

RESUMO
DAS
MATERIAS DA 3.^a CADEIRA
DA
Faculdade de Direito

—Historia e principios geraes do direito civil portuguez—

POR
Arthur Anselmo Ribeiro de Castro

Resumo das preleções
do dignissimo professor da cadeira,
o Ex.^{mo} Sr. Dr. Guilherme Moreira, no annò lectivo
de 1895 a 1896

Les petits livres ont l'avantage
des prières courtes.

(G. Tarde)



COIMBRA



Typ de Luiz Cardoso — Sophia, 10 e 12

1896

A MEU PADRINHO

E GLORIOSO BEMFEI

Abbade Manuel Ribeiro de Castro

Em signal de eterna gratidão e dedicado affecto

OFF.

Arthur

PRELIMINARES



1 — Historia.

Sendo o objecto da 3.^a cadeira da faculdade de direito a—*Historia e principios geraes do direito civil portuguez*—devemos começar pelo estudo da *Historia do direito civil*, cuja noção vamos apresentar.

Historia é a investigação e exposição do desenvolvimento progressivo das sociedades humanas. Ao contrario do que pensam alguns escriptores, a historia não é uma sciencia, mas sim um auxiliar da *Sociologia* (a sciencia que estuda a estrutura e vida do organismo social). Descrevendo, comparando e filiando os phenomenos sociaes, pois que, segundo a sua verdadeira concepção, se não deve limitar a biographar os grandes homens ou a expôr factos singulares, grandes acontecimentos, a historia leva-nos a induzir as normas reguladoras d'aquelles phenomenos (1).

Obedecendo ás necessidades do nosso espirito e attendendo ao vasto dominio da historia, necessario é dividil-a, tomando por base as funcções sociaes e

(1) Veja-se sobre este assumpto Louis Bordeau, *L'Histoire et les historiens*, pag. 1 a 146, e Heibert Spencer, *Introduction à la science sociale*, 9.^a edic., pag. 45 a 50.

seguinte a ordem crescente da sua complexidade, que também é a da gradual dependencia entre essas funções pelo que respeita à sua evolução:

Devendo este assumpto, na sua generalidade, ser desinvolvido em outra cadeira, limitar-nos-hemos a dar a noção de função juridica para determinarmos o objecto da *Historia do direito civil*.

2—Função jurídica; seu conceito.

Função juridica é a que garante por meio da coacção judicial a realisação das condições de existencia e desinvolvimento dos agregados sociaes.

As normas de vida social que têm essa garantia, constituem o *direito* objectivamente considerado.

Além do direito outras normas ha reguladoras das relações sociaes, como as da moral, da religião, da hygiene, etc.; distinguem-se todas ellas entre si e do direito em a sua observancia ser imposta por uma garantia propria. Assim, a effectividade da norma juridica é assegurada pela força publica, havendo nas sociedades civilisadas, para a sua applicação e defesa, órgãos proprios constituídos pelo proprio Estado e que têm o nome de poder judicial; as normas da moral são impostas pela consciencia publica; as da hygiene pelas doenças que resultam da sua inobservancia; as da religião pela crença nos premios ou penas d'uma vida além da campa.

Exposemos o conceito do direito definindo os caracteres externos por que se distingue das outras normas de vida social. A determinação das relações sociaes que por elle devem ser reguladas, não é assumpto de que devamos occupar-nos nesta cadeira.

Caracterisado assim o direito, vejamos o que se intende por *direito civil*.

3—Classificação do direito; direito civil.

Para definirmos o *direito civil* é necessario que tratemos previamente da classificação do direito. Attendendo ao fim que temos em vista, aceitaremos a classica divisão do direito em publico e privado, que é ainda hoje a geralmente acceita e aquella em que se informam as legislações positivas e a organisação dos estudos juridicos (1).

Não têm os jurisconsultos admittido uma base unica para a divisão do direito em publico e privado. Alguns, seguindo a jurisprudencia romana, attendem ao fim da norma juridica; outros ao sujeito da relação juridica.

Definem os primeiros *direito publico* o que tem por fim a utilidade publica ou do Estado; e *direito privado* o que tem por fim a utilidade particular ou de cada individuo (2).

Os segundos consideram como pertencentes ao *direito publico* as normas que respeitam ao individuo considerado como membro do Estado, ou as que regulam a organisação do Estado e as relações entre este e os cidadãos; e definem *direito privado* o conjunto de normas respeitantes às pessoas individualmente consideradas e não como membros do Estado (3).

(1) O ex.^m plector declarou que esta divisão carecia de base scientifica, e que outras havia já por que podia ser vantajosamente substituida nos estudos theoticos.

(2) Publicum jus est quod ad statum rei romanae spectat. Privatum jus est quod ad singulorum utilitatem spectat. Sunt enim quedam publice utilia, quedam privata.

(Ulpiano, L. 1.^a, § 2.^o, D., I, 1)

(3) A palavra Estado toma-se como synonyma de poder social, abrangendo as corporações locais que desempenham funções publicas, como as camaras municipais, etc.

Estas definições não são acceitaveis. Ha leis que respeitam ao Estado e originam direitos privados; outras que respeitam aos individuos e constituem normas de direito publico (1).

Tambem não são rigorosas as primeiras. Qualquer norma de direito tem por fim a utilidade publica e privada conjunctamente. Interessa aos cidadãos, individualmente considerados, a boa organização do Estado; não é indifferente para este o rigoroso cumprimento dos contractos, o augmento de fortuna dos cidadãos, etc.

Tomando para base da divisão do direito em publico e privado o fim da norma juridica, é necessario pois ter em consideração que a utilidade publica e particular se tomam em sentido relativo, sendo de direito publico as normas reguladoras das relações sociaes que directamente interessam ao Estado, e de direito privado as que directamente interessam aos individuos (2).

Em virtude da duplicidade de bases para a divisão do direito em publico e privado e do pouco rigor das definições dadas, graves divergencias surgem entre os juriconsultos sobre os ramos de direito que devem ser incluídos em cada membro da divisão (3).

(1) Veja-se Ahrens. 1.º vol., 7.ª edic., pag. 278 e seg.

(2) O nosso codigo civil considera direito privado o que regula as relações reciprocas dos cidadãos entre si, como meos particulares, ou entre os cidadãos e o Estado em questões de propriedade ou de direitos puramente individuaes (art. 3.º).

Como so vê, o legislador attendeu não só ao sujeito da relação juridica mas tambem á natureza d'esta.

(3) Veja-se Falk—*Cours d'Introduction générale à l'étude du droit*, pag. 44; Dr. Lopes Praça—*Estudo sobre a carta constitucional*, 1.ª parte, pag. VII e segg.; Brugi—*Introduzione encyclopedica*, pag. 110-153; Dr. Guimarães Pedroza, *Dissertação inaugural*, pag. 4, nota (3).

Pondo de parte essas divergencias, apresentaremos a classificação geralmente aceita.

O direito publico divide-se em: *politico, administrativo, penal, judiciario e ecclesiastico*; o direito privado em *civil e commercial*.

Direito politico e administrativo é o que regula e garante a forma politica do Estado, o exercicio dos seus differentes órgãos e as relações entre estes e os differentes agregados sociaes.

Direito penal—é o que tem por objecto a tutela da ordem juridica em cada um dos agregados sociaes, pela incriminação das acções que, sendo prejudiciaes a essa ordem, tornam necessaria pela sua gravidade a applicação d'uma pena, como condição para a existencia e desinvolvimento d'esses mesmos agregados.

Direito judiciario—é o que contem as garantias que respeitam á administração da justiça para defesa das relações juridicas pela applicação, em cada um dos agregados sociaes, das respectivas normas reguladoras, por meio d'órgãos adequados, que têm a designação de *organização judicial* (1).

Direito ecclesiastico—é o complexo de normas por que se rege a Igreja respeitantes á sua constituição e organização e ás relações com o Estado.

Depois de termos definido todos os ramos de direito publico, passaremos a tratar do direito privado, dando a noção de direito civil e commercial.

Entre os romanos *jus civile* constituia o direito proprio dos cidadãos romanos—*quod quisque populus sibi constituit*, em opposição ao *jus gentium*, commun a todos os homens.

(1) As normas que devem regular o exercicio d'esses órgãos constituem o que se chama—*processo*.

Nos séculos XV e XVI designavam as palavras —*direito civil*— o direito proprio do Estado em opposição ás leis da Igreja; no século XVII era synónimo de direito privado, acceção em que hoje ainda se toma. Neste ultimo sentido *direito civil* é o complexo de normas respeitantes á capacidade civil dos cidadãos e dos agregados sociaes, e ao modo por que se adquirem, conservam e transmittem os bens (1). No sentido proprio, porém, o direito civil não comprehende todas essas relações, sendo reguladas pelo *direito commercial* as que respeitam aos commerciantes e ao commercio.

As principais relações jurídicas que actualmente entram no dominio do direito civil são:

- 1) Capacidade dos individuos e agregados sociaes (*personas moraes*);
- 2) Constituição e organização da familia;
- 3) Adquisição de direitos;
- 4) Propriedade;
- 5) Responsabilidade civil ou reparação dos direitos lesados.

Ha entre nós, do mesmo modo que na maioria das nações civilisadas, um direito singular, distincto do direito civil propriamente dicto, applicavel ás pessoas que praticam actos commerciaes, isto é, que têm por fim facilitar a troca dos productos ou approximal-os dos consumidores. É o *direito commercial*.

4. Historia do direito civil

(1) *Capacidade civil* é o conjuncto de direitos e obrigações que respeitam ás relações privadas dos cidadãos entre si ou entre os cidadãos e o Estado em questões de propriedade ou de direitos puramente individuaes.

Contrapõe-se á *capacidade politica* que comprehende os direitos e obrigações respeitantes ás relações entre o Estado e os cidadãos, como membros do mesmo Estado.

portuguez; sua divisão em interna e externa.

Do que deixamos dicto vê-se que a *Historia do direito civil portuguez* é o estudo das normas jurídicas que entre nós têm regulado e garantido a capacidade civil, as relações familiares, a aquisição, conservação e transmissão de direitos relativos a bens, e a sua reparação.

Essas normas podem considerar-se relativamente aos órgãos que as declararam, ás formas que têm revestido, aos monumentos que nel-as transmittem, aos trabalhos dos juristas e historiadores que as interpretam e esclarecem, ou quanto ao seu conteúdo. Dahi a divisão da historia do nosso direito civil em *interna* e *externa*.

Esta também se chama historia das fontes do direito, expressão porque se designam os órgãos sociaes a quem é attribuida a função de declarar, em harmonia com o apparecimento e successiva transformação das necessidades sociaes, as garantias jurídicas correspondentes; as diversas formas por que são feitas essas declarações; os monumentos que nel-as transmittem e os trabalhos elaborados acerca d'ellas. A historia interna é também chamada historia das instituições, dando-se esta designação ao conjuncto de normas reguladoras d'um determinado grupo de relações sociaes.

A distincção entre a historia interna e externa do direito, que por mais de um motivo pode ser impugnada, é importante pelo que respeita ao methodo por que cada uma d'ellas deve ser exposta. Estando as fontes do direito, no que respeita aos órgãos incumbidos de declarar as normas jurídicas e á forma d'estas, em intima relação com o Estado, ou

melhor, sendo objecto do direito publico, o seu estudo deve fazer-se analysando principalmente as condições politicas, que são as que, sob este aspecto, mais directamente influem na formação do direito. Pode assim fazer-se o estudo da historia das fontes do direito pela divisão em epochas, que tenha por base as alterações que se deêm na organização politica.

Pelo que respeita á historia interna do direito civil, estando as instituições por este garantidas sujeitas a uma evolução constante, mas de caracter muito lento e operando-se sempre gradualmente, e sendo por isso mesmo muito lentas tambem as modificações que em virtude d'essa evolução se dão no direito, o seu estudo não pode fazer-se pela divisão em epochas. Cortar-se-hia assim o estudo das instituições juridicas, não se podendo determinar precisamente a combinação de forças e factos que sobre ellas actuaram desde a sua genese até ao seu estado actual e formar uma ideia nítida de todas as phases que atravessaram.

D'alí a vantagem de dividir a historia externa do direito civil em epochas e, pelo que respeita á interna, agrupando as normas juridicas que respeitam a uma dada instituição social.

5—Historia externa; sua divisão em epochas.

Iniciando o nosso estudo pela historia externa, vamos traçar o plano que temos de seguir, analysando antes o que foi adoptado pelos eminentes professores d'esta faculdade, Paschoal José de Mello Freire e Coelho da Rocha.

a) *Plano de Mello Freire.* Paschoal José de Mello

Freire na sua *Historia juris civilis lusitani* divide a historia do direito patrio em 11 epochas: 4 anteriores á fundação da monarchia e 7 posteriores:

I. ^a	epocha—Comprehende o direito lusitano	antes dos romanos
II. ^a	» — » » »	durante o dominio de Roma
III. ^a	» — » » »	sob os Godos.
IV. ^a	» — » » »	sob os arabes
V. ^a	» — » » »	ereis de Leão
VI. ^a	» — » » »	sob D. Henrique e Afonso I
VII. ^a	» — » » »	até D. João I
VIII. ^a	» — » » »	até D. Manuel
IX. ^a	» — » » »	até aos Philippes
X. ^a	» — » » »	sob os Philippes
XI. ^a	» — » » »	até D. José
		sob D. José e D. Maria (1)

Este plano da divisão em epochas, geralmente por dynastias, e da exposição das leis pela ordem chronologica dos reinados dentro de cada epocha é criticado por Coelho da Rocha com o fundamento de «cortar o nexo dos acontecimentos, interromper a attenção e o interesse do leitor e de acostumar os alumnos a attribuir os acontecimentos e vicissitudes politicas e civis ao caracter, virtudes ou vicios dos monarchas» (2); Coelho da Rocha citando estes in-

(1) A obra de Mello Freire ainda contem mais dois capitulos, o 12.^o e 13.^o. — O primeiro trata dos *jurisconsultos lusitanos*, e o segundo do modo d'interpretar o direito lusitano.

(2) Coelho da Rocha—*Ensaio sobre a historia do governo e legislação em Portugal*, pag. IV.

convenientes, esqueceu-se em parte da critica feita quando elaborou o seu plano, como vamos ver.

b) *Plano de Coelho da Rocha.* Coelho da Rocha que, embora não tivesse o genio do vulto gigantesco da sciencia juridica—Mello Freire, foi abalissimissimo jurisconsulto e professor eminente, dividiu a sua historia em sete epochas: quatro anteriores á fundação da monarchia (eguaes ás de Mello Freire) e tres posteriores (1). D'estas a *primeira* vae até D. Fernando; a *segunda* até á morte de D. Henrique; a *terceira* até á morte de D. João VI (2).

A respeito d'este plano podemos dizer, em parte, o que Coelho da Rocha diz de Mello Freire: fez desde a constituição da monarchia a divisão por dynastias, sendo certo que as grandes modificações politicas e sociaes que se têm dado na organização do paiz não correspondem a ellas, como tereinos occasião de verificar.

c) *O nosso plano.* O plano que se nos afigura melhor é o seguinte: Para a historia do direito anterior á constituição da monarchia portugueza seguimos Coelho da Rocha, abrindo epochas para o estudo das fontes do direito sob a denominação *romana, goda e arabe*.

Posteriormente á fundação da monarchia abriremos tres periodos, attendendo as tres phases da nossa organização politica:

(1) Sobre as razões que assim o fizeram proceder, leia-se a sua obra, pag. IV.

(2) Em supplemento trata do governo e legislação desde a morte de D. João VI até 27 de janeiro de 1842. Coelho da Rocha divide as materias de que trata em cada epocha em diferentes artigos assim epigraphados: *sucessão da corôa, fôrma de governo, ordem do clero, estado da nobreza, legislação, industria, instrucção e jurisprudencia, estado da Igreja lusitana.*

1.º até á morte de D. João II, caracterizado pela *monarchia limitada pelas ordens* e pelo predominio do direito consuetudinario, de caracter local, sobre o direito escripto; 2.º até á revolução de 1820, caracterizado pelo absolutismo e pelo predominio do direito geral escripto (ordenações) sobre o direito local; 3.º ate nossos dias, caracterizada pelo systema representativo e. quanto as fontes de direito, pela codificação.

1.ª PARTE

HISTORIA EXTERNA DO DIREITO

CAPITULO I

Direito Lusitano antes dos Romanos

6—Primeiros habitantes da Península.

Não sendo os portuguezes representantes dos antigos lusitanos, nem pelo que respeita ao territorio, nem pelo que respeita á raça e á língua; sendo certo, por outro lado, que a Lusitania percorreu, quanto á sua organização social, as mesmas phases que as restantes provincias da Península até á constituição da monarchia portugueza, e que esta só adquiriu uma physionomia propria, distincta dos outros Estados da Península, durante a primeira dynastia, necessario é que estudemos as fontes do direito peninsular anterior á formação da monarchia portugueza para que possamos filiar e caracterisar as instituições com que esta nos apparece na historia.

Iniciaremos este estudo dando ligeiras noções sobre os povos que habitaram a Península anteriormente á dominação dos romanos.

Os primeiros povos que habitaram a Península, segundo nos é dado afirmar em face da historia, foram os iberos, que uns filiam nos indo-scytas, outros na raça americana e que outros dizem ser aborigenes da Península (1). Habitaram tambem a Gália, Bretanha, Sicilia, Sardenha, e norte d'Africa (2).

Depois dos iberos vieram os *phenicios*. Este povo navegador, gujando-se pelas estrellas e principalmente pela grande Ursa, avançou pelo Mediterraneo chegando á Bretanha, e é provavel que, partindo do mar Vermelho, houvesse circumdado a Africa. Seduzidos pela riqueza e doçura do clima hespanhol, ou, antes, forçados pela necessidade economica de fundar novas colonias, estabeleceram-se nas suas costas numa remota antiguidade (3).

As principaes colonias phenicias na Hespanha foram *Gadeira*, no tempo dos romanos *Gades* (hoje Cadiz), a mais antiga, *Abdera* (hoje Almeria), *Malaca* (hoje Malaga) e a formosa *Tartesso*.

Contemporaneo ou quasi contemporaneo aos dos

(1) Sobre a origem dos iberos e seu estabelecimento na Península, veja-se H. d'Arbois de Jubainville, *Les premiers habitants de l'Europe*, tomo 1.º, 2.ª edic., pag. 24—26 e 47 a 59. O sr. dr. Theophilo Braga sustenta que os iberos pertencem á raça turanica, opinião que tem hoje bastantes sequazes. Veja-se *A Patria Portuguesa. O territorio e a raça*, pag. 55 e segg., e uma obra notavel, em via de publicação, de Fernandez y Gonzalez—*Primeros pobladores historicos de la Peninsula Iberica*.

(2) Os unicos actuaes representantes da raça iberica na Península são os *bascos* ou *biscainhos*. É provavel que outr'ora occupassem uma grande parte da Hespanha, como o indica um grande numero de nomes de rios e povoações d'esta região. Este povo exerceu pouca influencia no grau de civilização da Península (Herder, *Philosophie de l'histoire de l'humanité*, vol. III, pag. 134 e segg.)

(3) Veja-se Jubainville, obr. e tomo cit., pag. 59.

phenicios foi o estabelecimento dos gregos (1). Estes, cujo systema de colonisação foi contrario ao dos phenicios, fixaram-se principalmente nas margens do Douro e Minho, fundando as colonias de *Rhodes*, *Sagunto* e *Emporion*.

Pelo seculo VII (?) foi a Hespanha invadida pelos *ligures*, povo da raça indo-scita que não exerceu influencia alguma.

Pouco depois vieram os *celtas* questionando-se muito sobre se elles vieram das Gallias para a Hespanha ou se d'esta passaram para aquellas, como pretende Humboldt (2). Fundindo-se com os iberos formaram os *celtiberos*.

A Hespanha tambem foi occupada pelos *carthaginezes*, que, d'origem phenicia, formaram com os lybios a raça *lybi-phenicia*. Tendo entrado na Hespanha com o fim d'auxiliar os phenicios, foram pouco a pouco lançando as bases do seu dominio que no anno 220 a. C. se'estendia por toda a região áquem do Ebro.

7 — Lusitanos.

Povoada a Península pelas raças que tão succintamente referimos, estas, devido á constituição oro-hydrographica do seu territorio fraccionaram-se em tribus, que no periodo anterior á dominação dos romanos estavam assim distribuidas:

A povoação celtica, estabelecida ao norte e poente, abrangia os *cantabros*, *vasconios*, *asturos*, *callaios* e *lusitanos*.

(1) Sustentam alguns que depois dos phenicios a Hespanha foi occupada pelos *persas*. Esta questão é, porém, muito obscura.

(2) Oliveira Martins, *As raças humanas*, tomo I, pag. 208; Herculano, *Hist. Port.* tomo I, pag. 14, nota (1).

A raça ibera, que occupava o meio-dia e o oriente da Hespanha abrangia os *turdetanos* e *turdulos*, representantes dos antigos *tartissos*; e a raça celtibera, que occupava principalmente a parte central, tinha como tribus principaes os *arevacos*, *carpetanos*, *vacceus* e *oretanos*.

Segundo a doutrina exposta são, portanto, considerados os lusitanos como pertencentes á raça celtica (1). A parte da Peninsula habitada por este povo chamava-se *Lusitania* e tinha por limites ao sul o Tejo, a oeste e norte o Oceano, a leste o territorio dos *carpetanos*, *vacceus*, *callaicos* e outros povos. Estes limites foram, porém, muito variaveis (2).

8 — Organização social,

A insufficiencia dos materiaes que para reconstituir a organização social dos iberos, celtas e celtiberos nos ministram os escriptores gregos e latinos que de proposito se occuparam d'elles, como Strabão, Plinio, Deodoro de Sicilia, ou incidentemente, como Tito Livio, Appiano, Polibio, embora enriquecidas já pela ethnologia, a philologia e a historia-comparada; e a grande diversidade de civilização, costúmes, caracter e organização social com que esses povos se nos apresentam nos primeiros seculos da dominação romana, havendo a par de alguns que, pelo contacto

(1) Contra esta opinião, quasi geralmente acceita, surgiu-se o Sr. Martins Sarmiento filiando os lusitanos nos liguses. As bases da sua opinião, posta em duvida por Olveira Martins, são: uma passagem de Deodoro, a indole e caracter dos lusitanos, e a origem etymologia da palavra lusitanos (*ligures*, *liguses*, *liuses*, a que depois se juntou a terminação *tani*).

(2) Strabão falla-nos em 4 Lusitanias, o que se explica attendendo a que, os limites de leste augmentavam ou diminuiam por causa das luctas travadas com os povos vizinhos.

immediato com os phenicios, gregos e carthaginezes, têm, como os *turdetanos*, importante marinha, extensas relações commerciaes, uma litteratura, historias ou annaes, poemas e leis em verso, outros que, isolados no interior da Peninsula, viviam como os indigenas da industria pastoril, do roubo, tornam impossivel esboçar um quadro completo das instituições juridicas da Peninsula anteriormente á dominação dos romanos. Daremos todavia breves indicações a esse respeito.

De caracter accentuadamente guerreiro, sendo tão peritos na arte da guerra que os proprios romanos alguma cousa aproveitaram da sua tactica; habituados a reunir-se nas montanhas para d'ahi descerem sobre os campos levando o espanto e a desolação a toda a parte; com tendencia pronunciada para o isolamento amando apaixonadamente a sua independencia e liberdade, não poucos havia entre os povos da Peninsula de humanitarios sentimentos para com os estrangeiros, desinvolvendo-se entre elles, embora incompletamente, a instituição da hospitalidade e reconhecendo a inviolabilidade dos legados ou embaixadores.

Formavam povos ou Estados independentes cujo numero não é possivel fixar, havendo-nos algumas moedas dado a conhecer povos que não vêm mencionados nos escriptores gregos e latinos. Regiões havia, habitadas por povos da mesma origem, em que se constituíam confederações compostas de diversas tribus, que mantinham a sua autonomia em tudo o que não dizia respeito ao vinculo federal. Assim, parece que formaram uma confederação permanente os lusitanos que, segundo Strabão e Plinio, só no territorio entre o Tejo e os artabros se dividiam em trinta povos.

Por vezes interesses communs suscitavam a idéa

de solidariedade perante um perigo, formando-se confederações transitórias. Os arevacos, belos e titos unem-se no tempo de Viriato.

Teriam alguns povos chefe electivo, outros hereditario, devendo concentrar-se n'elle a auctoridade civil e militar. Nas confederações, uma assembléa composta de representantes dos povos confederados, elegia o chefe do exercito, determinando o contingente que cada um devia offerecer e decidindo sobre as condições da paz.

A existencia de assembléas deliberativas, em alguns povos de character aristocratico (*senatus*), n'outros de character popular (*concilium*), em que se discutiam os assumptos de interesse commun, como a declaração da guerra, a eleição de chefe do exercito, os tratados de paz, não póde contestar-se. São, porém, deficientissimos os elementos para determinar qual a sua organização.

Tambem os não ha para o estudo do regimen interno das cidades, sabendo-se todavia que em algumas cidades havia collegios ou corporações de dez individuos, que parece ter sido a magistratura ordinaria das cidades hespanholas.

A distincção em livres e escravos e a subdivisão d'aquelles em nobres, clientes e plebeus existiu anteriormente á dominação dos romanos, sendo a aristocracia de sangue designada pelas palavras *principes*, *nobiles*, *maximi natu* e *primores*.

Quanto ás fontes de direito, entre os iberos e os celtas devia dar-se o mesmo que em todos os povos n'um estadio rudimentar de civilisação.

