

NOTAS

AO TITULO II.

DAS LEIS E DO COSTUME

DO NOVO CODIGO

DE

DIREITO PUBLICO DE PORTUGAL,

DO

D.º Paschoal José de Mello,

ESCRITAS E APRESENTADAS

NA

JUNTA DA REVISÃO

PELO

D.º Antonio Pereira.

NOTAS

AO TITULO II.

DAS LEIS E DO COSTUME.

Texto

DO PROEMIO.

O Grande poder, que Deos Senhor nasso confiou aos Principes, que reinão por sua graça, como se dirige ao nobre fim de procurar e manter a utilidade pública, a qual somente pelo meio das leis se pôde conseguir: e sem dúvida que aos mesmos Principes compete, entre outros, privativamente o direito de as fazer e publicar, e de prescrever aos seus subditos uma certa norma, segundo a qual devem regular as suas acções.

Censura geral.

Not. I. Tudo quanto se diz em muitas regras neste preambulo, podia reduzir-se a esta unica proposição: = *Ao Principe compete o direito de fazer Leis.*

Not. II. As proposições intermedias = *que o poder dos Principes tem por fim procurar a utilidade pública e particular de seus vassallos* = e que este fim se não pôde conseguir sem Leis = são proposições doutrinarias, e não legislatórias, que só servem de exornar o discurso, e de o fazer mais longo. Insistirei sempre na maxima de se não consentir em uma Codigo de Leis, se não as clausulas necessarias.

Not. III. Este preambulo vem por consequencia a ser inutil; porque não comprehende outra coisa mais,

do que principios geraes de Direito Público universal, e postos assim mesmo geralmente, e sem applicação immediata ao proprio Principe, que está fallando; e estou persuadido, que na legislação não deve entrar, senão o que for Lei; e não o é o preambulo deste titulo, que nada determina.

Not. IV. Este preambulo é incompetente; porque não se tractando neste Codigo do Direito Público constitucional, e por conseguinte nem dos direitos da soberania do Principe, é desnecessario fallar aqui do direito majestatico, que elle tem, de fazer Leis. Isto é uma cousa, que se deve suppor, quando se tracta de formar um corpo de leis civis. Por tanto parece-me que cumpre supprimir este preambulo.

Texto.

O grande poder, que Deos Senhor nosso confiou aos Principes.

Censura.

Not. = *O grande poder.* = Parece-me que bastaria dizer = *o poder* = sem mais epitheto: é tão conhecida-mente grande este poder, que não é preciso qualifi- cal-o; elle mostra por si mesmo a sua grandezza; até acho que accrescentar-lhe epithetos, é fazel-o descer um pouco de sua mesma alteza e majestade. De mais todo o epitheto, que não é necessario para especificar e demarcar exactamente as verdadeiras noções das cousas, é inutil, e é pouco digno na bôcca do Legislador.

Texto.

Que Deos Senhor nosso confiou aos Principes, que reinão por sua graça.

Censura.

Not. Já no Titulo antecedente se havia inculcado duas vezes esta origem divina do poder dos Principes,

fizendo-se no principio delle = *Ao soberano poder e majestade, que recebemos de Deos* = e pouco depois — *A felicidade e segurança pública, que Deos nosso Senhor confiou ao nosso cuidado e direcção.* = Acho pois desnecessario começar este segundo Titulo com clausulas, que dizem o mesmo que as primeiras. De mais receio que similhantes repetições tão frequentes e tão proximas dêem ares de desconfiança no Principe, que assim falla, e que tanto se esforça por inculcar aos povos a alta origem de seu poder. A dignidade de Legislador pede que elle e seu vassallos se supponhão assás inteirados da sagrada origem de sua auctoridade. Se com tudo se conservar esta clausula, será bastante, segundo me parece, dizer simplesmente: = *O poder, que Deos confiou aos Principes* = ou = *que Deos depositou na mão dos Principes.*

Texto.

Como se dirige ao nobre fim.

Censura.

Not. Tiraria o epitheto = *nobre* = pelas mesmas razões. que acima apontei a respeito do epitheto = *grande.* =

Texto.

De procurar e manter a utilidade pública e particular de seus vassallos.

Censura.

Not. *Manter a utilidade pública* — não me parece maneira correcta de fallar. Em logar de *utilidade* poria *felicidade.*

Texto.

O qual sómente pelo meio das leis se pôde conseguir.

Censura.

Not. I. Como esta é a primeira occasião, em que se dá neste Código a razão da lei, devo dizer o que sinto deste methodo; o que ficará servindo de fundamento aos mais reparos, que sobre isto houver de fazer ao decurso da censura deste Código. Julgo, se me não enganar, que pelo commum se não devem dar em um Código as razões das leis. Isto, quando muito, só pôde ter logar nas leis soltas e despegadas, que se promulgão separadamente fóra do Código nacional: no Código porém tem grandes inconvenientes esta prática; porquanto: 1.º a darem-se nelle as razões de todas as leis, ou ainda as de uma grande parte, virá elle a ficar por extremo longo e volumoso, quando cumpre que seja breve e comprehensivel, e que ande nas mãos de todos. 2.º dará motivo por isso mesmo a ser menos frequente a sua leitura, e menos exacta e prompta a devida observancia de suas leis.

Os auctores, que tractão deste ponto, e que estão nestes mesmos sentimentos, costumão allegar ainda razões: 1.ª que as leis devem ser simples mandamentos, que determinem as acções dos súbditos, e não lições academicas, em que se exponhão as razões e motivos, em que ellas são fundadas; e que basta que o Principe tenha o direito de legislar, e que os povos se persuadão pela mesma bondade manifesta de suas leis, que elle os exercita com sabedoria e com justiça (*a*); 2.ª que abrindo-se as razões das leis, se abre francamente a porta a desvairadas dúvidas e interpretações, que se podem suscitar sobre a sua intelligencia, ou sobre a extensão, restricção, e applicação de seus motivos e razões a diversos casos.

