémantique*, pág. 149, a respeito do termo *truncus*: «En latin, *truncus* désigne un tronc d'arbre... De *truncus*, tronc d'arbre, est venu *truncare*, «couper, életter un arbre». C'est ce *truncare* qui a produit l'adjectif *truncus* (mutilé, incomplet), lequel n'a avec le précédent qu'une parenté déjà plus éloignée». É o que BRÉAL chama um caso de «polissemia indirecta ou do segundo grau».

(2) E também *visare*, do al. medieval *milze*, que significava «pena, castigo». Daqui deriva o napolitano *nizza* (ou *guizzo*), que quer dizer «lugar defeso, coutado». (PERTILE, IV, pág. 352, n. 211 e pág. 402, nota 41).

(3) WARTZ, *Verfassungsgeschichte*, IV, pág. 109. PERTILE, IV, pág. 352 n. 211 e pág. 402, n. 40.

defensa...) ⁽¹⁾, correspondendo perfeitamente à palavra portuguesa *coutada* (all. *Bannwald*) ⁽²⁾.

*

É também da idea de «couto-ordenação» que deriva uma nova acepção: a de limite, termo. Com efeito, o acto de coutamento continha, como já vimos, a indicação, muitas vezes bem pormenorizada, dos limites da terra imunizada, sendo freqüente a frase «*cautamus... per terminis*». Daí naturalmente passou a palavra «coutos» a designar os próprios limites, a ser um sinónimo do termo. Um documento de 1090 diz: «*infra terminos... et cautos*» ⁽³⁾.

Por sua vez, como a palavra latina *terminus*, o vocábulo «couto» veio a significar (embora por uma derivação oposta) o marco ou baliza que servia de termo, de limite, acepção esta à qual já mais duma vez aludí e com a qual a palavra *couto* aparece em numerosos

(1) PERTILE, vol. IV, pág. 402, nota 41.

(2) Sobre *coutadas*: GAMA BARROSA, vol. IV; Cf. o termo português *defesa*, donde *devesa*.

(3) LOPEZ FERREIRO, *Hist. de Santiago*, vol. III; Apêndices, pág. 32. *Bann* se chama ainda hoje na Alsácia o alfoz duma povoação (*Flach*, II, 93, nota 5).

documentos ⁽¹⁾, umas vezes como sinónimo de «padrão», outras vezes como coisa distinta, sem que aliás se saiba bem em que consistia a distinção.

A privilegição dum lugar, envolvendo a proibição de acesso a êle, anda constantemente ligada na história jurídica a uma manifestação visível, simbólica, a uma vedação feita por meio de balizas, montículos de pedras ou de terra, árvores, etc. Já a imunização do *thing* germânico, que parece ter sido a mais antiga aplicação do *bann*, era acompanhada duma solenidade religiosa, *hegung*, que tirava o seu nome do facto da colocação de estacas em redor do recinto consagrado ⁽²⁾. A própria filologia nos mostra o parentesco estreito dos dois conceitos em termos como o português «vedar», que a um tempo significa «encerrar» e «proibir», como o alemão *hegen*, que tem as duas acepções de «vedar» e «proteger».

(1) Vidê DUCANGE, v.º Cautum 2 (onde se citam exemplos embora se não indique este sentido); VITRERO, v.º Couto II e III; AMARAL, nas Mem. da Acad. vol. VII, pág. 118, MAYER, Oblig. Recht. loc. cit.; GAMA BARROS, vol. III, pág. 873 segs. Com o mesmo sentido figura também a palavra nos costumes do tipo de Usagre-Cáceres. São dignas de nota, como formas de transição, as expressões «petra canti» (doc. 1117, Diss. Chron., I, pág. 244), «lapia canti» (doc. 1198, Mon. Lus.).

(2) Vidê BRUNNER, I, loc. cit. Muitos exemplos de vedação de recintos defesos em GRIMM, Rechtsaltertümer.

Sendo, pois, fora de dúvida que a imunização de terras era também na Península acompanhada, entre outras solenidades simbólicas, da plantação de marcos (padrões, coutos) ⁽¹⁾, não devemos estranhar que a palavra *couto* se empregasse para designar os próprios marcos que autenticavam o coutamento e, dum modo geral, quaisquer marcos colocados em torno dum recinto defeso.

Parece-me indubitável que só mais tarde o vocábulo *couto*, que a princípio apenas devia designar territórios coutados, se alargou, passando a aplicar-se a outros territórios ⁽²⁾, transformação semelhante à do termo latino *praedium*, que, designando inicialmente só o prédio que servia de caução (* *prae-vidium*, de *prae* e *vadium*), veio depois a abranger todo e qualquer prédio, tornando-se sinónimo de *fundus*.

1) Vidê sobretudo GAMA BARROS, I e III, loc. cit. Cf. MAYER.
2) Cf. GAMA BARROS II, pág. 105 e III 879.

APÊNDICE

Extractos de documentos dos séculos IX e X

- Ano 804 — Privilégio do rei Afonso II em favor da Igreja de S. Maria de Valpuesta: «Si quis vero ex successoribus Regum, Comitum, aut quilibet homo de quavis persona, contemptor fuerit, et contra hoc vostrum factum vel in modicum quadrantem improbus steterit, aut disrumpere conaverit; in primis iram Dei non effugiat, et extraneus maneat a catholica fide... Et in *cautum* damni saecularis Regi, et Episcopo auri libras mille persolvat, et hoc quod exquisierit dupliciter restituat». (*Esp. Sag.*, XXVI, pág. 443).
- Ano 804 — Escritura do bispo João referente à mesma Igreja: «... et in *cautum* damni saecularis Regi et Episcopo auri libras mille, et obulum auri puri auriculari digito ponderatum persolvat». (*Esp. Sag.*, XXVI, pág. 445).
- Ano 824 — Foral de Brañosera: «et damus vobis terminos, id est, ad locum qui dicitur *Cotopetroso*, et per illum villare, et per illos planos, et per illam civitatem antiquam, et per illum pradium Porquerum, et per illas Cobas Regis, et per illa Penna robra, et per illa foce via qua discurrunt Asturianos, et Corneconos, et per illum fixum petrizum, qui est in valle Verezoso, et per illum *cotum* medianum, ...» (Muñoz y Romero, *Col. de fueros*, pág. 16).
- Ano 841 — Doação do rei Afonso II à Sé de Lugo: «In.

primis est illud Castrum antiquum vocitatum S. Christina, quod abstuli a Sarracenis, cum Ecclesia in eodem fundata inter territorio Lemabus, et Sarriae, sub Urbe Lucensi per suis terminis antiquis, id est... Totum, et integrum vobis dono, et concedo, tam cultum, terras, montes, sylvas, pumares, aquas, veygas, molendinorum vessiones cum suo *cauto*, sine omnia calumnie Regiae vocis...»; «Concedo et dono pro animae meae remedio ad ipsam sedem lucensem aliud Monasterium S. Stephani, et sanctorum Petri et Pauli... Totum, et integrum vobis, gloriosa Virgo Maria, restituo, concedo, atque condono quidquid infra istos continetur terminos, tam cultum quam incultum, montes, valles, terras, sylvas, aquas, villares cultos, et incultos, tam et ipsos villares de Cervaria, quam, et caeteros totius Vallis Atanae; quos ex nostra familia populamus, nominibus Maure, Malelo, Sagato, Rairicho, Froylano, Salamiro, cum filiis et uxoribus suis, ut habeant, et possideant habitantes in lucensi Ecclesia S. Mariae jure perpetuo, cum Ecclesia Sancti Joannis de Parata cum hominibus ibi habitantes, ... sine omni calumnia Regiae vocis, et sine omni servitio, et censu Fisci Regis, vobis eos condonamus, ut nullam nobis reddant censuram, seu servitium ab hodierno die; sed sint liberi, et absoluti a parte Regis homines in eodem commorantes *cauto*...» (*Esp. Sag.*, XL, pág. 375 e 376).

- Ano 844 — Doação do bispo Fredulpho à Igreja de Valpuesta: «... firmiter noster *caulus* permaneat, etc.» (*Esp. Sag.*, XXVI, pág. 447).

Ano 857 — Doação de Ordonho I a Sé de S. Salvador de Oviedo: «Et mandamus ut omnes concessiones, quas a qualicumque persone ingenue concessae fuerint usque in finem mundi Ovetensi Ecclesiae, talem roborem, et *cotum* habeant, quales habent et nostrae concessiones...» (*Esp. Sag.*, XXXVII, pág. 328; MUÑOZ, *Col. de fueros*, pág. 23).

Ano 891 — Doação de Afonso III ao mosteiro dos Santos Adrião e Natalia: «Ponimus *cotum* per terminis, id est, ... testamus et confirmamus, ut nullus imperium nec potestas, nec aliquis homo infra istis terminis pro nulla calumnia, neque pro homicidio, neque pro pignore, neque pro ullo imperio non intret infra ipsos terminos de illo *coto*...» (*Esp. Sag.*, XXXVII, pág. 339).

Ano 897 — Confirmação de Afonso III em favor da Sé de Lugo: «deinde confirmamus *cantos*, quos posuerunt patres nostri Reges...»; «... Ecclesiam S. Joannis de Parata, cum *canto*, et villa, et familia»; «Hae vero Ecclesiae, villae, et quae in ipso *canto* sunt Regiae familiae, sunt confirmatae lucensi Ecclesiae pro nostrarum animarum redemptione»; «... Villam de Eredi cum *canto*, et familia»; «Ecclesiam S. Marinae de Lamela cum *canto*, et familia»; «... Ecclesiam S. Christine cum Ecclesiis, villis atque familiis, et *canto*...» (*Esp. Sag.*, XL, pág. 385, 387 e 388).

Ano 912 — Carta do rei Ordonho II: «In primis confirmamus vobis, ut dixi, totum illud Monasterium... et cum sua concorrentia, et cum suo *canto* in circuito ipsius concorrentiae...»; «et est ipsa Ecclesia *cautata*...»

«Et sunt ipsae Ecclesiae *cautatae* in toto gyro per petras erectas, et scriptas...» «et est ipsa Ecclesia *cautata* per petras erectas...»; «villa de Antas, *cautata* per petras erectas...»; et insulam de Cortegata integra, *cautata* cum sua Ecclesia»; «villa de Gañon integra *cautata* per circuitum per petras erectas»; «simili ter damus vobis ipsam cortem de villa Patrono *cautam*, cum suis domibus et aedificiis...» (Aguirre, *Col. Conciliorum*, IV, pág. 370).

Ano 915 — Confirmação de Ordonho II em favor da Sé de Lugo: «et alias villas territorio Bracharensi, et Ecclesias, quae sunt inter *canto* et Lima...» (*Esp. Sag.*, XL, pág. 397).

Ano 916 (aproximadamente) — Doação de Ordonho II ao mosteiro de S. Salvador de Lerez: «damus, atque concedimus, tibi Abbati Gundato, et successoribus tuis, qui in Monasterio Sancti Salvatoris post te futuri sunt, et fratribus tuis praesentibus et futuris, *cautum*, et libertatem, et solutionem, tam de omni parte nostra Regia, quam etiam de omni parte et voce Episcopali in Sede Iriensi, et loco Apostolico. Et ipsum Monasterium Sancti Salvatoris, in loco qui vocatur Spinareto, circa fluvium quem vocitant Lerez, *cautam*us et absolvimus ab omni debito, et fisco Regali, et Episcopali in perpetuum...»; «In primis ponimus *cautum* per Portum de Elva, et inde... auctoritate nostra firmamus istos *cantos*; et quidquid inter ipsos continetur *cautam*us et confirmamus cum omnibus hereditatibus, et praediis et possessionibus suis ubique fuerint; et... in perpetuum maneanť liberi et absoluti ab

omni debito Regis, seu Episcoporum...; ... quantum ibi habeo in ipso *cauto* totum do et concedo ad ipsum Monasterium...; Haec omnia concedimus, firmamus, et *cautamur*...; ... firmiter maneat *cautum* et defensum... (Esp. Sag., XIX, pág. 354-356).

Ano 919 — Privilégio de Fernan González, conde de Castela, em favor do Mosteiro de S. Sebastião de Silos: ... quisquis, quod absit, ad dirumpendum venerit istos terminos, quomodo pargiet ad parte Comite quinque libre auree in *cauto*. (Férotin, *Recueil de Chartes de l'abbaye de Silos*, pág. 3).

Ano 934 — Outro privilégio de Fernan González em favor do mosteiro de S. Emilliano: Quod qui neglexerit... in *cauto* LX solidos ad comitis partem reddat... (Aguirre, IV, pág. 377).

Ano 941 — Doação do mesmo conde Fernan González ao mosteiro de Cardeña: Si quis vero, quod absit, ... ad dirumpendum hoc factum venerit... a parte Comitis conferat in *cauto* auri solidos D. (Muñoz, *Col. de fueros*, pág. 25).

Ano 946 — Privilégio do rei Ramiro em favor do mosteiro de S. Maria de Tablatello: *Cautamus* etiam jam supradictum Monasterium per terminos supranominatos, ut nullus potens, vel impotens pro nulla calumnia, pro parva sive pro magna, sit ausus deinceps infra ipsos terminos pignoraré, vel aliquid violenter facere... (Esp. Sag., XVI, pág. 439).

Ano 969 — Fundação do mosteiro de S. Salvador de Laurenzana: ... *cautum* quod Rex D. Ordonius

fecit per terminis suis...; ... Tali tenore Rex D. Ordonius tribuit isti *cautum* (Esp. Sag., XVIII, pág. 335).

Ano 972 — ... et a parte Regis reddat 38. libras ex purissimo auro in *cautis*... (Yepez, *Cr. de S. Bento*; Ducange, v.º *Cautum* 3).

Ano 979 — Doação à abadia de Silos: ... et in *cauto* a parte Comitís tres libras aureas exsolvat. (Férotin, pág. 7).

Ano 998 — Doação do rei Bermudo II ao bispo Scemeno: *Cautamus* etiam ipsum Monasterium per suis terminis, et loca antiqua... Mandamus et auctorizamus, ut nullus potens, vel impotens pro nulla calumnia, etc... (Esp. Sag., XVI, pág. 446).

Cronicon Iriense (Esp. Sag., XX, pág. 601): ... *cautum* ei fecit per Sioniam, et per Lestetum et per villam Astructi et inde in Tamara.

Como se sustentaram os direitos de Portugal sobre as Canárias ⁽¹⁾

O respeito, real ou formal — muitas vezes apenas formal —, pelo direito é característico da Idade Média. Ninguém ignora o papel de primeira importância que nessa quadra da história desempenharam os legistas e o prestígio de que gosava a jurisprudência, somente comparável ao da *regina scientiarum*, a sacra teologia. Havia um cuidado muito particular em dar às pretensões uma base jurídica, e até na freqüência com que se recorria, na falta de razões verdadeiras, à falsificação de documentos, se manifesta dum modo curioso a consideração em que era tido o direito. Talvez na essência tenha sido uma época de arbítrio;

(1) Reprodução corrigida duma comunicação apresentada ao Congresso Científico Luso-Espanhol de 1921.

mas nunca o arbítrio timbrou tanto em se revestir das formas da legalidade...

As origens da nossa expansão marítima são uma manifestação eloquente d'este facto, porquanto desde os seus inícios se revela a preocupação, por parte dos nossos monarcas, de justificar o nosso domínio colonial, de defender com as leis na mão os nossos direitos.

O mais antigo documento em que se alegam, por parte de Portugal, razões jurídicas tendentes a demonstrar os nossos direitos sobre territórios situados fora do continente europeu é a célebre carta de 12 de fevereiro de 1345, que contém, a respeito das Ilhas Canárias, a resposta de Afonso IV ao papa Clemente VI, da qual existe uma cópia no *Arquivo Secreto do Vaticano* ⁽¹⁾, e que já foi mais duma vez publicada ⁽²⁾, dando lugar a grandes discussões ⁽³⁾.

(1) Livro n.º 138, ffs. 148 e 149.

(2) Foi publicada pela primeira vez por REINALDO nos *Anais Eclesiásticos*. Voltou a sê-lo por COSTA MACEDO, *Mem. da Acad. Real das Sciências*, T. IV, 1819. P. I, pág. 1, (cf. XI, part. 2.ª, 1835); por EUGÊNIO DO CANTO, Ed. da Imp. Nacional de Lisboa, 1910; e finalmente, em facsimile, por FAUSTINO DA FONSECA, *Anais das Bibl. e Arquivos*, II, 1916, p. 57.

(3) Vidê sobretudo AYRES DE SÁ, *Fr. Gonçalo Velho*, vol. II e *Comentários*, New-York—Paris, 1914, e JOÃO DA ROCHA, *A lenda infantida*, Lisboa, 1916, que negaram a autenticidade da carta; e, além de MACEDO, FAUSTINO DA FONSECA, art. cit., e o Sr. JORDÃO

Suponho que a carta é autêntica e que o seu conteúdo é, quanto ao facto da expedição, a expressão da verdade, mas, quando isso mesmo se não dê, não deixa de ser *para o meu ponto de vista* um documento precioso, como expressão das idéas jurídicas da época.

É conhecida a história d'este curiosíssimo documento, o qual se prende directamente com a concessão em feudo, feita em 1344 ⁽¹⁾ pelo papa Clemente VI ao afamado D. Luís de la Cerda, bisneto de Afonso *O Sábio*, das Ilhas Canárias, então conhecidas pelo nome de Afortunadas. Em dezembro d'esse ano escreveu o pontifice aos reis de Aragão, Castela e Portugal, e bem assim aos reis de França, ao Delfim, aos reis da Sicília e ao doge de Génova, pedindo-lhes protecção e auxílio para D. Luís de la Cerda, a quem acabava de

DE FREITAS, *Diário de Notícias* de 16 de Julho de 1917, que a affirmaram. A opinião, emitida pelo Sr. ANTONIO BAIÃO, de que a letra é efectivamente da data que se atribui à carta, foi corroborada pelo secretário do Arquivo Secreto do Vaticano, que declarou ter sido a cópia em questão intercalada no volume das cartas de Clemente VI ainda em vida d'este pontifice, devendo ter sido extraída do original. Em face das informações do Sr. JORDÃO DE FREITAS, JOÃO DA ROCHA modificou a sua opinião (*Aurora do Lima*, 22 maio de 1917); o Sr. AYRES DE SÁ, porém, continua a negar a autenticidade do famoso documento. (Prefácio aos «Estudos de Cartografia Antiga» do Sr. VISCONDE DE SANTAREM, s. d., 1919).

(1) As cartas do papa a que se faz referência no texto são de dezembro de 1344 e dão a Investidura como acabada de realizar.

dar a investidura no principado daquelas ilhas (').

O documento em questão é a resposta do nosso rei D. Afonso IV ao pontífice, e a sua cópia—arquivada, como disse, no Vaticano—encontra-se ao lado da da resposta do rei de Castela, Afonso XI. Tanto êste monarca como o português afirmam ter direito às Ilhas Canárias, embora acatem respeitosamente a concessão pontificia.

Acêrca desta concessão, convém observar que a atribuição pontificia de ilhas era um facto de que não faltavam exemplos e para o qual os papas apresentavam razões justificativas. Dalgumas destas concessões tem sido negada a autenticidade: tais as de 1016 e 1049 invocadas pelos Pisanos para legitimar as suas pretensões sobre a Sardenha.

Mas, sem falar destas, já nos fins do séc. XI (em 1091) o papa Urbano II concedia a ilha da Córsega ao bispo de Pisa, e no séc. XII Henrique II de Inglaterra obtinha de Adriano IV a bula *Laudabiliter* (1156?), pela qual o papa, como senhor de todas as ilhas, lhe concedia a Irlanda,

(1) Foram enviadas de Roma e creio que estão arquivadas no ministério da Instrução cópias autenticadas das cartas de Clemente a que se allude no texto. Vidê o art. cit. do Sr. JORDÃO DE EITAS.

JOÃO DE SALISBURY, no seu *Metalogicus*, dando conta desta concessão, acrescenta que por direito antigo, em virtude da «doação de Constantino», todas as ilhas pertenciam à Igreja romana.

Era êste, com efeito, um dos grandes argumentos. Na famosa doação de Constantino as ilhas figuravam entre os territórios que o imperador concedera ao papa Silvestre e aos seus sucessores, e dêste título se prevalecia já Urbano II quando na referida bula de 1091 escrevia: «Quia religiosi imperatoris Constantini privilegio in jus proprium beato Petro eiusque successoribus occidentales omnes insulae condonatae sunt».

Foi ainda a êle que aludiu mais tarde Frederico II no apêlo dirigido aos reis e príncipes da terra para que o auxiliassem na defesa dos direitos temporais.

Não era porêem só na suposta doação de Constantino que a Igreja se apoiava, tanto mais que êsse argumento era falível e os papas nunca depositaram grande confiança na sua eficácia, como se vê pelo facto de nenhum dos grandes pontífices da Idade Média ter recorrido a êle nos momentos mais críticos das suas lutas com os imperadores e outros soberanos temporais (').