A principio decidiria as questões que se suscitassem entre os membros de communidade o chefe da tribu ou da familia (*sustentia judicis*); observada essa decisão em casos semelhantes em virtude de

imitação que principalmente actua nas sociedades primitivas; surgindo ao lado das necessidades sociaes os meios adequados para a sua satisfação, ir-se-hiam formando costumes pelo tacito consentimento do povo os quaes, impostos coactivamente, se tornariam direito consuetudinario. E era este direito o que existia entre os povos da Peninsula anteriormente ao dominio dos romanos. Leis escriptas só vemos pelo depoimento de Strabão que as possuiram em verso os turdetanos, o que é muito frequente entre os povos primitivos (1).

CAPITULO II

Romanos

9—Invasão e romanisação da Peninsula.

A quebra do tratado que garantia a independencia de Sagunto, motivou a invasão da Peninsula pelos romanos, sendo os carthaginezes expulsos por estes com o auxilio dos indigenas depois d'uma lucta de quatro annos (220-216). Faltava porém dominar os indigenas, o que só poderam fazer depois de 200 annos de luctas em que sobresahem pela sua valentia e pericia Viriato e Sertorio, que a traição victimou, e pela gloriosa lucta que sustentaram os cantabros e asturos, os ultimos povos que foram subjugados (2).

(1) Veja-se Pidal, *Lecciones sobre a historia del gobierno y legislacion de España*, pag. 25 a 47; Sumner Maine, *Ancien droit*, pag. 18, Cogliolo, *Filosofia del diritto privato*, pag. 42 e seg.

(2) Roma firmou o seu dominio em toda a Peninsula, menos nas fraldas dos Pyreneus.

Roma não conquistava somente pelas armas, conquistava também pela política. Introduzia no paiz conquistado as suas colonias, leis, costumes, deuses, luxo, prazeres, interessando-o por muitos modos, na prosperidade da grande republica (1).

Deixando subsistir as instituições juridicas locais de modo que cada cidade se governava pelo seu direito escripto ou consuetudinario em tudo o que se não oppunha á dominação de Roma na ordem politica ou administrativa até á concessão de Caracalla do direito de cidade a todos os subditos do imperio; respeitando até na ordem administrativa e juridica a autonomia de algumas cidades (confederadas, livres e estipendiarias), Roma conseguiu introduzir a sua civilização na Peninsula, amoldando-a ás suas instituições e consolidando assim o seu dominio.

Para ~~a manter em pacifica~~ sujeição, alterava as divisões politicas existentes, refundindo as organizações territoriaes cuja energia era por esse meio enfraquecida, e conservava na Peninsula legiões permanentes que se entregavam a obras de defesa e de publica utilidade—vias militares, muralhas, fortalezas, pontes, diques e portos. Estabelecidas para defesa as vias militares punham em facil communicacão os mais distantes centros que assim ficavam sujeitos á influencia dos romanos. A invasão da Peninsula por consideravel numero de cidadãos romanos, que ahi fundaram colonias, accelera a romanisação da Peninsula, creando novas condições de vida, dando lugar a instituições juridicas accommodadas pelo desenvolvimento progressivo do *jus gentium*, ou do direito romano cosmopolita.

Os testemunhos dos escriptores e dos monumen-

(1) Herculano, *Historia de Portugal*, tomo I, pag 21.

tos e talvez ainda mais a influencia que as instituições romanas exercem na civilização visigoda attestam irrefragavelmente a quasi absoluta romanisação da Peninsula, onde a politica civilisadora de Roma fez quasi completamente desaparecer a diversidade de organização dos diferentes povos.

Estudar, pois, as fontes do direito na Peninsula durante a dominação o mesmo é que estudar a organização juridica dos romanos. Havendo, porém, alguns caracteres peculiares pelo que respeita á organização da Peninsula, porque Roma não admittiu um só padrão para as instituições politicas e administrativas das provincias ligando sempre a maior consideração ás condições geographicas e politicas e ás instituições já existentes, cumpre-nos dar resumida noticia da organização da Peninsula durante a dominação romana.

10 — Divisões da Hespanha sob os romanos; provincias.

Durante o dominio de Roma a Hespanha esteve dividida em varias provincias: *Citerior* e *Utterior* no tempo da Republica (197 antes de Christo); *Tarraconense*, *Betica* e *Lusitania* no tempo do Augusto (27 depois de Christo); na divisão de Deocleciano a *diocesis Hispaniarum* constava de 5 provincias hespanholas e uma africana a Mauritania Tingitana, a que accresceu entre 369 e 386 a das ilhas Baleares sendo, ao tempo da invasão dos barbaros, sete as provincias hespanholas: Betica, Lusitania, Carthaginense, Gallecia, Tarraconense, Tingitana e as ilhas Baleares. Eram governadas por *proconsules* se a provincia era senatorial; e por *legati augustales* se era imperial; na epocha do absolutismo tanto umas como outras por um *praesidens* ou *praeses*; e mais tarde,

na epocha de Constantino; por *Legados*, *Vigarios* ou *pro-prefeitos* que obedeciam ao *prefeito* das Gallias (1).

No tempo de Constantino o poder militar, que pertencera aos governadores, passou para o *comes*.

A administração da justiça fazia-se nos *conventus juridici* formados pelo governador e *assessores* (2).

Para determinar a situação jurídica dos habitantes das províncias, attendia-se ao seu procedimento nas guerras de que derivou a conquista.

Os que combatiam os exercitos de Roma ficavam reduzidos a precária situação na ordem politica; os que se haviam submettido sem lutar ficavam com a autonomia administrativa e alguns, nos privilegios e exemptions, eram equiparados aos cidadãos romanos.

Em geral as cidades provinciaes eram *stipendiariae*, sendo submettidas ao imperio ou jurisdicção do governador e obrigadas ao pagamento dos impostos tanto ordinarios como extraordinarios.

Havia, porém, cidades *fœderatae* que gosavam de absoluta autonomia, conservando a sua organização politica e administrativa sem dependência alguma do governador, e cidades *liberae*, que tinham autonomia no que respeitava ao governo municipal e administração da justiça, em que não estavam sujeitas ao governador da provincia. Em geral eram obrigadas ao pagamento dos impostos provinciaes, havendo, porém, algumas exemptas d'elles, que tinham o nome de *immunes*. Além d'estas cidades temos as *colonias*

(1) Primitivamente a palavra *provincia* significava a competência do magistrado com imperio, applicando-se depois ao governo dos territorios fóra de Roma e, em sentido translató, ao proprio territorio. Sobre a redução á fórma de provincia, vej. Coelho da Rocha, obr. cit., § 11.

(2) A Lusitania possuía os *conventus juridici* de *Merida*, *Beja*, *Santarem* e (mais tarde) *Braga*.

que eram constituídas por cidadãos romanos, veteranos ou proletarios. Havia colonias *civium romanorum*, *latinae* e *italiae*.

Durante a dominação dos romanos dá-se a organização jurídica dos municípios que tanta influencia tiveram na Peninsula.

A sua força vital residia na *curia* ou *senado*, a principio composta de 100 membros e mais tarde de todos os proprietarios (quer do município, quer de fóra mas n'elle domiciliados) que possuissem mais de 25 geiras e que se inscreviam no *album curiae* (1). A curia governava o município juntamente com os magistrados tirados da ordem dos decurions.

Os primeiros magistrados eram os *duumviri* ou *quatuorviri*; as suas attribuições, a principio amplas, foram pouco a pouco limitadas. Pertencia-lhes a presidência das assembleas populares da curia, attribuições d'ordem militar e designadamente a jurisdicção civil e criminal.

Além d'estes havia os *edis*, *censores* e, no seculo IV, o *defensor*. Os primeiros tinham a seu cargo a policia urbana e outros ramos d'administração publica; os segundos a distribuição dos grãos dos celeiros do Estado e as rendas publicas; o terceiro, finalmente, advogar os direitos da curia contra as autoridades provinciaes.

Os municípios, em virtude do despotismo de Roma, foram decahindo, concorrendo para tornar desgraçado o seu estado a elevação d'impostos e a pessima administração.

A qualidade de *curial*, a principio tão desejada, era agora onus de que todos procuravam libertar-se.

(1) Como a propriedade era que dava a qualidade de curial ninguem podia vender os bens sem auctorisação previa.

CAPITULO III

Wisigodos

§ 1.º—Invasões barbaras; os Germanos

11—Grande invasão; suevos, alanos, silingos, vândalos e wisigodos.

Necessidades economicas obrigaram os barbaros a deixar os seus paizes, occasionando as invasões quando o imperio romano se dissolia. Não obstante a barreira dos Pyreneus, os suevos, alanos e silingos, vindos das Gallias, penetram na Peninsula (409), que durante dois annos é theatro de encarniçadas luctas (1). Por fim os vândalos e suevos fixaram-se na Gallecia (Galiza e Castella-a-Velha); os alanos na Lusitania e Carthaginense (depois chamada Catalunha) e os silingos na Betica.

Em 445 Ataulpho, chefe dos godos, casado com uma irmã de Honório, passa á Hespanha e obriga os alanos e silingos a procurarem um refugio entre os suevos. Consequentes dissensões motivaram uma lucta civil entre vândalos e suevos que obrigou aquelles a passarem á Betica (depois chamada *Andaluzia*) d'onde se retiraram para a Africa deixando o seu territorio aos vencedores.

Os godos, invejosos dos progressos dos suevos, movem-lhes guerra derrotando-os. Os vencedores então foram alargando os seus dominios até que Leovigildo em 585, por uma ultima derrota infligida aos

(1) A respeito das atrocidades commettidas leia-se Herculano, *Historia de Portugal*, vol. 1.º, pag. 28.

suevos, estabelece a unidade territorial da Peninsula.

12—Organisação germanica.

Para bem estudarmos a organização da Hespanha durante o dominio dos wisigodos, organização devida á fusão operada entre os elementos—romano e barbarico—em grande parte por causa da influencia da Igreja, precisamos d'estudar a primitiva organização da Germania, de cujo seio vinham os invasores.

Segundo Tacito a Germania era habitada por um grande numero de povos independentes, uns pastores, outros agricultores, que viviam em *clans* consanguíneos (*vici*).

Os caracteres fundamentaes da raça germanica são: coragem, vigor, energia, respeito pelas mulheres, amor da familia, da gloria, hospitalidade, fidelidade, e, segundo Guizot (1), a liberdade ou independencia pessoal, opinião contrariada por Oliveira Martins (2); tinham tambem tendencias para a ociosidade, gosto pelas bebidas fortes e paixão pelo jogo.

Tinham uma organização democratica, residindo o poder soberano numa assemblêa dos homens d'armas.

Quando se reunia esta assemblêa (o que se fazia em dias determinados, não chegando porém os convocados na mesma occasião para se não dizer que obedeciam a uma ordem) depois dos sacerdotes terem imposto silencio, tomava o rei ou o presidente a

(1) Guizot—*Histoire de la Civilisation en Europe*, pag.

61.

(2) Historia da civilização iberica, pag. 56 e seg. (1.ª ed.)

palavra tratando do assumpto a resolver; se as suas opiniões eram acceitas, os convocados agitavam as suas *frámeas* (pequenas lanças) e, no caso contrario, reprovam-na com murmurios.

A população germanica estava dividida nas seguintes classes: a) *nobres*, b) *livres*, c) *libertos*, d) *litos*, e) *escravos*.

a) *Nobres*. Embora não constituíssem uma corporação aparte da dos homens livres, gosavam de privilegios que se perpetuavam na familia: os seus membros eram escolhidos para o throno e funções publicas (1).

b) *Livres*. Eram livres aquelles cujos paes o fossem no dia do nascimento. Podiam andar armados, ser proprietarios, não pagavam impostos, nem prestavam serviços que não fossem approvados pela assembléa popular ou costumeiro.

c) *Libertos*. Ficavam sob o dominio (*mundium*) d'um senhor, do rei ou da Igreja; não podiam ser proprietarios nem exercer direitos politicos.

d) *Litos* ou *liges* (*lazzèn*). Eram destituídos de direitos politicos e cultivavam um campo onerado com prestações ou impostos.

e) *Escravos*. Eram considerados *coisas* não tendo, portanto, direitos alguns, nem gosavam da protecção publica.

Depois de terem invadido a Hespanha, senhores de dois terços das terras conquistadas (2), vão-se pouco a pouco amoldando á civilisação hispano-romana até que no tempo de Leovigildo se completa a fusão, devida ás seguintes causas:

(1) Uns vão buscar a origem da nobreza á riqueza territorial, outros ao dominio da classe e outros ainda a uma supposta descendência dos deuses.

(2) Vid. Herculano, obr. cit., tomo II, pag. 231; *opusculos*, pag. 309; Gama Barros — *Historia da administração publica em Portugal*, vol. 1.º, pag. 389.

mana até que no tempo de Leovigildo se completa a fusão, devida ás seguintes causas:

1) Superioridade da civilisação hispano-romana;
2) Influencia preponderante do clero hispano-romano;

3) A politica dos reis godos, que se apoiavam nos indigenas para suffocar as discordias, dissensões e revoltas (1).

§ 2.º — Hespanha Wisigothica

13 — Organização politica.

A forma de governo entre os wisigodos foi sempre a monarchia, sendo a eleição e a rebelião os principaes factos que dão a posse da corôa; a transmissão da soberania por hereditariedade parece ter sido desconhecida (2). Vejamos a este respeito as disposições dos concilios. O IV concilio de Toledo (633) estatue que a eleição dos reis deverá ser feita em *concilio commun de nobres e prelados* (3).

No V concilio (636) estabeleceu-se como condições essenciaes para a ascensão ao throno a eleição geral, e pertencer a raça goda.

O VI concilio (638) considera como causas d'exclusão da corôa, a tonsura, por motivos de profissão religiosa, a decalvação, a origem servil e a qualidade d'extrangeiro.

O VIII concilio (653) estatue que, fallecido o monarcha, se eleja o successor no lugar do fallecimento, quando não seja na capital do reino.

(1) Reccáredo estabelece a unidade religiosa, Receswintho permite o casamento entre godos e indigenas; verificando-se em 672 a unidade de leis.

(2) Gama Barros, op. cit., vol. 1.º, pag. 622.

(3) Coelho da Rocha, op. cit., § 22.

Isto até Chindasvindo; desde então o principal facto que determina a posse da corôa é a nomeação do successor pelo proprio rei, tendo porém aquelle de ser confirmado pelos concilios.

Como se vê é grande a influencia dos concilios, sendo, pois, de justiça que lhes determinemos o caracter e função propria.

a) *Seu caracter*—Divergem as opiniões sobre este assumpto.—*Marina* diz que eram verdadeiros estados geraes, ou cortes da nação (1) opinião de que se não distancia muito a de *Oliveira Martins* (2).

—*Guizot e Lafuente* seguem uma opinião contraria que nós aceitamos: dizem que os concilios de Toledo devem ser considerados apenas como o germen de uma representação nacional (3). *Sempere y Guarinos* segue a mesma opinião (4).

Alguns escriptores, baseados na formula *omni populo assentiente*, dizem que o povo assistia aos concilios, opinião refutada por *Lafuente* (5).

b) *Função*—Os concilios tinham por missão propria negocios ecclesiasticos, resolvendo, porém, algumas vezes sobre assumptos politicos e administrativos (6). N'estes assumptos, porém, eram de pouca importancia, como se prova pelas raras vezes que se reuniam e pela ausencia dos nobres que só n'elles tiveram ingresso depois do 3.º concilio.

Além dos concilios havia entre os visigodos

(1) *Teoria de las cortes*, cap. V, tomo I (Cf *Lafuente*, *Historia d'Espana*, tomo II, pag. 99).

(2) *Historia da civilização ibérica*, pag. 67 (1.ª edição).

(3) *Lafuente*, op. cit. vol. 2.º, pag. 101.

(4) *Historia del derecho*, tomo I, cap. XIII (Cf *Lafuente*, obra e vol. cit., pag. 99).

(5) Op. cit., tomo II, pag. 100—101.

(6) *Oliveira Martins*, op. cit., pag. 68 (1.ª ed.).

uma outra instituição de caracter politico, a *corte regia* ou *officium palatinum*.

Esta instituição era formada pelos nobres e altos funcionarios da corte (comites) que tinham diferentes cargos (comes patrimonii, stabuli etc.) e que deviam ser consultados pelo rei em certos actos por que exercia a soberania; mas a sua influencia, pela falta de cohesão entre os nobres, foi pouco a pouco decabindo.

14 — Organização administrativa.

As provincias e cidades (com a mesma divisão e nomes que tiveram no tempo dos romanos) eram governadas aquellas por *duques* e estas pelos *condes*.

As povoações subalternas eram regidas pelo *praepositus* ou *villicus*, havendo para a arrecadação d'impostos os *numerarios*.

Na ordem militar, depois dos duques e condes, havia os *thufados* ou *millenarios*, que commandavam um corpo de mil homens; os *quingentarios*, os *centenarios*, etc.

Quanto aos municipios encontramos no *Brecciarium Alarici* algumas modificações ao regimen municipal, que subsistiu ao imperio visigothico.

Havia os *curadores* (decemviros quinquenaes), e os *defensores*: Desappareceram os *duumviros judiciaes*, cujas attribuições passaram para a curia, para os duques e condes e para os *defensores*, que julgavam os pequenos delictos.

Os curadores tinham attribuições administrativas.

As causas que deferminaram a persistencia do regimen municipal no meio das grandes convulsões politicas que se deram na Peninsula foram:

1) o facto de os vencedores consentirem que os vencidos se regessem pelas suas antigas leis e costumes;

2) o facto de os godos se fixarem de preferência nos campos.

15—Organisação social.

Havia entre os wisigodos tres classes principaes: *nobres*, *populares* e *servos*.

A *nobreza*, que entre os romanos derivava do exercicio de cargos publicos e que entre os germanos era uma casta, participava nos wisigodos de ambos os caracteres. Depois da conversão de Recaredo adquiria-se tambem a nobilitação pela entrada na vida ecclesiastica.

Os *populares* eram principalmente constituidos pelos hispano-romanos que ficaram vivendo em condições muito inferiores ás dos godos (1).

Entre os *homens livres* (*populares*) havia duas classes que em parte caracterisam a epocha feudal — os *bucellares* e *colonos*. Aquelles collocavam-se sob a protecção d'um rico de quem recebiam armas e bens a troco de serviços pessoaes, especialmente militares. Os *colonos*, por prescripção ou contracto, cultivavam campos alheios a que estavam ligados e por que pagavam uma certa prestação.

Entre os *servos* temos os escravos e *libertos*.

A situação dos escravos melhora: já eram considerados como pessoas, tinham o seu peculio, não podiam ser mortos ou mutilados sem que houvesse processo judicial, etc. (2).

(1) Nos municipios havia os *decuriões* (principaes proprietarios, membros das curias) e os *plebeus* (que não possuíam 25 geiras de terra).

(2) As fontes da escravidão eram: 1) nascimento de

Os *libertos* eram aquelles que obtinham dos seus senhores carta de manumissão, podendo esta ser absoluta ou condicional.

§ 3.º—Fontes de direito

16—Direito consuetudinario e escripto; systemas de direito.

Os germanos antes de se apoderarem do imperio romano não tinham leis escriptas e só as tiveram depois de Eurico, segundo o testemunho de Santo Isidoro de Sevilha, sendo consuetudinario o seu primitivo direito.

As causas principaes da transformação do direito consuetudinario em escripto foram:

1) a substituição da moeda *godo* pela moeda *metallica* proveniente do contacto com os romanos, e de que resultou a necessidade de fixar novas normas para a applicação das penas;

2) outras modificações profundas que, em virtude d'esse contacto e das relações com uma nova religião, se dão nas suas instituições e costumes.

Quando os wisigodos firmaram a sua dominação na Península, ficaram vigorando dois systemas de direito — *territorialidade das leis* e *personalidade das leis*, segundo se attendia ao territorio que os individuos habitavam, ou ao direito proprio da nação a que elles pertencem. Foi este systema, cujo inicio muitos attribuem aos germanos, o que ao principio dominou no imperio wisigodo, havendo um direito proprio para hispano-romanos e para wisigodos (1).

paes escravos; 2) delictos castigados com a perda de liberdade; 3) a insolvencia.

(1) Oliveira Martins, op. cit., pag. 60 (1.ª ed.).

17 — Direito proprio dos wisigodos.

Os wisigodos, antes da unificação da legislação, tinham leis proprias por que se regiam, existindo d'ellas um importante fragmento, publicado por Bluhme que primeiro pertenceu a Corbie passando depois para a bibliotheca dos Benedictinos de Saint-Germain des Prés e d'aqui para a real bibliotheca de Paris. Bluhme attribue-o a Recáredo, seguindo Schulze a mesma opinião; Pétigny, e com elle o nosso Herculanó, julgam ser de Alarico II, fundados nos seguintes argumentos: 1) uma reproducção feita no capitulo 285 do palimpsesto da *interpretatio* do *Breviario d'Alarico* ao livro 2.º, tit. 33, lei 2.ª, do código Theodosiano; 2) o facto de o fragmento dizer que o seu auctor era filho d'um legislador (podendo então ser Alarico II, filho de Eurico ou Recáredo; filho de Leovigildo.)

Schupfer (1) e Hinojosa (2) affirmam que os fragmentos da Corbie pertencem a Eurico.

O que se pôde concluir d'isto é que é anterior á fusão das duas raças.

Ha tambem uns fragmentos publicados sob o titulo de *Noticia succinta d'uma compilação de leis recentemente descoberta na Inglaterra* (Madrid, 1889) e outros encontrados na bibliotheca de Roma, cuja noticia se pôde ler em Hinojosa, obra e lugar citados.

18 — Direito proprio dos romanos — *Breviarium Alarici*.

(1) *Manuale historia del diritto italiano*, 2.ª edic., pag. 73 e segg.

(2) *Los pueblos germanicos*, pag. 27 e segg.

Fôz este feito por jurisconsultos e approvedo por uma assemblêa de nobres e prelados. Promulgado em Tolosa no anno 506 (22.º do reinado de Alarico), o seu original foi depositado no thesouro real, sendo enviadas aos condes copias authenticadas pelo chanceler Anianó junctamente com o *communitorium* em que se prescrevia aos condes que pozessem de parte toda a outra legislação.

As fontes d'este trabalho (*Breviarium Alarici*, *Breviarium Aniani*, *liber legum romanorum*, *corpus legum*, *lex Theodosii*, *codex de theodosianis legibus*) foram as *leges* ou constituições dos imperadores Theodosio, Marciano e Valentiniano III e os *jura* ou trabalhos dos jurisconsultos (*Institutas de Gaio*, *Sentenças de Paulo*, *algumas constituições colligidas por particulares e respostas de Papiniano*).

Estas fontes foram acompanhadas de *interpretationes* (á excepção do *liber Gaii*) que ha poucos annos se apurou definitivamente não serem dos compiladores do código (1).

A melhor edição é a de Leipzig (1848) sob o titulo de *Lex romana wisigothorum*.

19 — Código wisigothico (2).

a) *Historia do Código wisigothico*.

Entre as causas que determinaram a unificação do direito especificaremos: 1) a conversão de Recáredo; 2) a permissão do casamento entre as duas raças. Chindasvindo pretendeu, no sentido d'estabelecer a unidade juridica, revogar o *Breviario d'Alarico*,

(1) Veja-se Hinojosa, obr. cit., pagg. 28 e 29

(2) Leia-se sobre este assumpto: Gama Bairos, obra cit., pag. 1 e segg.; Ricardo Raymundo Nogueira, *Prelecções de direito patrio*; Lafuente, obra cit., vol. 2.º; e outros auctores.

o que não conseguiu. É-lhe comtudo attribuido por alguns auctores (R. R. Nogueira) o código wisigothico o que não é crível: tal como o nós possuímos deve pertencer ao reinado commum de Egica e Witiza.

Este código (*lex gothorum, lex gothica, liber judicialis, liber iudicium, etc.*) foi em 1815 editado pela Real Academia de Historia de Madrid, sob o título de *Fuero Juzgo*, sendo essa a edição seguida nos *Portugaliae Monumenta historica*.

b) *Divisão do código e classificação das leis.*

Acha-se dividido em 12 livros:

Os 5 primeiros (*de instrumentis legalibus, de negotiis causarum, de ordine conjugali, de origine naturali, de transactionibus*) tractam das relações civis, publicas e particulares; o 6.º, 7.º e 8.º (*de sceleribus et tormentis, de furtis et fallaciis, de iniuriis violentiis et damnis*) tractam dos delictos e penas; o 9.º (*de fugitivis et refugientibus*) tracta dos escravos fugitivos e crimes contra o Estado; o 10.º (*de dimensionibus et annorum temporibus atque limitibus*) tracta da divisão das terras, dos *mancipii*, dos marcos e limites; o 11.º (*de aegrotis, medicis, mortuis et transmarinis negotiatoribus*) tracta dos doentes, médicos, mortos, tumulos e do commercio marítimo, o 12.º de (*removendis praessuris et omnium haereticorum sectis extinctis*), tracta da usura e dos hereticos, ou melhor do judaismo e da heresia. Estes 12 livros são precedidos de um título preliminar de 18 leis em que se encontram bellos conceitos moraes como este:—*rex ejus eris, si recte facis, si autem non facis non eris.*

Os livros acham-se divididos em títulos e estes em leis, que relativamente á sua origem se podem reduzir a tres classes: umas que têm no principio o

nome do monarcha que as promulgou (101 de Chindasvindo, 75 de Recesvindo, 4 de Wamba, 11 d'Ervigio e 9 d'Egica); outras que trazem a nota de *antiqua* (188) e *antiqua noviter emendata* (designação que só apparece nas variantes citadas nas notas) (1) e outras finalmente que não trazem designação alguma.

c) *Fontes e apreciação.*

A principal fonte do Cod. Wis. é o direito Romano, cuja influencia já se manifesta no fragmento de Corbie. O direito canonico foi tambem uma outra importante fonte, o que não admira em virtude da alta influencia do clero. No código wisigothico tambem se encontram vestigios do direito germanico.