(a) Veja-se Luiz Vives *Meth. trad. art.*, Danjes *Ratio Legis observat.* p. 211., Bielfeld *Instit. Politiq.* c. 4. §. 15. p. 149., Servin. *Leis Criminoes* p. 20., o Auctor da *Obra Legislaç. Univers.* tom II. p. 355. O exemplo dos Codigos do Imperador João, e do Grão Duque de Toscana, em que se dão as razões da lei, não nos é applicavel ao do Código das Doze Taboas, que se deveria tomar por modelo.

Not. II. Parece-me que ainda admittendo-se o methodo de dar as razões da lei, se deverá seguir constantemente a regra de as não dar, senão naquellas, que parecerem necessitar deste soccorro. As que por si mesmas são claras e manifestas a todos, não devem ter logar na legislação deste Codice; e a esta classe pertence a que aqui se dá neste §.

Not. III. A conservar-se a razão, ou motivo, que aqui se aponta, será necessatio reformar a clausula = *a qual sómente*. = É certo que sem leis se não pôde conseguir a felicidade pública e particular dos vassallos; mas tambem é certo que não são as leis os unicos meios e subsidios politicos, por que se pôde alcançar este bem. Ha outros meios e recursos da politica, e economia civil dos Estados, que concorrem tambem para se alcançar este fim, de que usão, e devem usar os Principes na administração da républica. Se isto assim é, o meio de conseguir este fim não se deve resumir e assomar tão sómente nas leis; pelo que cumpre supprimir o termo restrictivo = *sómente*.

Texto.

O grande poder, que Deos confiou aos Principes, como se dirige . . . é sem dúvida, que aos mesmos Principes compete, entre outros, o direito de as fazer (leis).

Censura.

Not. I. Nem a grammatica, nem o genio da nossa lingua, soffre a transposição, que aqui se acha, ficando o nominativo *o grande poder* sem verbo na oração. Dever-se-hia dizer: *Como o grande poder, etc., se dirige, etc.*

Not. II. *Aos mesmos Principes.* Seria mais elegante e mais presso, formalizar todo este §. de maneira, que não fosse necessario repetir duas vezes a palavra = *Principes.* =

Texto.

Compete, entre outros, privativamente o direito de fazer leis.

Construção.

Sobre o direito privativo e exclusivo de fazer lei.

Não cumprirei com a minha obrigação, se deixar passar sem nota este termo *privativamente*. Esta doutrina do direito privativo e exclusivo de fazer leis ou se entende aqui em geral a respeito de todos os Principes, ou em particular em relação aos nossos Soberanos. Parece que aqui se falla no primeiro sentido, e que a palavra = *Principe* = se toma neste lugar, não pela parte da sociedade civil, que tem o deposito do governo público, ou seja o monarcha na monarchia, ou o senado na aristocracia, ou o povo na democracia; mas sim restrictamente pelo soberano no estado monarchico. A ser assim, julgo que é pouco exacta esta doutrina, na generalidade, em que aqui se acha concebida.

Não recorro, para mostrar isto, á opinião de alguns publicistas, que subindo aos motivos primordiales da formação das sociedades, querem que os Principes em nenhum estado possuão ter o direito exclusivo e absoluto de fazer leis sem algum concurso, ou da nação, ou de algum conselho, que a represente, persuadidos que a sociedade civil nem devia, nem podia renunciar ao direito essencial de concorrer para as suas leis, sem abalar os fundamentos da sua mesma união; pois que do contrario, ficando a auctoridade soberana depositaria das forças públicas, e encarregada exclusivamente do poder legislativo, podia vir a dar leis arbitrariamente, e a executal-as tambem a seu arbitrio; e que todas as vezes que o poder legislativo e executivo se achavão sem alguma modificação e temperamento confiados a uma só pessoa, corria temeroso risco de não haver mais nem liberdade, nem propriedade, unicos bens e direitos imprescriptiveis da humanidade, por cuja causa se havião unido os homens em sociedade, e sub-

ordinado

bordinando a uma auctoridade tutelar, que os defendesse. (Blackstone *Comm. das leis de Ingl.*, M. de l'Olme t. 1. c. 3. p. 55. da *Const. de Ingl.*, Sydney *Disc. sobre o governo*, e o auctor dos *Princ. da legisl. univ.* tom. II. p. 9.)

Não são estes os principios, a que recorro: supponho antes como certo, que o Principe pôde ter o direito privativo e exclusivo de fazer leis; mas não basta possel-o ter, para logo se affirmar, que todos o têm. É necessario distinguir o direito da soberania considerada em geral, e os direitos mais ou menos restrictos de cada Principe em particular. Quanto á soberania em geral, é certo que lhe está essencialmente unido o direito de fazer leis; mas este direito no seu exercicio pôde ser ou absoluto e privativo, ou modificado por certas *regias* e condições a respeito de cada Principe em particular, segundo a especial constituição de cada reino.

Assim vemos, que em alguns estados os Principes têm o direito legislativo privativo: n'outros o têm, mas não o podem exercitar, senão com accordo das côrtes, ou com o conselho de certa classe de pessoas, ou corporações do estado; e n'outros devem recorrer indirectamente á vontade geral da nação pelo registo e verificação dos edictos, que não é outra cousa mais do que uma petição do consentimento tacito da nação representada pelas corporações, aonde estas formalidades se practicão. Não é necessario citar exemplos disto: os publicistas os tem já notado; como são entre outros Pufendorfio liv. 7. c. 6. §. 7., Boehmero pref. e liv. II. c. 3. §. 15., Burlamaqui tom. 2. p. 1. c. 7. n. 15., e o auctor das *Maximas de direito publico francez* tom. 1. p. 275.

Se isto assim é, nem de todos os imperios se pôde dizer, que os Principes tem o direito *privativo* de legislar: por consequencia parece, que não é exacto o principio, que aqui se põe em geral, de que aos Principes compete *privativamente o direito de fazer leis*. Pelo que acho, que cumpre supprimir o termo = *privativamente*.