(1) Vidê sobre a escassa applicação da doação de Constantino CECIL WOOLF, *Bartolus of Sassoferrato, his position in the history of me-*

Havia uma razão mais geral, mais alta e mais decisiva: a soberania universal do pontífice, proclamada abertamente por Gregório VII ⁽¹⁾ com fundamento no poder de ligar e desligar dado por Deus a S. Pedro e no «pasce oves meas», pela primeira vez tratada com desenvolvimento científico por João de Salisbury ⁽²⁾, e à qual Inocêncio III deu a coloração jurídica, com a qual passou para o direito canônico ⁽³⁾.

Os escritos dos juriconsultos reflectiam este modo de vêr, e o próprio Bartolo, no seu «*De Insula*», apesar de favorável aos direitos do Imperador, reconhece que pode ser concedido um *ius occupandi* sobre as ilhas afastadas ⁽⁴⁾ e regista que os pontífices o fizeram frequentemente ⁽⁵⁾.

Neste caso das Canárias uma circunstância

diecal political thought, Cambridge, 1913, pág. 315. Os papas não insistiram neste título: 1.º porque era um título humano e não divino, 2.º porque a sua validade era frequentemente posta em dúvida (na sua *autenticidade* acreditou-se geralmente até à Renascença), 3.º porque, quando mesmo fosse válido, era (dizia-se) revogável.

(1) Vêde as passagens citadas por GIERKE, *Political Theories*, notas 10 e 12.

(2) *Polyeraticus* (a. 1159), in Migne, tom. 199, p. 385 ss.

(3) Lib. 2, ep. 202 (a. 1199) in Migne, vol. 214, p. 759; c. 34, x, 1, 6; c. 6, x, 33, 2, 1; c. 13, x, 4, 17. S. Tomás em princípio adere a esta ideia. Entre os canonistas que a defenderam conta-se o português ALVARO PAIS, *De Pl. Ecclesiae*, t. B. 87, 40, 55 e 59.

(4) NYS, *Les origines du dr. int.*, p. 369.

(5) Quanto às ilhas «próximas» adiante veremos qual era a opinião de BARTOLO.

importante poderia ter feito hesitar o pontífice: a de serem essas ilhas habitadas, sendo por consequência necessário, para que o donatário tomasse conta do governo delas, submeter os indígenas e despojá-los da sua soberania.

A respeito da legitimidade duma guerra desta natureza, movida contra uma população de infiéis, em condições que, se não fôra essa circunstância — serem infiéis os adversários —, lhe imprimiriam manifestamente o carácter de injusta (*injustum bellum*), havia notáveis divergências entre os autores, tanto teólogos como canonistas e legistas ⁽¹⁾.

Não faltava quem defendesse — e era esta até, segundo parece, a opinião predominante — que a guerra contra os infiéis era sempre justa, justificando-se esta opinião com o argumento de que, após a vinda de Cristo, se não podiam reconhecer direitos de soberania aos povos que não fizessem parte do grémio da Igreja. Era esta designadamente a doutrina do célebre Henrique de Sus (*Hostiensis*) († 1271), cuja lição, expandida na *Summa Aurea*, teve muitos sequazes. Mas outras doutrinas mais moderadas encontraram também defensores, entre os quais homens do valor do

(1) Sobre esta questão, que foi mais tarde muito debatida em Portugal a propósito das nossas conquistas em África, merece menção especial a obra de VANDERPOL, *Le droit de guerre*.

eminente canonista Sinibaldo de Fieschi — o papa Inocêncio IV. († 1254).

No caso das Canárias prevaleceu a opinião extrema, porquanto a concessão do principado das ilhas a D. Luís de la Cerda implicava o reconhecimento de que a sua conquista era legítima e, nas circunstâncias em que se efectuava, só o facto de não serem cristãos os adversários podia conferir-lhe legitimidade...

Note-se ainda, pelo que respeita ao objecto da concessão pontifícia, que se tratava duma, se bem que rudimentar, «esfera de influência» — para empregar um termo consagrado no moderno direito colonial —, visto que ao tempo da concessão D. Luís nenhuma conquista havia empreendido e o que êle recebia era o exclusivo de ocupação do arquipélago — «a conquista», como então se dizia.

Posto isto, vejamos que razões apresentava D. Afonso IV em favor dos direitos de Portugal.

Um dos argumentos era a «visinhança», a proximidade, argumento sem dúvida bebido na autorizada doutrina do tratado *De Insula*, onde Bartolo sustenta, apoiado em textos do *Corpus Juris Civilis* ⁽¹⁾, que o Estado

(1) D. 1, 18, 13—50, 16, 99, 1 — C. 11, 12, 1.

que tem a jurisdição dum território banhado pelo mar tem também jurisdição sobre esse mar e sobre as ilhas que nele se encontram «a uma distância módica» — distância que, aliás, para Bartolo, era de 100 milhas ⁽¹⁾.

Acrescia que, estando mais perto, mais facilmente podiam ser ocupadas.

Em segundo lugar, alegava-se que tinham sido os portugueses os primeiros a achar as ditas ilhas: — «*fuere prius nostri regnicolae inventores*». Era a explicação da doutrina romana da ocupação como meio de adquirir o domínio. Pelo direito romano a ocupação duma coisa *nullius* conferia ao possuidor o seu domínio: estavam neste caso, entre outras coisas, as apreendidas na caça e na pesca, as pérolas, o coral, etc., encontrados no mar ou na praia, as pessoas e coisas dos inimigos e também as *insulae in mari natae*.

A este modo de aquisição chamaram os comentadores *occupatio* e distinguiram várias espécies de ocupação: *venatio*, *aucupium*, *piscatio*, *inventio*, *occupatio bellica*. O caso das Canárias era, na argumentação dos juriseconsultos portugueses, um caso de descoberta (*inventio*), mas a razão da descoberta comple-

(1) Cerca de 150 quil. Fundava-se para fixar esta extensão textos de direito romano e canónico. Vide RAESTAD, *La mer territoriale*, 1918, pág. 15.

tava-se com a da conquista (*occupatio bellica*), argumento de valor, porquanto, sendo a guerra «justa», todos os autores consideravam como legítima a aquisição por direito de conquista, aplicando os textos romanos relativos às coisas *ex hostibus captae* (1). É certo que o rei de Portugal não realizara a conquista das ilhas, mas (dizia êle) mandara lá gente a explorar a terra, gente essa que, abordando às ditas ilhas, se apoderara de homens, animais e outras coisas e as trouxera ao reino. Mais ainda: pensara mesmo em enviar uma armada para conquistar as ilhas quando outras empresas bélicas o impediram de o fazer.

Pelo seu lado, o rei de Castela (2) alegava que lhe pertencia a aquisição do «reino de Africa», o qual os seus progenitores (referia-se, sem dúvida, aos Visigodos) haviam adquirido das mãos dos infiéis.

No séc. xv ressurgiu a questão das Canárias.

No princípio dêste século foram, sob os auspícios de Castela, conquistadas algumas

(1) NYS, na *Rev. de Dr. Int.*, 1904, p. 401.

(2) Pode ler-se a carta do rei de Castela nos cit. *Anais das Bibl. e Arquivos*. Esta carta, de que se não tem feito maior caso, é, a nosso ver, um forte argumento a favor da autenticidade da del-rei D. Afonso IV, pois não se compreende que houvesse da parte daíquem interesse em forjar ambas.

destas ilhas pelo francês João de Bettencourt, que delas fez vassalagem a Castela.

O Infante D. Henrique de Portugal, como ainda estivessem por conquistar algumas, resolveu empreender essa conquista, e chegou a enviar gente (1424), encetando-se a conversão dos indígenas ao Cristianismo (1).

O mesmo Infante, sabendo que o rei de Castela se considerava com o supremo domínio das ilhas, em vista da fidelidade jurada pelos Bettencourts, pediu a êste monarca que lhe concedesse a conquista das ilhas que ainda estavam por tomar, ao que o rei de Castela se opôs por ser concessão que ofendia a honra da corôa. Mal sucedido por êste lado, dirigiu-se D. Henrique ao Pontífice, o qual fez a concessão pedida, que mais tarde (bula de 31 de julho de 1436), em vista dos protestos de Castela, fez notar ter sido feita sem prejuízo dos direitos adquiridos por outros soberanos (2).

Entre os documentos da Colecção de Bulas da Torre do Tombo encontram-se as alegações do bispo de Burgos, o célebre Afonso de Cartagena, no concílio de Basilea, contra os por-

(1) ZURARA, *Crón. da Descob. da Guiné*, cap. 79. BARROS, *De*, I, liv. 1 cap. 12.

(2) Doc. cit., de 1436 (*Alg. Doc. da T. do Tombo*, pág. 3; Bula de 23 julho de 1436 (JORDÃO, I, p. 19), que faz referência à concessão. *Alg. Doc.* pág. 4.

tugueses (1435), e nelas se reproduzem as razões aduzidas por estes, as quais, no modo de ver do Bispo, poderão alegar ainda ⁽¹⁾.

Essas razões já as encontrámos na carta de D. Afonso IV:

1.º — A *ocupação* — 2.º a *visinhança*.

Quanto à visinhança, as ilhas estão mais próximas do Cabo de S. Vicente do que de qualquer possessão de Castela.

Quanto à ocupação, as ilhas não ocupadas pertencem aos primeiros ocupantes e, não tendo sido as ilhas em questão ocupadas por nenhum príncipe cristão, o rei de Portugal a ninguém prejudica ocupando-as agora.

Acrecentava-se que os portugueses se propunham ensinar a fé católica aos indígenas e não deviam ser embaraçados nesse intento.

A estes argumentos responde o Bispo, por parte de Castela, invocando também a visinhança e a conquista, para o que recorre a razões especiosas.

Quanto à visinhança, lembrava que as ilhas faziam parte da Tingitânia, que já era possessão dos godos, de que os reis castelhanos são *sucessores universais*. Quanto à ocupação, desde que Castela ocupou algumas ilhas com inten-

ção de ocupar as demais, entende-se ter tomado posse de todas (argumento por *extensio de jure ad jura*). Finalmente, chamava habilmente a atenção para o facto de D. Henrique ter pedido a Castela a conquista das ilhas, e termina pedindo ao Papa que, não julgando procedentes estas razões, faça *concessão* das ilhas a Castela.

O conflito entre Portugal e Castela só veio a resolver-se definitivamente em 1480.

Com efeito, em 1479 fez-se a paz entre Castela e Portugal e, como não ficassem resolvidas as questões de direito relativas aos territórios africanos e às ilhas do Atlântico, celebrou-se novo tratado em Toledo em 1480 (6 de março) ⁽¹⁾, pelo qual as Canárias, quer tomadas quer por tomar, ficaram pertencendo a Castela.

(1) Alguns documentos, pág. 3-4 — Quadro elementar x, pág. 5.

(1) Alguns documentos, p. 42-45. O tratado foi confirmado pela Bulla de 21 de junho de 1481 (ibid. pág. 46).

Considerações acerca do "iudex,, visigótico

Os mestres mais autorizados que nos últimos tempos se teem occupado na Espanha e em Portugal da organização judiciária visigótica — HERCULANO ⁽¹⁾, PEREZ PUJOL ⁽²⁾, HINOJOSA ⁽³⁾, GAMA BARROS ⁽⁴⁾ — teem-no feito em termos que se me afiguram merecedores de reparo e dificultam sobremaneira a compreensão da organização subsequente, quer entre os Moçárabes, quer nos Estados cristãos da Reconquista. Todos êles, quer o declarem quer não, tomam para base da sua construção a célebre lei de Recesvindo (Lex Vis., II, 1, 27) que enumera os funcionários que teem a

(1) *Hist. de Port.*, IV, pág. 29 da 2.^a ed.

(2) *Inst. sociales de la Esp. gótica*, II, 176, 272.

(3) *Los pueblos germanicos*, I, 269.

(4) *Hist. da adm. publica*, III, p. 797 e ss.

potestas indicandi—*dux*, *comes*, *vicarius*, *pacis adsertor*, *thiuphadus*, *millenarius*, *quingentenarius*, *centenarius*, *defensor*, *numerarius*... e com estes funcionários reconstituem a organização judiciária visigótica (1). Ora, como nesta enumeração não figura nenhum «*iudex*», força é concluir que a palavra *iudex* tem na *Lex Visigothorum* uma acepção genérica, designa indistintamente toda a pessoa «*cui debile indicare conceditur*» e não fazem referência a nenhum funcionário especial com esta designação.

A ser verdadeiro este modo de ver, o juiz ordinário de primeira instância que várias leis apresentam subordinado ao *comes* seria o *defensor* (2).

O problema é duma grande complexidade, e talvez ainda venha longe o dia em que sobre ele se haja de proferir a última palavra. A linguagem das leis visigóticas é imprecisa e equívoca, sendo frequente o uso da mesma palavra para significar magistrados diversos, designando-se o mesmo officio por mais do que um termo e empregando-se o mesmo vocábulo ora num sentido genérico ora num sentido técnico. Parece-me, em todo o caso,

(1) Cf. BALLESTEROS, *Hist. de España*, I (1919), pág. 628.

(2) CHÉNON, *Nouv. Rev. Hist.*, 1889, pág. 522 e cf. GAMA BARROS, III, 818.

que os mestres citados andam afastados da verdade e que pelo contrário está mais próximo dela o alemão DAHN (1), que, sustentando uma doutrina já claramente enunciada nos seus traços essenciais pelo insigne ANTÓNIO CAETANO DO AMARAL (2), afirma a existência de magistrados locais denominados *iudices*, juizes ordinários de primeira instância subordinados aos *comites* e distintos dos *vicarii* (3).

Antes de mais nada, não será ocioso observar que a citada lei II, 1, 27 não tem a pretensão de fazer uma enumeração completa de todos os juizes. Pelo contrário: a sua leitura desprevenida convence de que o legislador deixa propositadamente de se referir aos juizes propriamente ditos, aos magistrados ordinários cuja função primacial é derimir os pleitos e cujo carácter judiciário por isso mesmo ninguém põe em dúvida, e apenas

(1) *Könige der Germanen*, VI, 2.ª ed., 1885, 315 ss.

(2) *Mem. Lit. Port.* VI, p. 196 nota 110 e p. 252 nota 191.

(3) BETHMANN-HOLLWEG, *Der Germ. u. röm. Civil pr.*, I, 189 se. confunde o *iudex* com o *vicarius* e diz que a sua jurisdição se estendia a todo o condado. ANTEQUERRA, pág. 67, parece confundir os juizes com os vigários. VALLS TABERNER, *Hist. de Catalunya*, pág. 77, escreve: «per al judicial tenia [el comie] a los sevos ordres un o més fulges, avent-hi substituïts d'aquestes: els vicaris». MAYER, *Deut. u. franc. Verfassungsgesch.*, I, 1899, 346, ocupando-se incidentalmente do assunto, diz que o *iudex* ora equivale ao *vicarius*, ora preside a uma circunscrição extra-urbana do condado.

declara que além destes devem ser considerados juizes, e abrangidos na palavra *iudices* sempre que a lei a empregue num sentido lato, todos os funcionários, v. g. o *dux*, o *comes*, ou mesmo simples particulares, quando estejam válidamente investidos do poder de julgar. Não é pois nesta lei que devemos procurar uma lista dos funcionários judiciais da monarquia visigótica.

Não faltam, pelo contrário, leis do mesmo código que nos mostram a existência do *index*.

Na lei II, 1, 24 (22), de Chindasvindo, regula-se o caso de alguém dar como suspeito o juiz, o conde, o vigário do conde ou o tiufado (*iudicem aut comitem aut vicarium comitis seu tiuphadum*) e pretender responder perante o duque da provincia. Aqui a palavra *iudicem* está evidentemente empregada no sentido técnico, sendo até de notar como figura em primeiro lugar, visto ser o magistrado judicial propriamente dito. Além disso, deve observar-se que aparece o *index* claramente distinto do *comes* e do seu *vicarius*, os quais, bem como o *tiuphadus*, são os mais importantes dentre os funcionários subordinados ao *dux provinciae* que aliam ordinariamente às suas funções militares, administrativas e fiscais atribuições jurisdicionais.

Não parece que este *index* da lei II, 1, 24,

possa ser o *defensor*. Quando outras razões não houvesse para afastar essa interpretação forçada, é de notar que uma outra lei (XII, 1, 2), de Recaredo, determina que o numerário e o defensor não pagarão nenhuma remuneração ao juiz (*numerarius vel defensor... nullum beneficium iudici dare debeat*).

O *index* a que se refere a citada lei II, 1, 24 é o mesmo que muitas vezes aparece com a designação de *index territorii*, expressão que claramente indica tratar-se do magistrado que preside permanentemente a uma circunscrição judiciária.

A palavra *territorium*, como a palavra *index*, é empregada em várias acepções e muitas vezes com um significado vago ou equívoco, mas casos há em que não pode deixar de interpretar-se como designando uma comarca, uma das circunscrições civis em que se repartia o reino.

É notável a este respeito a constituição XII, 2, 13, de Sisebuto, dirigida aos bispos Agapio, Cecilio e Agapio (2.º), aos juizes das mesmas cidades, e bem assim aos restantes sacerdotes e juizes dos «territórios» *Barbi, Aurgi, Sturgi, Ilturgi, Viatia, Tuia, Tutugi, Egabro, Epagro*. Quási todos estes «territórios» (senão todos) bem como as cidades em que os três referidos bispos residiam (Mentesa, Tucci, Corduba), correspondem a municípios ou colónias roma-

nas. Na época em que esta lei foi publicada é de supôr que só as cidades episcopais fôsem simultâneamente cabeças de condado e residência dum *comes*, mas isto não colidia com a divisão da região em territórios, à testa de cada um dos quais devia estar um *iudex*, pelo menos normalmente.

A insistência com que a lei fala em *territoria* e em *iudices territorii* mostra que a divisão em territórios ou comarcas é que era a divisão judiciária propriamente dita, à qual se sobrepunha a divisão, talvez menos estável, em condados, divisão sobretudo militar e administrativa.

A *antiqua* III, 6, 1 é também uma boa demonstração do que acabamos de dizer acêrca do *iudex territorii* distinto do *comes* e do *vicarius*. Nela se declara o que devem fazer os oficiais da justiça no caso de uma mulher repudiada casar de novo antes de decretado o divórcio, e êsses oficiais são: o conde, o vigário e o juiz do território (*comes civitatis vel vicarius aut territorii iudex*).

Outra *antiqua* (III, 4, 17) refere-se às mulheres que se entregam à prostituição nos *vici* e nas *villae* e determina o que em tais casos compete ao *iudex*, sob pena de ser punido pelo conde da respectiva cidade.

Muitas outras leis se referem ao *iudex territorii*, claramente ou em termos que autori-

zam a interpretá-las como aludindo ao juiz territorial, subordinado ao *comes* ⁽¹⁾.

É uma questão extremamente difícil a da origem desta divisão judiciária e desta magistratura.

A organização judiciária das províncias romanas do ocidente, tal como correntemente a expõem os mestres, fundados principalmente no Código Teodosiano e nas Novelas, não contém a explicação desejada. O juiz de toda a província era, como se sabe, o seu *praeses*, por isso também chamado *iudex*, e de aí a necessidade duma justiça ambulante. Quanto aos magistrados municipais, tinham uma jurisdição muito restrita, quer quanto ao conteúdo, quer quanto ao âmbito geográfico, porquanto era limitada à *urbs* e ao seu termo ⁽²⁾.

É certo que o governador da província tinha um ou mais legados que julgavam em seu lugar, e que podia nomear *iudices pedanei* ⁽³⁾, mas isto, que pode quando muito ser um precedente histórico dos *vicarii* visigodos, não é de modo algum o germe dos *iudices territoriais*.

Não é lícito, todavia, afastar em absoluto a tese da origem romana, visto que vários

(1) *Lex Vis.*, II, 1, 31; VII, 4, 2; IX, 1, 20; etc.

(2) Vide ESMERIN, *Hist. du dr. fr.*, pág. 14.

(3) FUSTEL, *La Gaule Romaine*, p. 313; GIRARD, *Dr. romain*, p. 1068.

passos da *interpretatio* do Breviário de Alarico falam em *iudex loci*, e até, o que é muito digno de nota, substituem esta expressão ao *rector provinciae* do texto do Código Teodosiano ⁽¹⁾. Outros textos referem-se a juizes das cidades. Se se não trata de interpolações alaricianas—o que não é impossível, mesmo admitindo acêrca da *interpretatio* a doutrina, hoje corrente, de FITTING e LÉCRIVAIN—, temos talvez nestes textos um indício de que a organização judiciária do ocidente romano sofrera uma transformação importante durante o século V, surgindo novos juizes permanentes, os *iudices civitatum* e os *iudices locorum* ⁽²⁾.