Foi d'estas principaes fontes que resultou o grande monumento juridico, vulgarmente denominado código wisigothico, tão duramente apreciado por Montesquieu, que chegou a chamar ás suas leis torpes, idiotas, pueris.

Contra esta opinião levantaram-se, porém, Gibbon, Guizot, Lafuente, etc.

20—Outras fontes do direito.

a) *Formulas wisigothicas.*

É uma collecção de modelos para a redacção de documentos feitos por um notario de Oviedo, cidade onde foram encontradas, no reinado de Sisebuto, indicado n'uma das formulas. Acham-se dispostas segundo a identidade ou connexão de materias. Servem-nos para conhecer o direito familiar, estado economico, etc.

(1) A respeito da significação d'estas notas vejam-se especialmente Gama Barros e Herculano (opusculos V); pôde ver-se tambem *Lafuente*, tomo 2.º

Além d'estas ainda ha mais duas encontradas na bibliotheca de Lord Leicester em Holkam.

b) *Actas dos concilios de Toledo.*

Servem-nos de grande auxilio para o estudo das formalidades que se exigiam na eleição dos monarchas, das condições que se exigiam para o exercicio de certas funcções, normas relativas a impostos, estado das classes sociaes, etc..

Foram publicadas em Madrid em 1808 sob o titulo de *Collectio canonum Ecclesiae Hispanae.*

CAPITULO IV

Arabes e Reis de Leão

21 — Queda do imperio wisigothico; reino de Leão.

Os godos dominaram em toda a Hespanha até aos principios do seculo VIII (711) sendo substituidos pelos arabes que a invadiram, levados pela situação da Hespanha, pelo estímulo religioso e impulso de anteriores conquistas.

Favorecidos pelas dissensões intestinas dos godos e descontentamento dos judeus, em breve se apossaram de toda a Hespanha; excepto d'um, recanto das Asturias, onde se refugiou Pelagio com alguns companheiros. Aquelle, depois da victoria de Covadonga (718) é aclamado rei das Asturias, reino que, chamado de Oviedo no tempo de Affonso I, foi a origem do futuro reino de Leão, cujo primeiro monarcha é Garcia.

Devemos notar que o dominio dos arabes na Peninsula, apesar do seu lema—*crê-ou-morres*—se não assignalou por actos de exterminio.

22—Influencia dos arabes.

A influencia dos arabes foi muito inferior á dos romanos e godos em virtude das seguintes causas: 1) *diversidade de raça*, o que se não dava com os antigos conquistadores; 2) *a diversidade de civilização*, uma superior n'uns pontos e outra n'outros; 3) *diversidade de religião*, que em ambos os povos (romano-godos e arabes) se achava perfeitamente organizada; 4) *a diversidade de lingua*, que sempre se conservou; 5) *as continuas guerras*, não só entre os dous povos, mas até entre os musulmanos. Muita influencia exerceram, porém, nas formas externas do viver, lingua, trajos, cultura intellectual, artes, industria, sendo insignificante na religião e jurisprudencia (1).

Em virtude da influencia exercida pelos arabes formou-se um novo typo—*mosarabe*. Eram mosarabes os christãos que, sujeitos ao dominio politico dos arabes e tendo soffrido grande influencia d'estes pelo que respeitava ao seu viver externo e cultura, seguiam a sua religião e tinham as suas instituições d'ordem juridica e administrativa. A sua influencia é importantissima.

Quanto á organização municipal temos a dizer que o municipio conservou-se átravez do dominio árabe, ao lado da religião christã e direito wisigothico. Para o demonstrar basta attender ao seguinte:

1) as palavras *alcaide*, *alcalde*, *alvasil* e *almotacé*, com que se designavam as auctoridades municipaes, são d'origem árabe;

2) n'alguns fóros e privilegios concedidos pelos reis de Leão aos moradores das terras recon-

(1) Vid. A. Herculano, *Historia*, tomo III, pag. 196 e seg.

quistadas, encontram-se allusões a antigas liberdades;

3) nos fôros concedidos em 1069 por D. Sancho Ramires á egreja e povoação d'Alquezar encontram-se as seguintes palavras — *et illo iudicio, quae solutis habere, in ipso state*;

4) nos privilegios concedidos por Affonso VI aos mosarabes de Toledo encontram-se referencias aos peões e cavalleiros, uma das mais importantes distincções que encontramos nos concelhos portuguezes.

23—O Reino das Asturias e Leão; organização politica.

Não se encontram no inicio d'este reino, formado por um bando de guerreiros, instituições d'ordem civil e politica, com as variadas manifestações d'um paiz avançado. A sociedade asturiana vae, porém, adquirindo uma nova feição á medida que vae recebendo no seu seio diversos elementos mosarabes, judeus, francos e mouros, que se vão estabelecendo nas povoações reconquistadas, apparecendo-nos então uma sociedade muito differente da wisigoda; d'onde sahiram os estados da reconquista.

N'estes permanece a fôrma monarchica do imperio wisigothico havendo algumas restricções ao exercicio do poder real, o que não admira se attendermos á necessidade que os monarchas tinham de auxiliares para a lucta com os sarracenos, e á anarchia maior ou menor que devia existir n'um paiz de guerreiros. Era principalmente da ordem ecclesiastica que derivavam essas restricções.

A successão da corôa não segue uma regra invariavel. E' algumas vezes d'eleição, dando-se até o

caso de não serem eleitos imperadores os filhos do monarcha fallecido (1).

A hereditariedade, porém, adquire depois um predomínio decisivo, chegando o reino a ser considerado como patrimonio dos monarchas; e assim vemos Sancho de Navarra e Fernando I dividirem-o por seus filhos.:

Como uma das restricções ao poder do rei temos as *côrtes*.

A principio formadas pelo clero e nobreza, as côrtes em breve tiveram representantes do povo, havendo n'ellas individuos eleitos pelos municipios, ao menos desde as côrtes de Leão (talvez em 1188) (2). O elemento popular foi uma das forças mais preponderantes n'esta instituição, chegando a ter gerencia nos negocios publicos. Foi isto devido á organização municipal.

24—Organização administrativa e social.

O reino de Leão achava-se dividido em condados que, de extensão variavel segundo a gradação dos governantes e a distancia da capital, eram estabelecidos á medida que se operava a reconquista e regidos por *condes* de poderes variaveis, a quem pertencia sempre a jurisdicção militar. Havia tribunaes para administrar a justiça e magistrados encarregados da organização dos processos.

Os municipios adquirem tambem grande importancia em virtude das seguintes causas:

1) o estado anarchico do paiz, obrigando os

(1) Gama Barros, op. cit., pag. 631.

(2) Dizem alguns que o povo se fez representar nas côrtes de Burgos (1169).

povos, em virtude das incessantes luctas, a constituir centros de população para resistirem ás vexações da guerra;

2) a necessidade de repovoar os territorios conquistados aos mouros;

3) os privilegios e garantias (*fóros*) concedidos aos que habitavam esses territorios.

Depois de tractarmos da organização politica e administrativa vamos tractar das *classes sociais*.

Neste novo reino podemos notar as seguintes classes—*nobres, presores, colonos, servos e libertos*.

A nobreza era constituida pelas familias dos guerreiros que acompanharam Pelagio e seus immediatos successores.

A *presuria* era a occupação de terras. A classe dos presores é principalmente constituida pelos mouros arabes, que formavam uma classe de proprietarios maiores ou menores.

Os *colonos* eram aquelles que por contracto voluntario recebiam da Igreja, do rei e dos particulares, *granjas* e casas para cultivarem. É esta a classe mais importante.

Os *servos* achavam-se vinculados ao solo, podendo ser compellidos a habitar a propria gleba, e reconduzidos a ella se a abandonassem sem permissão do senhor (1).

Os *escravos* eram principalmente os mouros captivos. As fontes de escravidão eram: 1) nascimento de paes servos; 2) a pena que se verificava não só em casos crimes, mas tambem quando havia quebra de contractos civis.

O antigo liberto, durante a reconquista, passou em geral a homem livre.

(1) Herculano, *Hist. Port.*, pag. 183 do tomo 3.º.

25—Fontes do direito.

As principaes fontes de direito foram:

1) o *codigo visigothico*, cuja vigencia é attestada por innumerados documentos, havendo referências a elle nos canones dos concilios;

2) o *direito canonico*, constituido por *decretaes, bullas* ou *breves*, cuja principal colleccão é devida a Santo Isidoro de Sevilha, a quem falsamente attribuem uma obra de *Isidorus mercator* ou *peccator*;

3) os *foraes*, que eram cartas em que se concediam privilegios e isenção de certos encargos aos municipios. O mais importante é o foro de Leão (1020) que se applicou a muitas povoações, posto que não é o primeiro no tempo: anteriormente já tinha havido os de *Lugo, Palenzuela, Sepulveda*, etc.

CAPITULO V

1.º Período (1140-1195)

§ 1.º—Fundação da monarchia e formação da nacionalidade

26—O condado de Portucale (1).

Nos meados do seculo IX começaram a chamar-se *districto de Portucale* ou *terra Portucalensis* a região littoral que hoje constitue a provincia do Minho, ao norte do Douro, e ás terras conquistadas aos mouros entre este rio e o Vouga.

No tempo de Fernando Magno fundou-se em virtude de novas conquistas um novo districto—o de Coimbra—limitado a E. pela linha de Lamego, Vi-

(1) Leia-se sobre este assumpto a *Hist. Port.* de Herculano, tomo I.

seu e Ceia, a S. O. pela vertente septentrional da Serra da Estrella, ao N. pelo rio Douro, ao S. pelo Mondego e a O. pelo Oceano.

Estes dois districtos, reunindo-se no fim do seculo XI, formaram uma provincia distincta que na lista dos reis leonezes coube successivamente a Garcia, filho de Fernando Magno; a Sancho II e a Affonso IV, como uma parte da Galliza.

No anno de 1095, D. Henrique recebe de Affonso VI de Castella a mão de D. Thereza e o governo do condado como recompensa dos seus heroicos serviços e não em dote como muito bem demonstrou A. Herculano (1). Durante o governo d'este conde, *Portucale* tornou-se independente de Galliza depois de notaveis successos militares obtidos em 1095.

Faltava, porém, adquirir a independencia de Castella, no que D. Henrique trabalhou com ardor, aliando-se ora com D. Urraca, que succedeu a Affonso VI, ora com os grandes de Galliza que se insurgiram por causa do casamento d'aquella com Affonso d'Aragão, ora com este monarcha. Não conseguiu, porém, realisar o seu ideal, morrendo em 1114.

27—Governo de D. Thereza.

D. Thereza, auxiliada pela sua astucia e tenacidade, proseguir na lucta iniciada por seu marido, a quem succedeu no governo do condado. D. Urraca, porém, mantinha a sua superioridade sobre ella como se deduz da subscrição das actas de Oviedo de 1115 em que D. Thereza é tractada como *infanta* e jura sómente pelos seus descendentes, e não pelos seus subditos (2).

(1) Op. cit., pag. 478 e seg.

(2) Herculano, *Hist. Port.*, tomo I, pag. 245

O condado de *Portucale* augmentava, apesar d'isso, a olhos vistos, occupando em 1126, data da morte de D. Urraca, uma parte da Galliza, da Beira e Traz-os-Montes (1).

Começou, porém, pouco depois, a lavrar grande descontentamento entre o povo e os fidalgos por causa das relações de D. Thereza com Fernando Peres, conde de Trava, sendo o governo, depois do movimento iniciado em S. Mamede no anno de 1127, entregue a D. Affonso Henriques. Este, depois de travada a lucta com Castella, sustentou-a, alcançando a 25 de julbo de 1139 a celebre victoria de Ourique depois da qual foi acclamado *Rei de Portugal*.

28—O reino de Portugal.

Em 1140, após o tractado de Val-de-Vez, D. Affonso Henriques principia a usar o titulo de rei, que em 1143 lhe é reconhecido na conferencia de Zamora, a que assistiu o Cardeal Guido, por Affonso VII. Este concede-lhe ao mesmo tempo o districto de Astorga, accumulando assim D. Affonso Henriques o titulo de rei e vassalo.

Faltava-lhe, portanto, a independencia completa para o que era preciso o reconhecimento de Roma. Escreveu a Innocencio II que tinha morrido quando lá chegou a carta em que o rei portuguez fazia á Sé de Roma homenagem do seu reino, offerecendo 4 onças d'ouro annuaes. Só lhe respondeu Lucio II que o tractava por *dux portucalensis*; Alexandre III dá-lhe porém já o titulo de rei (2).

(1) Estes terrenos em 1127 foram adquiridos por Affonso VII, successor e filho de D. Urraca, depois d'uma tenaz lucta com D. Thereza e os cavalleiros portuguezes, que muito a auxiliaram sempre.

(2) Herculano, *Hist. Port.*, tomo 1.º, pag. 342 e seg.; sr. dr. Lopes Praça, collecção de leis e subsidios, vol. 1.º.

Vê-se, de que deixamos dicto, que a formação da monarchia portugueza não depende d'um só facto.

29 — A nacionalidade portugueza.

Nos primórdios da sua existencia o reino portuguez não apresentava uma physionomia propria, como geralmente succede a todas as nações.

O que se chama *nacionalidade portugueza* só se forma mais tarde, e isto em virtude das seguintes causas:

1) a diversidade de elementos em Portugal em virtude das expedições do norte;

2) o facto de se ter realizado mais rapidamente a reconquista em Portugal; o que fez com que os portuguezes estivessem menos tempo em contacto com a raça arabe;

3) o haver dirigido Portugal a sua actividade para o commercio marítimo, enquanto as outras monarchias se occupavam em luctas (1).

§ 2.º — Organização politica

30 — Forma de governo e successão da corôa.

A forma de governo foi sempre em Portugal a monarchia hereditaria. A successão seguia-se em linha recta de paes a filhos com as seguintes excepções:

1) Affonso III, que succedeu a seu irmão D. Sancho II por este não deixar descendencia legitima;

2) D. João I, nomeado successor de D. Fernando pelos tres estados reunidos em Coimbra (1385).

(1) Serpa Pimentel — *Da nacionalidade e do governo representativo*, pag. 60.

A successão era ao principio regulada nos testamentos dos reis, o que prova que não havia lei escripta que a regulasse.

31 — Côrtes de Lamego (1).

Em 1632 publicou-se na *Monarchia Lusitana* de Antonio Brandão um auto d'umas côrtes que se dizia ter Affonso Henriques reunido em Lamego, mas cuja existencia é muito contestada, suppondo-se geralmente ser uma falsificação feita no mosteiro de Alcobaça; e isto em virtude das seguintes razões:

1) singularidade do auto;

2) impropriedade dos termos relativamente ao tempo;

3) silencio dos documentos e chronistas até ao sec. XVII;

4) o facto de se regular a successão nos testamentos;

5) e, *principalmente*, o facto de apparecerem os tres estados exercendo um poder superior ao dos reis, o que de nenhum modo se coaduna com a organização politica da epocha.

32 — Instituições politicas.

a) *Conselho do rei*. Entre as instituições politicas da 1.ª epocha encontramos o *conselho do rei* e as *côrtes*.

Aquella instituição, cuja existencia se prova pelo apparecimento em quasi todos os documentos das phrases — *cum consilio meorum riqorum hominum et suorum filorum de algo, habito consilio com curia mea, etc.*, — não era, ao contrario do que pensa Coe-

(1) Vejam-se Ricardo Raymundo Nogueira, Coelho da Rocha e Alexandre Herculano.

Iho da Rocha (1), uma entidade governativa com o caracter de permanente, mas sim, segundo Gama Barros, (2) uma consulta que por direito tradicional devia ser feita a certos individuos.

Este conselho era formado a principio pelos ricos-homens, magistrados, prelados e officiaes do paço (*palatii majores, proceres, barones, rici homines*), sendo as suas resoluções publicadas, e designando-se a auctoridade do conselho pelas palavras *consensu, concilio, auctoritate, assensu, beneplacito, mandato*, etc.

Desde D. João I a sua constituição variou muitissimo.

O mestre d'Aviz rodeou-se de sete conselheiros logo depois de ser nomeado defensor do povo (1383) e as côrtes de Coimbra (1385) formaram um conselho de 1 prelado, 2 fidalgos, 3 letrados e 4 cidadãos.

No terceiro quartel do seculo XV o titulo de conselheiro já somente se baseava em privilegios hereditarios. Nos documentos já se diz então: *El-rei o mandou por...*

b) *Côrtes*. As côrtes (curia, concilio geral, ajuntamento, côrtes, e segundo a carta regia de 20 de junho de 1455 *tres estados*) eram ao principio constituídas pelo clero e nobreza, dizendo Herculano que a representação popular só principiou a dar-se nas côrtes de Leiria (1254), parecendo que Gama Barros põe em duvida (3).

O povo fazia-se representar por meio dos concelhos, exercendo uma grande influencia nas côrtes como se prova principalmente pela energia que manifestou na acclamação de D. João I.

(1) Op. cit., § 61.

(2) Op. cit., pag. 607.

(3) Op. cit., pag. 522, nota 3.ª

O caracter das côrtes é ainda objecto de muitas disputas, dizendo uns (Coelho Sampaio, Mello Freire, Antonio Gaetano do Amaral, Marina, etc.) que eram meramente consultivas, isto é, que não tinham direito de legislar, mas somente de representar ao rei nas materias mais graves; outros escriptores (Coelho da Rocha, etc.) sustentam o contrario dizendo que eram deliberativas.

O que parece verdade é, segundo nos diz Gama Barros, que as côrtes foram uma e outra coisa em tempos e materias diversas (4).

As côrtes eram constituídas pelos representantes das tres ordens. Estes eram:

1) *da ordem do clero*, metropolitas, bispos, abades, e priores dos mosteiros;

2) *da ordem da nobreza*, ricos-homens, fidalgos e prelados das ordens militares;

3) *da classe popular*, representantes dos concelhos, que eram dois para os mais importantes, e um para os outros. Alguns concelhos, porém, não se faziam representar por poucos importantes e pela despesa da representação.

A convocação das côrtes era ao principio feita segundo o arbitrio do monarcha. Nas primeiras côrtes do reinado de D. João I pediram, porém, os representantes do povo para se reunirem annualmente, o que não foi completamente satisfeito posto que se reunissem muitas vezes.

As côrtes reunidas em *Torres Novas* (1438) resolveram reunir-se annualmente durante a regencia na menoridade d'Afonso V. Essas côrtes tinham, porém, uma organização especial.

(1) Op. cit., pag. 340.

§ 3.º—Monarchia limitada pelas ordens

33—O poder real e as ordens

(1).

O poder do rei não derivava da nação, mas sim de Deus; interpretando-se muito litteralmente a phrase biblica: *non est potestas nisi a Deo*. Consignada no código wisigothico, esta doutrina foi acceita durante a primeira epocha como se prova pelos seguintes documentos:

1) preambulo da sentença de 4 de julho de 1326 contra D. João Affonso, bastardo de D. Diniz, onde vêm as seguintes palavras: *tambem contra Deos, como contra os reys que tem seus loges na terra;*

2) pelo corpo da mesma sentença—*Pero pelo logo de Deus que temos;*

3) na lei contra o jogo de 1 de julho de 1340—*Reconhecendo que o regimento dos ditos reynos por Deus nos é outhorgado.*

E como estas se encontram noutros documentos expressões analogas.

O rei não considera, porém, o poder como vindo directamente de Deus, mas indirectamente por meio do Papa (*poder theocratico*).

Claramente o provam o constituir-se Affonso Henriques feudatario da Santa Sé e a deposição de Sancho II.

Do dominio d'estas doutrinas facilmente se vê a grande influencia que o clero devia exercer, estabelecendo restricções ao exercicio do poder real.

A nobreza, pelas suas immuniidades e privilegios, devia constituir necessariamente um outro limite.

(1) Leia-se Gama Barros, op. cit., pag. 80.

Da parte do povo, cujos representantes se ou-
viam em côrtes, tambem deviam prover algumas res-
tricções. E' em virtude d'esta triplice influencia que
a monarchia se diz *limitada pelas ordens*.

Occupar-nos-hemos separadamente de cada uma
d'ellas, principiando pelo clero, como a classe mais
importante.

I—Clero (1)

**34—Causas da sua influen-
cia.**

Durante a 1.ª epocha e especialmente até ao rei-
nado de D. Diniz o clero teve uma larguissima in-
fluencia, influencia que, vindo já do imperio wisigo-
thico se foi successivamente desinvolvendo pelas se-
guintes causas:

1) *O apoio da curia romana* de poder quasi
invencivel, d'onde derivava para o clero uma grande
força moral como se prova pelas luctas que trium-
phantemente travou com os monarchas. O terror da
excommunhão era sempre a causa proxima d'estas
victorias (2).

2) *A illustração do clero*, que não só lhe dava
cargos publicos, mas tambem lhe acarretava presti-
gio, porque naquelle tempo a sciencia, embora rudi-
mentar, era apanagio quasi exclusivo do clero.

Esta illustração era, contudo, relativa.

D'um modo absoluto o clero era ignorante, en-
contrando-se até exemplos de presbyteros, conegos
e bispos, que não sabiam escrever, e de muitos cle-

(1) Leia-se *Coelho da Rocha*, op. cit., § 67 a § 77; e
Gama Barros, op. cit., pag. 208 e seg.

(2) Sobre as luctas travadas entre a Igreja e o clero
leiam-se as obras atrás citadas e Herculano, *Hist. Port.*,
tomo II.

rigos que, quando confirmados em algum benefício, prestavam juramento de aprender a ler e contar.

3) *As riquezas do clero* são outra causa da sua influencia. Estas derivavam das clausulas *pro bono animae*, que consistiam em os fieis legarem à igreja um terço dos seus bens sob pena de denegação de sepultura ecclesiastica; do facto de ser considerado *ab intestato* aquelle que tivesse testado sem estar presente o parcho, devendo então succeder-lhe a egreja na terça da herança; e dos *dizimos*.

Estes eram *pessoaes* (conhecenças) ou *prediaes* segundo oneravam a profissão ou a propriedade, pagando-se neste caso de todos os frutos da terra e dos productos de alguns animaes, de lã, mel e cera (1).

35—Privilegios.

Os principaes privilegios de que gosava o clero eram os seguintes:

1) *Exempção d'impostos*.

2) *Fôro privativo*, que respeitando a principio a crimes commettidos pelos clérigos, alcançou mais tarde competencia nas causas civis que respeitassem a bens ecclesiasticos quando o auctor não fosse leigo (assento das côrtes de Coimbra de 1211). D. Diniz prohibiu-o para crimes sujeitos à pena capital.

3) *Direito d'asylo*, que consistia em não poderem ser presos dentro do recinto da Egreja e num certo espaço em volta d'ella certos criminosos (2).

Constituindo a principio uma garantia, em breve o vemos tornar-se estorvo à acção da auctoridade.

(1) Gama Barros, op. cit., pag. 329.

(2) Sobre quaes fossem esses criminosos Cf Gama Barros, op. cit., pag. 333.

Encontrando-se independentes da lei civil e julgando tudo que respeitava ao espirital, o clero elevou a sua influencia a verdadeiros excessos: no tempo de Affonso II Soeiro Gomes, prior da ordem dos prégadores, usurpando a auctoridade real, publicou um regulamento sobre os delictos que deviam ser punidos com multas pecuniarias e castigos corporaes.

Esta grande influencia determinou luctas com o clero, que acabaram pela decadencia d'esta ordem.

36—Decadencia da ordem clerical.

Foi no reinado de D. Diniz que principiou a abater a influencia do clero.

D. Diniz, reunindo assembléas de prelados, a cujas decisões se deu o nome de *concordias*, principiou a subtrahir-se à submissão do clero e a usar com o Pontífice d'uma linguagem franca e ousada, posto que sempre respeitosa. O clero limitou-se então a defender as prerogativas da sua classe (1).

O estabelecimento do *beneplacito regio* por D. Pedro I foi tambem um estorvo à continuação da sua influencia.

Nas côrtes de Coimbra de 1211, querendo-se destruir uma das causas da enorme influencia do clero — a propriedade territorial, prohibe-se a aquisição de bens de raiz por titulo de compra, admitindo-se comtudo a aquisição por doações e legados, que só foram prohibidas por D. Sancho II. Foi este, porém, o primeiro a violar tal ordem.

D. Diniz por lei de 10 de julho de 1286 renovou a prohibição de a aquisição de bens de raiz e por outra de 21 de março de 1291 estabelece que

(1) Leira-se Coelho da Rocha, op. cit., § 75.

as corporações religiosas não succedam nos bens que toquem a seus professos; em 1292 prohibe aos tabelliães o lavrarem escripturas de venda de propriedades a frades, freiras e outras pessoas de religião e que fiquem dependentes de licença regia as alienações para anniversarios.

Eram as celebres leis de *amortisação* que tinham por fim prohibir que qualquer propriedade immovel fosse adquirida por corporação ecclesiastica; eram bens de mão morta que deixavam de pagar impostos.

As leis que preceituam a venda das propriedades immobiliarias pertencentes a essas corporações, chamam-se *leis de desamortisação*.

II Nobreza (1)

37—Causas da sua influencia.

Se bem que não tinha a illustração, a superioridade religiosa e o apoio da curia romana, a nobreza tambem gosou de muita influencia e privilegios devido às seguintes causas:

1) a concessão de vastos dominios com que, pela escassez da moeda metallica, se galardoavam os militares valorosos;

2) o prestigio dos serviços prestados por aquelles, e a influencia dos cargos que desempenhavam;

3) as relações de parentesco entre os nobres e a familia real.

Dividiremos o nosso estudo em tres grandes secções—A) titulos de nobreza; B) feudalismo; C) nobreza depois de D. João I.

(1) Veja-se Gama Barros, op. cit., pag. 388 a 476.

A) Titulos de nobreza

38—Principaes categorias.

Havia as seguintes classes de nobreza: 1) ricos-homens; 2) infanções; 3) vassallos; 4) cavalleiros; 5) escudeiros; e 6) condes, duques, marquezes e barões.