Em segundo lugar, se a doutrina do preambulo se entende em particular, e em relação ao nosso Estado, este termo = *privativamente* = pôde ser equivoco; e necessita por isso de alguma illustração. Elle pôde referir-se ou ao poder legislativo em si mesmo, ou á maneira de o exercitar. Quanto ao poder legislativo em si mesmo, é certo que elle é supremo, e só proprio e privativo de nossos Príncipes; não ha outra pessoa ou corporação no Estado, com quem elle compete; e que não tenha uma porção deste direito; e que o príncipe não deva exercitar em concorrência com o Príncipe. A lei toda emana d'elle, como da sua unica fonte; elle é o que a faz, o que a publica, e o que a manda executar em seu nome. Mas este poder, assim mesmo supremo como é em si, não é incompativel com as limitações, que as leis ou costumes fundamentaes do Estado possam ter posto a seu uso e exercicio: a constituição podia modificar e regular o exercicio deste poder legislativo; podia demandar que o Príncipe o exercitasse de certo modo, e com certas regras; ou seja com o conselho das côrtes, ou seja com o parecer de certa classe de pessoas, ou de outra qualquer maneira, sem que com tudo os direitos da soberania se alterassem, ou diminuíssem por estas limitações positivas. É esta doutrina geral dos publicistas.

Com effeito o poder legislativo teve entre nós algumas destas restricções e modificações. Nos primeiros seculos da monarchia, as leis e ordenações geraes fazião-se em côrtes, ouvidos os povos. Este conselho legal das côrtes não era uma instituição arbitraria, e dependente da vontade de nossos Príncipes, como muitos tem seguido nestes ultimos tempos; mas um estabelecimento constitucional, fundado em nossos antigos usos e costumes, e nos de toda a Hespanha, que exigião esta concorrência da nação, ou dos seus representantes no exercicio do poder legislativo, como uma condição necessaria, de que os Príncipes se não podião dispensar, devendo sempre ouvir ás representações das côrtes, e consultar a vontade geral de seus povos, quando exercitavão este poder.

Foi esta uma saudavel precaução da sabedoria de nossos maiores, que mais seguro e util lhes ficava sobre este apoio, não para diminuir o poder dos Principes, mas para prevenirem o abuso, que se podia fazer delle. Já isto nos vinha da constituição Wisigothica, na qual as leis se consultavão nas assemblêas geraes da nação, e da mesma constituição dos reinos das Asturias e de Leão, e dos mais de Hespanha, aonde sempre se practicou como uma lei fundamental até quasi o reinado de Fernando e de Isabel. Esta foi a mesma constituição de quasi todos os Estados da Europa naquelles tempos, que todos a tinham dos povos septentrionaes, que se havião estabelecido nas provincias do Imperio Romano. Os nossos Principes e os mais de Hespanha, fóra das côrtes, só fazião alvarás interinos e provisões, ou leis particllares, e não geraes e perpetuas: estas mesmas não as fazião solitariamente, e por seu só alvedrio; mas com o conselho aulico dos nobres e prelados do reino, ou dos seus ricos-homens: era este outro uso e foro, que nossos maiores reputarão sempre necessario e fundamental do Estado, que ficava como substituindo o conselho universal da nação e das côrtes, quando estas se não podião tão facilmente convocar, ou quando era necessario occorrer aos negocios, antes que se podessem convocar.

Tal foi a fôrma primitiva de nossa constituição nesta materia: ella apparece logo na mesma formação da monarchia, e no estabelecimento das primeiras leis civis, que se promulgárão nos reinados dos Senhores Reis D. Affonso II. e D. Affonso III., e nos seguintes, em que as leis, que se fizerão, se dizem feitas em côrtes, ou *cum concilio*. Daqui vinhão os frequentes requerimentos dos povos, para que as leis e assentos, que se fazião em côrtes, se guardassem *exactamente*; para que se confirmassem de novo; para que não valessem as cartas, que em contrario se dessem á chancellaria; para que se não dispensassem, mudassem ou revogassem, senão em côrtes; que para isso, e o mais, que importasse ao bem commum da nação, se fizessem côrtes de tres em tres annos; como tudo se vê dos diversos artigos

das côrtes de Evora e Viana, de Alvito de 1482, e das outras de Evora de 1490, e das de Lisboa de 1498.

Tanto se julgava necessario o concurso da nação representada pelos tres estados para os negocios mais importantes da monarchia, que o Sr. Rei D. João I. no art. 67. da sua concordia o reconhece expressamente, protestando sobre o requerimento, que lhe havião feito os prelados do reino, *que para o estabelecimento das leis, e de outras cousas graves, que cumprião ao bem da nação, sempre usava de chamar os prelados, fidalgos, e povos de seu reino, e com seu accordo ordenava o que entendia fazer dalli em diante.* (Gabr. Per. p. 396.) E o Senhor Rei D. Affonso V., havendo feito algumas ordenações em côrtes, sem com tudo ter sido chamado nem ouvido o estado da nobreza, foi por elle requerido nas de Coimbra de 1462, *que segundo direito e costume do reino, fosse ouvida a nobreza como uma principal parte dos tres estados; e que se revogassem todos os capitulos das côrtes, aonde elles não forão, nem tiverão seus procuradores; e as ordenações novas as emendasse com elles, se assim cumprisse; e dalli em diante outras não fizesse, nem outorgasse sem elles.*

As mesmas cartas de doações dos bens e direitos da Corôa, que se fazião fóra das côrtes, erão não só attestadas, mas confirmadas pelos grandes, pelos ecclesiasticos, e por todos os officios palatinos, como se vê do teor das antigas escripturas, o que iremos mostrando em seu lugar. O mesmo Codigo Affonsino, que é todo o fundo capital da legislação das Ordenações do Reino, começado nos tempos do Senhor Rei D. João I., continuado nos do Senhor Rei D. Duarte, e concluido nos do Senhor D. Affonso V., não foi compilado senão a requerimento dos fidalgos e povos do reino, repetido em varias côrtes, como se diz no liv. I. §. 1. daquelle Codigo. Os povos em côrtes recorrêrão ao Senhor Rei D. João IV., que se entendesse na *reformação e nova recopilação* das Ordenações, como se vê do prologo e lei de confirmação do mesmo Codigo.