Seja porêem como fôr, ou se admita que a transformação remonta à Espanha romana, ou se julgue que foi uma importação germânica e se prefira relacionar o *iudex* visigótico com o *centenarius* franco ⁽³⁾ e com o *gograf* saxão, o que é mais que provável é que a divisão em territórios tivesse uma forte base tradicional, sendo mesmo muito verosimil que vá entroncar em antigas divisões territoriais ibéricas.

(1) *Lex Rom. Vis.*, C. Th., III, 11, 1; IX, 1, 1; X, 5, 1; XIII, 2, 2.

(2) Contra: LÉCRIVAIN, *Remarques sur l'interpretatio*, pág. 30, mas sem argumentos que desfaçam as dúvidas.

(3) O *centenarius* franco é designado às vezes pelo nome de *iudex*. BEAUCHET, *Org. judiciaire*, pág. 221.

As funções do *iudex* eram, como disse, predominantemente judiciárias, mas isso não impedia que acumulasse outros poderes de natureza civil, tais como atribuições de governo, administração e financeiras ⁽¹⁾. Como pelo seu lado a competência do *comes* (ou do seu vigário) se estendia à esfera jurisdicional, numerosos eram os casos em que os dois funcionários, o conde e o juiz, eram simultaneamente competentes. Daí serem freqüentes as leis que falam em «*comes vel iudex*», sendo difícil dizer qual o critério segundo o qual se determinava qual dos dois devia na verdade ocupar-se do assunto ou julgar o pleito ⁽²⁾.

Das decisões do *iudex* não se apelava para o *comes*, que, dêste modo, não constitui um grau superior da hierarquia judiciária; todavia, segundo já vimos, a superintendência administrativa do conde fazia-se sentir em relação ao *iudex* ou *iudices* do seu condado, inclusive para o efeito da aplicação de penas disciplinares em caso de negligência. Casos havia também (vidê por ex. VII, 4, 2), em que a lei mandava que o *comes civitatis* prestasse auxílio ao juiz quando êste não pudesse só por si assegurar a ordem.

(1) Os textos comprovantes são citados por Dahn, ob. cit. pág. 321 ss. e mostram que o *iudex* não tinha funções militares.

(2) Ibid. p. 323.

O *index territorii* da lei visigótica não desaparece total nem bruscamente com a queda da monarquia de Toledo.

Entre os moçárabes havia juizes locais designados pelo nome latino de *index* ou pelo árabe de *al-cadí* (alcalde) ⁽¹⁾.

Nos documentos da Marca Hispânica também abundam exemplos de *iudices locorum* ⁽²⁾, diferentes dos *comites*.

Finalmente, os diplomas dos primeiros séculos do reino austuro-leonês, apesar da sua escacez, são bastantes para nos evidenciar que o reino se achava repartido em «territórios» e que essa divisão não era puramente geográfica, antes tinha um significado político, constituindo provavelmente a circunscrição judiciária normal, sobre a qual assentava a divisão menos estável em condados.

Há vários exemplos dum juiz governando um território subordinado ao conde, ou dum juiz figurando ao lado do conde ⁽³⁾.

Também não faltam casos de vários juizes no mesmo território ⁽⁴⁾. É que de certa altura em diante a palavra *index* começa, pare-

ce-me, a ter dois sentidos: a de juiz equivalente ao *centenarius* franco e a de raquimbargo ou escabino.

Impossível desenvolver aqui este ponto. Para o meu intento basta mostrar que o *index* da época post-visigótica se relaciona, ao menos em parte, com o magistrado visigodo do mesmo nome.

(1) ALVARO DE CÓRDOVA, in *Esp. Sag.*, XI, 151; EULÓGIO, *Mem. Sanctorum*, L. 3 c. 16, in *Hisp. Illustr.* de SCHOTT, IV, 301; SIMONET, *Hist. de los mozarabes*, pág. 108.

(2) Vid. MAYER, *ob. cit.* I, p. 340.

(3) *Dipl. et ch.* n.º 198, 490, 686, etc.

(4) *Ibid.* n.º 190, 268.

Divagações sôbre a estabilidade da norma jurídica

O ponto de partida destas «divagações» é uma verdade trivial: dizer que a norma jurídica deve vigorar duma maneira mais ou menos duradoira e que não é admissível que o direito dum povo sofra constantes transformações são asserções banais e princípios de simples bom senso. Todavia, quando se remonta na história e se observam sociedades diversas em que as fontes de direito não oferecem a mesma fisionomia dos nossos dias, começa a reconhecer-se que a estabilidade como carácter do direito positivo é assunto digno de reflexão e cheio de ensinamentos. Acaba-se mesmo por adquirir a convicção de que muitos problemas momentosos da história do direito e das ideias jurídicas só podem ser bem postos, e por consequência só podem ser bem solucionados, quando se tenha presente o dogma da estabilidade da lei.

Não está no meu propósito analisar as causas psicológicas e sociológicas dêste dogma, o qual pode ser, conforme os casos, o produto do prestígio religioso da norma jurídica, da força da tradição, da influência do hábito, da aproximação do que *é* e do que *deve ser*, do modo consuetudinário ou contratual de formação da regra, do predomínio do aspecto subjectivo do direito levando à intangibilidade das situações adquiridas, da estabilidade natural das próprias relações que a norma regula, da convicção da necessidade duma ordem jurídica permanente, ou finalmente da combinação de vários factores.

É nos povos de cultura rudimentar que a estabilidade atinge o máximo.

É uma verdade quasi axiomática para o historiador do direito que nestas sociedades o costume, a lei, a jurisprudência, como fontes de direito, se acham confundidos ou, pelo menos, tão estreitamente relacionados e tão pouco diferenciados, que toda a tentativa para aplicar dum modo rígido à análise dêsse estado jurídico a técnica e a terminologia modernas tem como consequência desvirtuá-lo, tornando impossível a sua compreensão integral. Nenhum cultor da sciência jurídica desconhece as eruditas páginas que ao assunto consagrou Lambert na sua «Introdução ao Direito Comparado»: se elas bastam para nos

convencer de que o costume nas suas formas iniciais anda estreitamente ligado à jurisprudência, não menos nos impressionam as afinidades entre o costume e a lei, pois se o primeiro tem freqüentemente uma base jurisprudencial, a lei não é muitas vezes mais do que a expressão dum costume ou duma jurisprudência.

Dêste modo, em muitos povos primitivos, o direito objectivo, ainda que sob a forma de lei, é, como o costume, um pecúlio jurídico eminentemente estável, até «cristalizado em formas estereotipadas», para usar uma expressão de Miceli.

O significado que dentro dêste ambiente social assume a promulgação duma nova lei é bem posto em relêvo na tradição de que se faz eco Diodoro da Sicilia ⁽¹⁾, segundo a qual Carondas, legislador dos Turios, teria ordenado que quem quisesse abolir um antigo preceito ou estabelecer um novo se apresentasse na assembleia do povo com uma corda ao pescoço, a fim de, se a nova lei não fôsse aprovada, ser estrangulado *in continenti*.

Mas não é só nas sociedades de civilização que se impõe às consciências o problema da estabilidade do direito.

(1) XII, c. 4.

Exemplo muito característico e digno de atenção é o da constituição ateniense.

A assemblea popular, apesar de ser o órgão político supremo, tinha sobretudo funções executivas.

Fazia decretos (*psephismata*), aplicáveis a casos especiais, e não leis (*nómoi*): o termo *nómoi* era aplicado a um pecúlio de antigos costumes vagamente definido, ao qual os *psephismata* eram sempre teóricamente subordinados.

Praticamente, é certo, era a própria assemblea a intérprete dos *nómoi*, mas ainda assim existiam certas limitações à sua acção legislativa, visto que toda a proposta que se reconhecesse não ser conforme aos *nómoi* era sujeita a um processo especial de carácter judicial, pelo qual o proponente defendia a proposta perante o tribunal dos *nomothetae* contra os advogados do Estado.

Uma protecção mais eficaz ainda da força conservadora era a acusação por violação das leis (*graphê paranómôn*), a qual podia ser movida contra qualquer cidadão que apresentasse uma proposta de decreto, levando, caso se provasse a violação da lei, à condenação do proponente ⁽¹⁾.

(1) DENNING, *Political theories*, I, pág. 14.

Não insistiremos sobre o direito romano, por ser assunto sobejamente conhecido. Na Roma republicana a oposição era, como se sabe, manifesta entre o *jus* por excelência, *jus civile* — «que tem as suas raízes primitivas e historicamente inatingíveis no costume e o seu desenvolvimento na praxe e na doutrina dos *prudentes*, não influenciado, ou só em limitada medida influenciado, pela intervenção comicial» — e a obra reformadora dos comícios, produto da necessidade urgente de alteração do direito em casos especiais. A *lex* creadora *ex novo* ocupa no sistema das fontes de direito da era republicana um lugar «excepcional e subordinado» ⁽¹⁾.

Ninguém ignora que das leis votadas durante a República só uma pequena parte respeitava ao direito privado. Êste sofreu de facto alterações profundas, mas principalmente graças ao edicto do pretor, e portanto sem violação

(1) ROTONDI, *Osservazioni sulla legislazione comiziale romana di diritto privato*, in Filangieri, 1910, pág. 84 e ss. e *Problemi di diritto pubblico romano*, na *Rev. Ital. per le Scienze Giuridiche*, 1920, p. 184.

Longe de representar — como já se sustentou — o reconhecimento de uma norma preexistente, a lei é uma inovação, como mostra a expressão *antiquo* — ou *antiqua probo* — usada na votação legislativa como sinal de rejeição: *Antiquare*, que mais tarde veio a ter a significação de «fazer cair em desuso», significava originariamente «ater-se ao antigo, rejeitar a inovação proposta», tal qual como o «alta omnia censere» da votação senatoria per discessionem. ROTONDI, *ibid.* — A opinião de que a *lex* era o reconhecimento duma norma preexis-

formal do respeito pela ordem jurídica existente.

Uma vez votado, o novo estatuto incorporava-se porêm no common law, assim como a lex comicial se incorporava no jus civile e a decisão da ekklesia—devidamente aprovada após o processo—nos nomoi. Desde então ficava gosando da mesma imunidade e tendo o mesmo prestígio.

O facto dá-se também dum modo flagrante nas sociedades que confundem a esfera jurídica com a esfera religiosa, considerando o direito como um corpo imutável, fundido com a verdade religiosa, e cujo relativo aperfeiçoamento só pode ser obtido, sem quebra das verdades fundamentais, por meio da jurisprudência dos tribunais, da doutrina dos juriconsultos e dos regulamentos das autoridades. Um exemplo típico é-nos fornecido pelo direito muçulmano, no qual o Alcorão e a Çuna

tente foi sustentada por MONETTI, *Studi per MORIANI*, I, pág. 239 ss. e contestada, antes de ROTONDI, por COSTA, *Storia delle fonti*, pág. 194.

Vem a propósito lembrar a aproximação muitas vezes feita entre a formação histórica do direito romano e a do direito inglês. E sabido que na Inglaterra, até uma época relativamente recente, em que a legislação do parlamento — o statute law — começou a tomar grande incremento, o common law, como o jus civile dos romanos, foi respeitado como um fundo jurídico tradicional, ao qual não convinha em princípio introduzir reformas, conquanto os seus rigores fossem lentos e obscuramente atenuados, por expedientes indirectos, graças ao trabalho dos tribunais de equidade (equity), correspondentes ao pretor romano.

representam no mais elevado grau o princípio da imutabilidade (1).

O direito medieval oferece-nos um interessantíssimo campo de observações.

Quási todos os escritores que se teem occupado do assunto (2) afirmam, com fundamento em textos numerosos, que durante largo período da idade média, com excepção dalguns países onde a influência romana se fez sentir mais acentuadamente, o direito objectivo foi considerado, não como uma ordem do chefe, ou sequer como uma criação da comunidade, mas sim como uma parte da vida nacional ou local, de que a lei, o texto, era a declaração.

Já se encontra esse conceito expresso nas chamadas *leges barbarorum*, nas quais os reis figuram como «definindo», «assentando» ou «fixando» o direito, por si sós ou tendo ouvido os jurisperitos, que lhe declararam — «qual era o direito».

O rei franco exercia, é certo, o poder legislativo, mas nunca as suas ordens, mesmo gerais — os chamados «capitulares» —, se denominam *leges*, nome reservado às redacções

(1) Vêde sobre o assunto as considerações de ALTAMIRA, *Hist. do Dir. Esp.*, Introd.

(2) Formularam conclusões de ordem geral, entre outros, JENKS, *Law and politics in the middle ages* e CARLYLE, *Political theories of the middle ages*, I, p. 235 e III, p. 41.

escritas dos costumes das diversas raças. Pode mesmo duvidar-se se seriam verdadeiras leis, ou se caducariam pela morte do monarca que as promulgara ⁽¹⁾, e ainda mesmo quando se sustente, com Fustel de Coulanges, que eram verdadeiras leis, não pode deixar de reconhecer-se que a *lex popularis* guardava em relação a elas uma posição de supremacia ⁽²⁾. Mas é sobretudo depois, no período feudal, de plena floração consuetudinária, que a idéa dum direito de formação espontânea encontra uma expressão acabada.

Esta concepção encerra a explicação duma certa confusão ou aproximação do direito natural e do direito positivo, bem como da condenação dos actos ou determinações do soberano contrárias «ao direito», «à justiça», «às leis», fórmulas vagas em que se não precisava

(1) Vid. SCHRÖDER, *Deutsche Rechtsgeschichte*.

(2) EISEN, *ob. cit.*, p. 75 n. 3.

É muito significativa a passagem em que JEAN D'IBELIN nos descreve as origens das *Assises de Jerusalem*: «Il [Godfrey de Bouillon]... eslut par le conseil dou patriarche de la sainte cité et yglise de Jerusalem, et par le conseil des princes et des barons, et des plus sages homes que il lors pot aveïre, sages homes à enquerre et à saveïr des genz de diverses terres qui là estaient les usages de leur terres; et tot quanque ciau que il ot eslu à ce faire en porent saveïr ne aprendre il mirent et firent metre en escrit, et aporтерent cel escrit devant le duc Godfrey; et il assemble le patriarche et les autres avant dis, et lor mostra et fis lire devant eus cel escrit; et après, par leur conseil et par leur acort, il concouilli de ciaux escrits ce que bon li semble, et en fist assises et usages que l'on deust tenir et maintenir et user ou roiaume de Jerusalem...»

nem a natureza do direito que se queria ver mantido, nem a espécie de actos ou determinações que apareciam como condenáveis por atentarem contra êsse direito.

É evidente que a ordem jurídica assim concebida não podia deixar de aparecer aos olhos dos homens da idade média como eminentemente estável.

Contribuía também para êste resultado o facto de muitas normas importantes de direito terem o seu assento, não em manifestações de vontade do príncipe ou do povo, mas sim nas antigas *leges populares* (*Volksrechte*), no direito romano, no direito da Igreja e nos *Libri Feudorum*.

Por outro lado ainda, convém não esquecer que a ordem jurídica, ao contrário do que hoje sucede, revestia a cada passo um aspecto subjectivo, traduzindo-se em foros e privilégios dos individuos ou das colectividades, fundados no costume ou em concessões e contratos. Compreende-se pois que essas normas gosassem aos olhos de todos da intangibilidade que ainda hoje se reconhece, em princípio, as situações jurídicas subjectivas.

Todos estes factores concorriam para tornar o direito, a lei, uma coisa anterior e superior à vontade do soberano.

Cumpra, com efeito, não esquecer — e qualificar bom tratado de história do direito fran-

formal do respeito pela ordem jurídica existente.

Uma vez votado, o novo estatuto incorporava-se porém no common law, assim como a lex comicial se incorporava no jus civile e a decisão da ekklesia—devidamente aprovada após o processo—nos nomoi. Desde então ficava gosando da mesma imunidade e tendo o mesmo prestígio.

O facto dá-se também dum modo flagrante nas sociedades que confundem a esfera jurídica com a esfera religiosa, considerando o direito como um corpo imutável, fundido com a verdade religiosa, e cujo relativo aperfeiçoamento só pode ser obtido, sem quebra das verdades fundamentais, por meio da jurisprudência dos tribunais, da doutrina dos jurisconsultos e dos regulamentos das autoridades. Um exemplo típico é-nos fornecido pelo direito muçulmano, no qual o Alcorão e a Çuna

representam no mais elevado grau o princípio da imutabilidade (1).

O direito medieval oferece-nos um interessantíssimo campo de observações.

Quási todos os escritores que se tem occupado do assunto (2) affirmam, com fundamento em textos numerosos, que durante largo período da idade média, com excepção dalguns países onde a influência romana se fez sentir mais acentuadamente, o direito objectivo foi considerado, não como uma ordem do chefe, ou sequer como uma criação da comunidade, mas sim como uma parte da vida nacional ou local, de que a lei, o texto, era a declaração.

Já se encontra esse conceito expresso nas chamadas *leges barbarorum*, nas quais os reis figuram como «definindo», «assentando» ou «fixando» o direito, por si sós ou tendo ouvido os jurisperitos, que lhe declararam — «qual era o direito».

O rei franco exercia, é certo, o poder legislativo, mas nunca as suas ordens, mesmo gerais — os chamados «capitulares» —, se denominam *leges*, nome reservado às redacções

tente foi sustentada por MOMENTI, *Studi per MORIANI*, I, pág. 230 ss. e contestada, antes de ROTONDI, por COSTA, *Storia delle fonti*, pág. 194.

Vem a propósito lembrar a aproximação muitas vezes feita entre a formação histórica do direito romano e a do direito inglês. É sabido que na Inglaterra, até uma época relativamente recente, em que a legislação do parlamento — o *statute law* — começou a tomar grande incremento, o *common law*, como o *ius civile* dos romanos, foi respeitado como um fundo jurídico tradicional, ao qual não convinha em princípio introduzir reformas, conquanto os seus rigores fossem lentos e obscuramente atenuados, por expedientes indirectos, graças ao trabalho dos tribunais de equidade (*equity*), correspondentes ao pretor romano.

(1) Vidê sobre o assunto as considerações de ALTAMIRA, *Hist. del Der. Esp.*, Introd.

(2) Formularam conclusões de ordem geral, entre outros, JENKS, *Law and politics in the middle ages* e CARLYLE, *Political theories of the middle ages*, I, p. 235 e III, p. 41.

escritas dos costumes das diversas raças. Pode mesmo duvidar-se se seriam verdadeiras leis, ou se caducariam pela morte do monarca que as promulgara ⁽¹⁾, e ainda mesmo quando se sustente, com Fustel de Coulanges, que eram verdadeiras leis, não pode deixar de reconhecer-se que a *lex popularis* guardava em relação a elas uma posição de supremacia ⁽²⁾. Mas é sobretudo depois, no período feudal, de plena floração consuetudinária, que a idéa dum direito de formação espontânea encontra uma expressão acabada.

Esta concepção encerra a explicação duma certa confusão ou aproximação do direito natural e do direito positivo, bem como da condenação dos actos ou determinações do soberano contrárias «ao direito», «à justiça», «às leis», fórmulas vagas em que se não precisava

(1) VIL. SCHRÖDER, *Deutsche Rechtsgeschichte*.

(2) EMMETT, *ob. cit.*, p. 75 n. 3.

É muito significativa a passagem em que JEAN D'IBELIN nos descreve as origens das *Assises de Jerusalem*: «Il | Godefroy de Bouillon | ... eslut par le conseil dou patriarche de la sainte cité et yglise de Jerusalem, et par le conseil des princes et des barons, et des plus sages homes que il lors pot aveirs, sages homes à enquerre et à saveir des gentz de diverses terres qui là estoient les usages de leur terres; et tot quanque clau que il ot eslu à ce faire en porent saveir ne aprendre il mirent et firent metre en escrit, et aporтерent cel escrit devant le duc Godefroy; et il assemble le patriarche et les autres avant dis, et lor mostre et lis lire devant eaus cel escrit; et après, par leur conseil et par leur acort, il consuilli de claus escriptes ee que bon li semble, et en fist assises et usages que l'on deust tenir et maintenir et user ou royaume de Jerusalem ... »

nem a natureza do direito que se queria ver mantido, nem a espécie de actos ou determinações que apareciam como condenáveis por atentarem contra êsse direito.

É evidente que a ordem jurídica assim concebida não podia deixar de aparecer aos olhos dos homens da idade média como eminentemente estável.

Contribuía também para êste resultado o facto de muitas normas importantes de direito terem o seu assento, não em manifestações de vontade do príncipe ou do povo, mas sim nas antigas *leges populares* (*Volksrechte*), no direito romano, no direito da Igreja e nos *Libri Feudorum*.

Por outro lado ainda, convém não esquecer que a ordem jurídica, ao contrário do que hoje sucede, revestia a cada passo um aspecto subjectivo, traduzindo-se em foros e privilégios dos indivíduos ou das colectividades, fundados no costume ou em concessões e contratos. Compreende-se pois que essas normas gosassem aos olhos de todos da intangibilidade que ainda hoje se reconhece, em princípio, às situações jurídicas subjectivas.