1) Os *ricos-homens* constituem desde a fundação da monarchia a primeira ordem de nobreza, aliando á fidalguia da linhagem o exercicio da magistratura superior na ordem administrativa e militar de cada uma das circumscripções maiores a que se dava o nome de *terra*.

Começando a decahir com o progresso do poder real é, no meiado do seculo XIV, substituida pelos letrados no exercicio das funcções que desempenhava:

Tinha o rico-homem de se apresentar nas campanhas com um certo numero d'homens armados, á custa da tenencia que disfructava; podia investir cavalleiros, prerogativa que lhe foi tirada por lei de 24 de maio de 1305, porque o cavalleiro estava isento do pagamento de impostos. Designando desde o meiado do seculo XIV a primeira categoria da nobreza sem o exercicio de funcções publicas, o vocabulo *rico-homem* vae caindo em desuso, havendo desaparecido no fim do seculo XV.

2) São varias as opiniões ácerca da origem e valia do titulo de *infanção*; parece ter sido inferior ao rico-homem, não sendo revestido de magistratura civil ou militar. No fim do seculo XIV é substituido pelo *fidalgo* (*filium d'algo*).

3) O titulo de *vassallos*, que ao principio significava titulo de nobreza, passou depois a significar

subdito do rei (1). Esta expressão abrangia portanto todas as classes de nobreza.

Havia tres categorias de vassallos: senhores de terra (alcaides-mores); fidalgos acoutiados e pópulares abastados.

4) Os *cavalleiros*, alliando a fidalguia de linhagem conhecida até aos bisavós a algum feito nas armas ou nas letras, ficavam reunindo as condições para o exercício de cargos notáveis.

Começam a decahir no fim do século XV.

5) Os *escudeiros* eram também nobres, mas inferiores aos cavalleiros, a quem seguiam.

6) O título de *conde* foi creado por D. Diniz no século XIV (2). É um distinctivo de nobreza a que anda junta a propriedade d'uma terra.

O título de *duque* foi creado por D. João I, depois da jornada de Ceuta (1415). Os primeiros duques foram D. Henrique (duque de Vizeu) e D. Pedro (duque de Coimbra).

O título de *marquez* foi creado por D. Affonso V a 14 d'outubro de 1451. O mesmo monarcha creou os títulos de *visconde* (4 de maio de 1476, a favor de D. Leonel de Lima) e de *barão* em 27 d'abril de 1475 (a favor de João Fernandes da Silveira).

B) Feudalismo

39 — Benefício. (3)

Para bem conhecermos a organização feudal necessitamos de ter alguns conhecimentos sobre o modo

(1) *Vassallo é aquelle que recebe honra ou boa obra do senhor* (Lei das partidas).

(2) Ainda depois houve um *rico-homem* — Lopo Fernandes Pacheco.

(3) Vid. Fustel de Coulanges, *l'origines du système féodal*.

por que se formou o feudo. Este é o resultado da fusão de tres elementos: o *benefício*, a *vassallagem* e a *immunidade*.

O *benefício*, cuja origem está no *precario romano*, designava a concessão voluntaria d'uma terra, mas que podia ser livremente revogada, o que dava ao concedente a vantagem d'impôr as condições que quizesse.

O *precario*, que se tinha desenvolvido em Roma devido por um lado, ás grandes extensões de terreno (*latifundia*), e por outro lado aos pequenos proprietarios, que, por causa da exigencia do fisco e concorrência de productos estrangeiros, entregavam as suas propriedades aos mais ricos tornando depois a recebê-las em *benefício*, conservou-se sempre atravez da invasão dos barbaros, adquirindo, porém, caracteres muito diversos. A Igreja, possuindo enormes propriedades, dava-as em forma de *precario* geralmente aos doadores, recompensando-os até com o *benefício* d'outras; e quando as rendas eram destinadas para dotação d'um officio fazia-se a concessão ao ministro encarregado d'este, que lhe chamava o seu *benefício*, nome ainda hoje usado.

Com os monarchas succedia o mesmo: recompensavam com terras dadas em *benefício* os serviços mais relevantes.

Por outro lado os particulares também faziam concessões de terras.

Taes foram as condições que determinaram o desenvolvimento do *precario* na idade media em que elle adquire um novo caracter.

Persistindo as mesmas necessidades, a concessão feita ao pae perpetuava-se nos filhos adquirindo assim o *precario* os caracteres não só de *vitalicio* mas de *hereditario* e recebendo a designação de *be-*

benefício. Inherente ao exercício de elevadas funções e, por outro lado, concedido em virtude de serviços importantes, o beneficiado não ficava na situação de inferioridade do precarista.

O benefício foi um meio de coesão social como facilmente se explica, pois que os reis concediam terras que os beneficiados ainda davam a outros e assim successivamente, formando-se, portanto, uma cadeia em que se davam muitas dependências.

40—A vassallagem.

Vassallagem é uma relação de dependência entre um vassallo e a pessoa a quem está sujeito. Esta relação estabelecia-se pela *recommendatio* e realisava-se com as seguintes ceremonias: o recommendado, depois de ajoelhado *tradebat manus suas* (collocava as mãos entre as do que escolhia para senhor) cedendo a liberdade de acção; o que recebia a homenagem, apertando as mãos do vassallo, dava-lhe um presente que symbolisava a acceitação da offerta.

Entre os deveres do vassallo merece especial menção o de *fidelidade*, jurando aquelle nunca fazer cousa alguma que lesasse o seu senhor. A vassallagem era essencialmente pessoal.

A principio independente do benefício, logo se une a elle: os reis faziam os nobres vassallos obrigando-os á fidelidade; estes faziam o mesmo aos seus beneficiados e assim successivamente. A vassallagem vae assim perdendo o seu caracter pessoal para se tornar de natureza hereditaria como o benefício a que estava ligada.

41—A immuniidade.

Esta palavra, que em Roma significa a isenção de cargos publicos, era uma concessão feita só pelo

rei, pela qual os proprietarios d'um lugar ficavam gosando de certos privilegios que o rei consignava n'uma carta e que originariamente consistiam na prohibição de entrada aos funcionarios publicos.

Os impostos eram recolhidos pelo official e pagos ao immunitista, que, por seu turno, os dava ao soberano. Mais tarde, porém, o immunitista substituiu-se ao rei na percepção e ao official na cobrança. O immunitista exercia tambem jurisdicção.

42—O feudo.

Feudo é o benefício a que anda junta a jurisdicção pelo facto da immuniidade, e em que o beneficiado é vassallo do concedente.

Já vimos como se fundiram o benefício e a vassallagem: a estes dois elementos sociaes em breve se reuniu tambem a immuniidade, que veio juntar-lhes o exercício da soberania.

O facto fundamental da organização feudal consiste em que as relações sociaes, que se traduzem em direitos e deveres de caracter publico, tem por base a tenencia da terra a que está unida a jurisdicção. Este facto, porque não produz as mesmas consequências em toda a parte, tem levado alguns escriptores a apresentar como geraes, characteristics especiaes para o feudo. N'este erro cahiu Guizot que apresenta as seguintes characteristics:

- 1) a natureza especial da propriedade territorial, effectiva, inteira, hereditaria e todavia havida d'um superior com certas obrigações;
- 2) a fusão da soberania com a propriedade;
- 3) a existencia d'um systema hierarchico nas instituições legislativas, judiciais e militares.

Segundo Cardenas, as characteristics do feudo são as seguintes:

- 1) separação entre o domínio útil e directo;
- 2) união ao domínio directo d'uma parte maior ou menor de auctoridade publica;

3) Restricção á faculdade de dispor de qualquer dos dous dominios.

Esta doutrina foi victoriosamente refutada por Herculano, que se inclina para a doutrina de Guizot, e que nós vamos analysar.

Guizot apresenta como característica do feudo o systema hierarchico, doutrina inadmissivel pelas seguintes razões:

1) se elle se deu em França, onde o territorio estava dividido pelos primeiros vassallos e por outros inferiores; estendendo-se a auctoridade real só áquelles, já se não deu na Inglaterra ou Italia; e todavia não ha duvidas sobre a existencia do feudalismo n'aquellas partes;

2) a existencia da hierarchia em França explica-se pela fraqueza dos reis, poder da nobreza e desunião do clero, ao contrario do que succedeu em Inglaterra, onde os reis eram poderosos e energicos, e em Portugal onde o rei, auxiliado pelo povo e até pelo clero, podia rebater o poder da nobreza.

D'aqui se vê que a diversidade de condições sociaes poudo trazer ou não a hierarchia feudal.

43—Feudalismo em Portugal: coutos e honras.

No imperio wisigothico e reino de Leão houve sem duvida a *vassallagem* (*patrocinio*), como se prova pelas relações de dependencia entre os homens livres e senhor, de que falla o codigo wisigothico, que eram uma necessidade em virtude da anarchia social produzida pelas guerras e luctas; o *precario* de que fallam a *lex romana wisigothorum* e o *forum*

judicium; e a *immunidade*, cuja existencia em Portugal se prova pelos *coutos* e *honras*.

Coutos e *honras* eram terras privilegiadas, (*immunes*) aquellas pelo facto de pertencerem a um nobre (deixando de o ser logo que perdessem este requisito) e estas por concessão do rei. Estas duas palavras, posto que quasi synonymas, distinguiam-se por se especificarem nas cartas de couto os privilegios concedidos, pela delimitação da propriedade a que se estendiam (o que se fazia por *padrões*) (1) e algumas vezes pela não completa isenção de impostos (como succedeu com o couto de S. Pelagio).

No principio do seculo XIV o couto envolvia privilegios certos: *coutar uma terra*, diz uma carta de D. Diniz, *é escusar os seus moradores de hoste e de fossado* (serviço militar), *de fóro* (serviços pessoais e tributos pecuniarios, ou em generos, directos ou indirectos) e *de toda a peita* (multas applicadas ao fisco).

Os seus habitantes, bem como os das *honras*, pagavam os impostos ao immunitista (2), recebiam d'este a jurisdicção e administração da justiça e podiam impedir a entrada aos officiaes regios. Pelo que respeita ao serviço militar havia uma lei de D. Diniz que considerava uma immuniidade essa isenção; D. Fernando, porém, decretou que a jurisdicção dos privilegiados sobre os moradores dos seus dominios se não estende ao que diz respeito ao serviço militar para com o rei.

Juntamente com a immuniidade dos coutos e

(1) Chamavam-se tambem *coutos*; havia os *marcos*, a que tambem se dava o mesmo nome. Algumas terras immunes eram signaladas *per pendonem* (pendão real?)

(2) Quartos, oitavos, portagens, sizas.

honras encontramos a jurisdição, sem a qual seria impossível arranjar braços para cultivar as terras.

O feudalismo existiu portanto em Portugal, pois vemos n'elles os tres elementos de cuja combinação resultou o feudo; não houve, porém, a hierarchia feudal, característica que, como demonstramos, não é essencial, e que, como também já se disse, se explica pela energia do rei, união do clero, municipalismo, apoio do povo á realza.

44—Confirmações e inquirições geraes (1).

Para impedir o alargamento dos direitos senhoriaes, de que resultavam a diminuição de impostos e muitas arbitrariedades no exercicio da jurisdição por parte dos nobres, chegando a negar-se o recurso para os reis, recorreu-se ás confirmações e inquirições geraes.

As confirmações da carta de couto pelo novo monarcha, sendo raras até D. Affonso II, são exigidas n'este reinado ou por imposição do monarcha, ou por reclamação dos interessados. Mas, como muitos se esquivassem a apresentar as suas cartas, recorreram os monarchas ás inquirições geraes, que já nos apparecem em 1220, e novamente em 1258.

No tempo de D. Diniz, em que se fortalece o poder real, são effectuadas inquirições geraes nos annos de 1284 (Beira-Baixa e Entre Douro e Minho), em 1288 tendo havido queixas dos fidalgos nas côrtes de Lisboa (1285) e de Guimarães (1288), em 1304, 1303, 1304, 1307 e 1321, em consequencia dos abusos d'aquelles.

N'estas inquirições descobriram-se os meios pe-

(1) Vid. Gama Barros, *op. cit.*, pag. 444 e seg.

los quaes os privilegiados conseguiram alargar os seus dominios e que, segundo Gama Barros, eram (1):

1) havia honras onde, por costume, não entravam os funcionarios do rei; ora os fidalgos, generalizando essa immuniidade, collocavam porteiros e ouvidores onde jámais os houvera para impedir aquella entrada;

2) mediante uma prestação em dinheiro ou outra qualquer especie concediam os nobres e a igreja a sua protecção aos colonos e foreiros dos herdamentos da corôa, isentando-os, por este meio, do pagamento de direitos reaes ao fisco;

3) faziam honras dos logares onde se creavam seus filhos (*Paramos*) e até das terras circumvisinhas;

4) adquiriam terras reguengas, convertendo-as em honras;

5) honravam os casaes que recebiam em prestamo das igrejas e mosteiros;

6) faziam honras das propriedades dos lavradores isentando-os assim dos encargos para com o rei;

7) os casaes e herdamentos em logares não privilegiados que os fidalgos recebiam das ordens em prestamo, e que por esse facto ficavam honrados, queriam as ordens conserval-os isentos quando passavam para ellas.

Fizeram-se então novas inquirições em 1355 e 1339 que foram coroadas do melhor exito; promulgaram-se depois algumas leis, entre as quaes a de D. Fernando que regulou a jurisdição dos donatarios, mas que não foi integralmente cumprida.

A nobreza principiou então a decahir.

(1) Vid. Gama Barros, *op. cit.*, pag. 449 e 450.

C)—Nobresa depois de D. João I

45—O abatimento da nobreza.

Com a ascensão do mestre d'Aviz ao throno a nobresa soffreu uma profunda revolução.

As honras e privilegios são dados a uma nova nobresa, pois a antiga foi por D. João I abatida em consequencia de ter seguido o partido de Castella. O poder real foi-se engrandecendo, alargando a sua influencia pelas terras dos menos protegidos, como se demonstra pelos assentos das côrtes de Coimbra de 1398 e Evora de 1408 (1). A nova nobresa viu-se assim abatida, e isto em consequencia das suas aspirações ás mesmas regalias que a antiga possuía.

Numa lei da data desconhecida (mas anterior a 1415, pois o rei se appellidava ainda *Senhor de Ceuta*), estabelecem-se juizes por algumas terras com jurisdicção sobre todos os julgados da Beira, incluindo as terras dos privilegiados.

Pela *lei mental*, suggerida a D. João I por D. João das Regras e já executada no seu reinado, posto que só fosse publicada por D. Duarte (8 d'abril de 1434) ficavam excluidos da successão os ascendentes e collateraes, revertendo os bens, quando não houvesse outros successores, para a corôa. Esta lei mostra com evidencia que a nobresa estava já em accentuada decadencia (2).

Continuou, porém, a ter ainda alguma importancia, pois considerava-se n'este tempo como elemento essencial para a força e prestigio d'uma monarchia, uma nobresa rica e poderosa. No reinado de D.

João II, porém, as condições da nobresa foram já muito transformadas.

D. João II procurou supplantar a nobresa mandando elle mesmo o duque de Vizeu e mandando assassinar os cumplices que com aquelle procuravam oppor-se ás suas innovações relativamente ás formalidades exigidas para lhe ser prestada menagem dos castellos que os donatarios tinham da corôa por uma lei publicada nas côrtes d'Evora de 1481.

Com este e outros profundos golpes vibrados por este monarcha, a nobresa decaiu para nunca mais se levantar.

46—Os letrados ou legistas.

Os homens d'esta classe, imbuídos das ideias do direito romano onde a vontade do principe constituia lei, longe de embaraçarem o desinvolvimento do poder real, auxiliaram-o.

Já desde o inicio da monarchia havia letrados, como o magister Albertus do tempo de Affonso Henriques; mas a sua influencia começa verdadeiramente a accentuar-se só no seculo XIV (1), quando, depois da epocha da guerra, se começou a tratar de administração publica.

III—Povo

47—A classe popular inferior.

O povo, a classe tributaria do paiz, pôde dividir-se em dois grupos.

O primeiro grupo, o elemento inferior, era com-

(1) As côrtes de Coimbra de 1385 fazem ver-nos isto, dizendo: «O reino divide-se nos seguintes estados: prelados, fidalgos, letrados e cidadãos». (Vid. Gama Barros, op. cit., pag. 586-587).

(1) Leia-se Gama Barros, op. cit., pag. 464.

(2) Leia-se Gama Barros, op. cit., pag. 465.

posto de *homens de criação*, *solarengos*, *jogueiros* e *mancebos*, todos comprehendidos sob a designação generica de *malados*.

O ultimo grau da escala social, não fallando nos escravos, que eram principalmente os sarracenos captivos, era o dos *homens de criação* ou *adscriptos*, cuja existencia nos seculos XII e XIII é, segundo Herculano (1), indubitavel.

Em virtude, porém, do rapido desenvolvimento municipal, tornando-se os concelhos asylo dos culpados e servos fugitivos, das immunições dos coutos e honras, onde estes eram acolhidos por causa de falta de braços, e dos salutaes principios do christianismo que, embora não fossem, como é de prever, immediatamente realisados, inocularam na humanidade o sentimento de liberdade, o colonato adscripto foi diminuindo, sendo já raro no seculo XIII (2). Desapparecendo o colonato forçado, vem substitui-lo o voluntario, originado pela afeição que o homem de criação consagrava á terra e pelas contingencias a que se expunha sabindo d'ella, pois as leis puniam os vadios e aquelles que, não possuindo bens de raiz, não tivessem senhores ou fiadores idoneos.

As populações assalariadas (*mancebos*) estavam tambem sujeitas a leis rigorosas tendentes a obrigal-as ao trabalho, punindo os vadios e aquelles que,

(1) *Hist. Port.*, tomo III, pag. 307 e segg.

(2) Sobre o colonato é notavel uma lei de Affonso II (1211) em que se lê o seguinte: «qualquer homem livre póde tomar por senhor quem quizer, excepto aquelles que moram nas herdades alheias e nos testamentos, os quaes não devem ter outros senhores senão os das herdades, nos quaes casos isto estabelecemos para assegurar a liberdade de modo que o homem livre possa fazer de si o que entender.» (Herculano, *Hist. Port.*, tomo III, pag. 316 e segg.; Gama Barros, op. cit., pag. 482).

podendo trabalhar, recorressem á caridade publica, e castigando com açoites e expulsão dos concelhos os reincidentes na vadiagem.

Acima do mancebo havia o *solarengo* e o *jogueiro*, que cultivavam um predio alheio, tendo quinhão no producto da cultura.

As principaes differenças entre os dous grupos populares relativamente aos concelhos são as seguintes:

1) o individuo de condição infima tem só relações com o seu senhor e não com a communidade, excepto a obrigação de a defender e de trabalhar nas obras do castello;

2) a taxa da reparação pecuniaria nos crimes era maior na população inferior;

3) o malado é inhibido de conjurar, sendo egualado ao falsario e a outras pessoas incapazes de testemunharem em juizo (1).

A população inferior foi, porém, emancipando-se pouco a pouco.

Procurando entregar-se ao poder dos mais fortes por meio da *benefactoria* e *encommenda*, a troco da protecção que estes lhe dispensavam contra as arbitrariedades tantas vezes commettidas n'um periodo de guerra e, portanto, de anarchia, como aquelle, a população inferior nem assim estava segura: os senhores mais fortes, tractando interesseiramente de augmentar a sua clientela, puniam o malado que se houvesse entregado aos mais fracos.

A desordem e a lucta que d'ahi naturalmente resultaram não tiveram para a população inferior os effeitos que deviam produzir em virtude do estabele-

(1) Herculano, *Hist. Port.*, tomo IV, pag. 343—345 e G. Barros, pag. 470.

cimento d'um outro meio desinteressado de protecção, que se tornára necessario porquanto as leis n'aquelles tempos não tinham ainda a força necessaria para garantirem os direitos dos cidadãos.

O desinvolvimento das instituições municipaes concorreu, felizmente, para esse fim.

«Sendo a segurança dos concelhos muito mais efficaz e desinteressada, escreve Gama Barros, a classe dos *homens de benefactoria* foi diminuindo á proporção que se desinvolvia o poder municipal (1).»

48—A classe popular superior.

A população superior dos concelhos (*homens bons* ou *visinhos*) era constituída pelos *cavalleiros vilões*, a classe aristocratica dos concelhos, e pelos *peões*. A sua influencia só principia verdadeiramente depois da diffusão do regimen municipal.

A principal obrigação dos cavalleiros era o *fossado*, isto é, terem de acompanhar todos os annos as correrias nos territorios sarracenos, obrigação que, depois d'operada a reconquista, se transforma n'uma contribuição conhecida pelos nomes de *fossadeira* e *morabitino de maio* ou *cavallo de maio*, segundo originava uma remissão absoluta ou transitória do serviço militar (2).

Os cavalleiros gosavam relativamente aos peões de privilegios que divergiam de concelho para concelho: estavam isentos de *jugada*, direito pago por cada junta de bois com que se agricultava um moio de milho ou de trigo, e quanto á força probatoria

(1) Op. cit., pag. 477—478.

(2) Vide Herculano, *Hist. Port.*, tomo III, pag. 331.

dos seus juramentos e direito de reparação, eram em alguns concelhos equiparados aos infanções.

O facto da qualidade de cavalleiro ser em alguns concelhos um onus e n'outros um beneficio, explica-nos o motivo por que em alguns concelhos tão cubçada era a categoria de cavalleiro, emquanto que, noutros, era condição de que todos procuravam livrar-se.

Aos peões era permittida nos gremios municipaes e fóra d'elles, a mudança de classe, desde o momento em que provassem ter os meios sufficientes para o desempenho do serviço militar inherente á condição de cavalleiros, e mais tarde esta transição foi julgada obrigatória quando os funcionarios encarregados de avaliar os bens verificassem a realisação d'aquelle requisito. Desde que se opera esta transformação, o homem não nobre, mas superior ao peão due o poder central obrigava a ter cavallo e armas, ficou-se denominando *cavalleiro acontiado*.

Sobre os peões tambem recahia a obrigação do *appellido*, e em alguns concelhos do *fossado*.

§ 4.º—Fontes do direito

49—Codigo wisigothico; direito consuetudinario.

No tempo da fundação da monarchia o codigo wisigothico era citado em muitos documentos como fonte do direito, similhantemente ao que succedia em Leão e Castella. N'este reino vigorou, porém, por mais tempo, porquanto, ao passo que n'elle ainda no fim do seculo XIV se julgava por esse codigo, em Portugal deixou mais cedo de ser fonte do direito no sentido de conter normas obrigatorias, sen-

do substituído pelo direito consuetudinario. As causas d'este facto foram:

1) a pouca força do poder real que não podia efficazmente exercer a sua acção por sobre todo o territorio pela difficuldade de communicações;

2) a quasi nullidade de segurança publica, de que resultava o isolamento das pequenas sociedades.

Foi-se formando então, como consequencia d'estas causas, o direito consuetudinario que ainda subsistiu depois de haverem desaparecido. Assim, ainda no meiado do seculo XV se regulavam por elle as partilhas dos bens entre os conjuges, sendo mais tarde em 1468 aproveitado o costume d'alguns concelhos pelas côrtes de Santarem para determinarem que o casamento, quando não houvesse estipulação em contrario, se suppunha sempre feito com communhão ou por *carta de ametade*. Affonso V nas côrtes de Coimbra de 1472 ainda manda por vezes respeitar os costumes das terras.

O costume fazia lei: isto se prova pela doação feita ao mosteiro de S. Jorge por D. Sancho I (1191) d'uma decima, onde se lê: «*gum consuetudine, que por lege suscipitur.*» Monumentos legislativos de Affonso III attestam a auctoridade da jurisprudencia tradicional nos juizos.

Faziam parte do direito consuetudinario o direito constituido pelos *responsa prudentum* (1) e as *façanhas* ou casos julgados (2).

Os costumes de alguns concelhos existem reduzidos a escripto nos *Ineditos da historia portugueza*,

(1) Theophilo Braga, *Historia da Universidade*, tomo I, pag. 70, nota (2).

(2) Gama Barros, op. cit., pag. 32—33.

tomos IV e V e nos *Portugaliae Monumenta historica, Leges et Consuetudines*, tomo I.

A jurisprudencia tradicional representava necessariamente:

1) usos e costumes cuja origem se perde na escuridão dos tempos;

2) a tradição romana;

3) os antigos costumes germanicos;

4) a influencia da Igreja;

5) costumes dos mosarabes (1).

50—Foraes.

Foral (2) é a traducção que a idade media fez das palavras latino-barbaras *forum*, *foros* e que no seculo V designavam: 1) *as leis escriptas*; 2) *os costumes tradicionais*; 3) *qualquer diploma de concessão de privilegios*; 4) *várias especies de contractos sobre propriedade territorial de que para um ou mais individuos resultavam direitos e deveres*.

Em Castella a expressão vulgar *fuero*, *fueros* conservou-se proxima das expressões latino-barbaras significando no seculo XIII: 1) *Costumes não escriptos*; 2) *instituições municipaes*; 3) *simples aforamentos collectivos ou singulares*; 4) *corpos de leis ou a legislação civil*.

Entre nós os vocabulos *forum* e *foros* deram os vocabulos *foro* e *foral*.

Foro significava: 1) *direito tradicional*; 2) *immunidades e privilegios d'uma classe*; 3) *prestação ou reconhecimento d'um dominio*, significação que ainda hoje conserva.

Foral significava: carta constitutiva dos conce-

(1) Id. ibid., pag. 30—31.

(2) Herculano, *Hist. Port.*, tomo IV, pag. 49—50.

lhos ou o diploma por que se regulavam os direitos e deveres collectivos das cidades, villas e logares. O seu fim era fixar o direito publico local, mas nem o fixava exclusivamente, pois se encontram tambem n'elles relações de direito privado, nem totalmente, pois ha algumas relações entre o concelho e o poder central (como os impostos e principalmente a *collecta*) que, ou por serem fixadas pelo direito tradicional, ou por se suporem inherentes á soberania, não eram reguladas por elles.