Se os Senhores Reis algumas vezes rejeitavão as propostas e consultas dos povos (do que se costuma-

tirar argumento a favor dos Principes nas operações da legislação), isto não prova que elles tivessem este direito de fazer leis com tal independencia do conselho das côrtes; mas só prova que nas côrtes não residia o poder legislativo, e que os seus artigos e capitulos não podião passar a ser leis, sem o concurso da vontade e consentimento do Principe, que era o unico, em quem residia o poder effectivo de legislar. Outra é, e mui diversa da nossa constituição, a de Inglaterra, em que o poder legislativo não reside no Principe, mas só no corpo da nação representada pelo Rei e pelo parlamento; e com tudo assim mesmo tem o Principe o direito de rejeitar cada acto ou o bill, e negar-lhe a sanctão do seu consentimento Real, sem o qual não pôde passar a ser lei. (Blackstone e De l'Olme.)

Taes são pois as antigas modificações, que tinha o exercicio do poder legislativo entre nós. Logo, no antigo estado de nosso reino, esta clausula = *privativamente* =, que vem no texto, em quanto exclue todo e qualquer influxo da nação nas leis geraes e perpetuas, seria um grande golpe nos fóros e direitos nacionaes.

Pelo que toca agora aos ultimos tempos da monarchia, é certo que se alterou a antiga fôrma, principalmente desde os tempos do Senhor Rei D. Affonso V., e que nossos Principes entrárão a exercitar fóra das côrtes o direito legislativo, e a promulgar leis geraes e perpetuas, e este é o estado actual da monarchia. Com tudo neste mesmo estado ha duas cousas ainda que considerar e resolver, que podem causar escrupulo: a primeira é, se deixando as côrtes de ser frequentes, e os povos de ser ouvidos, e tendo-se posto em desuso a antiga fôrma de exercitar o poder legislativo, deixaria a nação de conservar os seus antigos direitos e liberdades constitucionaes, e se prescreverião os Principes contra ella a necessidade, que d'antes tinhão, de ouvir os povos, e de os consultar em côrtes; (questão, que tracta a respeito de França Loyseau na *tractado dos direitos senhoriaes*.)

Mr. de Real na *Sciencia do governo* decide esta questão a favor dos Principes, e o auctor das *Maximas*

de direito público francez e. 3. p. 360. tom. 1. nov. edição. a favor da nação, pretendendo mostrar este ultimo, que os direitos constitucionaes dos povos são tão imprescriptiveis, como os direitos dos Soberanos: que o Principe, havendo sido creado tão sómente para bem dos povos; não tendo recebido a Corôa senão para utilidade da nação; não tendo um só de seus direitos e poderes, que não seja para bem do Estado; e exercitando-os todos em nome da sociedade como chefe, não pôde prescrever contra ella cousa alguma, sem fazer uma aquisição contraria aos proprios interesses dos povos, para cujo bem lhe forão dados os seus poderes; opposta inteiramente á sua qualidade de chefe e cabeça da nação; e incompativel com o seu proprio titulo Real, que o consagra a elle, e tudo o que elle é e possui, ao bem commum da sociedade civil (a): que o consentimento tacito da nação se não presume em similhantes materias, e no estado em que estão os povos a respeito dos Principes: que o seu silencio não bastava para auctorizar a prescripção de seus direitos constitucionaes: e que o mesmo juramento, que o Principe dá na sua exaltação ao throno, de guardar os antigos fóros, direitos e liberdades dos povos, é uma barreira e obstaculo para nunca se poder legitimamente prescrever contra a nação. Tal é o juizo deste auctor sobre esta questão.

Eu não ousou resolvel-a contra o Principe; mas tambem me não atrevo a decidil-a contra a nação: suspendo o meu juizo em reverencia a ambos. Entre tanto direi sómente, que tendo tido a nação o antiquissimo direito constitucional de ser ouvida em côrtes para o estabelecimento das leis geraes e perpetuas; e que podendo haver dúvida, se por ventura ainda hoje o tem, parece ser da prudencia e sabedoria da legislação evitar neste Codigo todos aquelles termos e clausulas, que

(a) O Rei foi por Deos dado, não para si, nem para seu particular proveito, mas para bem governar seus povos; e aproveitar seus subditos, como a proprios filhos. (Prologo e Lei de confirmação das Ordenações Filipinas pelo Senhor Rei D. João IV.)

podem decidir positivamente destes direitos nacionaes, e acabar de os extinguir de todo, se a nação os tiver ainda.

A segunda cousa, que se deve considerar, é a antiquissima practica, em que sempre estiverão, e estão ainda hoje nossos Principes, de ouvir e consultar nas leis, que fazem, ou o conselho das pessoas escolhidas de sua còrte, ou já fosse dos ricos-homens, ou nobres e prelados, como antigamente se costumava, ou dos conselheiros de estado, ou dos ministros das relações e tribunaes, como hoje se practica; que tendo sido observada a principio nas leis e privilegios particulares, muito mais o deve ser hoje nas leis geraes e perpetuas, uma vez que já se não fazem em còrtes: por quanto convém primeiro assentar, se esta practica é um acto voluntario e livre, e da méra dependeneia do Principe, ou antes um acto necessario e de um direito constitucional, que o obriga em consciencia a não exercitar o poder legislativo sem o concurso deste conselho. Porque se é um acto livre e voluntario, salvo fica o exercicio *privativo* deste direito; se porém for um acto *necessario* e de direito constitucional, esta obrigação, que tem o Principe, é uma verdadeira modificação e restricção, que recae sobre o exercicio de seu poder legislativo; que faz com que o não deva exercitar *privativamente*, e com total exclusão de qualquer outro influxo e concorrência.

Por tanto sou de voto, que não se tendo apurado e aclarado estas cousas, se não arrisque neste Codigo o termo = *privativamente* =, de que se usa (a).

Texto.

E de prescrever aos seus subditos uma certa norma, segundo a qual devem regular as suas accções.

(a) O mesmo auctor nas suas *Instituições de direito patrio* tit. 1. §. 1. in not. p. 4. põe esta regra: = *Potest vero princeps, nemo et debet, in rebus principis novis constituendis subjectos audire, quin utriusque de suprema sua potestate remittere videatur.*

Censura.