Todos estes factores concorriam para torpar o direito, a lei, uma coisa anterior e superior à vontade do soberano.

Cumpre, com efeito, não esquecer — e qualquer bom tratado de história do direito fran-

cês no-lo ensina — que com o estabelecimento do regime feudal o soberano perdeu o poder legislativo propriamente dito. As «leis» dos primeiros Capetos que figuram nas coleções das antigas leis francesas são apenas diplomas que tem por fim conferir certos direitos ou privilégios a particulares ou corporações. Durante um largo período não há em França verdadeiras leis, nem dos reis nem dos grandes feudatários.

O direito privado, sobretudo, resistiu muito tempo à invasão legislativa. Da lei civil diz com razão Viollet (1): «Elle s'est faite, on ne

(1) *Hist. des Inst. Pol.* II, 200 e ss.

Na Espanha a concepção imperial do poder legislativo manteve-se a princípio mais firme que além-Pirinéus, através da monarquia de Toledo. A *Lex Visigothorum*, mais influenciada pelo direito romano do que as outras leis bárbaras, não traduz a concepção medieval do direito positivo e da lei. O direito positivo não é considerado, em princípio, como anterior ao Estado e dele independente, e a lei é considerada, não como a expressão do direito preexistente, mas sim como a manifestação da vontade do legislador.

Todavia, alguma coisa se encontra nos textos relativos à lei que de certo modo a aproxima do costume e favorece a sua estabilidade: a lei, entre outros requisitos, deve ser «conforme ao costume» — *lex erit... secundum consuetudinem civitatis* (*Lex Vis.* I, 2, 4), doutrina esta contida nos ensinamentos de Santo Isidoro (*Etymol.* V, c. 21).

Nos Estados da Reconquista o conceito de direito como criação do legislador obnubilou-se, visto as principais fontes serem, além do *Forum Iudicum*, das suas glosas e do direito canónico, os costumes e forais, a jurisprudência da cúria régia, as façanhas e os *responsa prudentum*, as posturas locais, para só voltar a assumir novo rigor quando, sob o influxo romanista, se começou a desenvolver a legislação geral.

Encontramos apenas a subordinação do legislador ao direito que

«*la pas faite*». Obscuramente elaborada por mil actividades anónimas, perdurou, sob a forma de costume, apoiada no consenso universal, e impôs-se por muito tempo aos próprios reis, cuja acção legislativa só excepcionalmente penetrava na esfera civil, como em Roma a acção legislativa dos comícios e do Senado.

Por toda a parte a concepção do direito que os alemães chamam «germânica», e que

podemos chamar imanente à própria sociedade. Há porém um outro aspecto da estabilidade da lei que também cumpre não esquecer: é o que deriva duma tal ou qual divisão de poderes, da distribuição das funções judiciais pela assembleia nacional e pelo rei.

A origem e o alcance desta distribuição, já nas suas manifestações concretas, já nas concepções doutrinárias para que forneceu matéria, são assuntos do mais alto interesse, mas cuja exposição desenvolvida nos afastaria muito do campo destas observações.

Basta notar que por toda a parte existia divulgado em maior ou menor grau o sentimento — que é porventura o característico mais marcado do pensamento político medieval — de que o poder civil assenta em bases contratuais, resulta duma *arença* (releve-se nos a expressão arcaica!) entre a nação e o rei, e de que o próprio exercício desse poder pode reclamar em certos casos o acordo das duas entidades.

Nos países continentais o rei não perdeu nunca o poder legislativo, mas apesar disso manteve-se mais ou menos viva a convicção de que só nas assembleias nacionais podiam ser alterados os direitos tradicionais das classes ou as regras que a própria nação houvesse formulado, e não faltaram defensores da soberania popular para quem o rei era um mero executor das leis votadas pela nação.

Foi sobretudo na Inglaterra que se desenvolveu a distinção entre a lei propriamente dita (*statute*) inserta no *Statute Book*, e a simples ordenança feita pelo rei com audiência do seu conselho privado e promulgada sem as solenidades das leis. A ordenança era um mero regulamento provisório, embora geral. A partir do século XIII admitiu-se que um estatuto não podia ser abrogado nem modificado senão por outro estatuto.

a meu vêr é antes o produto natural das condições da idade média, sofreu uma importante transformação quando, com o renascimento do pensamento antigo, o Estado voltou a ser considerado como uma entidade creadora de direito e a êle superior, e é já êsse novo ponto de vista que se nota nos escritores medievais que a partir do séc. XIII começaram a formular conceitos teóricos acêrca das relações entre o Estado e o direito.

Estes escritores fizeram assentar as suas doutrinas sôbre os postulados—aceites durante toda a Idade Média e ainda depois da distinção entre o direito natural e o direito positivo, da superioridade do primeiro em relação ao soberano e da superioridade do soberano em relação ao segundo. Daqui derivou naturalmente que a crença na estabilidade da lei positiva se foi desvanecendo.

Resta averiguar se êste novo conceito de lei, manifestação da vontade do imperante, fez desaparecer por completo a idea de que a lei deve ser qualquer coisa de estável. Não me parece difficil mostrar que tal não succedeu. Pelo contrário, se diligenciarmos compenetrar-nos do pensamento dominante nas antigas monarquias, reconheceremos poder dizer-se da lei o que o nosso legislador diz do casamento: «que se presume perpétuo», o

que não impede que possa ser dissolvido por divórcio.

É certo que o soberano se não limitava a «declarar» ou «fixar» o direito, ou melhor, é certo que o direito era direito porque o legislador o formulava e não antes disso, mas é certo também que o legislador devia respeitar o direito e as leis existentes emquanto não houvesse motivo justo e forte para as revogar, e isto—note-se bem—não apenas por a lei ter uma duração indefinida, mas porque ela tinha como que uma virtude intrínseca que a garantia contra uma revogação injusta. Mantinha-se assim de certo modo a idea de que a lei, embora expressão da vontade do legislador, traduzia exigências estáveis da sociedade e se inspirava em princípios racionais essencialmente imutáveis.

Esta idea nem sempre aparece clara, mas existe quasi sempre implicita, e não raro é formulada em termos inequívocos.

As próprias expressões «*stabilimentum*», «*établissement*», «estabelecimento», usadas para designar as leis estão indicando o seu carácter permanente.

De resto, a idéa aparece repetida a cada passo depois da difusão dos conceitos romanistas e das doutrinas favoráveis ao absolutismo, o que não admira, porque mesmo na Roma imperial, e não obstante ter triunfado o

conceito formal de lei, ela se não desvaneceu inteiramente, como se vê por uma passagem de Ulpiano em que se declara que o legislador não deve alterar o *statu quo* senão quando nisso haja evidente utilidade: «de rebus novis constituendis evidens esse utilitas debet, ut recedatur ab eo iure, quod diu aequum visum est» (D. 1, 4, 2) ⁽¹⁾.

A Glosa e Bártolo, embora não refiram explicitamente a perpetuidade entre os caracteres da lei, apresentam sempre a lei como regra de sua natureza permanente e estável, e o mesmo modo de ver, conquanto sempre expresso por uma forma imprecisa, se encontra em S. Tomás ⁽²⁾.

Em França BEAUMANOIR ⁽³⁾, apesar de defensor do poder real, apresenta o direito como fundado principalmente no antigo costume: para êle o direito de fazer novos *établissements* é bastante restrito e só pode ser exercido pelo rei quando assim o exija o interesse geral e com audiência do conselho.

As *Siete Partidas*, tratando da revogação das leis, insistem na gravidade dêsse acto, mostrando de quanta prudência deve usar o

(1) Cf. D. *De reg. juris*, 183.

(2) SUAREZ, *De legibus*, 1, 10.

(3) Cap. XLIX.

legislador antes de alterar o direito estabelecido.

Muitos autores ensinavam não só que a perpetuidade era da natureza da lei, mas que da sua essência, não devendo chamar-se senão por analogia um preceito temporário. Para o recto governo da república necessários os preceitos estáveis, e por isso a verdadeira lei, uma vez promulgada, deve vigorar até que nova lei a venha revogar no todo ou em parte, ou dispensar a sua aplicação nalgum caso particular, o que só deve ter lugar quando para tal haja *justa causa*.

Os exemplos não faltam em épocas relativamente modernas. Recordemos.

O famoso Chanceler de l'Hôpital, no discurso que pronunciou em 1561 em Saint Germain en Laye, distinguia as leis estáveis das *indiferentes*; dizendo que ofender as primeiras sem justa causa era transgredir as ordens de Deus. Sempre a idea de *justa causa*, que (cumpre acentuá-lo) tanto legitimava a revogação propriamente dita como a simples dispensa, ou a concessão do privilégio *extra legem*. Qualquer dêstes actos era, com efeito, por igual sério e melindroso, embora não.

As leis propriamente ditas, que o Chanceler de l'Hôpital distinguia dos simples decretos

«indiferentes», isto é, de mera polícia, são aproximados a cada passo, tal é o seu prestígio e virtude íntima, das chamadas leis fundamentais.

BOSSUET sustenta na sua *Politica* ⁽¹⁾ que o imperante não só deve obedecer às «leis fundamentais», mas que deve mesmo usar de toda a cautela e prudência na alteração das ordinárias, sobretudo se são antigas. Em geral, diz êle, as leis não são leis se nelas não há alguma coisa de inviolável. A conservação das leis e das antigas máximas dá firmeza à sociedade e torna os Estados imortais.

Esta doutrina era correntemente seguida e mais ou menos precisamente enunciada por todos os tratadistas da escola do direito natural, sobretudo quando pretendiam marcar limitações à autoridade régia, distinguindo-a da tirânica ⁽²⁾. Os mesmos escritores insistiam em que na revogação das leis o príncipe devia obedecer às formalidades prescritas para a promulgação das leis novas, mesmo que essas formalidades houvessem sido determinadas por êle próprio.

(1) I, parte 4, propos. 3.

(2) Vidê por exemplo as passagens de VICTORIUS (*Instit. iur. nat.* c. 2 cap. 20 § 22), cit. nas *Max. de dr. public.* IV, p. 328. cf. BOEHMER, *Exerc. ad Pand.* VI, p. 249.

O autor das *Maximes du droit public françois* ⁽¹⁾, obra escrita no reinado de Luís xv para combater o arbítrio régio e defender a atitude dos *Parlements*, escreve as seguintes palavras bem significativas ⁽²⁾: «Les publicistes enseignent que, quoique les lois humaines soient muables par leur nature, le prince ne doit cependant les publier ou les abroger que par des vues sages et pour l'intérêt public, sans quoi, loin de se conduire en législateur sage, il pécherait contre les règles essentielles de l'administration politique. Ce n'est pas qu'ils ne tombent d'accord que les lois empruntent toute leur force de l'autorité, mais cette autorité elle-même ne dépend-elle pas en grande partie de la raison? Qui est la première force des lois? On ne prétend pas que des règles suivies depuis longtemps par des hommes doués d'intelligence, ne soient pas raisonnables: si elles s'écartoient de l'équité, les hommes ne s'y seroient pas soumis: encore moins les eussent-ils observées avec un attachement persévérant. Or, la variation fréquente des lois annonce qu'elles seroient dépourvues de raison. La variation qui met en discrédit les lois précédentes, n'inspire pas un grand respect pour les nou-

(1) O padre CLAUDIO MEY.

(2) Ob. cit. IV, p. 327, cf. 206.

velles qui seront sujettes à la même instabilité: d'ailleurs, tout ce qui est affermi par le temps a quelque chose de vénérable, et il est difficile que les nouveautés produisent le même sentiment... »

A seguir estabelece a diferença entre as leis «indiférentes, ou qui sont sujettes aux temps et aux évènements, telles que les lois de police...», as quais podem ser mudadas sem que o público experimente inconveniente de maior, e aquelas «dont l'utilité et la sagesse affectent, pour ainsi dire, leur substance, qui tendent par leur nature à l'avantage de la société, au maintien du repos public, à la conservation des mœurs, dont les motifs indépendants des temps, des vicissitudes, des révolutions, les rendent autant irrévocables qu'ils le sont eux-mêmes». Estas últimas têm uma «stabilité intrinsèque, qui empêche le législateur de les abroger», visto que o legislador não pode senão o que é justo e a sua função está subordinada ao interesse da república.

Este respeito pelas leis ordinárias, quando elas são verdadeiras leis e não simples medidas transitórias de policia, leva quasi a confundir-las com as chamadas «leis fundamentais», sendo por vezes difícil, quando os escritores desta escola falam em leis e na subordinação do rei às leis, distinguir se visam ou não apenas as leis fundamentais.

Vê-se pois que a ideia da estabilidade da lei, ou pelo menos de certas leis consideradas como mais importantes porque destinadas a regular relações basilares da constituição social, não desapareceu completamente. O que porém se observa com a marcha da civilização é a definição cada vez mais precisa de «círculos concêntricos» (¹), cada um dos quais abrange normas cada vez mais estáveis: direito natural, leis fundamentais, leis ordinárias, simples decretos (ordonnances, Verordnungen).

As teorias políticas medievais no “Tratado da Virtuosa Bemfeitoria,,⁽¹⁾

As ideias do Infante D. Pedro, filho de D. João I, acêrca dos problemas fundamentais da sciência política — tão repletas de interesse, já como expressão da nossa cultura medieval, já como elemento para a interpretação da personalidade do Regente — são amplamente esclarecidas pela análise do seu *Trauctado da Virtuosa Benfeytura*, obra da qual já havia muito se tinha conhecimento, mas que (como é sabido) só em 1910 viu a luz da publicidade, fazendo parte da valiosa *Colecção de Manuscritos Inéditos* da Biblioteca Pública Municipal do Pôrto. É sobre ela que assenta êste despretencioso ensaio.

(1) Artigo publicado na *Revista de História*, ano VIII, n.º 23.

Elaborado nas escassas horas que nos ficam livres das absorventes tarefas universitárias, contém êste trabalho numerosos senões, e resente-se de muitas deficiências, que sem hesitar somos os primeiros a reconhecer, mas que, infelizmente, nos não é possível por agora atenuar. Atrevemo-nos em todo o caso a confiá-lo à publicidade, na esperança de que, à falta doutro mérito, tenha o de solicitar a atenção para êsse manancial inexgotável que é a *Virtuosa Bemfeitoria* e, ao mesmo tempo, para uma ordem de estudos entre nós tão descurada: a história das nossas doutrinas políticas.

Julgamos conveniente lembrar que o único que diligenciou (embora com um intuito e por um processo muito diversos dos nossos) fazer uma exposição das doutrinas políticas do Infante — Oliveira Martins, em *Os Filhos de D. João I* — não conhecia da *Virtuosa Bemfeitoria* mais que a dedicatória, publicada por Inocêncio. A sua quasi exclusiva fonte de informação foi a célebre carta escrita de Bruges ao rei D. Duarte, da qual também por vezes nos utilizaremos.

O *Trauctado da Virtuosa Benfeytura*, começado a escrever em 1430 e oferecido ao «*iffante*» D. Duarte — portanto antes de 14 de agosto de 1433 —, foi composto por D. Pedro e acabado pelo seu confessor, o licenciado

Fr. João Verba, o qual, em face do livro do futuro Regente e do tratado de Séneca *De Beneficiis* (em que aquele se fundara), o corrigiu e acrescentou ⁽¹⁾.

Tendia principalmente esta obra — para cujo acabamento contribuíram em grande medida as exortações de D. Duarte — a ministrar leitura proveitosa para príncipes e grandes senhores ⁽²⁾, e por isso se integra, de certo modo, naquela abundante literatura política peninsular que, à imitação dos tratados *de regimine principum* que lá fora eram frequentes, tinha por principal objecto orientar a educação dos reis — a «*régia instrução*» — e enumerar as suas funções e deveres.

Efectivamente, desde os princípios do século XIII, em que se inicia uma curiosa série de catecismos político-morais, desenvolveu-se na Península uma profusa literatura dêste género ⁽³⁾, na qual Portugal se acha representado pelo *Speculum Regum* de Alvaro Pais

(1) Vid. *Dedicatória*, e 1, 2. Designaremos por esta forma abreviada os livros e capítulos da *Virtuosa Bemfeitoria*.

(2) Infere-se claramente êste intuito do conteúdo de todo o livro, e a êle faz expressa allusão a *Dedicatória*, bem como às exortações de D. Duarte.

(3) Vid. sobre estes livros, nos mais antigos dos quaes — *Libro de los doce sabios*, *Flores de Philo sophia*, etc. — claramente se revela a influencia muçulmana e oriental, JOAQUIM COSTA, *Estudios Jurídicos*, pág. 96; HINOJOSA, *De la influencia que tuvieron en el desarrollo público de su patria . . . los filósofos y teólogos españoles*, pág. 59; MENÉNDEZ PELAYO, *La Ciencia Española*, vol. II, pág. 255.

(† 1353) e pela *Virtuosa Bemfeitoria* do Infante D. Pedro — literatura onde sem dúvida sobrepõe o aspecto moral e onde principalmente se acumulam conselhos aos governantes, mas onde não deixam de aparecer, mais ou menos vinculados, os conceitos fundamentais do direito político da época.

Também no que respeita às fontes inspiradoras da sua obra e ao carácter geral desta, o autor se nos revela como uma figura típica do seu tempo, como um espécime fielmente representativo da cultura da sua época.

É, com efeito, manifesta na *Virtuosa Bemfeitoria* a influência clássica, mas dominada pela influência cristã. Aristóteles — o «filósofo» por excelência —, Cícero (cujo *De Officiis* foi, como se sabe, traduzido pelo mesmo D. Pedro), Séneca — que, como o próprio Infante declara ⁽¹⁾, foi constantemente consultado e aproveitado, e que, em sua opinião, «tem o principado entre os filósofos morais» — são citados a cada passo. Mas a filosofia da antiguidade é sempre invocada para reforçar, nunca para contrariar os ensinamentos da Igreja, e até freqüentemente os escritores clássicos surgem, através do pensamento medieval, com uma coloração curiosa e inesperada. As citações da Escritura são constantes.

(1) *Dedicatória*.

Os Padres e Doutores da Igreja são também freqüentemente alegados, salientando-se as citações de S. Agostinho e S. Tomás.

Como melhores guias para os príncipes que queiram saber «queiandas benfeyturias outorgadas deuem seer a quallquer estado», indica o Infante (II, 26) os livros *De Regimine Principum* de S. Tomás e de Egidio Romano, e o *Communiloquium* de Johannes Gallensis.

A primeira destas obras, cujo título completo é «*De regimine principum ad regem Cypri*» ⁽¹⁾, designa-a o Infante por «livro da ensynança dos principes» e atribue-a ao «mestre frey thomaz de aquino». Na realidade, o livro não é todo da pena do Doutor Angélico. Já de há muito se levantaram dúvidas sobre a sua autenticidade, e a opinião mais aceita hoje em dia é a de que só pertencem a S. Tomás o livro I e parte do II, devendo o resto atribuir-se a Ptolomeu de Lucca ⁽²⁾, que o compôs após 1298 ⁽³⁾.

A segunda obra mencionada pelo Infante

(1) *Opuscula omnia theologicu et moralia*, Paris, 1856, opusc. 39, p. 764 seg.; *Opera omnia*, Antuerpia, 1612, vol. XVII, opusc. 39, f. 160 v.º

(2) Rosai, *De gestis et scriptis ac doctrina Sti Tomae Aquinatis, dissertationes criticae apologeticae*, cit. e comentado por MALACOLA, *Le teorie politiche di San Tommaso d'Aquino*, Bolonha, 1912. Cf. GIERKE, *Political theories of the Middle Age* transl. by Maitland, Cambridge, 1913, pág. LXVI, n.º 39.

(3) GIERKE cit. n.º 45.

te ⁽¹⁾ é o célebre livro do mesmo título — *De regimine principum libri III*, composto após 1280 por um discípulo de S. Tomás, Aegidius Romanus ou Aegidius Colonna. D. Pedro chama à obra «liuro do regimento dos príncipes» e ao autor «frei gil de Roma», nome por que entre nós era correntemente designado o famoso escritor.

O *De Regimine Principum* de Egidio Romano foi, como o de S. Tomás, composto para educação d'um príncipe e teve, mais ainda do que aquele, larga e duradoira divulgação, sendo logo no século XIII traduzido para francês ⁽²⁾ e depois disso vertido para várias línguas. O próprio Infante D. Pedro o tirou do latim em linguagem ⁽³⁾. Encontramos exemplares desta obra nas livrarias dos monarcas portugueses do século XV ⁽⁴⁾, e sabemos que já era freqüentemente lida na câmara de D. João I, o qual também, segundo Azurara ⁽⁵⁾, a citou aos seus cavaleiros, quando da tomada de Ceuta. Nos nossos escritores

(1) Ed. per Simon. Belivaquam, Venet. 1498.

(2) Vid. *Li livres du gouvernement des rois*, ed. by DR. MOLENAER, Nova York, Macmillan, 1899.

(3) RUI DE PINA, *Crónica de El-rei D. Afonso V*, cap. 125.