O largo desinvolvimento dos foraes foi devido á persistencia do regimen municipal e á necessidade de repovoar os territorios conquistados aos mouros.

Os municipios nem sempre recebiam foraes provando Gama Barros com alguns documentos que não era necessario para terem existencia legal o facto de serem creados por uma carta de foral.

Os foraes serviam até por vezes para reconhecer uma organização preexistente regida pelos costumes.

O motivo principal da sua applicação é, porém, como fica dicto, a repovoação do territorio conquistado aos mouros. Os reis concediam então aos concelhos privilegios e asylo para os criminosos, consolidando por este meio a defesa permanente do territorio até onde se extendia a acção da vida municipal, e augmentando o exercito da nação como a milicia dos concelhos. E tal foi a influencia d'estas condições que na occasião da morte do nosso primeiro rei havia 57 concelhos.

A concessão de foraes pertencia não só ao rei, mas a todos os senhorios particulares em terras pertencentes ao seu dominio, usando-se as seguintes formalidades, que, comtudo, muitas vezes eram alteradas: o diploma era assignado pelo rei, rainha e fi-

lhos, seguia-se a confirmação da nobresa por quatro dignitarios com tres testemunhas seculares, a do clero com tres testemunhas ecclesiasticas, vindo por ultimo o nome do chancellor e do official que o tinha escripto.

51 — Concordias.

Eram artigos sobre materias ecclesiasticas estabelecidos por accordo entre a realza e o clero. Tiveram por origem principal ou excessos de jurisdicção da parte dos prelados, ou offensas feitas aos privilegios do clero, e aos bens e liberdades da Igreja, terminando geralmente pelo reconhecimento de ser offendido o clero.

Tambem se chamam *concordatas*, reservando-se comtudo este nome para as negociações do Pontifice com os diferentes Estados.

As concordias eram resultado, ou de negociações com a corte de Roma, ou do accordo entre a realza e o clero com intervenção da curia, ou de resoluções de côrtes, formando n'este caso verdadeiras fontes do direito interno (1).

52 — Legislação geral.

Os monarchas foram pouco a pouco decretando providencias geraes, não devendo, porém, nós applicar a esta ideia de generalidade o alcance que só mais tarde essas providencias tomaram, e a que agora se oppunham os privilegios das classes, as immuniidades locais e as difficuldades de communicações. As primeiras leis geraes que conhecemos são as das côrtes de Coimbra de 1211; suppõe-se, porém, que

(1) Vid. Bernardino Carneiro, *Elementos de direito ecclesiastico*, § 13.

houve leis geraes anteriores a essa data pelas allusões a ellas feitas em duas bullas.

No tempo de Affonso II, além das citadas côrtes, houve mais alguns monumentos legislativos, não os havendo, porém, no tempo de D. Sancho II.

Com Affonso III a legislação geral toma um grande incremento devido á nova physionomia que então revestê a nacionalidade portugueza, ao robustecimento da auctoridade real e ao consequente cerceamento dos privilegios das classes.

Continuam, contudo, a estabelecer-se ainda algumas leis particulares, como uma de D. Duarte (1438) applicada ao concelho de Santarem e as resoluções das côrtes de Lisboa de 1439 e 1459 onde se diz que se guardassem em cada concelho sómente os capitulos escolhidos pelos procuradores. Em 1472, nas côrtes de Coimbra, já se determina, porém, que os capitulos das côrtes se cumpram em toda a parte.

As leis geraes eram designadas pelos vocabulos *lei*, *postura*, *carta* e *portaria*, e a sua publicação, a principio entregue aos officiaes da corôa, passou a ser confiada aos tabelliães, que, depois de registadas, as deviam ler durante um anno, uma vez por semana, no tribunal do concelho. Eram também publicadas na chancellaria da côrte, mas parece que nem sempre isto se observou. Em summa, a publicação das leis era muito irregular.

53—Direito canonico (1) e romano.

Se attendermos ao poderio de Roma e á grande influencia do clero, não nos admiraremos de o di-

(1) Vid. Gama Barros, op. cit., pag. 58 e seg. e a *Memo-ria* de João Pedro Ribeiro (Mem. Litt., tomo VI, pag. 5).

reito da Igreja ser considerado como uma fonte do direito patrio, á semilhança do que se dava no imperio wisigothico. As isenções estabelecidas por D. Sancho I a favor do clero, a decisão de Affonso II nas côrtes de Coimbra em virtude da qual nenhuma lei valiam contra as da Igreja, e os escriptos pontificios enviados n'esse reinado para a decisão de varias causas, são outros tantos factos que nos provam a larga influencia do direito canonico. (1).

Como o direito canonico, também foi o direito romano uma fonte importante do nosso direito, existindo, porém, duvidas, não sobre a introdução em Portugal do direito ante-justinianeu, pois é indubitavel que ella se operou no principio da sua constituição, mas sobre a do direito justinianeu existindo a este respeito muitas opiniões, como vamos ver.

Coelho da Rocha diz que se pôde asseverar a sua introdução no tempo de Affonso III e que no reinado seguinte já foi mandado ensinar na Universidade.

Raymundo Nogueira, seguindo Mello Freire, diz que já no tempo de Affonso II era muito conhecido. José Anastacio de Figueiredo suppõe a sua introdução no tempo de Affonso II.

Thomaz Antonio Villa-Nova Portugal afirma que não foi conhecido até D. João I.

Gama Barros (2) diz que é provavel haver-se introduzido entre nós pouco tempo depois do desinvolvimento do seu estudo na escola de Bolonha, asseverando, porém, que as provas da sua introdução só

(1) Augmentada a sua influencia pelo Decreto de Graciano (1151) e pelas Decretaes de Gregorio IX, foi ensinado na Universidade desde a sua fundação e applicado na decisão de negocios (G. Barros, op. cit., pag. 59).

(2) Op. cit., pag. 3.

se apresentam indiscutíveis no tempo de Affonso III e D. Diniz.

Parece, porém, que devia ser conhecido em Portugal antes de Affonso III, em virtude da vinda para o reino de bispos estrangeiros (*Giraldo*, arcebispo de Braga em 1095, *Mauricio*, bispo de Coimbra no fim do século XI, e *Hugo*, bispo do Porto em 1114) naturalmente conhecedores do direito reformado, já então muito espalhado pela França e em Castella nas *leis das Partidas*.

Não há, porém, documentos que d'um modo peremptório nos proveem isto, nada provando as leis de Affonso II, que Ricardo Nogueira apresenta para fundamento da sua opinião dizendo-as originadas do direito reformado, por isso mesmo que tanto podiam ter essa fonte como o código visigothico ou o Breviário d'Alarico.

Introduzido em Portugal o direito romano de Justiniano vae-se desenvolvendo, ao mesmo tempo que a legislação se vae generalisando, chegando a ser decretado como código nacional um extracto do código de Justiniano, acompanhado das glosas de Accursio e commentarios de Bartholo. Pela bulla de 13 d'agosto de 1290 é mandado ensinar na Universidade e nos assentos das côrtes de Santarem (1337) e Lisboa (1263) vemos algumas leis modificadas no sentido do *direito commun*.

Para o seu desenvolvimento tambem concorreu muito o código hespanhol—*Las siete Partidas*, que tem o direito romano por principal fonte, servindo por seu turno, como a seu tempo veremos, de fonte às Ordenações Affonsinas.

54—Primeiras collecções de leis.

As collecções mais importantes que possuímos

das leis anteriores ao código affonsino são o livro de leis e posturas, as Ordenações de D. Duarte e os *Portugalliae monumenta historica*.

a) *Livro de leis e posturas ou das leis antigas*. É um codice in-folio, em pergaminho, existente na torre do Tombo, onde foi encontrado entre o lixo no anno de 1633. O seu auctor parece ter tido em vista colligir sómente e não systematisar as leis dos reinados anteriores, como se prova pela repetição de leis, e subscripções d'outras que mostram ter sido copias enviadas dos cartorios das camaras, e pela falta de ordens e datas.

Contém leis de Affonso II, Affonso III, D. Diniz, Affonso IV e uma do regente D. Pedro.

Herculano, suppondo este volume o primeiro d'um trabalho de compilação mandado fazer a Joanne Mendes por D. João I, o que era uma necessidade em face da obscuridade das leis e da influencia da jurisprudencia romana, julga uma interpolação a lei do regente D. Pedro, e explica o facto de não apparecerem leis de D. Pedro I e D. Fernando por serem demasiado conhecidas.

b) *Ordenação de D. Duarte*. Os estatutos da Universidade referem-se a outra collecção de leis—*As Ordenações de D. Duarte*—que Ricardo Nogueira e João Pedro Ribeiro supõem ser uma copia exacta do livro de leis e posturas, a que D. Duarte accrescentou uma taboa para seu uso. Herculano, insurgindo-se contra esta opinião e, baseado no facto de n'esta collecção serem raras as repetições da mesma lei e na ordem por que as leis estão dispostas, considera-a como um novo trabalho de Joanne Mendes, provindo-lhe o nome de—*Ordenações de D. Duarte*—da taboa ou indice de materias contido n'ella, redigido por D. Duarte e d'um discurso do mesmo so-

bre as virtudes d'um bom julgador. N'ellas se encontra exposta separadamente a legislação pelos diferentes reinados, e, dentro de cada um d'elles, as leis são agrupadas segundo o assumpto que regulam. Esta disposição das leis faz com que possamos conhecer separadamente as leis de cada reinado.

c) *Port. Mon. Hist.* São estas as duas mais importantes collecções anteriores ao código Affonsino de que nos devamos occupar; ha, porém, outras que não citaremos porque se perderam. Não podemos, porém, deixar de fallar n'uma collecção moderna das antigas leis—*Portugaliae Monumenta Historica*,—publicada sob a direcção de Herculano. Essa publicação, que veio completar os trabalhos de José Anastacio de Figueiredo (*Synopsis chronologica*) e João Pedro Ribeiro (*additamentos e retoques á Syn. Chron.*) comprehende as leis geraes até D. Diniz, alguns costumes e documentos avulsos. Infelizmente não tem continuado.

55—Ordenações Affonsinas

(1).

Sendo a collecção de leis mais importante d'esta epocha, merece-nos especialmente a nossa attenção. Occupar-nos-hemos, portanto, da sua historia, systema, fontes, caracteres e auctoridade.

a) *Historia.* A multiplicidade de leis publicadas desde Affonso II a D. João I, muitas das quaes haviam sido alteradas ou revogadas, dando origem a muitas duvidas e questões, levou os procuradores

(1) Consultem-se: Coelho da Rocha, op. cit., pag. 117; R. Nogueira, op. cit., pag. 109; João Pedro Ribeiro, *Synopsis chronologica*, pag. 42; e *Ordenações Affonsinas*, tomo I, no principio.

dos concelhos a pedir a este monarcha um exame e reforma d'essas leis, ao que D. João I accedeu, encarregando d'esse trabalho o cavalleiro e corregedor da corte—Joanne Mendes. Pela morte de D. João foi aquelle jurisperito conservado no lugar; e pelo seu fallecimento é nomeado o conselheiro Ruy Fernandes, que só pôde concluir a compilação na menoridade de D. Affonso V sob a regencia de D. Pedro.

Compiladas as leis foram revistas pelo compilador, por Lopo Vasques, Luiz Martins e Fernão Rodrigues e publicadas, por ordem do infante em nome de Affonso V, nos fins do anno de 1446 ou começos do seguinte (1). Crê-se geralmente, e isto por causa da differença de systema, que só o 1.º livro é devido a Joanne Mendes.

b) *Systema.* Quanto ao systema apresentaremos as regras mais geraes. Os titulos cuja origem é uma lei anterior, costume ou capitulo de côrtes, começam por uma *prefação historica* em que se declara o principe que fez a lei ou convocou as côrtes e o lugar onde estas se reuniram; segue-se o *texto* exacto da lei e a *confirmação* de Affonso V, quer absoluta, mandando-a simplesmente guardar, quer relativa, se impõe algumas modificações; e quando no mesmo titulo havia diversas leis e capitulos de côrtes, acham-se expostos por ordem chronologica.

Os titulos de legislação novamente concebida ou originada do direito romano são redigidos em estylo legislativo. É neste estylo que se encontra escripto o primeiro, ao passo que nos quatro restantes predomina o systema de se apresentar o theor das leis com a declaração historica respectiva, o que os torna

(1) A 27 d'agosto de 1447 passava-se certidão d'alguns titulos dos livros 1.º, 2.º e 3.º (*Synopsis*, I, 42).

muito interessantes para o estudo da historia do direito patrio.

c) *Fontes.* As principaes fontes do codigo Affonsino são as seguintes:

1) leis antigas promulgadas desde o reinado de D. Affonso II até ao de Affonso V;

2) capitulos das côrtes celebradas desde Affonso IV;

3) direito romano;

4) concordatas de D. Diniz, D. Pedro e D. João, que apparecem no livro 2.º das proprias Ordenações;

5) direito canonico;

6) lei das Partidas;

7) antigos costumes ou assentos de chancellaria;

8) algumas determinações que vieram a ter força de leis geraes.

d) *Divisão.* A divisão das materias do codigo Affonsino, semelhantemente ás decretaes de Gregorio IX, é feita em cinco livros cujo assumpto é o seguinte (1):

Livro I com 72 titulos—Regimentos dos officiaes maiores e subalternos da justiça (2).

Livro II com 123 titulos—Materias relativas á jurisdicção, pessoas e bens dos ecclesiasticos, dos direitos reaes e sua arrecadação, da jurisdicção dos donatarios, e ultimamente do modo da tolerancia dos judeus e mouros (direito publico).

Livro III com 128 titulos—Ordem judiciaria.

Livro IV com 112 titulos—Contractos, successões e tutorias (direito civil em sentido restricto).

(1) Vid. Ordenações Affonsinas, liv. I, pag. VI.

(2) Nos exemplares de Santarem e Merceana não apparecem os ultimos 22 titulos.

Livro V com 121 titulos—Delictos e penas.

Os titulos acham-se divididos em numeros e §§.

e) *Caracter.* Tal é a divisão das Ordenações Affonsinas, cuja importancia facilmente se avalia se attendermos a que é a base das Ordenações subsequentes, um grande subsidio para o estudo da historia do direito patrio e uma subida gloria para o nosso paiz, pois é o primeiro codigo da Europa depois dos da Edade Media. Falta-lhe, é verdade, unidade de plano e bom criterio, mas isso não é para admirar em face das disposições de caracter feudal e de direito romano e canonico que se acham misturadas (1).

f) *Auctoridade.* O codigo Affonsino vigorou somente até ao principio do seculo XVI e, desde que deixou de ter observancia, cahiu no esquecimento de que só se levanta em 1772 pela creação d'uma cadeira de direito patrio na universidade. Em 1792 a Imprensa da Universidade publica-o sob a direcção do eminente professor Luiz Joaquim Correia da Silva, a quem se deve a prefacção que precede o 1.º livro.

§ 5.º—Jurisprudencia

56—Diffusão do direito romano; universidades.

Passando a estudar a jurisprudencia portugueza na primeira epocha do nosso estudo, o que não fizemos nos outros capitulos pois a esses se dedica uma parte do programma da cadeira de direito romano, vamos examinar primeiro a corrente juridica a que a Europa obedecia.

Diffundira-se o direito romano, que já ao tempo da constituição da nossa monarchia era considerado

(1) Vid. Coelho da Rocha, op. cit., § 165.

como fonte do direito, meio de interpretação e importante subsidio para as legislações; era realmente o *direito commun*.

Os monarchas, que viam o seu poder atacado pela organização feudal e privilegios da nobreza, pretendiam fazer do direito romano lei geral, pois lhes favorecia as tendencias absolutistas.

A Igreja, que nascera romana e que no direito romano tinha a fonte dos seus privilegios, auxiliava tambem a monarchia orientando o seu estudo da maneira mais conveniente e levando os estudantes para as suas escolas. Diffundido o direito romano, tornara-se necessario o seu estudo que ao principio andou junto com o das Artes, faculdade em que geralmente eram formados os *jurisperiti*, *legum doctores* ou *causidici* (1).

O direito romano, porém, vae-se pouco a pouco separando do ensino das Artes, fundando-se associações de iniciativa particular chamadas *universidades*. De organização semelhante á municipal, tinham um chefe — o *Reitor*, e um conselho que tinha a jurisdição do foro privilegiado que era reconhecido aos estudantes tanto em materia civil como criminal. Eram as proprias escolas que estabeleciam os direitos e os deveres de cada um, a organização do ensino, a retribuição aos professores, etc.

Esta autonomia das universidades vae, porém, desapparecendo pouco a pouco pela ingerencia do governo e da Igreja, tornando-se mais tarde completamente dependentes do Estado.

57 — Escolas de direito romano.

a) *Escola de Bolonha*. Entre as escolas de di-

(1) Para exemplo temos Irnerio.

reito romano é esta a que mais fama adquiriu e a que com razão deve ser considerada mãe de todas as outras. Entre as causas que concorreram para a aquisição d'essa supremacia podem notar-se o merito dos professores (1), a sua situação geographica, e apoio da *communa* e dos principes e, principalmente, o novo caracter que ella imprime ao estudo do direito romano.

Esta escola, não interpretando o direito romano com o fim de o adequar ás novas condições sociaes, mas analysando-lhe as suas fontes e pondo de parte o direito vulgar, faz incidir a sua attenção sobre a legislação de Justiniano. Estudaram-se as *Institutas*, o *Digesto*, o *Codigo* e as *Novellas*, mas com uma forma característica d'aquella epocha (2). Assim o *Digesto* dividia-se em *vetus* (até ao tit. II do livro XXIV), *infortiatum* (até ao livro XXXVIII) e *novum* (que abrangia o resto); e o codigo foi alterado com diminuições nos ultimos 3 livros que então não vigoravam, e com augmentos provenientes das modificações que lhe foram feitas pelas *Authenticas*.

b) *Escola dos glosadores*. Sobre os textos de direito romano incidia o estudo dos juriconsultos de Bolonha, durante o tempo em que floresce a escola dos glosadores. Este nome deriva de *glosa*, palavra que, originariamente synonyma de *verbum*, *vox*, *lingua*, significava a explicação d'uma palavra por outra correspondente, ou d'uma qualquer passagem obscura. D'aqui a sua divisão em *glosa interlinear* e *marginal*, assim chamadas por se escreverem, a

(1) Portugal deu um professor distincto para esta escola: D. Alvaro Paes, de Santarem.

(2) Ao conjuncto d'estas obras dá-se o nome de *Corpus juris civilis*.

primeira por baixo do termo e a segunda á margem do texto.

A glosa, porém, afastando-se em breve da sua primitiva simplicidade converteu-se dentro em pouco n'um verdadeiro commentario, succedendo á interpretação litteral do texto a analyse das suas variantes e o seu confronto com os logares parallelos que regulavam a mesma hypothese ou outras semelhantes. Apparecem por fim as *summas* (resumos geraes), os *casos* (hypotheses practicas), e os *brocardos* (principios theoreticos), chamando-se *apparatus* a glosa que abrangia todos estes elementos.

Fundada na segunda metade do seculo XI por Irnerio, a escola dos glosadores teve membros notaveis como Ahão, que deixou uma *summa* ao código e ás *Institutas* e principalmente Accursio (Florença, 1182), um dos seus professores mais eminentes e que deixou a celebre *glosa accursiana* ou *ordinaria* (1).

Sobre o seu character diz-nos Cogliolo: «Nas investigações exegeticas não tinha logar a historia e os glosadores deram a prova d'uma grosseira falta de senso historico: nos manuscriptos do Digesto estragaram as inscrições e o nome do jurisconsulto auctor do fragmento, e no código estragaram as assignaturas e a data (2)».

c) *Escola dos commentadores*. Esta escola, que principiou a florescer depois da morte de Accursio, distingue-se da precedente em que esta tinha sempre em vista o texto da lei; ao passo que aquella, aban-

(1) Foi tal a sua importancia que chegou a considerar-se como lei o dictado—*quidquid in voce agnoscit glosa nec agnoscit glosa nec agnoscit curia*.

(2) *Storia del diritto privato romano*, vol. I, pag. 7 e segg.

donando as fontes, punha de permeio entre ella e o texto as glosas já feitas sobre elle.

Esta escola, perdendo por este meio a originalidade, decahiu depressa para nunca mais se levantar, apesar da boa escolha dos professores e da publicidade das discussões. Concorreu tambem para isso o systema de *communis opinio* pelo qual se considerava verdadeiro o que outros jurisconsultos de auctoridade houvessem opinado, seguindo-se, em caso de divergencia, o parecer que tinha mais sequazes.

Os principaes jurisconsultos d'esta escola foram Baldo e designadamente Bartholo, cujas obras comprehendem *exegeses* ou commentarios sobre o *corpus juris*, em que apparecem conceitos originaes e vivacidade d'exposição (1).

58—Universidade de Coimbra.

Estudado o movimento juridico no estrangeiro, vamos ver a sua influencia em Portugal. Esta fez-se sentir mesmo antes da fundação da universidade, como se prova por uma lei de D. Diniz de 1282 se referir ao *Digesto* velho, suppondo-se que os legistas e decretistas, no sentido de harmonisar o direito canonico romano com as leis feudaes, constituissem direito pelas suas opiniões e sentenças, formando assim verdadeiras glosas, casos ou interpretações.

A necessidade d'um *Estudo Geral* era, porém, uma necessidade inadiavel quer para os que se arriscavam a frequentar as universidades estrangeiras, quer para o fim de se resolverem os conflictos com os papas e bispos sobre a definição dos direitos reaes.

(1) Não é comtudo destituida de fundamento a censura feita por Alciati aos sequazes d'esta escola: *verbosi in re facili, in difficult mult, in angustis diffusi*.

D. Diniz funda em Lisboa um *Estudo Geral* em 1288 (1) depois d'uma representação dos abbades e priores de varias egrejas que offereciam para esse fim uma parte dos seus beneficios, por causa da admiração pelo esplendor das universidades estrangeiras, e do auxilio prestado pelos Templarios, com cujos bens arranjou mais tarde os salarios dos lentes quando o clero se oppoz á mudança da universidade. Em 1307 é ella transferida para Coimbra, em 1338 é de novo mudada para Lisboa, d'onde passou para Coimbra em 1354, sendo ainda mais tarde mudada para Lisboa (1377). D'estas continuas mudanças podemos inferir a humildade das suas installações e a exiguidade do seu pessoal.

Quanto á sua organização, a universidade tinha na epocha da sua fundação, como se vê da carta de privilegios de 18 de fevereiro de 1308, um mestre de *decretales*, um de *leis*, um de *medicina* e professores de *dialectica* e *grammatica*, sendo o ensino de theologia confiado aos religiosos de S. Domingos e de S. Francisco e a algumas collegiadas.

Por um diploma de 28 d'outubro de 1400 vê-se que havia já a esse tempo um professor de theologia, tres de direito romano, tres de canonico, quatro de *grammatica*, dois de logica, um de *physica* e um de *medicina*.

A universidade, durante esta epocha, foi regida pelos Estatutos ou Provisão de 15 de fevereiro de 1309, pelos Estatutos de 16 de julho de 1431, formulados pela propria universidade e pelo Alvará de

(1) O sr. dr. Theophilo Braga, na sua obra—*Historia da Universidade de Coimbra*, a pag. 80, suppõe-a já fundada n'esse anno, attendendo a que então só se pede a Nicolau IV a sua confirmação, que foi concedida por bulla de 13 d'agosto de 1290.

12 de junho de 1474 em que D. Affonso V estabelece um novo *regimento* ou Estatuto, no qual claramente se manifesta uma grande ingerencia do poder central na universidade.

No estudo do direito romano segue-se a escola dos *commentadores*, sendo até discipulo de Bartholomeu um director do *Estudo Geral*—João das Regras (carta de 25 d'outubro de 1400).

CAPITULO VI

2.º Período (1495-1820)

§ 1.º — Organização politica

59—Successão da corôa; o poder real e as côrtes.

Quanto á successão da corôa persiste o systema da hereditariedade, com excepção de D. Manuel que succede a D. João II, por não deixar descendentes, do cardeal D. Henrique que, pelos mesmos motivos, succede a D. Sebastião, de Philippe I (1) e de D.

(1) Por morte do cardeal D. Henrique apresentaram-se como principaes pretendentes á corôa D. Catharina, duqueza de Bragança, D. Antonio Prior do Crato, e Philippe II, rei de Castella.

Reunidas em 1579 umas côrtes em Lisboa para tractar da questão da successão, estas limitaram-se a apresentar uma lista de 15 nomes para D. Henrique escolher 5 governadores, e uma outra de 24 para serem escolhidos 11 juizes, jurando D. Catharina e D. Henrique obedecerem ás suas decisões.

As côrtes de 11 de janeiro de 1580, onde se distingue o vulto popular de Phebo Moniz, são dissolvidas; e a 19 de junho D. Antonio faz-se acclamar rei em Santarem, pelo que foi condemnado no edital dos governadores de 7 d'agosto de

Pedro II, que succede a seu irmão desthronado; Afonso VI.

Por lei de 23 de novembro de 1674 estabeleceu-se a forma de governo e da tutela no caso de menoridade do rei, ou de inhabilidade para governar, commettendo-se uma e outra coisa ao tutor testamentario, na falta d'este á rainha-viuvia, enquanto não casasse, e na falta d'ambos a uma regencia composta de cinco conselheiros e presidida por um irmão do rei defuncto se o houvesse (1). Nas côrtes de 1679 pede D. Pedro II licença ás côrtes para casar sua filha com o principe herdeiro de Saboya, e isto para que esta não perdesse, em conformidade com o auto das côrtes de Lamego, o direito á successão; e por lei de 12 d'abril de 1698, em harmonia com as côrtes de 1697, deroga-se outro capitulo das côrtes de Lamego, segundo o qual se exigia a eleição dos tres Estados para poder reinar o filho do rei que houvesse succedido a seu irmão.