Not. I. Parece-me haver redundancia nestes termos: tendo-se dito = *fazer e publicar leis*, = era desnecessario acrescentar = *e prescrever uma certa norma*, = etc. A lei é a norma; e *fazer leis*, e *prescrever a norma aos subditos*, são aqui expressões synonymas e equivalentes. Por tanto bastava dizer = *o direito de fazer e publicar leis*, = ou talvez mais brevemente *o direito de fazer leis.* =

Not. II. *Uma certa norma*: creio que deveria dizer *uma norma certa*. A primeira expressão denota uma norma particular; a segunda, uma norma fixa, certa e definida, que é o que o compilador quiz aqui dizer.

•

AO §. I.

Texto.

Debaixo do nome de leis em Portugal se entendem em primeiro logar as fundamentaes do Estado, entre todas as mais sagradas, que regulão a successão do reino, e confirmão o nosso poder absoluto e independente.

Censura.

Not. I. Todo este §. é incurial neste Codigo; porque não entrando nelle a parte do nosso Direito Público constitucional, segundo o plano do compilador, declarado na sua primeira resposta á primeira censura, não devia tambem entrar aqui por artigo a commemoração das leis fundamentaes do reino. As leis meramente civis são o unico objecto deste Codigo; e nestes termos só destas se devia fallar neste Titulo.

Not. II. Menos logar devião ter aqui as leis fundamentaes, a querer o compilador seguir os seus principios de prudencia politica; porque tendo assentado, como elle diz nas Provas deste Titulo, que não era muito conveniente, que se declarassem as leis funda-

mentaes do reino, deveria ser consequencia de seu systema não fazer aqui menção dellas; maiormente não tendo de tractar de seus artigos no decurso desta obra, nem sendo necessitado pelo systema, que se propoz, a fallar deste genero de leis.

Not. III. Ainda quando houvessem de ter logar neste Codigo, não o deverião ter debaixo deste Titulo; porque tractando-se nelle sómente do direito legislativo, que tem o Principe, e das leis civis, que emanão de seu poder e auctoridade, não convinha pôr de mistura com ellas as leis fundamentaes do Reino, que só emanão do mutuo consentimento do Principe e da Nação; e que são por consequencia de outra ordem e natureza, para se contarem no numero de leis méramente civis, e dependentes da vontade do Soberano: e com effeito, havendo-se proposto no proémio deste Titulo o principio geral, que o Principe tinha o direito de fazer e publicar leis, começar logo no §. 1. por enumerar as leis fundamentaes, parece ser o mesmo, que dizer que ellas são leis méramente civis e dependentes do Principe, e não leis fundamentaes do Reino.

Not. IV. A julgar-se necessario fallar aqui destas leis, então seria util declarar expressamente quaes ellas erão, referindo-as todas, para tirar a dúvida e questão, que nisso podesse haver, segundo o que já notei nas minhas primeiras reflexões ao plano.

Not. V. Muito mais necessaria seria semelhante declaração: 1.º porque parece suppôr-se neste §., que as unicas leis constitucionaes, que nós temos, são as de Lamego, porque destas é que se pôde verificar a nota characteristica, com que alli se qualificão, e que só a ellas compete, dizendo-se que *regulão a successão do reino, e confirmão o poder do Principe*; 2.º porque logo se passa a fallar das ordenações civis posteriores, que nossos Reis fizerão desde o principio da monarchia em cõrtes, ouvidos os povos; 3.º porque dizendo-se nas Provas deste Titulo, que seria muito conveniente que se não declarassem estas leis, bem se fica entendendo que aqui só se falla das leis de Lamego, nas quaes poderia haver escrupulo em alguns artigos.

Sendo isto assim, não é exacto o que se suppõe neste §., de que as leis de Lamego são as unicas fundamentaes, que temos: porque já notei na primeira censura ao plano deste Codigo, que havia entre nós mais leis constitucionaes, do que as de Lamego; e que era necessario reconhecer que tinhamos *leis constitucionaes primitivas, e leis constitucionaes posteriores; e que destas algumas erão escriptas, e outras tradicionaes ou consuetudinarias*; das quaes se fazia já distincção nos tempos do Senhor Rei D. Affonso III., que no artigo 1. da sua primeira concordia dizia expressamente = *observabo et faciam observari bonas consuetudes, seu foros scriptos et non scriptos.* = (Gabriel Pereira de Castro p. 318.)

Texto.

Que regulão á successão do reino, e confirmão o nosso poder absoluto e independente.

Censura.

Not. Esta clausula *do poder absoluto e independente do Principe*, confirmado nas leis fundamentaes de Lamego, pôde aqui referir-se a uma de duas cousas: ou á origem historica da desmembração e separação de nosso reino do de Leão e das Asturias: e da independencia em que ficarão nossos Principes; ou á fórma constitutiva do seu governo. Se se refere ao primeiro ponto, quer dizer, que as côrtes de Lamego confirmarão o poder absoluto e independente, que nossos Principes houverão pela acclamação dos povos, que os fizerão Reis, pois que nas ditas côrtes se não reconhece outra origem de sua liberdade e independencia, senão esta; e neste sentido julgo ser desnecessario, e até pouco politico fazer allusão a esta origem da primitiva independencia e soberania de nossos Principes, que fica incompativel com a doutrina vulgar, que ella lhes veio da concessão e dotação dos Reis de Leão.

Se havemos de dizer francamente o que entendemos, a nossa historia antiga é assás escura e compli-

cada neste ponto, e custa grandes combinações assentar ao certo a origem da soberania de nosso reino: porque se o poder de nosso primeiro Principe veio da cessão e dotação dos Reis de Leão, as côrtes de Lamego não lhe podião nem dar, nem confirmar o que já tinham: se da acclamação dos povos, as côrtes de Lamego não confirmarão este poder, mas forão realmente as que o derão; pois que o exercito, que o acclamára Rei no campo de Ourique, só por si sem o concurso dos povos, que então não houve, não bastava para lhe dar este poder. O que é certo, é que qualquer que fosse a origem desta soberania e independencia, qualquer que fosse a sua época, effectivamente a houve um dia, e foi reconhecida como tal por nossos mesmos rivaes: parece pois melhor e mais acertado omittir aqui a confirmação, que fizerão deste poder as côrtes de Lamego; e muito mais no systema do auctor desta obra, que em consequencia de seus mesmos principios se não deveria fazer cargo della, uma vez que assentava não ser conveniente declarar os artigos das côrtes de Lamego; porque certo que este é um dos mais melindrosos, que nellas ha.