(4) SOUSA, *Provas da Hist. Geneal.*, I, p. 544; AZURARA, *Crónica da conquista da Guiné*, cap. 56; SOUSA VITTEIRO, *A livraria real, especialmente no tempo de D. Manuel*, in *Arquivo Histórico Português*, II, pág. 413.

(5) *Crónica do Conde D. Pedro*, cap. 8.^o

de quatrocentos aparece o tratado de «frei Gil» freqüentemente citado; D. Duarte refere-se-lhe de continuo no *Leal Conselheiro* e grande parte do prólogo de Fernão Lopes à *Crónica do rei D. Pedro* é quasi textualmente traduzida duma passagem de Egidio (liv. I, cap. XII) ⁽¹⁾.

Quanto à terceira obra — o liuro do comuñ fallamento das cousas que a todollos stados perteeceem que foy ordenado per frey Iohão de galez — é manifestamente o *Communiloquium* de Joannes Galensis (Gvallensis, Valensis, Valleis), escritor inglês, da ordem dos franciscanos, que viveu em meados do séc. XIII ⁽²⁾.

É tempo de penetrarmos na análise da doutrina.

Como observação prévia cumpre acentuar que o Infante se não propôs escrever um tratado de sciência política, mas sim um tratado das *bemfeitorias*, embora, como já dissemos, tivesse em especial atenção a educação dos príncipes. Não temos pois de estranhar que

(1) Observação já feita por COSTA LOBO in *O Rei (Anais das Bibl. e Arquivos*, II, p. 91).

(2) Vid. J. ALBERTI FABRICII LIPSIENTIS, *Bibl. lat. mediae et infimae aetatis*, vol. III, (1764), pág. 109; HAIN, II, pág. 432; GRÖBER, *Latin. Literatur von der Mitte des 6. Jahrh.* (Grundriss der Röm. Phil., II. Bd., I. Abt.) 215.

os diversos problemas fundamentais da ciência política do tempo sejam versados com desigual desenvolvimento, e sempre subordinados à ideia e ao plano gerais da obra.

O poder público reveste no *Tratado* de D. Pedro variadas designações, tais como *poderio*, *governança*, *regimento*. A expressão mais usada, e que é a mais harmónica com as concepções políticas da época, é a de «*senhorio*», que o Infante define como «propriedade excellente que poem mayoria em o que o tem em respeito de alguma soieycom que outrem sporta». Assim definido, o senhorio parece abranger o próprio domínio sobre o servo, mas já vamos ver que o Infante os distinguia nitidamente. Quando D. Pedro fala de «senhorio», «governança» ou «mayoria», entende o poder político, o qual, de resto, não é exclusivo apanágio do rei, pois todos os «senhores» exercem nos seus domínios e sobre os seus vassallos um poder semelhante, embora subordinado ao senhorio do príncipe.

Tal poder donde provem? Qual a origem do «senhorio»?

«*Non est potestas nisi a Deo*», tal fôra o ensinamento de S. Paulo na sua Epístola aos Romanos (XIII, 1); e não temos que estranhar que D. Pedro perfilhe sem vacilar esta doutrina essencial. É de Deus que todo o poder provem, e portanto também o senhorio

temporal que os príncipes exercem. A certa altura do seu tratado transcreve mesmo, traduzindo-a, a passagem famosa: «Toda alma seja sobiecta aos príncipes mais excellentes *que nom seia poderyo que nom proceda de deos...*»

Tal, com efeito, a verdade fundamental, em torno da qual se reunia a unanimidade das opiniões; quando se tratava, porém, de interpretá-la, de desenvolvê-la, começavam as infundáveis discussões...

Vago e oscilante como era ao tempo o alcance atribuído às palavras do Apóstolo, não seria razoável exigir do nosso autor uma concepção nítida e precisa, tanto mais quanto é certo (e cumpre não o esquecer) que estes temerosos problemas não foram por êle versados *ex professo*, com o propósito de se arregimentar neste ou naquele campo, neste ou naquele partido. Vejamos, em todo o caso, até que ponto poderemos fixar os contornos da sua doutrina.

Há na obra prima de Santo Agostinho uma passagem (*De Civ. Dei*, XIX, 15) que durante toda a Idade Média foi muito meditada e comentada, tendo exercido, directa ou mediatamente, influência em muitos espíritos. É aquela em que o autor recorda que os nossos primeiros avós apenas governavam os animais irracionais, e explica que Deus não quis que o homem fôsse dominado pelo homem: «*Ra-*

tionalem factum ad imaginem suam noluit nisi irrationalibus dominari: non hominem homini, sed pecori». Esta mesma ideia aparece ainda noutra obra do mesmo Doutor (*De Doctr. Christ.*), onde há um passo (I, 23) que é uma diatribe contra os homens que teem o desejo e a pretensão de dominar os seus semelhantes: «tal desejo, exclama êle, é uma intolerável soberba — *intolerabilis animi superbia* ».

Parece que desde cedo foi interpretada — e, a nosso vêr, com razão ⁽¹⁾ — a palavra « *dominari* » empregada por Santo Agostinho como abrangendo, não só o domínio do senhor sobre o servo, mas também o poder político sobre os homens livres. Assim, S. Gregório Magno, que parece ter-se inspirado directamente em Santo Agostinho, repete (*Exp. Mor. in Job*, XXI, 15; cf. XXIV, 25) que a natureza não atribuiu poder ao homem sobre os outros homens — « *Homo quippe animalibus irrationalibus, non autem ceteris hominibus natura praelatus est* », — sendo em todo o caso de notar que, por outro texto do mesmo autor (*Ep.* V, 59), se reconhece que a passagem acima

(1) SANTO AGOSTINHO, na citada passagem do tratado *De Civ. Dei*, acrescenta: *Inde primi iusti pastores pecorum magis quam reges hominum constituti sunt...*. Apesar disto, SUAREZ (*De Opera Sex Dierum*) optava pela interpretação restritiva. A questão é certamente discutida nos *Augustinische Studien* de REUTER, que infelizmente não podemos consultar.

indicada se refere apenas ao poder coercivo, e não ao meramente directivo: êste existe necessariamente onde existe uma sociedade, e até entre os anjos o vamos encontrar sob a forma duma verdadeira hierarquia (*gradus diversi et ordines distincti*).

Esta opinião, embora pareça à primeira vista inconciliável com a afirmação capital de que todo o poder emana de Deus, não implicava por forma alguma, da parte dos seus defensores, a rejeição desta verdade proclamada pelo apóstolo S. Paulo. Nenhuma dúvida podia existir de que o poder político vinha de Deus. Aqueles que se obstinavam em ensinar que Deus não quisera tal espécie de poder conciliavam as duas ideias explicando — como já, dois séculos antes, S. Ireneu (*Adv. Haer.*, V, 24) — que o poder coercivo não podia existir no estado de inocência, mas que em todo o caso era uma criação divina, no sentido de que Deus o fornecera aos homens como remédio indispensável para o pecado — *ut etiam sic insinuaret Deus... quid exigit meritum peccatorum* (S. Agostinho, *De Civ. Dei*, XIX, 15. Cf. S. Agostinho, *Quar. Prop. ex Ep. ad Rom.*, 72; S. Gregório Magno, *Exp. Mor. in Job*, XXI, 15; S. Ambrosio, *Ep.* XXXVII, 8; S. Isidoro de Sevilha, *Sentent.*, III, 47). Êste modo de ver — o qual talvez possamos entroncar na tradição estoica relativa ao estado de

natureza ⁽¹⁾ — desempenha um papel importante na evolução da doutrina política medieval, constituindo uma corrente de pensamento assás divulgada, e chegando mesmo a atingir nalguns escritores, dos quais o primeiro foi o papa Gregório VII (*Registrum*, VIII, 21. Cf. IV, 2), formas extremas e arrojadas ⁽²⁾.

Em todo o caso, a grande maioria dos escritores não aludia à origem pecaminosa do poder, limitando-se a repetir a sentença do Apóstolo: *non est potestas nisi a Deo* ⁽³⁾.

Sobre este primeiro corpo de doutrina, produto da sistematização levada a cabo pelos comentadores dos Santos Padres ⁽⁴⁾, veio, como é sabido, exercer-se, a partir da segunda metade do século XII, a influência poderosa da filosofia de Aristóteles, cujas obras completas começaram então a introduzir-se no Ocidente, primeiro por intermédio dos muçulmanos da Espanha, depois por obra dos Cruzados, por tal forma que, no meado do século XII, «the greatest work which the human

(1) É a opinião emitida por CARLYLE, *ob. cit.* I, pág. 127 — Vid. SENECA, *Ep.* XIV, 2.

(2) Vidê as citações em CARLYLE, III, p. 94-99 e GIERKE, nota 16. Cf. notas 101 e 137.

(3) Vidê as citações em CARLYLE, III, p. 100-104 e em GIERKE, nota 15.

(4) Para esta primeira camada (anterior à influência da filosofia aristotélica) o guia mais completo e seguro é hoje a obra de CARLYLE, por nós constantemente citada.

reason had yet produced was before the philosophers of the time» ⁽¹⁾.

A tarefa dos escolásticos era d'ora avante combinar e fundir os dois grandes sistemas, e desta missão, cuja realização marca a última e mais perfeita forma da escola, é S. Tomás de Aquino a figura mais representativa. A sua obra, e sobretudo a sua doutrina política, é, com efeito, «the reconciliation of St. Augustine and Aristotle» ⁽²⁾.

Profundamente influenciado pelo Filósofo, o autor da *Summa*, tanto nessa colossal enciclopédia teológica como noutras obras, e designadamente no *De Regimine Principum*, insiste particularmente sobre o carácter *natural* da sociedade política. O homem é «*animal sociale et politicum*». A sociedade requiere necessariamente «*aliquid regitum*» (*De Reg. Princ.*, I, 1). É neste sentido que o grande mestre da Escola por sua vez proclama não haver poder que não derive de Deus.

Abordando o melindroso assunto da existência ou não existência do poder (*dominium*) no estado de inocência, S. Tomás faz a distinção entre o *dominium servile*, isto é, a servidão, que seguramente em tal estado não podia

(1) DUNNING, *Political theories — Ancient and Mediaeval* (Nova York, 1913), pág. 130.

(2) DUNNING, pág. 191.

existir, e o *dominium politicum*, que apenas importa uma direcção necessária ao bem comum, e que por isso tem de existir onde houver sociedade (*Sum. Theol.*, I, q. 96, a. 4).

Ora na parte da sua obra em que mais determinadamente se refere ao problema (II, 16: *Em que se mostra que aos príncipes somos obrigados*, etc.), o Infante D. Pedro começa justamente por apresentar a distinção de S. Tomás entre o *dominium politicum* e o *dominium servile*, citando para tal efeito a «nonagesyma sexta questom da primeyra parte da soma theologal»: o primeiro, como bem se demonstra na *Summa*, existiria entre os homens mesmo que vivessem no estado de inocência, o segundo não existiria se não houvessemos pecado.

Mas D. Pedro interpreta o *dominium politicum* de S. Tomás como um poder meramente directivo, em harmonia com a passagem de S. Agostinho em que se diz que «Os Iustos nom com deseioso poderio de sse asenhorar; mas por officio de conselharem teem mayoria sobre os outros». Sendo assim, entre esta espécie de domínio e o domínio servil, entre «aquestes dous modos que som extremidades» figura «hun senhorio que he meo antre os dous sobredictos, nem tras em sy tanta liberdade, como o primeyro; nem tanto sojugamento como poem o segundo». Este é o

poder político coercivo ou pròpriamente dito, aquele de que usam os príncipes e demais senhores que teem «governança» ou «mayoria»

Como apreciar esta espécie de poder? Poderemos realmente dizer que vem de Deus? Se vem, como se compreende que só apareça após o pecado? Fundar-se há na natureza ou será uma torpe invenção dos homens?

Neste ponto essencial, o Infante D. Pedro, para quem era familiar a leitura da *Cidade de Deus*, compraz-se em reproduzir o seu ensinamento. O homem, emquanto viveu no Paraíso, viveu «seguro de toda myngua», sem cansaço nem tristeza, sem temor nem cobiça. Mas, desde que decaíu dêste estado e «cobrou maleza», logo as paixões se desencadearam e com elas surgiu a pretensão de governar sobre o seu semelhante. Viu-se então uns aos outros forcejarem por se subjugar, impondo a sua vontade às vontades contrárias. Uns o fizeram «per boõ entender»; outros «per boõs feytos em armas» ou defendendo de seus adversários o povo com que se juntaram; uns foram proclamados chefes por aqueles a quem haviam feito proveito e, com o decorrer do tempo, neles se fortaleceu o direito de governar e no povo o de lhes obedecer; outros muitos «asoccederom de sua linhagem»... Assim desapareceu do mundo a «ygualleza»,

assim se implantou e generalizou o «senhorio». *E assy* — conclui o Infante, condenando a doutrina de S. Agostinho — *o senhorio que por azo do pecado começou em o mundo he ia tornado em natureza*» (II, 16. Cf. III, 2).

Temos pois que o poder político aparece aos olhos do Infante como um facto *natural*, «he fundado em natureza», conquanto se possa dizer que «em stado naturall somos [todos] yguaaes» (II, 9). Dada a corrupção actual da humanidade, nada mais manifesto do que a necessidade do governo: «a policia do mundo perecera, se o stado cavalleyroso dos rrex, e dos principes, e dos outros senhores a nom governara» (III, 4).

Eis como o autor da V. B. demonstra a necessidade e a legitimidade das sociedades políticas, daquilo a que é costume chamar-se, entre os tratadistas, o poder *em abstracto*: vejamos agora qual a origem por êle atribuída ao poder *em concreto*, ou melhor, como êle legitima a autoridade dêste ou daquele príncipe, dêste ou daquele senhor. O poder, assim considerado, provirá ainda de Deus? e só de Deus?

Que ainda neste sentido o Infante apela para o origem divina, parece-nos evidente. Tanto na B. V. como na carta escrita de Bruges aparecem por várias vezes frases como

estas: «poderio que vos Deus deu» (Carta); «por esto lhe [=lhes, i. é. aos principes] outorgou deos o Regimento» (V. B. II, 9). Por elas se vê que — sem, aliás, querer aludir a uma *designação* feita directamente por Deus em benefício de certas pessoas, — o Infante interpretava as palavras de S. Paulo como envolvendo uma *dada* ou *outorga* do poder do príncipe.

Esta idea, que por ser vagamente formulada não deixa de ser radicada, e que é preciso não confundir com a teoria rígida do direito divino, transparece mais ou menos claramente em todos os escritos medievais⁽¹⁾; mais ainda: faz parte do pecúlio intelectual da época, achando-se sem dúvida difundida na própria consciência popular, o que explica a inteira aceitação que tinham certas cerimónias, como a da unção, e certas fórmulas, como «rei por graça de Deus». Entre nós, além das muitas passagens recolhidas pelo Snr. GAMA BARROS (I, pág. 80), vemos o *Regul. da Casa da Suplicação* (*Inéditos da Acad.*, t. III), fabricado pela mesma altura da obra que estamos analisando, chamar ao rei, segundo a expressão tradicional, «vigario de Deus».

Tal idea não implicava porém a crença de

(1) CARLYLE, *passim*; GIERKE, *notas* 104 e 120.

que os reis possuissem normalmente o poder por efeito duma expressa escolha ou designação divina. Pelo contrário, através da Idade Média, tanto da parte dos defensores do Papado como (embora em menor grau) por parte dos seus antagonistas, e por virtude de causas que procuraremos indicar sucintamente, fôra-se cada vez mais desenvolvendo uma concepção *humana* do poder político, sendo notável a predilecção pelo princípio da origem *popular*.

Com efeito, se a princípio alguns dos grandes pensadores cristãos manifestaram uma certa tendência para a doutrina do direito divino, depois, com o volver dos tempos, esta corrente cede visivelmente o passo a outros modos de vêr, mais consentâneos aos interesses da Igreja. Esta assumira as proporções prodigiosas que a tornam um exemplo único na história, e depressa se convenceu de que a sua independência e supremacia eram condicionadas pelo correlativo enfraquecimento do poder temporal — de que era aos reis, e não aos papas, que convinha defender a teoria do direito divino da realeza. É assim que no século XI Hincmar de Reims, retomando o pensamento de S. João Crisóstomo — o qual já distinguira nitidamente o poder em abstracto do poder em concreto —, declama contra os que sustentam que os reis só respondem pe-

rante Deus — «doutrina blasfema e cheia de espírito diabólico!» —; e não há dúvida de que a doutrina do famoso arcebispo traduzia o ponto de vista dominante no seio da Igreja de Cristo.

Do outro lado, é certo, os paladinos do poder civil insistiram vastas vezes no carácter divino da realeza, tirando desta idea conclusões extremas que muito comprometiam as pretensões da Igreja; não pode, todavia, dizer-se que, duma maneira uniforme e sistemática, opusessem à tese do poder civil de natureza humana a tese do poder civil de origem exclusivamente divina.

É que a história é mais complexa do que se afigura a certos espíritos amigos da simplicidade, e às forças que impeliam os adversários do Papa no sentido de acentuar a doutrina do direito divino outras forças vinham contrapor-se que não deixavam expandir livremente essa tendência. Se aos detentores do poder civil interessava escudarem-se com o prestígio duma origem sobrenatural, também lhes não era indiferente invocarem como título da sua autoridade a vontade dos seus súbditos. Daí resultava que — sem, aliás, duma banda nem doutra haver uma teoria assente e definida —, enquanto os fautores do Papado vacilavam entre a origem popular e a origem divina através do pontífice, os seus adversá-

rios oscilavam entre a origem directamente divina e a origem popular.

Este último conceito, assim invocado por ambos os combatentes, tinha, de resto, na tradição doutrinal e no passado histórico da Europa, sustentáculos assás fortes para não poder ser facilmente aniquilado; as próprias circunstâncias da época em grande parte o favoreciam.

As sociedades políticas formadas em seguida às invasões germânicas haviam guardado mais ou menos vivo o princípio democrático da eleição do príncipe: nalgumas, e designadamente no Sacro Império, esta regra manteve-se em toda a efectividade; noutras, embora suplantada na prática pelo sistema da hereditariedade (ou pelo da designação do sucessor), conservou-se como um princípio teórico para o qual se apelava quando se pretendia legitimar a posse da coroa, e cuja persistência virtual se traduzia no juramento recíproco que era de uso prestarem, no início de cada reinado, o monarca e a nação. Pelo seu lado, os graves glosadores do *Corpus Iuris Civilis*, desenterrando o fragmento célebre em que Ulpiano se refere à *lex de imperio* (*lex regia*), fizeram reviver uma doutrina querida de Cícero e dos jurisconsultos romanos — a de que a autoridade do imperante tem a sua fonte numa concessão de *populus*. Final-

mente, as próprias concepções feudais, que é de uso figurar em bloco para as contrapor às dos legistas, favoreciam até certo ponto a idea democrática, porquanto as relações entre o senhor e o vassalo eram relações contratuais, e esta contratualidade corrigia a tendência do sistema feudal para a dedicação pessoal e para a lealdade incondicionada.

Esta idea, que na filosofia política da Idade Média tem uma tão capital importância ⁽¹⁾, que pode mesmo ser considerada, com CARLYLE, «the main principle of mediaeval political society», aparece pela primeira vez sob uma forma definida num escritor do século XI, um intransigente defensor de Hildebrand, Manegold de Lautenbach; mas, como bem observa CARLYLE, a passagem célebre em que aparece nítida a idea dum pacto entre o povo e o príncipe (*Ad Gebehardum*, 47) não é apenas o resumo das opiniões políticas do próprio Manegold, mas sim a condensação duma idea muito divulgada — «the crystallisation of a movement of political thought» ⁽²⁾ — e vamos mais tarde encontrá-la, exposta com maior amplitude, nas obras mais características da litera-

(1) Encontramo-la, com efeito, com maior ou menor amplitude, nas obras mais notáveis da literatura política deste período. Vld. as citações em GIERKE, nota 138. Cf. DARR, *Könige*, VI, pág. 526. 2.ª ed.

2) CARLYLE, *ibid.*

tura política medieval ⁽¹⁾. Ainda mesmo naqueles autores que não salientaram o carácter bilateral d'este *patrum subjectionis*, nem as suas conseqüências relativamente ao direito de deposição, a idea da sujeição voluntária, do reconhecimento popular, como fonte, ou ao menos como condição imprescindível de legitimidade do poder, aparece constantemente: torna-se, como diz GIERKE ⁽²⁾, um axioma filosófico.

Pode de facto o poder d'este ou aquele príncipe ter o seu início, ou a origem da sua expansão, numa conquista ou noutra forma violenta e arbitrária, mas, para que surgisse um justo título a legitimar tal autoridade, era necessário, como acentua GIERKE ⁽³⁾, um expresso ou tácito consentimento do povo.