Pelo que propriamente respeita á organização politica, temos a dizer que n'esta epocha dominou o absolutismo, que se apresentou disfarçado até D. José, e que n'este reinado foi desmascarado pelo marquez de Pombal. «No seu systema social, escreve Coelho da Rocha, as funções do rei eram mandar

1580, em que é reconhecido por legitimo rei D. Philippe de Castella.

Finalmente, pela victoria d'Alcantara, apodera-se este monarcha do throno, succedendo-lhe Philippe II e III até que o povo portuguez, manifestando a sua vitalidade nacional, e excitado pelas leis de successão que se apresentaram por esse tempo n'um documento que diziam ser o auto das côrtes de Lamego, expulsa os intrusos e aclama D. João IV.

(1) Os conselheiros tinham apenas voto decisivo nos negocios mais graves: a paz e a guerra, as alianças, o casamento do principe e a alienação de parte dos territorios.

o que lhe aprouvesse e as da nação obedecer e nada mais. Nos documentos do governo não se falla mais em prerogativas dos povos, ou das côrtes» (1).

A influencia do direito romano e a decadencia do clero e da nobreza, foram as principaes causas da transformação do regimen politico; as côrtes deixaram tambem de ter importancia, reunindo-se poucas vezes, como succedem no reinado de D. Manuel em que ellas apenas foram convocadas quatro vezes. Em 1525 e 1535 determina-se para a sua convocação um periodo de dez annos e nem isto mesmo se observa; e, apesar das promessas de D. Philippe, as côrtes, no periodo da dynastia intrusa, apenas se reúnem duas vezes para jurarem os herdeiros presumptivos da corôa.

É verdade que ellas adquirem excepcional importancia depois da aclamação de D. João IV, chegando a affirmar-se, nas côrtes de 1641, que o poder dos reis reside originariamente na nação, a quem compete velar pela execução das leis e até recusar obediencia ao rei quando se torne indigno ou tyranno e a serem accusados de traição pelas de 1642 os ministros do rei e designadamente Francisco de Lucena; mas de curta duração foi a influencia que as côrtes então exerceram. Os principios de direito publico que então dominavam e as circumstancias internas do paiz deram de novo ingresso ao absolutismo. No anno de 1668 as côrtes exercem pela ultima vez a faculdade de votar impostos, passando esta para os reis que, no caso de queixas, respondiam com evasivas.

Não foram, porém, só as côrtes que decahiram — ás tres ordens aconteceu o mesmo, como vamos ver.

(1) Op. cit., § 224.

60—As tres ordens.

a) *Classe ecclesiastica.* O clero, que no fim da epocha precedente já tinha perdido muito da sua influencia, decae tambem juntamente com as côrtes, posto que algumas vezes tivesse uma grande influencia na administração publica, e obtivesse algumas isenções. D. Manuel e D. João III foram os reis que n'esta epocha mais o protegeram, concedendo privilegios aos mosteiros, egrejas e pessoas ecclesiasticas, mandando emendar muitas constituições pelo facto de serem contrarias aos canones; e admitindo D. João os clérigos aos empregos de judicatura secular. Tal era a influencia do clero que a camara de Lisboa em 1634 pediu ao Papa absolvição das censuras em que se julgava incorrida pelo facto de não ter exceptuado o clero do imposto do real d'agua; e em 1636 o collectôr Castracani argue d'injusta a lei d'amortisação do liv. II, tit. 18, ameaçando com a excommunição aquelles que a executarem.

Esta influencia, porém, porque não repousava sobre o direito tradicional mas na devoção do povo e credito dos jesuitas, em breve é abatida, principalmente depois de cortadas as relações com a curia romana depois de D. João IV. O marquez de Pombal alfin, com a coragem que o caracteriza, abate-a completamente pelo successivo alargamento da acção real, e a revolução liberal de 1820 vem destruir os privilegios das classes.

b) *Nobresa.* Depois dos successivos golpes que no fim da primeira epocha determinaram a decadencia da nobresa, esta nunca mais se poudo levantar, entregando-se então a estudos genealogicos e ás preeminencias honorificas.

Conservou, porém, algumas das suas regalias até que o marquez de Pombal cria uma outra nobresa

composta de commerciantes ou industriaes, conservando-lhe sempre algum prestigio.

Em 14 de julho de 1790 são abolidos os privilegios dos *coutos* e *honras* que entram no plano geral de administração.

c) *Municípios.* A influencia municipal que vemos na primeira epocha, não subsistiu na segunda; o poder real queria alargar-se e os municípios, faltando-lhes a unidade, não podiam offerecer resistencia.

O direito d'asylo, que a principio era uma vantagem, torna-se um meio de escapar á justiça, e havia necessidade d'unificar a administração.

Os reis, então, por meio de successivas leis geraes vão pouco a pouco cortando todas as immuniidades de que elles gosavam.

§ 2.º—Fontes do direito

61—Compilações officiaes de leis.

Tendo de occupar-nos das fontes de direito n'esta epocha, estudaremos primeiramente as colleções officiaes. Estas foram: a) *Ordenações Manuelinas*; b) *Colleção de Duarte Nunes de Leão*; c) *Ordenações Philippinas*.

a) *Ordenações Manuelinas* (1). Em 1505, segundo o testemunho de Damião de Goes, mandou D. Manuel aos jurisconsultos Ruy Botto, chanceller do reino, licenciado Ruy da Grã, e ao bacharel João Cotrim, como consta da carta regia de 9 de fevereiro de 1506, rever as Ordenações Affonsinas com

(1) Leia-se Coelho da Rocha, § 167 e segg; *Synopsis chronologica*, tomo I; *Ordenações Manuelinas*; e R. Nogueira.

o fim de inserir uma nova compilação de leis posteriores á sua publicação e de evitar as divergencias que a sua interpretação estava offerecendo.

A data da publicação da 1.^a edição d'estas Ordenações é ponto de divergencia entre os juriscônultos; R. Nogueira suppõe-a já publicada em 1 de junho de 1513; Coelho da Rocha, seguindo os *Est. da Universidade*, julga que os tres primeiros livros foram publicados em 1513 e os outros em 1521; Diogo Barbosa crê ter-se dado esse facto em 1512; e o *Demetrio Moderno* em 1513.

A segunda edição «*novamente corrigida na sua impressão*», de que existe um exemplar na torre do Tombo, foi feita em 1514 e a terceira em 1521. Entre estas duas existem grandes differenças não só na forma, mas tambem em conterem respectivamente titulos de mais ou de menos. O 1.^o e o 4.^o d'esta ultima foram impressos em Évora e os restantes em Lisboa.

A primeira reforma das Ordenações foi devida a Ruy Botto e a segunda a Christovão Esteves (R. Nogueira).

Comparando-as com as Affonsinas vemos que ha entre ellas egualdade de divisão; quanto á forma, porém, nas Manuelinas seguiu-se quasi exclusivamente o estylo decretorio.

O systema, espirito e principios geraes da legislação, é o mesmo: os novos compiladores unicamente inseriram de novo algumas providencias que no intervallo haviam sido publicadas. (1).

b) *Collecção de Duarte Nunes de Leão*. O grande augmento de legislação nos reinados de João III e D. Sebastião levaram o cardeal D. Henrique, re-

gente na menoridade d'este monarchia, a encarregar Duarte Nunes de Leão, procurador da casa da Supplicação, de a compilar. Concluido este trabalho, que se não sabe quando foi iniciado, foi revisto por Lourenço da Silva, regedor da casa de Supplicação e por outros letrados, e, approvado por alvará de 14 de fevereiro de 1569, foi publicado com o titulo de — *Leis extravagantes colligidas e relatadas por Duarte Nunes de Leão, por mandado do muito alto e poderosa rei D. Sebastião, nosso senhor*—Lisboa, 1569.

Acha-se dividida em 6 partes e muitos titulos. As partes são as seguintes: 1.^a *Officios e regimentos dos officiaes*; 2.^a *Jurisdicção e privilegios*; 3.^a *Causas judiciaes*; 4.^a *Delictos e accessorios a elles*; 5.^a *Do que pertence á fazenda d'el-rei*; 6.^a *Das causas extraordinarias*. Juntou-se-lhe mais tarde uma «*addição da que se achou e ordenou a tempo que se não pôde inserir no logar ordinario*», em que se encontra o regimento das candelarias de 1566, dois alvarás, dois assentos e uma provisão.

c) *Ordenações Philippinas*. Philippe II de Hespanha encarregou Pedro Barbosa, Paulo Affonso, Jorge de Cabêdo, Damião de Aguiar e Affonso Vaz Tenreiro de proceder a uma revisão das Ordenações Manuelinas para evitar a confusão das leis (lei da confirmação das Ordenações de 5 de junho de 1595), ou antes, para obter a estima dos portuguezes e, principalmente, do clero, garantindo-lhe os privilegios. Concluidas em 1595 foram confirmadas pela lei supradita; parece, comtudo, que se continuou a trabalhar nellas, sendo de novo confirmadas por Philippe III em 11 de janeiro de 1603 e por D. João IV em 29 de janeiro de 1643.

Coelho da Rocha nota neste codigo, assim como em todos os outros, falta de methodo, e julga-o quasi

(1) C. Rocha, § 168.

copiado das Ord. Man., introduzindo-lhe contudo algumas leis, principalmente no livro 2.º em que se contém os privilegios do clero.

62—Outras fontes do direito.

a) *Leis extravagantes.* Dá-se este nome a todas as leis não contidas em collecções officiaes. As suas principaes especies são as seguintes: leis, alvarás, decretos, cartas regias, resoluções de consultas, provisões de tribunaes, avisos e portarias.

1) *Leis.* Eram os documentos que continham normas jurídicas de character permanente; começavam pelo nome do rei que os assignava com guarda, eram referendados pelo secretario respectivo, publicados na chancellaria-mór do reino e impressos para serem entregues às camaras municipaes.

2) *Alvarás.* Continham disposições de character obrigatorio só por um anno. Esta condição, porém, geralmente não se observava. Havia alvarás com força de lei, alvarás de lei e alvarás em forma de lei; tinham a mesma publicação que as leis; começavam pela fórmula *Eu el-rei* eram assignadas por estes e pelo secretario d'Estado respectivo.

3) *Cartas regias.* Eram diplomas dirigidos pelo rei a certas autoridades, contendo, por vezes, disposições de character legislativo. Começavam pelo nome da pessoa a quem eram mandadas, seguido da fórmula *Eu el-rei vos envio muito saudar*, não tendo a mesma publicidade das leis.

4) *Resoluções de consultas.* Estes diplomas assentavam sobre pareceres dos tribunaes e sobre respostas do procurador da corôa, sendo escriptos á margem das propostas e adquirindo algumas vezes o character de norma geral. Eram assignadas pelo rei

com rubrica e algumas vezes pelo secretario d'Estado.

5) *Provisões dos tribunaes.* Eram ordens expedidas pelos tribunaes sobre materias da sua competencia, principiando pela formula:—*D.—F.—por graça de Deus...* Tinham a força obrigatoria das normas geraes quando eram publicadas sobre qualquer resolução ou decreto; mas quando eram passadas para simples expediente de tribunal tinham apenas de ser cumpridas no caso de que se tratava.

6) *Avisos e Portarias.* Eram as ordens que o Secretario d'Estado passava em nome d'el-rei, tal como hoje ainda se usa. Apesar da prohibição do livro 2.º, tit. 44.º das Ord. eram observadas ainda quando revogavam disposições leaes ou estatuiam sobre materia legislativa.

b) *Assentos da casa da Supplicação.* Os assentos ou deliberações tomadas na *Mesa grande do tribunal da casa da Supplicação* sobre a interpretação das leis tinham a mesma força obrigatoria que a lei interpretada (Ord. L. I, 5, § 5.º e lei da boa razão de 18 d'agosto de 1769, § 4.º).

c) *Costumes.* O direito consuetudinario, posto que fosse considerado ainda como fonte do direito, perdeu muito da sua antiga influencia em virtude do desinvolvimento da legislação geral. Segundo a lei da boa razão (§ 14.º) os costumes para terem força de lei, deviam satisfazer ás seguintes condições: 1) que se não oppozessem á lei escripta; 2) que fossem conformes á equidade; 3) que fossem observados por mais de 100 annos.

d) *Foraes; sua reforma* (1). A medida que a

(1) Consulte-se a obra do sr. dr. Theophilo Braga — *Os Foraes*—pag. 115.

centralisação política se vae operando, em consequencia das Ordenações e da influencia dos romanistas, os foraes vão perdendo o seu primitivo caracter servindo só para a fixação dos direitos que os conselhos pagavam. Assim os vemos transformados, de verdadeiros códigos políticos que eram, em escripturas de obrigação emphyteutica dos povos para com a corôa. A diversidade das prestações que os municipios tinham de satisfazer e a linguagem antiga e desacomumada em que se achavam escriptos os foraes, levaram D. Manuel a encarregar o chanceller-mór do reino Ruy Botto, o desembargador João Façanha e o cavalleiro da casa real Fernão de Pina de proceder á sua reforma para o que este ultimo teria de percorrer o logar relativo a cada foral (cartas regias de 22 de novembro de 1497 e de 5 de fevereiro de 1506), o que elle fez, exceptuando o Algarve.

Do formulario das cartas de foral, (formulario que se pôde ver na obra do sr. dr. Theophilo Braga — *Os Foraes*, II pag. 123, nota 1^a), se vê que o intuito da reforma era regularisar a arrecadação dos direitos reaes e a sua redacção á dinheiro.

Sobre o merecimento d'esta reforma divergem as opiniões: ao passo que Baynardo Nogueira a sappe feita com muita precipitação, outros a consideram como um trabalho de valor.

63 — Direito subsidiario.

Attendendo á que nenhum legislador pôde prever todas as hypotheses é preciso estabelecer-se um direito subsidiario para os casos omissos.

N'esta epocha foi regulado esse assumpto do seguinte modo: As *Ord. Man.*, tit. 5.^o do liv. 2.^o, determinavam que nos casos omissos se applicassem: em primeiro logar o *direito canonico*, nos casos que

involvessem peccado, e o *direito romano* nos outros; em segundo logar as *glosas d'Accursio* e por ultimo os *commentarios de Bártholo*. Quando não fosse prevista a hypothese no direito romano, nem no canonico, nem nas glosas de Accursio ou commentarios de Bártholo, recorria-se ao governo.

As *Ord. Phil.*, tit. 64.^o do liv. 2.^o respeitam a mesma doutrina, dispondo, porém, que as obras de Accursio e Bártholo se deviam applicar somente quando conformes com a doutrina dos doutores do tempo.

Pela *lei da boa razão* admitte-se o direito romano como subsidiario só quando conforme com o direito natural, espirito das leis patrias e com o governo e circumstancias da nação, e quanto ao direito canonico é remettido para os tribunaes ecclesiasticos em materias puramente espirituaes. A mesma lei tirou as *glosas, opiniões dos doutores e arestos* toda a auctoridade extrinseca.

Para os negocios commerciaes, economicos e maritimos recorria-se ás leis das nações modernas que tambem serviam para julgar da conformidade das leis romanas com a razão.

64 — Collecções de leis extravagantes.

Estadamos no principio d'este § as compilações officiaes de legislação; vamos agora estudar as collecções de extravagantes não officiaes, isto é, que foram feitas por particulares e que não tiveram força legal.

Das leis e alvarás desde 1569 a 1663 ha duas collecções, uma publicada por Francisco Corrêa em 1570, com 22 leis promulgadas até 22 de setembro

d'esse anno (1); e outra por Antonio Ribeiro em 1583, só com quatro leis. O resto das leis d'aquelle periodo encontra-se nas obras dos praxistas, no appendice que acompanha as Ordenações (ediç. vicentina), nas *provas da historia genealogica da casa real, synopsis chronologica* de José Anastacio de Figueiredo, etc.

Das leis promulgadas de 1603 a 1820 ha as collecções seguintes: a de José Justino d'Andrade e Silva (1603—1700); a de Antonio Delgado da Silva (1750—1820), uma collecção em 40 volumes das leis de D. José a 1820; a da Imprensa da Universidade (1603—1671); o *Indice chronologico* de João Pedro Ribeiro, continuação da Synopse chronologica (1603—1820); *Repertorio alphabetico* de Manuel Fernandes Thomáz, que comprehende as leis extravagantes posteriores ás Ordenações e algumas anteriores; o *Mappa chronologico* de Manuel Borges Carneiro (1603—1817) e ainda outros reportorios.

§ 5.º—Jurisprudencia

65—Eschola Cujaciana.

Em Portugal n'esta 2.^a epocha dominaram duas escholas—a bartholista antes de 1772 e a de Cujacio posteriormente. Como já nos occupámos d'aquella, vamos agora estudar a origem e caracter d'esta.

As grandes luctas religiosas, a fuga dos bysantinos, e a descoberta da imprensa determinaram uma nova direcção nos estudos de direito, iniciando-se o processo d'observação em lugar do de auctoridade, e filiando-se aquelle estudo no desinvolvimento do *humanismo*.

(1) Alguns exemplares trazem mais cinco leis posteriores—1 de 1570, 3 de 1571 e 1 de 1572.

Tal foi a origem da eschola de Cujacio. Alliando as investigações sobre antiguidades, a philologia e a historia ao estudo da jurisprudencia, os kujacianos procuram não só as origens das instituições juridicas romanas, remontando ao direito ante-justinianeum, mas tambem a critica das compilações, fazendo reviver o direito romano. Para a nova direcção dos estudos juridicos deram o primeiro impulso os proprios humanistas, já criticando o systema seguido no estudo de direito, já fazendo investigações sobre as proprias fontes do direito.

Assim Lourenço Valla e Angelo Policiano (1454—1494) dedicam-se a investigações historicas sobre alguns monumentos da jurisprudencia romana; Bolognini e Alciato entregam-se ao estudo do direito, utilizando-se já da historia e da linguistica. Em 1532 nasce o futuro discipulo d'Alciato—o grande Cujacio, natural de Tolosa e fundador da eschola que estamos estudando, objecto de crueis opposições quando pretendia a regencia d'uma cadeira em Tolosa, e nomeado professor em Burgos onde morreu em 1590.

Cujacio lançou os fundamentos d'uma nova eschola, mas esta não se desinvolven immediatamente devido ás grandes opposições da parte dos bartholistas que chamavam *plebeus* aos seus sectarios.

Estudada a sua origem vejamos os seus principios.

A eschola kujaciana adoptava um methodo eminentemente synthetico: mandava estudar apenas os pontos geraes para d'ahi tirar os casos particulares, do que fatalmente devia resultar um melhoramento no ensino pela elaboração de compendios de direito.

Cujacio desconfia o direito Justinianeum para estudar as instituições romanas taes quaes eram na antiga Roma, e, sob o ponto de vista historico, pro-

cara reconstituir a formação do direito dando a cada juriseconsulto o que legitimamente lhe pertence.

A escola de Cujacio que se desinvolveu muito no século XVI começa por fim a decahir; a elaboração d'um direito nacional no século XVII, a pouca frequência das escolas determinaram esse abatimento na França.

Refugiou-se; porém, na Hollanda onde espiritos cultos, como Hugo Grocio, Vinio, Boet, etc., a elevaram a um desusado grau de esplendor.

Em Portugal entrou por meio de reforma da universidade, levada a effeito por iniciativa do marquez de Pombal, que nos estatutos de 1772 regeita as de Accursio e Bartholo, acceita de preferencia a de Cujacio, mandando seguir o methodo synthetico nos estudos juridicos (1).

66—Universidade de Coimbra.

Apesar dos eminentes professores estrangeiros que vieram para esta universidade, a escola bartholista continuou a dominar até 1772.

Até essa data o direito que nella se estudava era o romano e o canónico, não havendo nenhuma cadeira de direito patrio, o que Coelho da Rocha explica pelo facto de os antigos costumes nacionaes estarem em desaccordo com a legislação romana, que era a unica applicada pelos juriseconsultos (2).

Segundo os estatutos de D. Manuel (1499—1504) havia só tres cadeiras e todas de direito romano, e segundo os de 1537 as cadeiras da faculdade de leis eram: *cadeira de Prima*, em que se ensinava o *Es-*

forçado; de Vespera, em que se ensinava o *Digesto Novo*; de *Terça*, que versava sobre o *Digesto Velho*; e outra em que se interpretava o *Código*. Ainda ha outros estatutos de D. João III que trazem algumas indicações pedagogicas, por onde vemos que era seguida a escola bartholista, não se estudando, portanto, as fontes do direito portuguez, mas apenas o direito commum e canonico. A universidade decahia, pois, a olhos vistos e a sua decadencia ainda era agravada pelo elemento jesuita (1).

A iniciativa do marquez de Pombal veio salvar e melhorar o estado da nossa universidade. Pelos estatutos de 1772, este grande ministro não só organisa d'um modo novo o ensino da universidade, mas tambem manda, como já vimos, seguir a escola cujaciona.

Segundo esses estatutos, o curso da faculdade de leis ficou constando de 8 cadeiras: uma subsidia-ria sobre *Historia civil dos povos e direitos romano e portuguez*; duas elementares de *Institutas*; tres syntheticas (duas de *direito romano* e uma de *direito patrio*); e duas analyticas sobre *direito civil, romano e patrio*. Havia, além d'isso, as cadeiras de *direito natural publico, universal e das gentes*, commum ás faculdades de canones e leis, e de *historia da Egrja universal e portugueza e do direito canonico universal e proprio do reino*, propria d'aquella faculdade, mas que devia ser frequentada pelos estudantes de leis.

Por alvará de 16 de janeiro de 1805, que foi promulgado pelo facto d'aquelles estatutos deixarem em plano secundario o estudo do direito patrio, a organização da faculdade de direito era a seguinte:

(1) Id., *ibid.*, § 287.

(1) *Est. da Univ.*, liv. 2.º, tit. 3.º, cap. 1.º, n.º 7—20.

(2) Coelho da Rocha, *op. cit.*, § 190 e seg.

1.º ANNO 2 cadeiras	Lições subsidiárias de direito natural; Lições elementares de direito civil, feitas segundo as instituições do mesmo direito.
2.º ANNO 2 cadeiras	Continuação das lições subsidiárias de direito natural (<i>direito publico, universal e das gentes</i>); Lições elementares de direito canonico.
3.º ANNO 4 cadeiras	Lições subsidiárias da historia civil dos povos e direitos romano e portuguez; Lições syntheticas do direito <i>commum</i> ; " " de direito <i>patrio</i> ; " " de direito canonico.
4.º ANNO 4 cadeiras	Lições subsidiárias da <i>historia ecclesiastica</i> universal e particular d'esta Egreja e do <i>direito canonico</i> <i>commum</i> e proprio d'estes reinos; Continuação das lições syntheticas de <i>direito commum</i> ; Continuação das lições syntheticas de <i>direito patrio</i> ; Continuação das lições syntheticas de <i>direito canonico</i> .
5.º ANNO 4 cadeiras	Lições analyticas de <i>direito commum</i> ; " " de <i>direito patrio</i> ; " " de <i>direito canonico</i> ; " praticas da forma judicial.

Para o estudo synthetico do direito patrio foram adoptadas como compendio as *Instituições* de Mello Freire.

Este genial jurisconsulto publicou primeiro a *Ordo historiae juris civilis lusitani*, cujo plano já conhecemos, e depois a *Ordo institutionum juris civilis Lusitani cum publici tum privati*, cujo plano é egual ao das *Institutas*—*personas, causas e accções*, estando estas divididas quanto à sua origem. Assim, dividindo a obra em 5 livros, trata no 1.º de *jure publico*, e nos ultimos quatro de *jure privato* (no 2.º de

jure personarum, no 3.º de *jure rerum*, no 4.º de *obligationibus et actionibus*, e no 5.º da *ordo institutionum juris criminatis lusitani*).

Conseguindo reduzir o cabos da legislação nacional a um plano regular e de facil comprehensão, a obra de Mello Freire é do mais alto merecimento (1).

CAPITULO VII

3.º Periodo (1822-...))

§ 1.º — Organização politica

67 — Regimen liberal.

Iniciando esta epocha, devemos primeiro que tudo notar a mudança de regimen: ao absolutismo succederam victoriosas as ideias liberaes. E da sua implantação que vamos occupar-nos (2).

Esta foi effeito da revolução de 1820, que foi motivada por duas ordens de causas: *internas* como a fuga de D. João VI para o Brazil (3), a má administração de negocios (4) e a dominação de Beresford, e *externas* como a divulgação das ideias liberaes da França e os acontecimentos da vizinha Hespanha.

Para diffundir as ideias liberaes formaram-se poderosas sociedades secretas, de que a primeira foi a de 1817 sob o título do *Supremo conselho regene-*

(1) Vid. Coelho da Rocha, op. cit., § 296, e R. Nogueira, op. cit., pag. 240 e seg.

(2) Vid. dr. Lopes Praça — *Collecção de leis e subsidios*, vol. II, pag. V e segg.

(3) Coelho da Rocha, op. cit., § 235.

(4) Pinheiro Chagas, *Hist. de Port.*, XII, 42.

rador de Portugal, Brazil e Algarves e cujos membros, victimas d'uma denuncia, foram barbaramente condemnados (1). Não era, porém, em Lisboa que existia o verdadeiro foco, mas no Porto, onde Fernandes Thomaz, Silva Carvalho e os chefes das tropas, indignados com a situação precaria dos seus soldados e com a preponderancia do elemento inglez, tramaram a revolução que rebentou em 24 d'agosto de 1820. Nesse mesmo dia, na sala do senado portuense, nomeia-se uma junta provisoria presidida pelo côrnel Silveira, e em 15 de setembro, quando as tropas do norte marchavam sobre Lisboa, organisa-se um outro governo provisorio, que se funde com o primeiro. Em 16 de novembro a *martinhada* põe em vigor a constituição de Cadix, que seis dias depois é revogada.