Se porém a clausula do poder absoluto e independente se refere á fôrma constitutiva do governo, reccio muito que ella não seja exacta. Eu não contesto, que o poder de nossos Principes seja absoluto e independente; não é esta a questão, que aqui movemos; mas sim, se tal poder se deduz das leis fundamentaes de Lamego, ou, o que é o mesmo, se estas primeiras leis do Estado derão ou confirmarão aos Principes este poder absoluto e independente, que é a proposição deste §. Eis aqui a questão, e uma questão de facto.

Para a resolver cumpre trazer á memoria as noções seguintes: 1.º que a soberania ou é *absoluta* ou *limitada*; 2.º que a *soberania absoluta* é aquella, em que o Principe pela constituição do reino recebe a corôa sem algum condição e modificação; e tem auctoridade de governar a seu arbitrio, e de exercitar todos os direitos da majestade, sem outra obrigação, que a Lei de Deos, a lei natural e a bem do Estado; 3.º que

a *soberania limitada* é a que tem pela constituição fundamental certos limites, ou maneiras particulares de exercitar o summo imperio, isto é, em que o uso do poder soberano é ligado a certas leis positivas e convencionaes do Estado, a certas regras fixas e constantes, que forão impostas ao Príncipe, e de que elle se não pôde jámais desviar no exercicio de seu poder: estas modificações e restricções na maneira de exercitar o poder, são as que constituem as leis fundamentais e positivas da nação, e as que characterizão os Estados, aonde a soberania é *limitada*; 4.º que por consequencia na monarchia *absoluta* o Príncipe pôde obrar segundo o seu juizo: na *limitada*, segundo o seu juizo e o da nação, ou segundo as condições, que lhe forão postas. Taes são as distincções, que fazem todos os publicistas, e as idéas, que nos dão de monarchia *absoluta*, e de monarchia *limitada*, como são entre outros Puffendorfio *de jure nat. et gent.*, Vitriario *Inst. jur. nat. lib. I. c. 3. §. 45.*, Burlamaqui part. 1. c. 7. n. 42., Fleischer *Inst. jur. nat. et gent. lib. 3. c. 17. §§. 3. e 8.*, Gribner *Princ. jurispr. nat. lib. 2. c. 7. §§. 1. e 2.*, o auctor das *Maximas de direito publico francez* tom. 1. p. 432., e outros muitos.

Applicando agora estes principios ao nosso ponto, julgo, que nem as côrtes de Lamego confirmárão este poder absoluto e independente; nem era provavel que o tivessem em vista naquelles tempos. Primeiramente parece que lh'o não confirmárão: 1.º porque não ha nellas uma só clausula precisa, que declare ou supponha este *poder absoluto e independente*; 2.º porque antes pelo contrario ha clausulas, que demonstrão, que o poder, que se considerava em nossos Principes, se havia então por limitado.

Taes são as da formação e promulgação das leis civis sobre a nobreza e a justiça, que se estabelecêrão nestas côrtes, que são as primeiras leis civis escriptas da nação, em que se vê logo o exercicio do poder legislativo, um dos primeiros e capitaes direitos do summo imperio, practicado pelo Príncipe com o concurso dos povos; porque vemos: 1.º que estas leis forão mandadas

fazer de acordo e mutuo consentimento da nação e do Principe: *Et dixit procurator domini regis = dicit dnus rex: vultis facere leges de nobilitatis et justitia? Et responderunt omnes: placit nobis; sit ita in dei nomine;* 2.^o que forão feitas e concluidas por commum deliberação de todos: *et fecerunt istas;* 3.^o que forão finalmente approvadas e recebidas por todos: *haec sunt leges justitiae; et legit eas cancellarius regis Albertus ad omnes, et dixerunt: bonae sunt, justae sunt, volumus eas per nos et per semen nostrum post nos (d).* Todas estas clausulas denotão por si mesmas a dependencia, que tinham nossos Principes, do conselho e acordo do corpo da nação para o exercicio do primeiro e principal direito majestatico.

Segundo: não é provavel que as côrtes de Lamego tivessem em vista confirmar este poder absoluto e independente; porque ou a soberania de nossos Principes em sua origem provinha da livre aclamação dos povos, ou da dotação absoluta e illimitada dos Reis de Leão, (porque prescindindo por ora desta questão). Se provinha da aclamação dos povos, desmembrando-se a nossa monarchia da de Leão e das Asturias, e sendo a nação como uma colonia daquelle reino, era natural que levantando seu novo Rei, e tractando de dar fórma ao seu governo, quizesse conservar a constituição primitiva da metropole, donde havia saído, e a que estava acostumada; assim como conservou muitos outros usos e costumes daquelle reino: e é certo na historia, que pela constituição daquella monarchia, o poder de seus Principes era limitado pelas côrtes, e não absoluto e independente. Se provinha da dotação dos Reis de Leão, assim como o poder daquelles Principes não era absoluto, mas limitado, assim o ficou sendo o que d'elle se traspassou a nossos Reis, pela regra geral de que as cousas deveni passar aos donatarios, com a mesma natureza, en-

(a) Daqui se vê, que não ha fundamento para se dizer, que estas leis forão feitas por só auctoridade do Senhor Rei D. Affonso Henriques, como já escrivêra o mesmo compilador na sua *Historia de direito patrio*.

cargos e qualidades, que tinham; quando estavam no poder dos doadores: e neste caso não é provavel, que nas còrtes de Lamego cogitassem de confirmar em nossos Principes outro poder, que não fosse o mesmo que tinham os proprios Reis de Leão.