Não estava, de resto, por forma alguma esta verdade em contradição com o axioma da origem divina do poder: alguns autores procuraram mesmo, mais ou menos consciencientemente, uma conciliação, descrevendo o povo como um «*instrumentum*» da divindade (*imperium a Deo per homines*), como inspirado por Deus (*populo faciente et Deo inspirante*),

distinguindo entre a causa remota e a fonte imediata, etc. ⁽¹⁾.

Não será demais recordar que os acontecimentos da nossa história e a lição das nossas tradições jurídicas, longe de contrariar, favoreceriam notavelmente o desenvolvimento destas tendências doutrinárias.

Durante a dominação visigótica observa-se que, não obstante a tendência para consolidar de facto o sistema da hereditariedade, se mantêm o princípio da eleição, sancionado nos concílios toledanos e indirectamente na *Lex Visigothorum*, alegado e posto em prática não raro pelos monarcas em circunstâncias melindrosas, e revelado na solenidade do juramento. Depois, nas monarquias cristãs donde se destacou a nossa nacionalidade, e ainda através da nossa história, o princípio da hereditariedade radica-se gradualmente no costume, e acaba por consolidar-se, mas o princípio teórico da origem electiva do poder mantêm apesar de tudo o seu prestígio. É assim que mais dum monarca, não devendo de facto a corôa a uma eleição, declara solenemente ter recebido o seu trono de Deus e dos seus fiéis. Além disso, celebram-se com freqüência as cerimónias do juramento do sucessor da corôa

(1) Vide as citações em GIERKE, nota 138.

(2) GIERKE, pág. 40 (da trad. MAITLAND).

(3) GIERKE, pág. 40.

(1) Vide as citações em GIERKE, notas 140 a 141.

e da aclamação do novo rei, cerimónias às quais correspondia, da parte do príncipe, a promessa tradicional de reger o reino com justiça e guardar os seus foros e costumes. Finalmente, quando não houvesse quem pudesse invocar legitimamente o direito de sucessão para ocupar o trono, a nação reunida em côrtes procedia de facto à eleição do rei—como acontecera ainda havia pouco, em 1385, por ter sido declarada vaga a corôa após a morte de D. Fernando: o pai de D. Pedro fôra um monarca eleito (1). Por tudo isto não é de estranhar que todas estas ideias, ou pelo menos o essencial delas, nos surja nas páginas eruditas da *Virtuosa Bemfeitoria*.

Se todo o poder vem de Deus, não quer isto dizer que os reis possuam normalmente o poder por efeito de uma escolha ou designação divina — «per expressa comissom deuy-nal», como aconteceu com David e outros príncipes da antiguidade. Neste ponto o áutor é, mesmo, bem explícito, acentuando (II, 18) que essa «*expressa comissom*» constitui uma excepção e que outros são os modos por que mais frequentemente se recebe o senhorio.

(1) Todos estes pontos estão, como é sabido, magistralmente versados pelo Sr. GAMA BARROS na sua *Hist. da Adm. Pública*, vol. 1, pág. 626 e 33, e *passim*. Digno de consulta é também o erudito trabalho de COSTA LOBO — *O Rei* — publicado póstumo nos *Anais das Bibliotecas e Arquivos*, vols. I e II.

Dêsses modos menciona D. Pedro três: as «*eleycões*», por meio das quais as comunidades recebem os príncipes por chefes, «*outorgando-lhe certo poderyo*», as heranças e as conquistas.

Levando um pouco mais longe ainda a nossa análise, reconheceremos que no pensamento do Infante uma coisa se exige sempre, senão como fundamento, ao menos como condição da legitimidade do poder: esse requisito é o voluntário consentimento do povo. Se os príncipes devem promover o bem dos seus súbditos, é porque «*por esto lhe outorgou deos o Regimento, e os homees conssentirrom que sobrelles fossem Senhores*» (II, 9. Cf. II, 22: «*non usará de crueldade [o príncipe] com aquelles que pera sua defensom lhe derom a spada*»). Tal é — e aqui o pensamento do Infante assume uma coloração feudal — o sentido da vassalagem que o povo presta ao senhor, na qual se envolve um voluntário compromisso de obediência: «*E por este cuydado que elles [senhores] teem, outorgou-lhes o poboo obediente sobieccom fazendo vassalagem porque he obrigado a lhe manteer lealdade*» (II, 16).

Vê-se pois que, perfeitamente integrado no pensamento medieval, o autor apela simultaneamente para a «outorga» da Divindade e para a «outorga» — ou, pelo menos, para o

consentimento—do Povo. Sem o concurso dessas duas entidades não se conceberia a legitimidade do senhorio, e por isso (embora êle o não diga expressamente) a vontade do povo deve supôr-se ao menos tácitamente manifestada, ainda no caso de o rei obter o poder por herança ou por conquista.

Mais não é lícito avançar. Saber como estas duas forças se combinam, qual é rigorosamente o papel da Divindade e em que sentido se produz a intervenção popular, são problemas espinhosos cuja subtileza já ao tempo tentara—e sobretudo havia de tentar mais tarde ⁽¹⁾—a argúcia dos pensadores da Escola e dos vigorosos polemistas da Igreja e do Estado, mas que D. Pedro não chega a abordar.

Examinada a questão fundamental da origem do poder político, vejamos agora qual o seu conceito, ou, talvez mais rigorosamente, qual a sua função e, conseqüentemente, quais os seus limites.

Quando tratámos do poder em abstracto, vimos que na concepção dominante, êste era um facto natural, um resultado necessário do estado actual da humanidade: «a policia do

(1) Vidê o nosso *Suarez, jurista*, pág. 19 e seg.

mundo perecera, se o stado cavalleyroso dos rrex, e dos principes e dos outros senhores a nom gouernara». O mesmo é dizer que o govêrno tem por fim o bem da comunidade, e tal era com efeito a idea dominante no pensamento medieval.

S. Tomás escreveu (Opusc. 40—*De regimine judaeorum*, cap. 6) que os principes são instituídos por Deus, não para que procurem o seu próprio beneficio, mas sim para que promovam a utilidade comum—*commune utilitatem*—, e o continuador do *De Regimine principum* formulou o mesmo conceito no aforismo célebre, tantas vezes citado e parafraseado: *regnum non est propter regem, sed rex propter regnum* (III, cap. 11).

Dai o aproximarem, como faz o autor dum outro «*De regimine principum*», Engelbert de Volkersdorf (V, cap. 9), a «*procuratio reipublicae*» da «*tutela pupillorum*», visto ambas terem sido creadas «*ad utilitatem eorum qui commissi sunt, et non eorum qui commissionem susceperunt*». Dai também o considerarem o poder, não como um mero direito, mas principalmente como um dever ou officio—*officium, ministerium*: o príncipe é *minister populi, publicae utilitatis minister*. Nele podemos distinguir uma dupla personalidade: a do príncipe qua tal (*tamquam princeps*) e a do príncipe como simples particular (*tamquam Titius*,

tamquam homo): «*Loco duarum personarum rex fungitur*», diz claramente Baldo (*Cons.* III, 15, 5). É na primeira qualidade, e em virtude da função que lhe incumbe — do *trust* de que ele é suporte, como diria um jurista inglês — que ele tem o direito de lançar impostos dentro dos limites das necessidades do povo (1).

Mas a consequência mais importante, e mais vezes posta em relêvo na literatura política medieval, é a distinção entre o rei ou príncipe propriamente dito e o tirano — distinção que se torna comum sobretudo a partir de Hincmar (2). A própria palavra *rex*, derivava de Santo Isidoro de Sevilha a *regendo* (*Ety-mol.* IX, 3): rei é o que rege rectamente (*recte*), conforme o antigo provérbio «*Rex eris si recte facies, si non facies, non eris*».

A ideia esboça-se já na literatura antiga. Séneca no «*De Clementia*» (I, 1 a 7) aconselha os príncipes a usarem benévola e do seu poder, e sob uma outra forma Cícero dissera que uma comunidade, para merecer verdadeiramente este nome, devia ter como vínculo unificador *juris consensus et utilitatis*

communio: «onde o governo é injusto, não existe um Estado» (*De Republica*, I, 25-42 e III, in S. Agostinho, *De Civit. Dei*, II, 21). O próprio provérbio referido por Santo Isidoro é uma antiga fórmula usada pelos romanos nos jogos infantis — *Rex eris si recte facies* —, à qual alude Horácio numa das suas Epístolas (I, 1, v. 59 e 60). Cícero não fazia, de resto, mais do que seguir um pensamento essencial de Aristóteles: que a legitimidade duma forma de governo é determinada pelo seu fim.

Sem dúvida, outras passagens da filosofia grega e romana se poderiam citar, mas é ine-gável que, embora não fôsse nova, a ideia em questão adquiriu uma muito maior profundidade na literatura política cristã. Já S. Paulo, numa passagem célebre da *Epistola aos Romanos* (XIII, 1-7), indica claramente que é o justo fim do Estado que lhe imprime um carácter sagrado — *nam principes non sunt timori boni operis, sed mali*, etc., e este pensamento tornou-se desde cedo um dos predilectos dos escritores da Igreja. O espírito cristão presta-lhe uma coloração inédita. A ideia da Divindade domina sempre o raciocínio do filósofo. Foi para que o príncipe governasse rectamente que Deus o instituiu: como ministro de Deus na terra, ele deve premiar os bons e castigar os maus.

(1) Podem ver-se muitas citações em GIERKE, notas 123 e 124.

(2) Citações em GIERKE, nota 126. Vld. também DUNNING, *Political theories, ancient and mediaeval*, pág. 178, n.º 2, e CARLYLE, I, pág. 161 e seg. e II, pág. 150.

No fim do séc. IV, com S.^{to} Ambrósio (*De officiis*, I, 28 e II, 19. *Exp. Ev. S. Lucas*, IV, 5. *Ep.* XL, 2), o raciocínio em questão aparece já bem nítido e desenvolvido, mas é sobretudo com S.^{to} Isidoro—cuja distinção entre rei e tirano se tornou um lugar comum da literatura medieval—que ele atinge uma verdadeira perfeição (*Etymol.*, IX, 3 e 4; *Sententiae*, III, 47 e 33).

Não se trata já dum conselho, duma regra de moral política, mas duma verdadeira concepção jurídica, expressa sob várias formas e fértil em consequências.

Entre os deveres que incumbem ao rei salienta-se o de ministrar justiça: tal é a sua missão principal. Por isso também—acrescentam muitos—o rei deve governar segundo a lei, é escravo dela: o exercício do poder *secundum legem* é a pedra de toque do verdadeiro rei, o que, segundo muitos autores medievais, o distingue do tirano (1).

Reportando-nos à Península, não é difícil encontrar nos escritores doutrinação idêntica.

Assim, para só citar um exemplo, uma das mais antigas produções da literatura teológico-política dêste período—o *De Planctu*

(1) Muitas citações em CARLYLE, sobretudo no vol. III, pág. 106 e 125; e em GRISWOLD, n. 125, 126, 257—269 e 310.

Ecclesiae do português Alvaro Pais (1)—reproduz e comenta a passagem famosa de Santo Isidoro, e insiste longamente em distinguir o tirano do verdadeiro rei: êste procura realizar o bem comum do seu povo, aquele o seu interesse pessoal (2). Se o governo dum rei é o melhor de todos, o dum tirano é o pior (3). As mesmas ideias reaparecem no *Crestidá* do bispo Ximenez, no *Speculum vitae humanae* de Sanchez de Arévalo, no *De optima politica* de Afonso de Madrigal, e mais ou menos explicitamente em todas as obras dêste período (4).

A ideia do *officium regis*, do rei governando *propter regnum*, encontra-se também expressa nos próprios monumentos legislativos peninsulares, cuja feição literária e erudita é tão interessante. O Concílio IV de Toledo (633), presidido por Isidoro de Sevilha, acolheu a doutrina dêste Santo Padre—em parte até pelas mesmas palavras—, fulminando de excomunhão os reis que tiranizassem o seu povo (canon LXXV). O chamado *Titulus Primus*

(1) Ulm, 1474. Servimo-nos da edição de Veneza, 1560. A obra foi escrita originariamente desde 1330 até 1332 e corrigida em 1335 e 1340, como se infere das próprias declarações do autor.

(2) Parte I, cap. 57, fl. 57 da ed. de Veneza.

(3) Parte I, cap. 62, fl. 69 v.

(4) Vid. HINOSA, cit. *Influencia que tuvieron...* p. 69 e ss., e COSTA LOBO, cit. *O Rei*, pág. 97.

do Código Visigótico reproduz, com poucas alterações, a conhecida passagem das *Etimologias* em que Isidoro parafraseia o antigo aforismo «*Rex eris si recte facies...*» (cap. 1.^o), bem como a referida passagem do Concílio Toledano (cap. 3.^o) (1).

As *Partidas*, não obstante traduzirem uma tendência bem marcada para o robustecimento do poder real, submetem o monarca às leis e à justiça (I, 1, 4; II, 1, 7; II, 1, 1) e formulam a distinção entre rei e tirano (II, 1, 10). O mesmo código enuncia a doutrina curiosa de que os súbditos devem impedir o rei de fazer qualquer coisa que redunde em dano seu ou do rei: «y esto — acrescenta — se hace de dos modos: por consejo y por obra. Los que le dejan errar á sabiendas, merecen pena como traidores» (II, 13, 25).

A idea de que reinar é um officio — aquele difficil «officio de rei» para o qual, poucos annos volvidos sobre a Virtuosa Bemfeitoria, o confessor de D. Duarte, Fr. Gil Lobo, lhe — que acordasse! — apparece bem nítida no Romanceiro peninsular, bem como a de que

êsse officio tem por objecto promover o bem do povo (1).

No hay folgarse entre los Reyes — que nunca los reyes fualgan
Cuidando el pro de sus reinos — y haciendo en los lueñes guerra (2)

Buen rey, faced vuestra guisa, — contestó el Cid sosegado,
Que yo tengo hecho mi officio — como caballero honrado (3)

Rei que não faz justiça não merece ser rei:

Rey que no hace justicia — no debia de reinare... (4)

Non debia de ser rey, — bien temido y bien amado
Quien fallece en la justicia — y esfuerza los desacatos (5).

Vai mais longe a musa popular, pois considera o rei como um mercenário — «La soldada que le damos... ¡Guay de nos que lo pagamos!» (6), e faz depender do procedimento do rei a obediência do povo. Chéga até — facto digno de notar-se — ao direito de insurreição e à simpatia pelo tiranicídio (7).

Notemos mais uma vez a cerimónia do ju-

(1) Vid. JOAQUIM COSTA, *Estudos Jurídicos*, cap. I, (sign. pág. 56 e ss.) e II. Alguns dos romances citados são decerto posteriores à obra do Infante, mas citamo-los por traduzirem um modo de sentir tradicional.

(2) Romanceiro de DURAN, n.º 825.

(3) Ibid. 816.

(4) Ibid. 733.

(5) Ibid. 736.

(6) Coplas de MINGO REVULGO.

(7) Vid. as passagens citadas por J. COSTA, *loc. cit.*

ramento, prestado pelos monarcas, de manterem o reino em justiça e respeitarem os foros da nação, e evoquemos por último certas anedotas tradicionais bem conhecidas, como aquela, tão expressiva, do «senão, não», atribuída, entre nós, aos conselheiros de Afonso IV...

Devemos porém advertir que estas consequências das premissas democráticas, que na literatura popular vão até à legitimação do tiranicídio, não constituem de modo algum uma doutrina corrente e geralmente aceita na doutrina da Idade Média. É certo que a regra fundamental de que o rei devia promover o bem dos seus súbditos — pois para tal lhe fôra dado o regimento — não era considerada como um puro preceito ou conselho moral. Já GIERKE ⁽¹⁾ observou com perspicácia que, quanto não fôsse nítida a diferença entre a esfera da ética e a do direito natural, a literatura política da idade média distingue suficientemente os conselhos ao príncipe, a «regia instrução» — tema predilecto dos escritores — das normas consideradas como jurídicas e que como tais se impõem ao governante.

Resta porém saber se tais regras poderiam

ser efectivadas mediante um processo coercivo. Ora, a êste respeito, muitos escritores negavam ao povo qualquer direito de resistência. O rei apenas perante Deus responderia pelos maus actos que praticasse, pelo mau uso que fizesse do seu «ofício».

A princípio, tal foi a doutrina unânime; nem isto admira, se nos lembrarmos de que a literatura política vivia principalmente da tradição patrística, onde o direito de resistência não encontrava aceitação. Depois, à medida que se foi desenvolvendo (como acima mostramos) a idea democrática, com ela foi surgindo, ao lado e em opposição à corrente favorável aos reis, a doutrina de que o rei que faltasse aos seus deveres para com o povo deveria ser deposto. Traduzida a princípio em factos — haja vista, logo no século IX, a deposição ou abdicação de Luís o Pio —, a breve trecho foi abrindo caminho, e decerto já em 859 estava radicada em muitos espíritos, como se vê dum *Libellus proclamationis* de Carlos o Calvo *adversus Wenilonem* ⁽¹⁾.

Como o princípio aproveitava, por motivos diversos, tanto aos povos como à Igreja — a qual pretendia abranger sob a sua autoridade

(1) Ob. cit. trad. cit. pág. 85 e nota 293: «There still was life in the notion that a duty of the State... was legal duty».

(1) Cap. 3 ap. *Mon. Germ. Hist. Leg. sect. II, vol. II, n.º 300* Vid. em GIERKE, nota 130, citações referentes à doutrina da resistência activa.

os próprios reis —, não temos de estranhar que dambos os lados fôsse invocado, e de facto logo no caso de Luís o Pio se observa a importância da intervenção dos bispos, sendo difficil, como observa Carlyle, destringer a importância relativa do seu papel espiritual e do seu papel secular de magnates do reino. Quando a idea dum *pactum subjectionis* surge pela primeira vez nítida na passagem, já hoje bem conhecida, de Manegold (séc. XI), simultaneamente irrompe, como consequência lógica, o direito de o povo negar obediência ao tirano (1). João de Salisbury (séc. XII) vai mais longe ainda e proclama o direito de matar o rei que degenerou em tirano: «*Porro tyrannum occidere non modo licitum est sed aequum et iustum*». (*Policraticus*, III, 15).

Em todo o caso, esta corrente não era a única, nem foi a que triunfou. Muitos autores, sobretudo do partido gibelino, insistiam, como já notámos, na doutrina do direito divino, da responsabilidade exclusivamente perante Deus, e, se as promessas democráticas se encontram, expressas ou implícitas, na generalidade dos escritos da Idade Média, a doutrina do Sares-

(1) «*Cum ille, qui pro coercendis pravis, probis defendendis eligitur, pravitatem in se focere, bonos contere, tyrannidem... exercere, nonne clarum est... populum ab eius dominio et subiectione liberum existere, cum pactum, pro quo constitutus est, constet illum prius irrupisse?*» (*Ad Gebhardum*, xxx).

berienense, na sua insofismavel rudeza, constituiu um caso esporádico, e que, se ainda uma vez por outra ressurgiu num ou noutro panfleto mais inflamado, acabou, como é sabido, por ser retumbantemente condenada no concílio de Constança. Acresce que o direito de deposição, freqüentemente invocado contra os soberanos, colocou-o a Igreja sob o seu *contrôle*, porquanto, segundo ela, só com o seu consentimento, ou por sua ordem, podiam os povos considerar-se libertos do vínculo de sujeição para com os monarcas temporais.

Quanto ao espírito feudal, pelo que respeita aos limites do poder do governante e dos consequentes deveres e direitos dos governados, elle actuou, como já observámos, em dois sentidos diversos, o até teóricamente contraditórios, conquanto praticamente conciliados no sistema político medieval, pois, se é certo que um sistema que assentava essencialmente sobre situações contratuais não podia deixar de favorecer a idea do poder político condicionado por um *pactum subjectionis* — idea que, de facto, surge freqüentemente nos mais característicos doutrinadores do feudalismo, sobretudo legistas —, por outro lado — e é até este o aspecto mais conhecido dos leigos, porque é aquele que mais claramente se manifesta nas canções de gesta, nos contos e lendas tradicionais, etc. —, o mesmo sistema

exaltou o sentimento da fidelidade, tendendo a confundi-lo com a obediência incondicionada ao senhor.

Também quanto a este assunto podemos com vantagem compulsar a *Virtuosa Bemfeitoria*, aproximando as suas lições das que se contêm na carta de Bruges.

Como os autores acima citados, D. Pedro distingue, com efeito, claramente no príncipe duas qualidades, duas personalidades: a do príncipe «singularmente» e a do príncipe «com toda a comunidade da sua terra» (C. de Bruges). Como governante, pertence-lhe «trabalhar pollo proueyto dos que a elle ficam sobiectos» (II, 18), o que de vários modos se pode demonstrar. Em primeiro lugar os príncipes são pais dos seus súbditos, «os quaaes elles geeram assy como naturaaes marydos com a terra que he seu senhorio»; em segundo lugar, mesmo na natureza irracional se diz que certas coisas teem senhorio, porque ajudam com suas propriedades as coisas que lhes estão sujeitas (diz-se, por exemplo, que o sol é o rei do céu); finalmente, e com mais forte razão, toda a pessoa dotada de razão deve seguir o bem que cumpre ao seu officio e evitar o mal contrário. Se, pois, os príncipes estão mais chegados a Deus «em o stado moral que perteece aa gouernança do mundo», elles «deuem receber special Influencia per que

ponhão em obra os auctos das benffeyturias» (II, 9. Cf. I, 3, onde o autor expõe os motivos por que a obra se destina em primeiro lugar aos príncipes, como sendo, de todos os homens, os mais destinados a fazer «bemfeitorias»).