Ou o *Globo*: a assembleia portuense de 24 d'agosto houvesse resolvido convocar côrtes para dar ao paiz uma constituição politica, procede-se à sua eleição em 8 de dezembro de 1820, e, reunindo-se a 24 de janeiro do anno seguinte assignam uma constituição no dia 23 de setembro de 1822, cuja principal fonte é a de Cadix e em que se consigna a divisão dos poderes politicos, pertencendo o legislativo a uma camara electiva com a sanctão do rei, o executivo ao monarcha e o judicial a tribunaes independentes. Determina-se tambem que haja uma deputação permanente das côrtes, encarregada de vigiar o procedimento do governo.

Jurada por D. João VI, cahe em seguida á Villa-Francada na noite de 26 para 27 de maio de 1823, contra-revolução promovida pela mulher de D. João VI

(1) Entre os seus membros temos a notar Gomes Freire d'Andrade.

e seu filho D. Miguel, continuando a vigorar o absolutismo até 1826, data da morte de D. João VI. Por morte d'este monarcha levanta-se a questão da successão entre D. Pedro e D. Miguel; a 29 d'abril outhorgava aquelle, ao tempo imperador do Brazil, a carta constitucional da monarchia portugueza, cujos traços característicos vamos examinar. Admittem-se quatro poderes, pertencendo o legislativo às côrtes com a sanctão do rei, o executivo ao rei que o exerce por meio dos seus ministros; o moderador ao rei, ouvido sobre alguns actos o conselho d'Estado; e o judicial a tribunaes independentes; as camaras são duas, sendo a dos pares hereditaria ou de nomeação regia e a dos deputados electiva (1). D. Pedro, em 2 de maio de 1826, abdica em D. Maria os seus direitos à corôa, contrahindo aquella esponsaes com D. Miguel, que em Vienna d'Austria havia jurado a carta constitucional. Apesar d'isso, os absolutistas, oppondo-se a qualquer reforma que não fosse a convocação das côrtes a maneira antiga, revoltam-se contra a carta, poucos mezes depois de outhorgada; mas os liberaes, com o auxilio da Inglaterra, conseguem manter as suas instituições. D. Miguel, porém, assumindo a regencia em 1828 e prestando perante as côrtes juramento á carta em 26 de janeiro d'esse anno, dissolve-as a 13 de março e, depois de proclamado rei pelo senado de Lisboa, manda convocar as côrtes á antiga a 23 de junho, pelas quaes foi reconhecido rei absoluto de todo o paiz, excepto da ilha Terceira, onde se fundou uma regencia em nome de D. Maria.

(1) Acham-se nella consignadas muitas garantias individuaes, entre as quaes podemos citar a da liberdade de imprensa.

Entretanto, D. Pedro, havendo abdicado em seu filho a corôa do Brazil, prepara uma expedição em Belle-Isle e, depois de haver publicado um manifesto, dirige-se para a ilha Terceira, onde organisa um ministerio composto do marquez de Palmella, Mouzinho da Silveira e Agostinho José Freire. D'essa ilha sabe com 7:500 homens a desembarcar no Mindello, onde chegou a 8 de junho. Seguiu-se a guerra civil tão conhecida por todos os portuguezes e que termina pela convenção de Evora-Monte (27 de maio de 1834) e definitiva implantação do regimen liberal.

A carta constitucional não dominou, porém, sempre. As condições financeiras do paiz determinaram a revolução de 9 de setembro de 1836 que destitue a carta e proclama a constituição de 1822 com as reformas que foram introduzidas por um congresso constituinte. Forma-se então uma nova constituição que foi jurada em 1 d'abril de 1838 e que reconhece três poderes eliminando o conselho de Estado. O poder legislativo é exercido pelas côrtes com sanção do rei; o executivo pelo rei e o judicial pelos tribunaes. As côrtes ficam compostas de duas camaras — a dos deputados e a dos senadores, ambas de caracter electivo, devendo estes ser tirados d'entre as categorias mais notaveis pelas suas riquezas e empregos.

Em 27 de janeiro de 1842 é restaurada a carta, que ainda hoje é a lei fundamental do Estado, com as alterações introduzidas pelo acto adicional de 1852 e pela reforma politica de 1883. Segundo essas leis as côrtes são compostas de duas camaras: a dos deputados é electiva, e a dos pares composta de 100 membros vitalícios, nomeados pelo rei, de 50 electivos e dos pares por direito proprio: infantes

maiores de 25 annos, arcebispos, patriarchas e bispos (1).

68—Successão da corôa.

A successão da corôa pertence aos filhos legitimos de D. Maria II, segundo a ordem da primogenitura, preferindo sempre a linha anterior á posterior; na mesma linha o grau mais proximo ao mais remoto; no mesmo grau o sexo masculino ao feminino; e no mesmo sexo a pessoa mais velha á mais nova.

Extincta a linha recta, passará a corôa á collateral.

§ 2.º—Fontes do direito

I.—Codificação

69—Eschola metaphysica.

Segundo já dissemos em qualquer logar, esta epocha é caracterisada, quanto ás fontes do direito, pela codificação. E', portanto, necessario definil-a, e para isso é conveniente recorrer ao movimento scientifico de que resultou, o que faremos tratando successivamente da eschola *metaphysica* e *historica*.

A ideia fundamental da eschola metaphysica, tambem chamada de *direito natural*, é que ha leis derivadas da natureza do homem e como ella invariaveis, que constituem o direito commum de todos os homens sem estarem sujeitas ás alterações provenientes das circumstancias de tempo e logar.

Esta ideia, que tem a sua primitiva origem na theoria do *jus naturale* aceita pelos jurisconsultos

(1) Esta organização foi alterada pelo actual governo que supprimiu a parte electiva das camaras dos pares, e lhe introduziu outras modificações.

romanos e que na idade media adquire novos caracteres, desenvolve-se na Hollanda, que, livre da tutela hespanhola, se tornou o foco do livre pensamento, sendo fundada sobre ella uma escola, cujo iniciador foi Hugo Grocio, no seu livro—*De jure belli ac pacis*. Hugo Grocio não se limitou, porém, como o parece indicar o titulo da sua obra, a applicar o direito natural á paz e á guerra; pretende tambem derivar do direito natural todo o direito civil, cuja força obrigatória tem como fundamento o preceito de direito natural que impõe ás partes o cumprimento dos contractos, sendo por um pacto expressa ou tacitamente estipulado que se constituiram as sociedades humanas e se sujeitaram ás auctoridades e leis como condição necessaria para a sua existencia.

Estas doutrinas, muito divulgadas por occasião de revolução franceza de 1789 (1) tiveram como consequencia a dissipação da revelação dos domínios da jurisprudencia, a admissão do direito natural como uma norma inmutavel e universal, a harmonia entre as leis do Estado e as da natureza, e a organização d'um systema que tornasse o direito conhecido de todos, formando-se assim a ideia da codificação. Esta, porém, não teve uma realisação immediata, pois, segundo os principios acceptos por esta eschola, para que ella se desse seria necessario remodelar a organização politica e destruir os privilegios das classes, o que sobre tudo exigia tempo.

A França apresenta-nos o seu primeiro codigo a 21 de março de 1804, como typo d'uma codificação definitiva. Não podemos, porém, passar á diante sem que primeiro nos refiramos á eschola historica.

(1) Veja-se Schupfer, *Manuale di storia del diritto italiano*.

70.—Eschola historica.

O fundador d'esta eschola, o grande Savigny, considerava o direito não como um principio abstracto, absoluto, fundado só na natureza humana, mas relativo, dependente da indole dos povos, suas tendencias, costumes, etc., oppondo-se assim á eschola metaphysica.

Levantou-se então uma lucta (1) entre este jurisconsulto e Thibaut que defendia a todo o trase a eschola metaphysica e cujos argumentos consistiam principalmente em demonsttar que os antigos codigos nacionais não correspondiam ás necessidades do tempo e que de modo algum podiam aspirar ao caracter de leis geraes. Savigny responde-lhe demonstrando que o direito segue um processo de formação necessario e inconsciente, assumindo em cada nação um caracter peculiar conforme as circumstancias, sendo portanto necessario um constante trabalho do legislador para que elle não caia n'uma desordem constante.

Em harmonia com este principio fundamental Savigny contesta a codificação apresentando para isso as razões seguintes: 1) a promulgação d'um codigo constitue um obstaculo ao regular desenvolvimento do direito, pois não se poderiam effectuar no codigo as modificações exigidas pela incessante evolução do direito; 2) a codificação não satisfará aos interesses da justiça por causa das omissões que frequentemente apparecem nos codigos;

3) um codigo exige profundos conhecimentos do direito e trabalhosas investigações historicas sendo inopportuna a sua elaboração enquanto não heuver

(1) Veja-se Cogliolo, op. cit., tomo I, *in principio*.

para isso estudos adequados, o que se não dava no tempo em que Savigny escrevia sobre o assumpto.

Os princípios de Savigny não são, porém, aceitáveis, e os códigos modernos, se não representam as leis naturais da escola metaphysica, também não representam o direito historico tal como foi concebido por Savigny, como o vemos comprovado no código civil francez. Além d'isso um código, ao contrario do que affirma Savigny, não representa só o direito no momento em que é elaborado, pois deve attender nas suas normas á constante evolução das condições sociaes. Ao contrario das Ordenações, que eram a compilação das normas existentes, os códigos introduzem no direito em vigor ao tempo em que são formulados, as modificações que as indicações da sciencia e as condições sociaes reclamam (1). Estes não representam além d'isso, um conjunto de normas invariáveis, pois estão sujeitos a modificações.

71—Codificação em Portugal.

Determinados os principios juridicos sobre a codificação e as razões que naturalmente a impozeram á maioria dos espiritos, vejamos o movimento da codificação que se operou em Portugal.

Sendo a nossa legislação um verdadeiro caos (2) fazia-se já sentir a necessidade d'um código no tempo de D. Maria (decreto de 3 de fevereiro de 1789).

O trabalho de codificação começou, porém, somente em 1821, apresentando as côrtes em fevereiro

(1) Os codigos tambem se distinguem das Ordenações por haver n'elles um principio de divisão, que facilita a codificação.

(2) Coelho da Rocha, *op. cit.*, § 257.

d'esse anno um projecto para a confecção d'um código, que se não poude realizar por causa da restauração do regimen absolutista. Por essas eôrtes foi votada a constituição de 1822 e tivemos mais tarde a carta constitucional. Em 1832 (decretos 22, 23 e 24 de 16 de maio), apparecem ensaios de codificação nas medidas que se decretam sobre a fazenda, a administração e a organização judicial, e em 1833 (18 de setembro) é mandado observar o *código commercial* de Ferreira Borges (1) revogado por carta de lei de 28 de junho de 1888, excepto na parte em que trata da organização do foro e processo em que foi revogado por decreto de 24 de janeiro de 1895; e nos annos seguintes foram successivamente apparecendo os seguintes códigos:

Codigo administrativo de 31 de dezembro de 1836.

Codigo administrativo de 18 de março de 1842.

Lei d'administração civil de 22 de junho de 1867.

Codigo administrativo de 24 de julho de 1870.

de 6 de maio de 1878.

de 17 de junho de 1886.

» » » » » aprovado por decreto ditatorial de 2 de março de 1895, que hoje vigora.

Por decreto de 21 de maio de 1841 é aprovada a *Novíssima Reforma Judiciaria*, de que se acha revogada a parte relativa ao processo civil por carta de lei de 8 de novmbr de 1876, que approvou o Código do Processo Civil.

Por decreto de 10 de dezembro de 1852 foi aprovado o Código Penal, cujas disposições foram coordenadas com as d'uma reforma effectuada em 1884, sendo publicado em 1886.

(1) Id. *ibid.*, § 326.

72—Leis.

Além dos códigos ha actualmente outras fontes do direito, de que succintamente vamos dar uma ideia. Trataremos em primeiro logar das leis.

Lei, no sentido lato, comprehende todos os diplomas legislativos, e no sentido restricto a declaração solemne feita pelo poder legislativo das normas que devem regular as relações juridicas no Estado.

Os momentos necessarios para que uma disposição assuma o caracter de lei e se torne obrigatoria, são os seguintes: as providencias são apresentadas ás camaras (*proposta* ou *projecto de lei*) approvadas por ellas (*decreto*), sancionadas pelo rei (*leis*), promulgadas e publicadas.

A *promulgação* da lei é o acto pelo qual o rei attesta aos cidadãos a existencia das leis e ordena a sua observancia.

A publicação da lei, que se faz no *Diario do Governo*, é o acto pelo qual se dá aos cidadãos o conhecimento da lei. Pela publicação a lei torna-se obrigatoria, mas não immediatamente; é preciso que decorra um certo praso (*vacatio legis*) que segundo o decreto de 13 d'agosto de 1833 é de 3 dias em Lisboa, 15 nas provincias e, pela lei de 9 d'outubro de 1841, nas ilhas adjacentes 8 dias depois da chegada da participação official.

73—Decretos, regulamentos, instrucções e portarias.

O poder executivo, em certas condições, pôde decretar providencias com a mesma força obrigatoria que as leis, nos seguintes casos:

1) delegando-lhe o poder legislativo essa facul-

dade para se desinvolverem e completarem as normas geraes que se contêm na lei (1);

2) constituindo-se em dictadura, isto é, usurpando as funcções do poder legislativo, quando o reclamem circumstancias imperiosas (2);

3) decretando em conselho medidas legislativas de character urgente para as provincias ultramarinas (3).

No segundo e terceiro caso o governo deve submeter ás côrtes, logo que se reunam, as medidas decretadas, a fim de que o absolvam da responsabilidade em que incorreu. É o que se chama *bill de indemnidade* ou *lei de isenção de responsabilidade ministerial*.

Como attribuição propria pertence ao governo a faculdade de fazer decretos, instrucções e regulamentos necessarios para a execução das leis (C. Const., art. 75.º, § 12.º), e que devem sempre ser cumpridos, quando não contenham disposições contrarias áquellas, porque: 1) o governo é competente para os fazer por expressa determinação da nossa lei fundamental; 2) porque as normas executivas contêm-se implicitamente nas dispositivas da lei enquanto são destinadas a fazel-as cumprir.

Os documentos emanados do poder executivo têm diversos nomes—decretos, regulamentos, instrucções e portarias.

a) *Decretos*. São propriamente destinados a applicar os principios geraes da lei ou a desinvolver

(1) Esses decretos ficam fazendo parte integrante da lei completada ou desinvolvida e terão a mesma força obrigatoria que esta.

(2) As medidas de character legislativo feitas em dictadura chamam-se—*decretos com força de lei*.

(3) 1.º acto adicional, art. 15.º.

as attribuições do poder executivo ou moderador. São sempre feitos em nome do rei e, como se elle proprio os redigisse, assignados por elle e referendados pelo ministro ou ministros da respectiva secretaria. O principio dos decretos é redigido de differentes fórmãs: se são feitos por expressa determinação da lei, principiam por invocal-a; quando contêm medidas dictatoriaes principiam pela fórmula: «*atendendo ao que me representaram os ministros e secretarios de Estado de todas as repartições*» introduzindo-se nestes decretos a formula *para ter força de lei* ou mandando-se n'uma disposição final dar conta das disposições que careçam de sancção legislativa; outros, ainda, principiam pela exposição de motivos que fundamentam a sua parte dispositiva sob a fórmula de *considerandos*:

Depois do principio redigido por qualquer d'estas fórmãs vem a phrase — *hei por bem decretar*, segue-se o conteúdo do decreto, terminando todos pela fórmula: — «*O ministro (ou ministros) e secretario de Estado dos negócios de... assim o tenham entendido e o façam executar*». Segue-se a indicação do pado e a data; a assignatura do chefe d'Estado—Rei — e a referenda do ministro ou ministros.

b) *Regulamentos*. São actos administrativos publicados pelos ministros competentes em que se prescrevem os meios e providencias necessarias para a execução das leis, e se determinam as normas de proceder do governo e seus agentes no desempenho das suas funções. São geralmente precedidos pelo decreto que os approva e seguidos pela data e assignatura do ministro respectivo, assignando o rei sómente o decreto de approvação. São publicados no *Diario do Governo* bem como todos os decretos, ficando com força obrigatoria. Têm a mesma força

que os decretos encontrando-se até por vezes n'estes disposições regulamentares (*decretos regulamentares*).

Os regulamentos também se chamam *regimentos* quando dizem respeito á organização e funcionamento d'um tribunal.

c) *Instrucções*. São diplomas em que os ministros desinvolvem os regulamentos ou ordens do governo e resolvem as difficuldades que se suscitam na execução das leis ou regulamentos, esclarecendo as auctoridades inferiores. As instrucções em que intervem o rei são precedidas d'um decreto ou portaria que as approva, sendo assignadas pelo ministro respectivo, e ás vezes pelo director geral da respectiva repartição.

d) *Portarias*. São os documentos onde se contêm as ordens verbaes do rei expedidas pelo respectivo ministro e dirigidas a auctoridades subalternas. Principiam pelos considerandos que as motivam, aos quaes se segue a fórmula: «*Ha por bem S. M. El-Rei resolver*». São assignadas pelo ministro ou pelo director geral e só tem força de lei para o caso de que se trata. Distinguem-se dos decretos por serem ordens verbaes, não têm força obrigatoria senão para o caso de que tratam e têm auctoridade na legislação como interpretação do governo.

e) *Regulamentos districtaes e municipaes*. São certas providencias tomadas sobre certo assumpto pelas administrações locaes (districto e municipio) dentro dos limites das suas faculdades. Estas providencias tem o nome de *regulamentos* e *posturas*.

74—Direito subsidiario.

Como já fizemos notar encontram-se sempre na legislação *casos omissos*, isto é, casos não previstos pelo legislador; e como tanto a Nov. Ref. Jud. como

o Cod. de Proc. Civ. prohibem ao juiz o deixar de julgar com o pretexto de falta ou obscuridade da lei, temos de, á similitude do que fizemos nas outras epochas, determinar o actual direito subsidiario (4).

Nos codigos das nações cultas encontram-se formulados como princípios ou normas de que o juiz póde socorrer-se para supprir as lacunas da lei: a) a equidade; b) o direito natural; c) o direito romano; d) os codigos das nações modernas; e) princípios geraes do direito.

a) *Equidade.* Tem-se apresentado muitas definições de equidade. A que nos parece mais acceptavel é a que considera a equidade como o resultado de um conceito subjectivo sobre o modo por que deve ser regulada uma determinada relação social. Traduzindo um conceito subjectivo, não póde a equidade ser admittida como direito subsidiario.

b) *Direito natural.* O direito natural tambem se não póde admittir como direito regulador dos casos omissos, pois que uns o consideram como o explícito a eschola de Kant, outros como Krause, e outros como R. de Brito, escholas de cuja applicação pratica resultariam as decisões mais encontradas.

c) *Direito romano.* Este, como os princípios antecedentes, tambem se não póde admittir como direito subsidiario, pois que o direito romano, constituindo um monumento grandioso, não póde applicar-se ás actuaes sociedades, cujas condições differem muito das do imperio romano.

d) *Codigos das nações modernas.* Não é razoavel, nem justo, admittir os codigos estrangeiros para direito subsidiario: não é razoavel por que não devemos suppor que o legislador nacional os desconhe-

cesse a ponto de n'elles estarem resolvidos os casos omissos; não é justo porque é ás circumstancias do paiz que se deve attender na resolução de todos os casos sujeitos ao imperio das leis.

e) *Princípios geraes do direito.* O sr. dr. Chaves e Castro liga a esta expressão dois sentidos: maximas fundamentaes acceitas por todos os codigos e princípios que presidem á elaboração do direito relativamente a uma determinada instituição social.

São estes princípios fundamentaes que se devem ter em vista para a solução de qualquer hypothese. E é a esses princípios que temos de attender na resolução dos casos omissos em direito civil.

Os princípios de direito natural, de que falla o art. 16.º do Codigo Civil, não são os absolutos e imutaveis da eschola metaphysica, mas aquelles que encerram o pensamento geral e o espirito do direito d'um certo povo.

Fim da 1.ª parte

(1) Dr. Chaves e Castro, *Dissert. de concurso*.

INDICE DAS MATERIAS

DO PRIMEIRO VOLUME

Dedicatoria	Pag. 3
-----------------------	--------

PRELIMINARES

Historia—Função juridica; seu conceito —Classificação do direito; direito civil—Historia do direito civil por- tuguez; sua divisão em externa e interna—Historia externa; sua di- visão em epochas	» 5-15
---	--------

1.^a PARTE

Historia externa do direito

Capitulo I—Direito lusitano antes dos romanos.	» 17
Capitulo II—Romanos	» 23
Capitulo III—Wisigodos	» 28
§ 1. ^o Invasões barbaras; os germanos	» <i>ib.</i>
§ 2. ^o Hespanha wisi- gothica.	» 31
§ 3. ^o Fontes de direito	» 35

Capitulo IV — Arabes e reis de Leão . . .	»	40
Capitulo V — 1.º Periodo (1140-1495). . .	»	45
§ 1.º Fundação da monarquia e formação da nacionalidade . . .	»	<i>ib.</i>
§ 2.º Organização politica . . .	»	48
§ 3.º Monarchia limitada pelas ordens . . .	»	25
I Clero . . .	»	53
II Nobreza . . .	»	56
A) Titulos de nobreza . . .	»	57
B) Feudalismo . . .	»	58
C) Nobreza depois de D. João I . . .	»	66
III Povo . . .	»	67
§ 4.º Fontes do direito . . .	»	71
§ 5.º Jurisprudencia . . .	»	83
Capitulo VI — 2.º Periodo (1495-1820). . .	»	89
§ 1.º Organização politica . . .	»	<i>ib.</i>
§ 2.º Fontes do direito . . .	»	93
§ 3.º Jurisprudencia . . .	»	100
Capitulo VII — 3.º Periodo (1820-...). . .	»	105
§ 1.º Organização politica . . .	»	<i>ib.</i>
§ 2.º Fontes do direito . . .	»	109
I Codificação . . .	»	<i>ib.</i>
II Outras fontes . . .	»	114

ERRATAS

Pag.	Linha	Onde se lê	Leia-se
27	3. ^a	<i>e italiae</i>	<i>e italicæ</i>
30	21. ^a	<i>litos</i>	<i>lites</i>
31	19. ^a	estabeleceu-se	estabeleceram-se
33	24. ^a	ao	no
38	25. ^a	de (<i>removendis</i>)	(<i>de removendis</i>)
55	16. ^a	do	ao
58	4. ^a	acoutiados	acotiados
64	4. ^a	n'elles	n'elle
71	18. ^a	due	que
72	24. ^a	<i>por</i>	<i>pro</i>
79	3. ^a	<i>Portugalliae</i>	<i>Portugaliæ</i>
86	2. ^a	(nota ¹) quidquid noce agnoscit nec agnoscit glosa nec agnoscit curia	quidquid non agnoscit glosa nec agnoscit curia
87	3. ^a	(nota ¹) <i>difficiti</i>	<i>difficili</i>
»	»	(») <i>angustis</i>	<i>angusta</i>
89	9. ^a	obedecerem	obedecer
106	14. ^a	16	11

RESUMO

DAS

MATERIAS DA 3.^A CADEIRA

DA

Faculdade de Direito

— Historia e principios geraes do Direito Civil Portuguez —

POR

Arthur Anselmo Ribeiro de Castro

Resumo das prelecções
do dignissimo professor da cadeira,
o Ex.^{mo} Sr. Dr. Guilherme Moreira, no anno lectivo
de 1895 a 1896

Volume II

COIMBRA

Typ. de Luiz Cardoso, Sophia, 10 e 12

1896

2.^a PARTE

Principios geraes do direito civil portuguez

CAPITULO I

Historia da codificação civil

1 — Código civil portuguez.

Como dissemos a codificação da nossa legislação civil só foi levada a cabo em 1867. Já muito antes, porém, tinha havido convites para a confecção d'esse código, como o das côrtes em 1821, mas que, bem como uma promessa da carta constitucional, não produziram immediatamente a reforma da nossa legislação civil (1).

Finalmente, por decreto de 8 d'agosto de 1850, foi encarregado d'este trabalho o eminente juriscônsulto Antonio Luiz de Seabra, mais tarde visconde do mesmo nome, e, na opinião de Bruschy; o homem da magistratura mais azado para um tal trabalho (2). No mesmo decreto foi nomeada uma com-

(1). Vid. *Cód. Civ. Port. anotado* por Dias Ferreira, vol. I, Introdução; e o *Elogio historico* ao Visconde Seabra, proferido em 4 de dezembro de 1895 pelo mesmo auctor.

(2) *Manual do direito civil*, vol. I, pag. 20.

missão para rever o projecto, composta dos mais distinctos juristas, como Vicente Ferrer, Coelho da Rocha, Paes da Silva e Sousa Magalhães, na qual entrava Seabra.

Os primeiros trabalhos da comissão foram, porém, de pouca extensão discutindo-se apenas 490 artigos, resolvendo então Seabra continuar o projecto sem o seu auxilio, e com tal força de vontade se entregou a esse labor que, tendo-se a comissão afastado da elaboração do código em 1851, elle já em 1855 apresentou três exemplares da primeira parte e em 1858 o projecto do código completo.

Por decreto de 12 de julho d'este anno foi augmentada a comissão, entrando para ella Herculano, Mello e Carvalho, Antonio Gil, Oliveira Mareca, Silva Ferrão, Jeronymo da Silva, Carvalho Martens, Philippe de Sousa, Costa Simas e Levy Maria Jordão.