Faz-se isto ainda mais provavel, vendo que era aquella a constituição universal e transcendente em todos os reinos e principados, que então havia nas Hespanhas, a qual derivava já da antiga e primordial constituição do imperio gothico, aonde os Principes são obrigados a exercitar grande parte dos direitos da soberania nas assembléas públicas da nação. Basta ler os dous historiadores Blancas e Zurita nos *Annaes de Aragão*, e o moderno Robertson na *Historia do Imperador Carlos V.* tom. 2. p. 221. not. 31., e Valiente *Apparat. juris publici* tom. 2. liv. II. c. 15., para se conhecer esta verdade.

Além disto esta era a constituição de quasi todos os outros Estados da Europa por aquelles tempos, em quanto se não alterarão os usos e costumes constitucionaes, e se não estabelecer o governo absoluto sobre as ruinas da liberdade politica; porque em quasi todos elles se tractavão os negocios mais graves do Estado nas juntas nacionaes, de que depois se formarão as dietas de Polonia, de Alemanha e de Suecia; as assembléas dos estados em França, e o parlamento de Inglaterra (como nota Blackstone 2. 18.), vindo a ser então a maior parte dos Estados da Europa monarchias democraticas, como lhe chama o douto e politico abbade Genovesi (liv. II. *de offic.* c. 6. p. 256. §. 11.), as quaes se mantiverão até o principio do seculo XVI. Basta ver o mesmo Robertson na *Hist. do reinado de Carlos V.* Introd. p. 228. not. 37. sect. 2. p. 226., e tom. 2. p. 211. n. 31. sect. 1. a p. 209., o auctor das *Maximas do direito publico francez*, e o mesmo abbade Genovesi no liv. II. *de offic.* c. 6.

Finalmente semelhante confirmação não era compativel com a constituição primordial, que vemos praticada nos primeiros tempos da monarchia; porque se consultarmos os costumes, usos e actos públicos da

nação, que são os verdadeiros commentarios das nossas leis e convenções primitivas, e os meios mais seguros, por onde se pôde conhecer a fórma de nosso antigo governo, acharemos que o poder de nossos Principes era então modificado em sua prática e exercicio.

Basta reflectir que os tres estados do reino, que são tão antigos, como a mesma monarchia, e um dos seus estabelecimentos constitucionaes, não tiveram outro fim na sua criação, senão as modificações e restricções deste poder. Elles erão o conselho geral da nação, sem o qual o Principe não devia proceder nos negocios mais importantes do governo público: sem elles não podia nem exercitar o direito legislatorio, ou fosse fazendo leis geraes e perpetuas, ou dispensando-as, ou revogando-as; nem impôr tributos; nem alhear os bens da Corôa; nem cunhar nova moeda, ou alterar a antiga; nem fazer guerra; nem resolver e deliberar os outros negocios mais graves do seu Estado; como se vê dos diversos artigos das côrtes antigas de Lisboa de 1409, de 1455, de 1460, de 1490, de 1498, de Evora de 1509, e de Evora e Viana, de Alvito de 1482, do Porto de 1409, de Santarém de 1451, de Coimbra de 1462 e 1472, da Guarda de 1465. Estas limitações, fundadas em côrtes, em costumes, usos e fóros antiquissimos da nação, erão as que então fazião a soberania limitada, e as que modificavão os poderes dos Principes.

Sendo esta pois a antiga constituição de nosso reino, e sendo a de todos os mais de Hespanha, e de quasi toda a Europa naquelles tempos, não era provavel que nas côrtes de Lamego, primeiras de toda a monarchia, se cogitasse de confirmar um poder, que não era então compativel com as limitações e restricções daquella constituição fundamental do Estado, transcendente em quasi todos os outros reinos.

Se houver quem inste, que, postos estes principios, se segue, que nossos Principes não tem um poder absoluto, responderei afoitamente, que o não tem pelas côrtes de Lamego, que é o que se assevera neste parrafo, e o que fórma a questão, que aqui movemos. Nossos Principes o tem por outro titulo tão sagrado e firme,

Censura.

Not. Parece, que aqui se suppõem tres principios como certos, que os não julgo por taes: 1.º que as côrtes erão simplicies conselhos, que nossos Principes podião ouvir, se bem quizessem; pois que deixarão de as ouvir, depois que erigirão as relações e tribunaes. 2.º Que nossos Principes só costumarão ouvir as côrtes para as leis geraes, em quanto não havia nem tribunaes privativos para as differentes repartições do governo, nem magistrados territoriaes para a administração da justiça. 3.º Que os magistrados, ou relações e tribunaes forão erigidos para substituirem o logar das côrtes, ou que uma vez erectos, ficarão tambem fazendo as suas vezes nesta parte (a). Reconheço que esta foi a doutrina mui vulgar e corrente nestes ultimos tempos. (*Deducç. Chr. P. I. Disc. XII. n. 669. até 671. p. 408. e 409.*) Com tudo não posso acabar comigo de a haver por exacta e verdadeira. E pelo que toca ao primeiro principio, notei já na ultima censura, que pelos factos e monumentos de nossa historia se via claramente, que as côrtes não erão simplicês juntas, precarias, e dependentes dos Principes, para as consultarem como e quando bem lhes parecesse; mas sim estabelecimentos constitucionaes e fundamentaes da monarchia, e conselhos públicos da nação, que tinha direito a ser ouvida, e a concorrer, pela representação dos tres estados, para a formação das leis perpetuas e geraes do reino; e isto não em virtude de algum privilegio emanado do Principe, mas por um fôro, que lhe era proprio em razão dos antigos usos e costumes constitucionaes, que lh'o havião dado: donde os Principes, ainda que tinham em si o direito legislativo, erão sempre obrigados, nos primeiros tempos da monarchia, a con-

(a) Conhece-se melhor, que esta é a doutrina do compilador, combinando-a com o que elle escreveu nas suas *Instituições de direito patrio: Atque hic postremus (falla das leis em côrtes) initio erat legum condendarum modus usitator, qui postea frequentari desuit, cum tribunalia et juridici conventus esse coeperunt.* Tom. 1. tit. 1. §. 14. p. 4. *Idem dicimus de tribunalibus, quae in comitiorum locum quodam modo subrogari videntur.* Not. ibi.

como o podia ser o das côrtes de Lamégo, qual é o consenso universal da nação, que tacitamente consentio na mudança, que os tempos forão fazendo pouco a pouco na fórma do governo, ou na maneira de exercitar o summo imperio; o que veio a constituir uma lei fundamental consuetudinaria, e igual ás de Lamégo. Mas não é para aqui tractar de profissão esta materia, que já tractámos na resposta á apologia do compilador.