O príncipe é, pois, «pai» do povo, ou seu «tutor», como se diz noutra altura do livro (II, 22). Reinar é um «officio» — mais nobre sem dúvida, mas na essência comparável ao do vulgar trabalhador. E é por este officio ser indispensável para bem de todo o povo que é justo que todo o povo pague o necessário — pedidos, tributos — para o príncipe desempenhar útilmente a sua missão (III, 4). O que se não cinja a estes preceitos não é rei, é «tirano» (I, 17).

Para se desempenhar bem do seu officio, devem os reis promover o bem dos súbditos, evitando a avareza, no que imitarão Deus «que dá auondosamente a todos», e partindo «razoadamente» os bens temporais. Devem ter presente o aviso de Platão: curar o corpo da comunidade por forma que «em dando saude a uma parte não desamparem o todo» (II, 9).

Noutras passagens e na carta de Bruges concretiza mais o seu pensamento. Entre os «feitos» que cumprem ao rei salienta «os que mais principalmente são de Deus», isto é, «os que pertencem a Igreja ou à Cleresia». Dêste

modo o rei serve bem a Deus e promove o bem do povo. Nas coisas temporais reduz o regimento da república às quatro virtudes cardeais: fortaleza, justiça, temperança e prudência (C. de Bruges; V. B. II, 16).

A justiça merece-lhe especial atenção. O bom rei deve cuidar de que na sua terra «se guarde a todos a direitura», «se dê a cada um o que é seu», fazendo para isso as necessárias ordenações. A sua função capital é premiar o bem e castigar o mal. Por isso deve fazer por que haja no seu reino bons juizes, castigar os corruptos, mandar proceder a inquirições, evitar delongas nos desembargos, etc. (C. de Bruges; V. B. II, 18 e 22) ⁽¹⁾.

É de notar que o Infante alude, embora por forma ambígua, à sujeição do príncipe à lei (lei natural? lei positiva?): «os príncipes que fazem direyto segundo a Ley trabalhem-sse de seer a ella semelhantes, etc.» (II, 22). Observe-se também que entre as regras da boa justiça figura a de respeitar as liberdades e fóros da nação: existem, com

efeito, «bons privilegios», «antigas liberdades», que o príncipe não deve agravar. (C. de Bruges).

A instrução do povo é também um dos grandes deveres do príncipe: «he cousa necessarya do sse tirar a Inorancia per studos continuados» (V. B. II, 22).

Com êste modo de ver se harmoniza a noção de Estado: «reynos» e «cidades» são «juntamentos dos homêes liados por amiganel dereytura». Nada mais agradável a Deus do que estes «juntamentos dos reynos e das comunidades que per direito razoado e amigavel tem liança», e por isso Macróbio, expondo o sonho de Scipião, nos mostra que os governantes que promovem o bem das suas comunidades tem lugar reservado nos ceus. (III, 14 e V, 11).

A definição de Estado é a de Cícero (*De Rep.*, I, 25-39), tal como foi aproveitada por Santo Isidoro (*Elim.*, XV, 2) e se tornou frequente na literatura medieval ⁽²⁾.

Não temos de estranhar que o Infante D. Pedro, apesar destas ideias, e embora sustentando (como vimos) a origem popular do poder político, não tire dela consequências subversivas. Não deixa êle de exaltar os be-

(1) A índole d'êste artigo não nos permite entrar em pormenores, alguns aliás bem dignos de atenção. Ao falar das penas, escreve D. Pedro estas palavras, que com certeza causariam espanto a muitos discípulos de Ferrari, e talvez ao próprio mestre, tão pronto em criticar a «escola clássica» por se não preocupar com a utilidade da pena: «temperando os regedores sua sanha iulguem tão soamente aquello que for proveytoso ao Corpo moral» (V. B. II, 22).

(2) CARLYLE, I, pág. 4, 172, 221; GIERKE, nota 336.

nefícios do « bom conselho que é teúdo e ouvido em boa ordenança, e de homens bons e sizudos », e por isso exorta o príncipe a que sentencieie seus feitos com a ajuda dêste conselho e a que tenha nele homens dos três estados, que evitem ser ordenadas coisas « contra seus proveitos » ou « em quebranto de seus bons privilégios » (C. de Bruges; V. B. II, 24) — no que também não faz mais do que repetir uma idea predilecta de todos os escritores políticos medievais e que os factos inteiramente justificavam ⁽¹⁾. Não vai, porém, mais longe a efectivação concreta das suas ideas sobre o carácter democrático do poder civil. Pelo contrário, em mais duma passagem da sua obra elle frisa o dever de obediência que incumbe aos povos: « todollos que uiuem em comuñ governança, son theudos de rrecompensar per agradecimento, os trabalhosos cuydados dos seos regedores. E pera esto he outorgada hũa uertude moral que en latim he chamada ouseruância » (V. B. V, 12. Cf. II, 16 e 24).

Impregnada de espírito feudal, esta « observância » aparece-lhe mesmo confundida com a

(1) Vidê citações referentes ao *Constitutum principis* em CARLYLE, ob. cit. III, 153 e GIERKE, nota 319. Quanto aos factos da nossa história, são por demais conhecidos para que se torne necessário pô-los em relevo.

« lealdade », virtude característica do vassalo, e até já vimos como a origem democrática do poder é por elle encarada como uma submissão voluntária do vassalo ao senhor.

O Infante não encara de frente a melindrosa questão do direito de resistência, mas invoca oportunamente as palavras de S. Paulo, o qual, na Epístola aos Romanos, diz que « quem resiste ao príncipe faz resistência a ordenança de deos » (II, 16). Perante Deus, sim, é que o príncipe há de dar conta dos seus actos: « esta enssynança magine aquelle que sobre os outros he mais exalçado, e conhecendo que he padre da sua gente senta que he thendo responder por ella a Iezhu Christo » (II, 25).

Entre as duas mencionadas tendências do espírito feudal, o Infante envereda, como era de esperar, por aquella que se traduz na fidelidade ao senhor...

Creio que poderemos resumir do seguinte modo as opiniões do Infante D. Pedro sobre os problemas fundamentais da sciência politica:

a) O poder em abstracto vem de Deus; deve pois ser considerado como um facto natural, como um remédio divino para o nosso estado de imperfeição e de pecado.

b) O poder em concreto origina-se em

Deus, mas não por designação expressa; as formas por que se adquire o poder são várias, mas em todas elas deve existir o consentimento do povo.

c) O rei desempenha um officio, cujo objecto é promover o bem do povo, e de cujo cumprimento há de prestar contas a Deus.

d) O rei deve, designadamente, fazer justiça, governar em conformidade com o direito e não ferir os foros da nação.

e) O rei deve ter um conselho no qual estejam representados os três estados da nação.

Tais as doutrinas expendidas pelo Infante. Analisando-as, cremos não se poder ficar em dúvida de que estamos em face dum *característico escritor político medieval*. A sua obra, se não tem o mérito de nós fornecer um sistema fortemente pessoal e bem vincado — qualidade, de resto, difficil de encontrar nos escritores do tempo —, nem sequer um sistema acabado — o que nele não seria de esperar, dado o carácter do seu *Tratado* —, tem no entanto o incontestável interesse de nos patentear, através da prosa severa do moralista, os pontos culminantes do pensamento político contemporâneo, com o qual o seu pensamento vibrava em uníssono. Não era evidentemente das tendências mais democráticas, das que

formavam a «extrema esquerda» da política medieval, que nós podíamos esperar um eco na obra do Infante, mas, dentro da sua situação social, êle pensa como os homens ilustrados do seu tempo. Inspiram-no por um lado as doutrinas eruditas da política medieval, por outro as ideias correntes no ambiente feudal.

Como tratadista, isto é, apreciado através da sua obra literária, e abstraindo da interpretação (discutível) da sua acção política, êle não é pois um precursor da Renascença, ou, se assim se prefere, e talvez mais rigorosamente, *não o é senão no sentido e na medida em que, dum modo geral, o foi a Idade Média*. Com effeito, usando uma expressão querida de GIERKE, podemos dizer que, por certos aspectos da sua doutrina, êle, como toda a escola de que êle é um inteligente representante, mantêm, dentro do quadro da Idade Média, a ideia do «Estado antigo-moderno».

A idea da origem popular do poder nos escritores portugueses anteriores à Restauração (1)

Na segunda metade do século xvi e princípios do xvii a Península viu florescer uma brilhantíssima literatura teológico-política, cuja base inicial era, como se sabe, a doutrina tomista.

Esta literatura não interessa exclusivamente ao teólogo: interessa também, e sobremaneira, ao jurista, visto que, então os teólogos abordavam constantemente os assuntos jurídicos, em especial o direito público, não hesitando em discorrer sobre os mais transcendentales capítulos da filosofia jurídica e política e deixando aos jurisconsultos de profissão a tarefa menos brilhante do comentário e da

(1) Reprodução, com alterações, de artigos publicados na *Revista da Universidade de Coimbra*, vol. II.

exegese (1). De resto, a literatura em questão não tem um mero interesse teórico, Ela influiu deveras, conforme judiciosamente observava o professor HINOJOSA (2), no governo e na legislação: os reis tinham, com efeito, os teólogos em grande conta, e com eles se aconselhavam em questões de política; os juriscônultos citavam-nos nas suas obras e invocavam-nos como autoridades.

Se, dentre tantos assuntos referentes ao direito público, destacarmos um que aos teólogos dêste período mereceu sempre especial disvêlo — o da origem da sociedade e do poder político —, reconheceremos sem dificuldade que também neste ponto eles seguiram a doutrina tradicional da Igreja, ou seja, a da soberania inicial do povo.

Se é certo que as passagens do DOUTOR ANGÉLICO que fazem referência a êste problema não prestam à doutrina democrática um fundamento suficientemente justificativo (3), não o é menos que elas eram correntemente interpretadas no sentido mais favorável. Foi esta a doutrina sustentada por todos os grandes doutores da Idade-Média.

(1) Vid. o meu *Suarez, jurista*, pág. 8.

(2) *Influencia que tuvieron en el derecho publico de su patria los filósofos y teólogos españoles*, Madrid, 1890, pág. 86 e seg.

(3) Vid. *Suarez, jurista* pág. 22.

O nosso Fr. ÁLVARO PAIS († 1353), franciscano, que foi discípulo de DUNS SCOTT, havia-a reproduzido e perfilhado no seu livro *De planctu Ecclesiae* (1).

A doutrina tomista cifra-se em poucas palavras:

Gerada a sociedade civil como produto necessário do espírito de sociabilidade inerente ao homem, ela necessita duma autoridade que a dirija na prossecução do fim comum. Esta autoridade emana de Deus (*Omnis potestas a Deo*, S. Paulo, Epist. ad Rom. XIII, 1, 5), mas, por direito natural, radica-se originariamente na própria sociedade, a qual, não podendo exercê-la por si mesma, a confere a uma ou mais pessoas. Dêste modo o poder público, considerado *concretamente*, não procede de Deus dum modo imediato: tem o seu fundamento no acôrdo do corpo social, e só é legítimo quando emanado do consentimento tácito ou expresso da sociedade (*Omnis potestas a Deo per populum*).

Em defesa desta opinião amontoavam-se argumentos de toda a ordem. O próprio direito justinianeus, à primeira vista inconciliável com a idea de soberania popular, lhe fornecia um precioso argumento com a célebre

(1) ALVARI PELAGII *De planctu Ecclesiae desideratissimi libri duo*, Ulmae, 1474, Lib. 1, sign. art. 52.

lex regia (mais propriamente *lex de imperio*) ⁽¹⁾, lei que na realidade não era mais do que um débil vestígio duma antiga supremacia comicial, mas que os teólogos ageitavam hábilmente ao seu propósito, envolvendo a doutrina por eles sustentada na auréola prestigiante do direito romano.

A doutrina da soberania popular inicial (damos-lhe este nome para a distinguir da teoria democrática de Rousseau) completava-se com a idea de pacto celebrado entre o povo e o príncipe (*pactum subjectionis*) e com o princípio da legitimidade da resistência ao tirano ⁽²⁾.

Graças ao impulso dos teólogos peninsulares dos séculos XVI e XVII, a doutrina tomista ganhou nova energia e atingiu o seu mais completo desenvolvimento.

Várias razões para isso contribuíam.

O mundo cristão acabára de sofrer a formidável comoção do scisma protestante e os ataques, por vezes impiedosos, do espírito racionalista da filosofia de Quinhentos. Contra este e contra aquele, ora conjugados no mesmo acesso de rebeldia, ora combatendo cada um por sua conta, e até digladiando-se, mas, num caso ou noutro, sempre inimigos temero-

sos para a Igreja romana, — contra êles, iamos nós dizendo, precisava esta de reunir todas as suas forças. É bem sabido como se desempenhou eficazmente desta transcendente missão histórica. Em 1545 abria-se solenemente o Concílio Tridentino. Pouco tempo antes fôra fundada a Companhia de Jesus, à qual estava reservado o destino de completar e perpetuar a obra daquele Concílio, tornando-se o mais poderoso baluarte da Igreja Romana.

Os progressos do protestantismo detinham-se como por milagre. Este triunfo havia de ter um vasto alcance; e a sua repercussão nas doutrinas políticas não podia deixar de dar-se.

A defesa da Igreja de Pedro levava, quanto ao regime interno desta, ao fortalecimento da autoridade papal, ideal bem definido que encontrou no Cardeal BELARMINO — o mais representativo, talvez, dos jesuítas do tempo — um infatigável paladino.

Seguia-se, em ordem de importância, a questão magna das relações entre a Igreja e o Estado. Como resolvê-la? Os tempos não iam propícios à reedição *ne varietur* das aspirações de Hildebrando, nem das fórmulas teocráticas de Inocêncio III. Mas, por outro lado, a Igreja, criação divina, visando o mais elevado fim — o espiritual, não queria, agora

(1) Vid. Dig. 1, 4, 1 (Ulpiano).

(2) Vid. *supra* pág. 217 e *Suarez, jurista*, págs. 17 e 23.

menos que nunca, abdicar da sua supremacia. Habilmente, BELARMINO formulou a doutrina bem conhecida do poder indirecto, segundo a qual ao Papa era reconhecida ingerência nas matérias temporais sempre que assim o reclamassem as conveniências espirituais da Igreja. Esta solução, que no fundo coincidia com a dos mais moderados defensores do Papado nas controvérsias da Idade Média, escandalizou passageiramente a Santa Sé, na pessoa do papa Gregório XIII; a verdade, porém, é que ela era a mais consentânea com as condições políticas do tempo, pois, sem as premissas chocantes da teoria do poder directo, continha implícitas uma série de consequências práticas, que iam até à deposição dos príncipes pelo Papa; e, tanto a própria Roma o reconheceu, que o livro de BELARMINO foi retirado do Índice e rehabilitado perante a opinião católica.

Ora, como muitas vezes já se tem observado, estas pretensões da Igreja encontravam um poderoso auxiliar na teoria que atribuía ao poder real uma origem puramente humana, e por isso não é de estranhar que os grandes teólogos do tempo dessem tão grande incremento à doutrina tradicional da soberania popular. Longe de constituir um facto estranho, é perfeitamente lógico que homens como BELARMINO e DRIEDO, intransigentes de-

fensores da instituição pontifícia, tenham pôsto a sua pena ao serviço da causa democrática, e que no mesmo sentido se manifestasse, com mais ou menos moderação, a gloriosa pléiade dos teólogos peninsulares.

Graças ao impulso destes eminentes restauradores da escolástica, a doutrina da soberania popular ganhou nova energia e atingiu pleno desenvolvimento, podendo mesmo considerar-se este período como o do seu apogeu. Precizou-se e sistematizou-se a doutrina, fixaram-se os princípios, salientaram-se e relacionaram-se os aspectos essenciais, especialmente a idea de pacto anteposta à constituição da autoridade política, e finalmente, tirando das premissas todas as conclusões lógicas, sustentou-se desassombradamente que os povos podiam depôr os reis.

A Espanha, pátria da escolástica, estava naturalmente fadada para este progresso doutrinario.

Não eram, de resto, muito para recluir, dada a quadra que a Espanha atravessava, as consequências políticas deste ensinamento. As lutas e os atentados que contemporaneamente ensangüentavam a França não tinham repercussão àquem dos Pirineus. No pensamento dos teólogos católicos e do próprio rei uma coisa sobrelevava ao empenho de prestigiar a monarquia: era garantir em toda a

Europa a estabilidade da fé católica e conseguir que as convicções ortodoxas dos súbditos resistissem à rebeldia dos chefes protestantes. A polémica de Suarez com o rei Tiago de Inglaterra é dêste estado de coisas uma demonstração exuberante.

De resto, a doutrina democrática, tal como estes escritores a professavam, não era incompatível com uma entranhada fé monárquica, e até com acnsadas predilecções absolutistas.

Entretanto a doutrina contrária, segundo a qual o titular do poder deve ser considerado como determinado directamente pela vontade de Deus, desenvolvia-se nos meios protestantes, donde passou para os meios galicanos. A Reforma contribuindo por toda a parte para o fortalecimento do poder dos príncipes ⁽¹⁾, conduzia logicamente à proclamação do direito divino da autoridade.

A escola de que estamos tratando teve representantes portugueses e exerceu larga influência em Portugal, cabendo nesse movimento um largo papel à Universidade de Coimbra.

Também isto não é para admirar. Com efeito, em Portugal, fácil era aos defensores

(1) Vid. ROSCHER, *Geschichte der National-Oekonomie in Deutschland*, München, 1874, pág. 66, e GIERKE, *Althusius*, pág. 64.

destas doutrinas encontrar um fundamento para elas nas normas do direito público pátrio, tais como se inferiam de certos acontecimentos históricos; e, por outro lado, dadas as circunstâncias que o país atravessava, essas doutrinas forneciam um magnífico apoio às ideas de independência nacional. Estava ainda vivo o exemplo da eleição do mestre de Avis nas côrtes de Coimbra de 1385, e êsse exemplo foi sistematicamente invocado para sustentar a doutrina de que, vagando o trono por morte de D. Henrique, ao reino pertencia a eleição do novo monarca; tanto que, por a Universidade de Coimbra sustentar êste direito, foi alvo das acusações dos partidários de Felipe, os quais instavam pela sua extinção, apontando-a como um foco de doutrinas perigosas ⁽¹⁾.

Nas *Allegações de direito, que se offereceram ao muito alto, & muito poderoso Rei Dom Henrique... a 22 de Outubro de 1579* ⁽²⁾, compostas pelo Doutor FÉLIX TEIXEIRA e pelo licenciado AFONSO DE LUCENA, desembargadores da Casa do Duque de Bragança, e pelos Doutores LUÍS CORREIA, lente de Decreto, e ANTÓ-

(1) CONESTAGIO, *Unione del Portogallo*, fl. 203 v.º; CABRERA DE CORDOVA, *Felipe segundo, rey de España*, pág. 1077; REBELO DA SILVA, *História de Portugal*, II, pág. 263; TRÓFILO BRAGA, *História da Universidade de Coimbra*, II, pág. 86.

(2) Impressas em Almeirim a 27 de fevereiro de 1580.

NIO VAZ CABAÇO, lente de véspera de Leis na Universidade de Coimbra, os autores insistem em que, enquanto houver parente que descendia do sangue real e legitimamente possa suceder ao rei último possuidor, os povos do reino de Portugal não podem eleger rei. Confessam, porém, que «à República pertence (considerando as cousas em sua natureza) escolher Rei que a governe e defenda, trespassando nelle o poder que para isso teve», embora daqui se não siga que a república haja de fazer esta «trespassação» com nova eleição por falecimento de cada um dos reis, «porque basta que a principio por um só acto trespassasse absolutamente o dito poder em um Rei e a sua geração, para que dela por seus graus succedam os Reis sem mais outra eleição particular... E posto que os povos em muitos reinos não declararam especialmente que trespassavam o dito poder no primeiro rei que elegeram e em sua geração para vir a seus descendentes sem nova eleição, comtudo, consentindo depois que lhe succedesse pelo dito modo, bastamente mostraram sua primeira tenção conforme ao costume que se depois continuou» (1). E daqui concluíam que, «estando o Reino vago por não haver

pessoa do sangue real que pudesse legitimamente succeder ao Rei ultimo possuidor, podiam os povos conforme o direito eleger novo Rei que os governasse, tornando a usar do poder que por direito natural lhe competia para elegerem seu Rei» (1).