Esta comissão, depois de discutidas muitas doutrinas e varios trabalhos de critica a que elle respondeu com o maior ardor, acabou de rever o projecto do código civil passados cinco annos (9 de março de 1860 a 30 d'agosto de 1865) modificando algumas partes e cortando a materia das acções com o fundamento de pertencer ao dominio do processo civil (1).

Foi finalmente approvado pelo parlamento o projecto do código Seabra, que foi promulgado por carta de lei de 1 de julho de 1867, começando a vigorar em 22 de março de 1868.

(1) Seabra deixou então os trabalhos da comissão. Uma das mais importantes modificações foi a relativa ao casamento civil (Vid. Herculano, *Estudos sobre o casamento civil*).

CAPITULO II

Revogação e interpretação das leis

2—Revogação das leis.

Chama-se *revogação das leis* o acto pelo qual estas são privadas da sua força obrigatoria.

Attendendo ao caracter evolutivo do direito e á mudança das instituições sociaes, facilmente se comprehende que uma disposição legislativa não pôde vigorar indefinidamente, precisando portanto de ser revogada. A revogação das leis pôde fazer-se, quanto á extensão *total* ou *parcialmente* e quanto ao modo *tacita* ou *expressamente*.

Revogação total é aquella em que todas as normas da lei são destituidas de caracter obrigatorio; chama-se geralmente *abrogação*.

Revogação parcial é aquella que não attinge a lei na totalidade das suas normas, ficando ainda algumas d'estas em vigor; chama-se *derogação* (1).

Revogação tacita é a que resulta do theor da nova lei em virtude da incompatibilidade entre as suas disposições e as disposições da lei anterior; assim, a formula — *fica revogada a legislação em contrario* — é uma revogação tacita.

Revogação expressa é a declaração formal pela qual uma lei tira a força obrigatoria a uma determinada lei anterior.

A incompatibilidade de duas disposições legais

(1) Para bem comprehendermos estas definições devemos considerar a lei, não como uma norma, mas sim como documento que contém um conjunto de normas. O Digesto já accetava a mesma doutrina dizendo: *derogatur legi aut abrogatur; derogatur legi cum pars detrahitur; abrogatur legi cum prorsus tollitur*.

de que resulta a revogação tacita, dá-se quando entre ellas haja opposição ou contradicção, isto é, quando seja impossível applical-as conjunctamente, prevalecendo então a disposição da ultima lei por ser a expressão da ultima vontade do legislador. Mas quando a conciliação de duas disposições legais seja possível, não se opera a revogação da lei anterior até onde se dê essa conciliação. D'aqui resultam as duas regras seguintes:

1) *a lei especial posterior deroga a geral anterior no caso especial sobre que provê*, porque os motivos d'aquella, por isso mesmo que são particulares, excluem aquelles em que se fundamenta a lei geral. Esta regra não tem excepções;

2) *a lei geral posterior não deroga a especial anterior*. Esta regra tem, porém, excepções. Além do caso em que haja a intenção expressa do legislador de revogar a lei anterior, esta deve entender-se revogada sempre que entre ella e a lei geral posterior haja exclusão de motivos.

Expostos estes principios vamos determinar o modo por que se conciliam o art. 5.º da lei de 1 de julho de 1867 em que parece revogar-se toda a legislação especial anterior ao código e o art. 3.º do cod. civ. port. em que, delimitando-se o objecto de direito civil, se diz que os direitos e obrigações civis são reguladas pelo direito privado contido no código, *excepto na parte que é regulada por lei especial*. Vejamos primeiro, para mais facil resolução da questão, onde está a antinomia dos dois artigos.

Segundo o art. 3.º do código, e em harmonia com o que deixamos exposto, ficam vigorando a par das regras geraes contidas no mesmo código as disposições especiaes de quaesquer outras leis, excepto nos casos em que houver revogação expressa ou os mo-

tivos da lei geral e especial se excluam reciprocamente; e segundo o art. 5.º da citada carta de lei ficam revogadas todas as disposições especiaes que versem sobre materias do código civil.

Como harmonisar esses artigos? Parece-nos accetavel a este respeito a theoria do sr. dr. Dias Ferreira que resolve a questão da seguinte maneira (1).

Fica revogada a legislação anterior que recahir nas materias do código, mas somente quando essa legislação versar sobre materias de caracter civil. No caso contrario permanece a legislação especial. Em abono d'esta theoria pôde apresentar-se o art. 8.º do decreto de 8 de dezembro de 1869, por que se impôs a observancia do código civil, com as modificações constantes do mesmo decreto, às provincias ultramarinas.

Vejamos agora qual a auctoridade investida do poder de revogar as leis.

A revogação das leis pertence exactamente às mesmas auctoridades que a declararam. A revogação da lei só pôde operar-se por um acto do legislador, quando ella não tenha duração prefixada ou naturalmente limitada pelas condições que a motivaram; não pôde resultar de costume que se estabeleça em contrario a ella.

3 — Interpretação das leis.

Chama-se *interpretação da lei* ao conjuncto de elementos e processos pelos quaes se reconstrue o pensamento do legislador (2).

(1) Dias Ferreira, *Cod. Civ. Port. annotado*, vol. I, art. 3.º.

(2) Vid. *Dissertação inaugural* do sr. dr. Chaves e Castro; *Étude sur l'interprétation des lois* por Mailher de Chasat; e principalmente *Étude sur les principes généraux d'interprétation des lois* de Charles Brocher.

Divide-se quanto á origem em *authentic* ou *legislativa* e *doutrinal*; quanto aos seus processos ou elementos, em *grammatical* e *logica*. Occupar-nos-hemos separadamente de cada uma.

a) *Interpretação authentic*. É a feita pelo proprio legislador por meio d'uma determinação de caracter geral, isto é, que tenha a mesma força e alcance que a lei interpretada. As leis que servem para interpretar outras chamam-se *interpretativas*.

Só em casos extraordinarios se deve recorrer a este meio de interpretação, pois do contrario resultaria uma transgressão á doutrina da divisão dos poderes, segundo a qual o poder legislativo declara a lei e o judicial a applica aos casos particulares, seguindo n'essa applicação o principio: *fiat justitia peccat ne peccat mundus*.

b) *Interpretação doutrinal*. É a feita pelos juriconsultos, professores, advogados, etc. (*interpretação privada*) ou pelos juizes e tribunaes (*interpretação judicial*).

A interpretação doutrinal, quer seja privada, quer judicial, tem os mesmos caracteres embora não tenha a mesma força que é maior na segunda especie.

c) *Interpretação grammatical*. É a que procura determinar o sentido das leis tomando para base as palavras por que se acham formuladas. O juriconsulto no uso d'este processo não se deve limitar a determinar o sentido rigoroso e etymologico das palavras, deve tambem investigar se ao lado d'elle ha uma significação technica ou juridica differente da habitual.

d) *Interpretação logica*. É a que procura determinar o pensamento do legislador pelo espirito da lei.

Espirito da lei é o fim e os motivos que levaram o legislador a promulgar-a, chamando-se *fin da lei*

garantia social que, por meio d'ella, se pretende alcançar, e *motivos da lei* ás razões pelas quaes se escolheu essa lei de preferencia a outras. Entre o fim e motivos da lei ha relação de causa para effeito e n'essa relação se baseia a interpretação por *analogia*. *Analogia* é a relação de identidade ou de semelhança que se dá entre duas ou mais disposições legais, ou ainda entre os casos que são ou deviam ser regulados por uma determinada norma. No primeiro caso, as diversas disposições legais que têm entre si relações de identidade ou semelhança esclarecem-se ou completam-se reciprocamente; no segundo caso suppre-se por vezes o silencio do legislador applicando a lei a casos que elle não previu.

As disposições legais que regulam identicas relações sociaes ou que têm entre si semelhança chamam-se *logares parallelos*; a essas relações dá-se o nome de *casos analogos*. É este um bom meio de interpretação de cuja legitimidade se não pôde duvidar, mas que para ser procedente é necessario verificar se as relações de identidade ou de semelhança são verdadeiras.

A interpretação logica serve ou para determinar o sentido d'uma lei obscura (*declarativa*), ou para ampliar a sua applicação (*extensiva*) ou para a restringir (*restrictiva*). A *declarativa* tem logar quando as palavras da lei não exprimem d'um modo preciso o pensamento do legislador; a *extensiva* dá-se quando exprimem menos que o pensamento do legislador (4); e a *restrictiva* quando exprimem mais (2).

A interpretação extensiva não pôde, porém, dar-se em materia penal e odiosa, bem como a restrictiva

- (1) Ubi eadem est ratio legis, eadem est ejus dispositio.
- (2) Cessante ratione legis, cessat et ejus dispositio.

sómente se pôde applicar quando pelo exame da legislação no seu conjuncto e tendo em consideração o fim e o motivo da lei se vê que ha disposições pela qual a lei proposta deve ser limitada ou quando da origem a verdadeiros absurdos (1).

CAPITULO III

Applicação das leis

§ 1.º — Applicação das leis quanto ao tempo

4 — A theoria de não retro-actividade (cod. civ., art. 8.º).

As leis constituem normas reguladoras das relações sociaes, que, como já sabemos, podem ser revogadas por uma lei posterior; ora como aquellas deixam de ter força obrigatoria deixam tambem *ipso facto* de regular os factos juridicos succedidos no dominio da nova lei, e, vice-versa, a nova lei não pôde regular os factos succedidos no dominio da antiga; o contrario seria não só absurdo mas tambem perigoso (2). Ha, porém, factos juridicos que, embora passados no dominio da lei antiga, têm consequencias que se veem a realisar no dominio da nova lei, sendo portanto necessario determinar qual a lei que os deve regular.

D'aqui a theoria conhecida pelo nome de *não retroactividade das leis*, e a que alguns juriconsultos, como Gabba, Weber e M. de Chassat chamam menos acceitavelmente *retroactividade das leis* (3).

(1) Ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus.

(2) Vid. Demolombe, *Cours du code Napoleon*, vol. 1.º, pag. 40 e 41.

(3) Vid. a este respeito Demolombe, op. cit.; Gabba, *Theoria della retroavita*, vol. 1.º; Mazzoni, *Diritto civile italiano*, vol. 1.º; e dr. Paiva Pitta, *Dissertação inaugural*.

Antes de entrarmos na exposição das theorias sobre este assumpto temos de examinar quaes os factos e leis que estão fóra d'esta questão, e que são:

1) os factos, cujas consequencias se realisaram completamente;

2) as leis que regulam a forma dos actos;

3) as leis a que o legislador attribuiu effeito retroactivo;

4) as leis penaes cujos effeitos quanto ao tempo são regulados por normas especiaes;

5) e, segundo alguns, as leis interpretativas, de que fallaremos especialmente.

Determinado o dominio da nossa questão pela exclusão dos factos e leis que a ella não estão sujeitos, vejamos as theorias que a este respeito existem.

São estas, segundo Gabba, cinco:

I—Deve tomar-se por criterio a *intenção expressa do legislador*.

II—São justamente retro-activas as *leis d'interesse publico*.

III—São justamente retro-activas as *leis favoraveis* á condição dos cidadãos.

IV—São justamente retro-activas as leis que dizem respeito *ao modo de ser ou existencia dos direitos* (theoria de Savigny).

V—São justamente retro-activas as leis que não offendem direitos adquiridos (theoria dos direitos adquiridos que foi modificada por Lassale, como veremos).

O desinvolvimento e critica d'estas theorias pôde lêr-se nas obras citadas de Gabba e do sr. dr. Paiva Pitta. Exporemos só a dos direitos adquiridos, que foi a que o nosso legislador seguiu.

Esta theoria, que é a acceita pelo nosso legislador, consiste em não se applicarem immediatamente as

leis que offendam direitos adquiridos, e em terem immediata applicação as que offendam simples expectativas.

Direito adquirido é, segundo Gabba, a consequencia d'um facto idoneo para a produzir, em virtude da lei que vigora ao tempo em que é realizado, e que, antes de começar a vigorar a nova lei, entrou no patrimonio da pessoa a que respeita, não podendo, porém, tornar-se effectiva por meio d'ella por falta de occasião (1).

D'esta definição se conclue que para haver direito adquirido é necessario:

(1) Uma lei (*direito objectivo*) que esteja em vigor ao tempo do nascimento do *direito subjectivo*.

(2) Um facto acquisitivo d'este direito que pôde ser ou não dependente da vontade, e que se realice no tempo em que aquella lei vigora, mas que não produza no dominio d'ella todas as suas consequencias.

Simplex expectativa é a mera possibilidade ou a abstracta faculdade juridica de proceder e a esperanza de possuir direitos patrimoniaes. Comparando-a com o direito adquirido facilmente se vê que lhe falta o facto acquisitivo do direito.

Esta theoria foi mais tarde modificada por Lassalle segundo o qual não pôde retroagir nenhuma lei que respeite ao individuo em relação a actos da sua vontade. Segundo aquelle juriconsulto as leis podem, pois, ter effecto retro-activo quanto a direitos adquiridos por um facto acquisitivo independente da vontade.

(1). Outras definições ha de direito adquirido, mas menos accetaveis. Entre essas citaremos a do sr. dr. Dias Ferreira para o qual direito adquirido é aquelle de que o sujeito se acha definitivamente investido (Vid. *Dissertação inaugural* do sr. dr. Paiva Pitta).

Esta theoria é evidentemente incompleta, pois ha direitos adquiridos que, por dependerem de contingencias previstas na lei, nem por isso são menos respeitaveis que os adquiridos por vontade propria.

5 — A theoria da não retro-actividade quanto ás leis interpretativas.

O art. 8.º do codigo civil estabelece, como excepção ao principio geral, a retroactividade da lei interpretativa, parecendo assim que o legislador seguiu a respeito d'estas leis doutrina diversa da que applicou ás leis innovadoras; não se dá, porém, isso, pois que as leis interpretativas não se applicam retro-activamente quando offendem direitos adquiridos, caso unico em que também se não applicam ás innovadoras.

Considerada a questão theoricamente, o systema do legislador pôde ser impugnado.

Dizia o sr. Visconde de Seabra que as leis interpretativas deviam estar sujeitas ás mesmas condições que as innovadoras; isto é, que não deviam ter effecto retroactivo, por isso mesmo que aquellas leis ou dizem o mesmo que estas, e então são absurdas, ou dizem mais e então são innovadoras.

Esta doutrina, mais tarde seguida e defendida pelos notaveis juriconsultos drs. Dias Ferreira e Paiva Pitta, não attende a que pôde dar-se nos tribunaes interpretação diversa a uma lei e que, uma vez determinado o seu sentido pelo legislador, o juiz não pôde deixar de acceitar julgando em harmonia os litigios que se lhe offereçam.

§ 2.º — Applicação das leis quanto ao espaço

6 — Generalidades.

Estudados os principios geraes sobre a applica-

ção das leis quanto ao tempo, vamos fazer o mesmo estudo sobre a sua applicação quanto ao espaço.

Realizando-se um acto juridico no estado a que as partes pertencem e sobre cousas n'elle situadas ficam absolutamente sujeitos á lei do seu paiz; porém, se as partes pertencem a um estado estrangeiro, ou se, sendo nacionaes, realisam o acto juridico fora do reino ou sobre cousa sita em paiz estrangeiro, é preciso determinar se deve applicar-se a lei do Estado a que as partes pertencem (*lei ou estatuto pessoal ou nacional*) ou a lei do Estado em que o acto se realisa (*lei territorial ou estatuto real*). Ao conjuncto de regras por meio das quaes se resolvem estas questões dá-se o nome de *theoria dos conflictos das leis ou direito internacional privado*. Cada Estado determina, relativamente aos actos que n'elle hão-de produzir os seus effeitos, qual a lei por que devem ser regidos. Além d'essas normas ha os tractados ou convenções internacionaes, cujas disposições devem ser applicadas de preferencia áquellas entre os paizes contractantes.

Nem sempre, porém, se podem applicar as leis estrangeiras, nos casos em que as leis nacionaes as mandam applicar, pois que algumas vezes vão de encontro aos principios fundamentaes das instituições nacionaes, ao interesse e ordem publica: assim um turco em Portugal não podia casar com mais de uma mulher. Deve, porém, notar-se que n'um paiz é, por vezes, reconhecido effeito ao acto realisado em paiz estrangeiro e que se não poderia effectuar n'aquelle. Assim o divorcio decretado em França deve produzir effeitos em Portugal; o filho d'uma mulher turca, cujo marido já era casado com outra quando contrahiu matrimonio com ella, deve ser reconhecido entre nós como legitimo.

Expostos estes principios geraes passemos a determinar a lei que regula o estado e capacidade civil dos estrangeiros em Portugal e dos portuguezes no estrangeiro, a propriedade, e os actos juridicos realisados em Portugal ou no estrangeiro.

7—Estado e capacidade civil.

Chama-se *estado* a qualidade d'uma pessoa que a torna susceptivel de direitos particulares, e *capacidade civil*, aos direitos particulares resultantes d'um certo acto.

O estado deve ser regido sómente por uma lei, porque o individuo não pôde ter mais que uma personalidade juridica. Quando, para a determinação do estado d'um individuo, se devesse attendêr, por exemplo, á lei do paiz onde elle se encontrasse, dar-se-hia o absurdo de ser maior hoje e menor amanhã; casado n'um paiz e solteiro n'outro.

Qual deverá ser essa lei unica? Aqui dividem-se as opiniões dizendo uns que se deve seguir a lei da nacionalidade e outros a do domicilio. Esta, defendida pelos juriconsultos antigos, tem o maior numero dos seus sectarios na America, Inglaterra e Alemanha, aquella tem-os na eschola italiana a cuja frente está Mancini. O systema da nacionalidade parece-nos mais acceptavel, porque mais difficilmente se muda de domicilio do que de nacionalidade e é em harmonia com o desenvolvimento physico e psychico do individuo, que varia de nação para nação, que o seu estado deve ser fixado. Além d'isso é mais facil de determinar a nacionalidade que o domicilio.

No caso de mudança de nacionalidade, attendendo ao principio da não retroactividade das leis deve applicar-se lei do Estado a que o individuo pertencia ao tempo em que se realizou o acto juridico.

Alguns juristas distinguem entre estado e capacidade civil, ou, por outras palavras, entre capacidade atrahente e concreta. No primeiro caso applicam o estatuto pessoal, no segundo o territorial fundando-se em que se não póde imputar a um individuo a ignorancia da lei pessoal do estrangeiro com quem contractou.

Esta doutrina não é, porém, aceitavel em frente dos principios de direito internacional e das disposições do nosso cod. civ. que nos art.º 24.º e 26.º em que regula este assumpto não apresenta semelhante distincção.

8—A propriedade.

Sobre a lei que deve reger a propriedade dividiremos o nosso estudo em duas partes: na primeira das quaes trataremos das cousas immobiliarias e na segunda das mobiliarias.

a) *Cousas immobiliarias.* O art.º 24.º do nosso cod. civ. consigna o principio de que a propriedade immobiliaria sita no reino e pertencente a cidadão portuguez que viaje ou resida no estrangeiro é regida por lei portugueza, sendo o mesmo principio applicavel a cidadãos estrangeiros que tem propriedade sita em Portugal. A applicação da lei rei sitae a propriedade immobiliaria, fundamenta-se no principio da soberania nacional, devendo cada Estado fazer valer as suas leis em toda a extensão do seu territorio. Como consequência d'este principio, hoje universalmente acceito, temos que:

1) é pela lei territorial que devem decidir-se os conflictos relativamente ás qualidades juridicas das cousas, como a sua distincção entre moveis e immoveis, alienaveis e inalienaveis, communs, publicas e particulares, etc.

2) É pela lei territorial que devem adquirir-se os direitos sobre a propriedade immobiliaria.

3) Os modos por que termina a propriedade immobiliaria e os direitos sobre ella são também designados na lei territorial.

b) *Cousas mobiliarias.* A este respeito ha entre os juristas consultos a mais accentuada divergencia, acceitando uns a lei territorial e outros o estatuto pessoal, e d'estes uns seguem a theoria do domicilio ao passo que outros acceitam a da nacionalidade.

Analysaremos estas theorias.

I—A theoria que os moveis devem ser regidos pela lei do domicilio baseia-se na seguinte maxima: *mobilia personam sequuntur*. Este fundamento, porém, não representando quasi sempre um facto geral e ordinario, constitue por vezes uma inqualificavel arbitrariedade como quando as cousas saem do domicilio do proprietario sem probabilidades de para lá voltarem. Já Foelix no seu *Traité de droit international* fez notar isso mesmo dizendo: «a regra (do domicilio) não tem applicação em todos os casos em que os moveis não têm uma relação intima com a pessoa do proprietario».

II—O systema de que os moveis devem ser regidos pela lei do territorio em que se encontram, seguido por Waecheter e Savigny, é actualmente defendido por Laurent e Asser.

Savigny apresenta uma distincção entre moveis que constantemente occupam o mesmo lugar, e moveis que occupam transitoriamente um determinado lugar.

No primeiro caso diz o mesmo auctor que se deve applicar a lei territorial, devendo attender-se, para a determinação da lei applicavel no segundo caso, á vontade do proprietario das cousas.

E' esta theoria evidentemente mais pratica que a primeira, em virtude das numerosissimas excepções que os sectarios d'esta são obrigados a abrir.

III—A theoria da nacionalidade é a seguida por Mancini que, rejeitando a lei do domicilio por não ter influencia alguma na personalidade do individuo e a *lex rei sitae* que considera perigosa e de difficil applicação, nos apresenta como fundamento da sua theoria a maxima *mobilia personam sequuntur*.

Esta theoria, porém, de nenhuma maneira se deve aceitar, sendo até superior a ella a do domicilio. Não podem applicar-se à propriedade mobiliaria, pelo que respeita à lei por que se deve reger, as mesmas razões que levam a preferir a lei da nacionalidade para o estado e a capacidade civil.

O nosso código nada dispõe sobre este assumpto; attendendo, porém, ao facto de o sr. visconde de Seabra se guiar muito pelas obras de Savigny, e à superioridade que a theoria apresentada por este auctor sobre o assumpto de que nos occupamos tem sobre as outras, é de crer que a *lex rei sitae* seja a que deve applicar-se, com a distincção estabelecida por Savigny (1).

9—Actos jurídicos.

Depois de termos determinado a lei reguladora do estado e capacidade civil e da propriedade tanto mobiliaria como immobiliaria, vejamos qual a que regula os actos jurídicos, tratando de forma externa dos actos, da substancia, effeito e validade dos contractos e das successões.

a) *Forma externa dos actos*. A maioria dos juízes consultos distingue nos actos as formas *extrinsecas*

(1) Vid *Gazeta dos advogados*, vol. 3.º, pag. 16.

ou *instrumentarias* que são as formalidades exigidas para solemnidade ou prova dos actos, e as *intrinsecas* ou *visceraes* que são aquellas que constituem a propria essencia dos actos.

Quanto às formas intrinsecas são regidas pela lei territorial em virtude da formula consuetudinaria *locus regit actum*, sustentando, porém, alguns escriptores como Mazzoni (1) que, no caso de contractantes procurarem illudir a lei nacional, se deve considerar nullo o acto celebrado. Esta doutrina, porém, sómente se pôde applicar no caso de resultar da inobservancia da lei nacional uma offensa aos principios de interesse e ordem publica.

O art. 24.º do nosso código estabelece a respeito do assumpto, que nos occupa, a seguinte disposição, por muitos reputada facultativa, mas que nos parece imperativa—«a forma externa dos actos será regida pela lei do paiz onde forem celebrados». É a traducção da regra *locus regit actum*.

b) *Validade intrinseca e effeitos dos contractos*. Nos contractos já sabemos qual a lei reguladora da sua forma externa, da capacidade dos contrahentes e da propriedade mobiliaria ou immobiliaria que d'elles constitua objecto. Vejamos agora qual a lei que deve regular a sua validade e effeitos.

Quanto à validade intrinseca parece-nos, em accordo com o estabelecido no novo cod. com., art. 4.º, que se deve applicar a lei da vontade das partes quando resulte dos mesmos contractos a sua intenção a esse respeito, e no caso contrario, a do logar onde se realiza.

Quanto ao modo de cumprimento dos actos tambem nos parece applicavel a materias civis, a dispo-

(1) Op. cit., tomo 1.º, pag. 187.

sição do mesmo artigo pela qual, na falta de convenção em contrario, se deve applicar a lei do logar onde o acto se executa.

Quando, porém, um contracto valido perante a lei estrangeira é contrario ao interesse e ordem publica nacionaes, esse acto não produzirá effeitos alguns dentro do reino.

c) *Successões.* Sobre a lei que regula as successões existem differentes systemas, sustentando uns que se deve applicar a lei do domicilio ou da nacionalidade sobre a capacidade dos herdeiros do auctor da herança, ordem da successão e validade intrinseca das disposições, e outros, (e estes em maior numero) que a ordem da successão está sujeita á lei do territorio em que se acham situados os immoveis, devendo fazer-se tantos patrimonios quantas as legislações a que estão sujeitas e que ás consas mobiliarias se applica a lei da nacionalidade ou do domicilio do defuncto.

A nossa legislação sobre este assumpto tem sido interpretada de diversas maneiras, sustentando alguns que o codigo civil adopta a lei do domicilio, outros a da nacionalidade e outros finalmente o estatuto territorial quanto aos immoveis. Dos art. 24.º e 27.º facilmente se depreheende a resolução mais racional d'esta questão, resultando evidentemente da sua leitura que o nosso codigo admite a lei da nacionalidade. Esta, porém, não se applicará quando vá offender principios d'ordem e interesse publico.

Fim da 2.^a parte

INDICE DAS MATERIAS

DO

SEGUNDO VOLUME

2.^a PARTE

Principios geraes do direito civil portuguez

Capitulo I — Historia da codificação civil.	Pag.	3
Capitulo II — Revogação e interpretação das leis.	»	5
Capitulo III — Applicação das leis . . .	»	10
§ 1.º Applicação das leis quanto ao tempo .	»	ib.
§ 2.º Applicação das leis quanto ao espaço. .	»	13