Independentemente destas razões oportunistas, e talvez sob a simples influência da corrente doutrinária dominante, também alguns teólogos portugueses sustentaram doutrinas favoráveis à soberania popular. Assim, na segunda metade do século XVI o jesuita MANUEL DE SÁ (+ 1596), formulava em termos claros nos seus famosos *Aphorismi Confessariorum* a doutrina da deposição e do tiranicídio, procedendo à costumada distinção entre o tirano *quoad titulum* e o tirano *quoad administrationem*: «Rex... potest per Rempulicam privari ob tyrannidem, et si non faciat officium suum, et cum est causa aliqua iusta, et eligi alius a maiore parte populi. Quidam tamen solum tyrannidem causam putant» (2).

(1) Fl. 8. No fim do livro encontram-se várias declarações de lentes da Universidade de Coimbra em defesa dos direitos de D. Catarina. Alguns d'elles escreveram trabalhos desenvolvidos sobre o assunto: tais são a *Alegação juridica a favor da Senhora Rainha Dona Catharina*, do doutor ALVARO DE ANDRADE, e a *Alegação de Direito na causa da Successão destes Reynos por parte da Senhora Dona Catharina* do doutor CRISTOVAM JOÃO. A bibliografia sobre este assunto é muito vasta.

(2) V.º *Princeps*, pág. 513 da edição de Colónia, 1610.

(1) Fl. 5, verso.

« Tyrannice gubernans iuste acquisitum dominium non potest spoliari sine publico iudicio: lata vero sententia, potest quisque fieri executor: potest autem deponi a populo, etiam qui iurant ei obedientiam perpetuam, si monitus non vult corrigi. At occupantem tyrannice potestatem, quisque de populo potest occidere, si aliud non sit remedium; est enim publicus hostis » (1).

Poucos anos depois, o célebre jesuíta SUÁREZ expendia as suas doutrinas sobre a soberania inicial do povo na Universidade de Coimbra, onde regia a cadeira de prima de Teologia. O seu livro *De legibus* (2) foi elaborado nos anos escolares de 1601-1603 em que, a pedido do reitor FRANCISCO FURTADO DE MENDONÇA, tratou este assunto nas suas lições (3); e em Coimbra foi também composta a *Defensio fidei catholicae* (4), a pedido de Paulo V, como resposta ao livro de Tiago I de Inglaterra —

(1) V.º *Tyrannus*, pág. 605 da citada edição de Colónia. As passagens citadas no texto devem ser aproximadas dos comentários do mesmo autor à Epístola de S. Paulo aos Romanos, cap. 13, e ao Evangelho de S. João, cap. 19, apud *Notationes in totam Sacram Scripturam* (Antuérpia, 1558) e *Scholæ in quatuor Evangelia* (Antuérpia, 1596).

(2) Coimbra, 1612.

(3) Vid. DR. ANTÓNIO DE VASCONCELOS, *Francisco Suárez (Doctor eximius)*, Coimbra, 1887, págs. xciiij, xcvi, cxv e xc.

(4) Coimbra, 1613.

Apologia ou defesa do juramento de fidelidade.

Não foi, de resto, FRANCISCO SUÁREZ o único teólogo espanhol dessa pléiade que exerceu o ensino em Portugal. O insigne LUÍS DE MOLINA, que já anteriormente a SUÁREZ tinha formulado doutrinas semelhantes (1), vestira em Coimbra a roupeta de jesuíta e, tendo estudado na Universidade desta cidade, veio mais tarde a ser, por espaço de vinte anos, lente de prima da Universidade de Évora. Outro seu companheiro de doutrina, o não menos notável MARTINHO DE AZPILCUETA NAVARRO, foi lente de prima de Cânones na Universidade de Coimbra.

Em 1625, o português Fr. SERAFIM DE FREITAS, doutor em Cânones pela mesma Universidade e lente de véspera na de Valladolid, publicou o livro *De justo imperio de lusitanorum asiatico* (2), onde desenvolve as doutrinas neo-tomistas, como se vê dos seguintes extratos:

Quonquam enim omnis potestas tam spi-

(1) No tratado *De iustitia et iure*, impresso em Mogúncia em 1609, o qual tem para nós o interesse especial de nele se invocarem exemplos da nossa história em defesa da doutrina política expandida. Tract. 3, disp. 3, n.º 5.º

(2) Valladolid, 1625. Existe uma tradução francesa por Guis. Grandpont, com um prefácio digno de ser lido.

ritualis, quam temporalis a Deo sit...» (1). «At vero potestas temporalis, seu politica regi, aut principi reipublicae a Deo tanquam naturae auctore mediante lumine naturali, reipublicae electione, seu translatione concessa fuit, ut cum respublica non posset per se ipsam hanc potestatem exercere; attento, et cogente naturae jure, in unum, vel plures conferre eam tenebatur, eamque transtulit in principem ut ab illo tanquam a fonte in reliquos inferiores reipublicae magistratus dimanaret... et licet aliquando ex speciali privilegio non nulli reges in lege scripta a Deo immediate electi fuerint... hoc tamen privilegium aliis non convenit...» (2). «... potest respublica Regem, si in tyrannidem evadat, regno et vita privare...» (3).

Pela mesma época, um outro jurista português, PEDRO BARBOSA HOMEM, compôs o livro intitulado *Discursos de la jurídica y verdadera Razon de Estado* (Coimbra, 1626), em que aparece expressa a ideia da origem democrática do poder público. Eis a passagem mais frizante (fl. 6): «... conforme a la fuerza natural de aquella orden con que Dios ha instituido esta potestad del temporal esta-

no se deve entender que por Dios fuesse concedida a alguna persona em particular, para q^{ue} la exercitasse; mas recta via fue comunicada a cada Comunidad de por si, de suerte que cada pueblo, cada Ciudad, y cada Reyno, que llegasse a hazer de por si una independiente Comunidad; por el mismo hecho le quedasse luego concedida toda la potestad necessaria para su gouierno, y regimiento».

Em 1627 publicou em Madrid o doutor JOÃO SALGADO DE ARAÚJO um livro, escrito, como a quasi totalidade das suas obras, em castelhano, e que elle intitulou *Ley Regia de Portugal*. O autor, cuja data de nascimento se não conhece ao certo, vira a luz em Monção e doutorara-se em Cânones na Universidade de Coimbra. Era essa uma das suas primeiras obras, a primeira que entregava à imprensa, cheia de respeitoso acatamento, ao menos na aparência, para com o monarca espanhol que então reinava em Portugal, mas deixando já prever, pelo entusiasmo com que se referia aos antigos reis pátrios, que havia de ser, como efectivamente foi, um estrênuo paladino da causa de D. João IV e da independência, como mostrou nos livros publicados após a Revolução de 1640.

O intuito do autor com o seu livro era exaltar os príncipes justos e perfeitos, para o que invocava o exemplo dos monarcas portu-

(1) *De iusto imperio*, etc., cap. vi, § 17, pág. 39.

(2) *Idem*, cap. vi, § 19, pág. 40.

(3) *Idem*, cap. vi, § 36, pág. 71.

gueses, e foi esse propósito que o levou a estudar, com o interesse que o problema então suscitava em todo o teólogo ou canonista culto, a questão da legitimidade da soberania.

As doutrinas professadas na *Ley Regia* acêrca da origem do poder não apresentam nenhuma originalidade, mas mostram que o autor, provavelmente ainda novo, conhecia de perto o movimento do pensamento filosófico-político do século XVI, no qual por completo se integra.

Em compensação, se ao nosso ARAÚJO não cabe a honra de ser um inovador, não se lhe pode regatear uma erudição vasta, variada, e tão ordenada quanto o permitiam os vícios comuns da época em que escreveu. Cita com conhecimento de causa, a par dos nossos jurisconsultos, os mais ilustres juristas espanhóis, e abona-se constantemente com os nomes de VICTORIA, SOTO, SUÁREZ, MÁRQUEZ, MOLINA, MARIANA, etc., isto é, dos altos representantes do pensamento teológico-político da Espanha no período do seu máximo esplendor.

A sua argumentação, as bases sobre que faz assentar a sua teoria e que ele profusamente cita, são também as mesmas que serviram aos outros escritores da escola, e constituem um amálgama mais ou menos caótico de elementos heterogêneos — citações da Bíblia e dos Padres da Igreja, passagens e ideias de

ARISTÓTELES, textos do *Corpus Juris* e dos seus comentadores, e exemplos extraídos da história.

Mas foi sobretudo ao cabo dos sessenta anos de cativeiro, quando se pretendeu legitimar a deposição do rei castelhano, que a doutrina democrática entrou de ser invocada com ardor, surgindo-nos — duma maneira expressa ou, ao menos dum modo implícito — nas obras dos escritores da Restauração (JOÃO PINTO RIBEIRO, SOUSA DE MACEDO, VILA REAL, CARVALHO DE PARADA, etc.). Em seu abôno eram chamados não só os repizados argumentos de ordem geral, mas ainda, e mais que nunca, os precedentes da história nacional. Sob este aspecto, a tese fortalecia-se agora com o auto apócrifo das côrtes de Lamego — o qual, como é sabido, havia sido publicado por ANTÓNIO BRANDÃO em 1632 —; e, como se isso não bastasse, outras razões mais ou menos aventurosas se invocavam, mostrando-se por exemplo que ao tempo da aclamação de D. Afonso Henriques as povoações do reino eram, no geral, behetrias, com a faculdade de escolher livremente os seus governadores (1).

A doutrina da soberania popular, nos termos que ficam indicados, encontrou mesmo, como se sabe, uma consagração quasi oficial

(1) Vid. JOÃO PINTO RIBEIRO, *Injustas successões dos reis de Leão e de Castella*.

no livro célebre do doutor FRANCISCO VAZ DE GOUVELA, lente de Cânones na Universidade de Coimbra, intitulado *Justa Acclamação do Serenissimo Rei de Portugal D. João IV*, sendo de notar que a tese aí sustentada acêrca da origem do poder civil, e cuja influência nos sucessos políticos é evidente, é a desenvolvida sobretudo por NAVARRO. Esta doutrina, mais radical que a de SUÁREZ, distingue o poder *in habitu* do poder *in actu*, sustentando que ainda depois do *pactum subjectionis* o povo conserva o poder potencialmente (*in habitu*), transferindo para o rei o seu exercício ⁽¹⁾.

Questionário sobre o direito consuetudinário português ⁽¹⁾

A) Assuntos para que se chama a atenção

Generalidades

Considerações genéricas — sobre o carácter da região pelo que respeita a manifestações jurídicas de índole consuetudinária ou popular;

— sobre a feição mais ou menos tradicionalista das suas instituições e costumes;

— sobre a concepção popular do direito e a intensidade do sentimento jurídico;

— sobre a maior ou menor resistência oposta à acção do Estado e da lei;

— sobre manifestações do sentimento religioso na esfera das relações jurídicas.

(1) Vid. *Justa acclamação*, 1.^a parte, § II.

(1) Este questionário foi organizado sob os auspícios da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e está sendo profusamente distribuído pelo país.

Vida colectiva

A província, o concelho, a freguesia. Revela-se acentuadamente nestes ou noutros agrupamentos uma individualidade característica?

Relações com pessoas de outro lugar: como são tratadas. Hospitalidade. Inimizade entre lugares próximos e lutas entre populações.

Assembleas populares e suas funções. Lugar e ocasião em que se reúne o povo e formalidades relativas à reunião. Deliberações colectivas.

Existência de costumes ou normas populares reduzidas a escrito. Multas no caso de contravenção.

Requisitos para a intervenção na vida pública local: sexo, idade, estado.

Existência duma « aristocracia » popular. Carácter hereditário desta classe e funções que lhe andam ligadas.

Vestígios de regime senhorial. Papel desempenhado pelas pessoas mais importantes do lugar.

Papel desempenhado pela Igreja. A igreja, o pároco, a missa, o sino, etc., nas suas relações com a vida local.

Agremiações formadas por pessoas do mesmo lugar ou de lugares próximos; fôrça

do sentimento associativo. Grémios profissionais.

Polícia e administração de carácter popular. Assistência popular a velhos, doentes, pobres, viúvas, órfãos, náufragos, etc. Protecção aos animais.

Hereditariedade nas profissões.

Quaisquer informações relativas à vida pública local (costumes actuais ou de que haja memória; sobrevivências).

Direito processual e penal

Recurso à arbitragem para a resolução dos pleitos. Conciliação; juizes de paz.

Vestígios dos juízos de Deus. Vestígios de justiça doméstica e de justiça privada. Desafios e duelos.

O juramento; sua importância perante o sentimento popular; juras e pragas mais vulgares.

Formalidades das arrematações.

Advogados extra-oficiais.

Delitos mais frequentes. Sanção que encontram no sentimento público as diferentes classes de crimes. Injúrias consideradas mais graves.

Maior ou menor frequência de casos de bigamia, incesto, homossexualidade. Como são olhados pela opinião popular.

Prostituição e lenocínio.

Vadiagem e mendicidade. Jôgo.

Suicídio.

Delitos que se prendem com o sentimento religioso e com a superstição. Actos de feitiçaria praticados com o fim de matar ou prejudicar outrem. Papel das bruxas na delinquência.

Contrabando.

Solidariedade da população em matéria criminal. Crimes de toda a população.

Associações de criminosos e associações secretas.

Vestígios da vingança privada e do talião.

Vestígios da antiga instituição que consistia em o criminoso ser colocado fora da lei e declarado inimigo do povo. Linchagem. Perda da consideração pública.

Composição pecuniária.

Quaisquer informações relativas ao direito processual e ao direito penal. Antigas instituições de que haja memória.

Capacidade civil e família

Considerações gerais sobre a coesão do agregado familiar e os sentimentos de família.

O lar. Reuniões familiares, festas de família, etc.

Os filhos casados, ou alguns deles, continuam em geral vivendo com os pais?

Os criados e os aprendizes. Pecúlio dos criados. Casamento dos criados, intervenção dos amos.

Autoridade do chefe de família. Situação de facto dos filhos maiores, quanto à pessoa e quanto aos bens. Intervenção dos pais no casamento dos filhos.

Situação da mulher solteira na família.

Até que grau de parentesco aproximadamente existem vínculos reais de convivência e assistência?

Formas de parentesco artificial. Filhos adoptivos. Afilhados. Relações entre os compadres.

Vestígios de estadios primitivos da organização familiar (promiscuidade, matriarcado).

Nome das pessoas. Alcinhas. Apelido do pai ou da mãe? Designação dum dos cônjuges com referência ao outro.

Concubinato. Se é freqüente e como é considerado. Casamento subsequente e legitimação dos filhos.

Actos anteriores ao casamento. Esponsais e promessas de casamento, suas formalidades e seu valor. Usos dos noivos. O anel. Relações sexuais anteriores ao casamento.

Casamento dentro da família. É freqüente o casamento entre primos?

Casamento com rapaz de outro lugar, como é visto pelos do lugar da noiva: usos relativos a este caso.

Cerimónias nupciais. Vestígios de rapto e de compra da mulher. Usos relacionados com o casamento.

Frequência do casamento religioso e consideração de que gosa o casamento destituído da benção da Igreja.

Enxoval. Quem põe a casa. Presentes que fazem os noivos um ao outro. Presentes da família e de extranhos. Presentes feitos aos pais da noiva.

Quais os regimes matrimoniais mais usados? Cláusulas mais frequentes. Dote paterno.

Concurso dos cônjuges para a vida comum. Esfera normal da actividade da mulher casada. Administração dos bens dos cônjuges.

Adultério, sua frequência e como é olhado. Sanção mais frequente.

Separação e divórcio, sua frequência. Como é olhado o divórcio. Separação de facto.

Segundas núpcias. Sua frequência. Padrastos e enteados.

Costumes relacionados com a gravidez e com o parto. Existe alguma forma tradicional pela qual o marido reconheça publicamente a sua paternidade?

Baptismo.

Manifestações de preferência pelo filho primogénito.

A mãe no casamento e no estado de viuvez.

Filhos ilegítimos: diversas categorias. Como são olhados; frequência da perflhação e da investigação de paternidade. Engeitados.

Doações aos filhos. Vendas aos filhos. Doações entre os cônjuges.

Manifestações de comunidade familiar. Intervenção da família na alienação de bens. Distinção entre bens de avoenga e bens adquiridos.

Incapacidades. Tutela e curatela. Conselho de família.

Outras quaisquer informações sobre a capacidade civil e a família.

Relações patrimoniais (propriedade, contractos) — Economia popular

Vizinhança. Usos relativos à demarcação. Compropriedade.

Servidões.

Arrendamentos de prédios rústicos e outros contrários agrários; tipos e cláusulas mais frequentes. Prastos usuais.

Enfiteuse; se abundam os prédios foreiros e se é frequente ainda hoje o afuramento. Frequência da remissão.

Forma usual das rendas e foros. Vestígios de direitos feudais.

Trabalhadores agrícolas. Auxílio mútuo dos lavradores nos trabalhos agrícolas.

Quaisquer informações sobre o exercício da agricultura e a economia natural.

Vestígios de regime comunitário. Baldios.

Regime económico-jurídico das águas.

Gados.

Caça.

Pesca. Costumes referentes à organização da indústria da pesca.

Regime jurídico de outras indústrias.

Coisas perdidas. Despojos de naufrágios.

Casos de tradição simbólica.

Venda. Cláusulas usuais.

Doações. Vestígios de rébora. Doações dissimuladas e por interposta pessoa.

Usura.

Jogos característicos da região. Apostas. Rifas e lotarias.

Formalidades dos contratos. Usos notariais. Assinaturas.

Propostas. Sinal. Práticas destinadas a ratificar o contrato, a mostrar que se chegou a um acôrdo definitivo. Contratos entre ausentes.

Garantias mais usuais das obrigações.

Usos comerciais.

Escrituração popular.

Quaisquer informações sobre propriedade, economia popular, contratos e matérias afins.

Sucessões

Costumes relacionados com a morte Fúne-rais. Luto.

Testamento. Se é freqüente. Forma mais freqüente. Disposições testamentárias mais freqüentes. Tendência para beneficiar um dos filhos. Disposições relativas à viúva.

Deserdação ou prejuízo intencional dum dos filhos.

Manifestações da tendência para manter o património na família e evitar quanto possível a sua dispersão.

Fideicomissos e usufruto testamentário.

Disposições para fins de piedade. Disposições por alma.

Execução do testamento. Testamenteiros. Partilhas.

Indivisão entre os herdeiros.

Quaisquer informações sobre sucessões.

Ausência.

B) Orientação a dar às respostas

a) Além da resposta a todos ou a alguns dos quesitos antecedentes, pede-se a indicação de qualquer manifestação jurídica consuetudi-

nária (popular, espontânea, extra-legal) digna de registo.

b) Consideram-se, entre outras, manifestações de direito consuetudinário:

- 1) Usos e costumes com valor jurídico (porque a lei lho atribue, porque o povo os considera como obrigatórios ou supletórios, etc.).
- 2) Usos, práticas, cerimónias, etc. sem carácter de direito consuetudinário propriamente dito, mas que se relacionam com o direito e encerram interêssê para a história e para a sociologia jurídicas (usos nupciais, funerários, etc.).
- 3) Costumes e instituições nos quais se revela a permanência ou a tendência para a manutenção dum estado social anterior (comunitarismo, defesa privada do direito, etc.).
- 4) Modos usuais e populares de exploração económica (aproveitamento da terra e das águas, indústrias regionais, etc.).
- 5) Sobrevivências (usos, palavras e frases, provérbios, cantigas, jogos, etc.) que possam ter valor para a reconstituição do passado das nossas instituições.

6) Modos como mais freqüentemente se manifesta a vontade em certos actos importantes, nos quais a lei deixou ao indivíduo liberdade de escolha (regimes matrimoniais, testamentos, etc.).

7) Práticas usuais que teem por fim iludir proibições legais.

c) Convém que se indique se os costumes referidos são antigos, se se mantem com firmeza ou tendem a desaparecer, qual a sua área, etc.

d) Solicitam-se referências a costumes antigos, embora extintos, com a indicação da fonte onde se colheu a informação.

e) Convém muito que se use sempre a terminologia da região.

f) Pede-se o favor de enviar cópias de documentos que interessem a esta ordem de assuntos.

ÍNDICE

	Pág.
De André de Resende a Herculano (Súmula histórica da história do direito português) . . .	7
A versão portuguesa das <i>Flores de las leyes</i> de Jácome Ruiz	45
O mais antigo morgado de Portugal? (O morgado de Carvalho).	67
Os limites da reivindicação mobiliária no antigo direito português	87
Em torno da palavra «Couto»	109
Como se sustentaram os direitos de Portugal sobre as Canárias	137
Considerações acêrca do «iudex» visigótico. . .	151
Divagações sobre a estabilidade da norma jurídica	165
As teorias políticas medievais no <i>Tratado da Virtuosa Bemfeitoria</i>	183
A idea da origem popular do poder nos escritores portugueses anteriores à Restauração . .	229
Questionário sobre o direito consuetudinário português	247