Se tudo isto pois assim é, como em verdade me parece ser, a clausula de que *as leis fundamentais de Lamégo confirmão o poder absoluto e independente do Príncipe* deve supprimir-se neste parrafo, sendo bastante dizer-se *que confirmão o nosso poder*.

Independentemente de todas estas ponderações, ousou dizer (pois fallo no reinado de uma Soberana tão observante da justiça e da razão, como protectora da humanidade), que muito convém não usar nas leis desta clausula = *poder absoluto*. Este termo *absoluto* é pelo commum muito odioso; e é necessario confessar, que, sendo mal entendido, pôde fazer más impressões no espirito dos Principes; e maiormente tomado na bôcca de seus aduladores. (Veja-se o *Codigo da humanidade* tom. 13. p. 46. §. *Si l'on*, a obra intitulada *Mes Pens.* p. 102., Boehmero *Introd. in jus. publ.* p. 269., e o auctor das *Maximas de direito publico francez* tom. 2. p. 139.

AO §. 2.

Texto.

Vem tambem debaixo deste nome todas as constituições e ordenações, que os Senhores Reis destes reinos fizerão desde o principio da monarchia, ou em côrtes, ouvidos os povos antes de erigidos os tribunaes e relações, ou com o seu parecer e dos ministros do seu conselho, e de outras pessoas, que os mesmos Senhores costumárão sempre ouvir sem prejuizo da sua suprema auctoridade e soberania.

Censura.

Not. Parece, que aqui se suppõem tres principios como certos, que os não julgo por taes: 1.º que as côrtes erão simplicies conselhos, que nossos Principes podião ouvir, se bem quizessem; pois que deixarão de as ouvir, depois que erigirão as relações e tribunaes. 2.º Que nossos Principes só costumarão ouvir as côrtes para as leis geraes, em quanto não havia nem tribunaes privativos para as differentes repartições do governo, nem magistrados territoriaes para a administração da justiça. 3.º Que os magistrados, ou relações e tribunaes forão erigidos para substituirem o logar das côrtes, ou que uma vez erectos, ficarão tambem fazendo as suas vezes nesta parte (a). Reconheço que esta foi a doutrina mui vulgar e corrente nestes ultimos tempos. (*Deducç. Chr. P. I. Disc. XII. n. 669. até 671. p. 408. e 409.*) Com tudo não posso acabar comigo de a haver por exacta e verdadeira. E pelo que toca ao primeiro principio, notei já na ultima censura, que pelos factos e monumentos de nossa historia se via claramente, que as côrtes não erão simplicês juntas, precarias, e dependentes dos Principes, para as consultarem como e quando bem lhes parecesse; mas sim estabelecimentos constitucionaes e fundamentaes da monarchia, e conselhos públicos da nação, que tinha direito a ser ouvida, e a concorrer, pela representação dos tres estados, para a formação das leis perpetuas e geraes do reino; e isto não em virtude de algum privilegio emanado do Principe, mas por um fôro, que lhe era proprio em razão dos antigos usos e costumes constitucionaes, que lh'o havião dado: donde os Principes, ainda que tinham em si o direito legislativo, erão sempre obrigados, nos primeiros tempos da monarchia, a con-

(a) Conhece-se melhor, que esta é a doutrina do compilador, combinando-a com o que elle escreveu nas suas *Instituições de direito patrio: Atque hic postremus (falla das leis em côrtes) initio erat legum condendarum modus usitator, qui postea frequentari desuit, cum tribunalia et juridici conventus esse coeperunt.* Tom. 1. tit. 1. §. 14. p. 4. *Idem dicimus de tribunalibus, quae in comitiorum locum quodam modo subrogari videntur.* Not. ibi.

vocar e ouvir as côrtes nas materias da legislação universal do Estado.

Nós vemos que elles effectivamente as convocavão muitas vezes para esse fim. Isto é o que reconhecia o senhor Rei D. João I., respondendo no Art. 67. da sua Concordia á representação do estado do clero, que requeria ser ouvido segundo direito e costume do reino no estabelecimento das leis, porque protestava que para isso *sempre usava de chamar os prelados e fidalgos, e povos do reino, e com seu acordo ordenar o que entendia era bem; e que assim entendia de o fazer d'alli em diante.* (Gabriel Pereira nas Concord. 396.) O Senhor D. Affonso V., havendo feito algumas ordenanças em côrtes, sem com tudo ter sido chamado, nem ouvido o estado da nobreza, foi por elle requerido nas côrtes de Coimbra de 1462, que *segundo direito e costume do reino fosse ouvida a nobreza, como uma principal parte dos tres estados, e que se revogassem todos os capitulos das côrtes, aonde elles não forão, nem tiverão seus procuradores, e as ordenanças novas as emendasse com elles, se assim cumprisse; e d'alli em diante outras não fizesse, nem outorgasse sem elles.* O mesmo Codigo Affonsino, fundo capital de nossas actuaes ordenações, não foi começado nos tempos do senhor Rei D. João I., senão a requerimento de côrtes, como se diz no Liv. 1. §. 1. do mesmo Codigo.

Quanto ao segundo principio, que se suppõe neste §., não o julgo tambem exacto, porque assás consta de nossa historia, que nossos Principes, desde os principios da monarchia, tiverão magistrados, como os *adiantados, juizes e sobre juizes, alvazis*, e outras mais justicas em sua côrte, e n'outras terras do reino; e que costumavão consultar o *conselho dos ricos-homens, e dos homens bons.* O *chancellor mór* é do principio da monarchia; a instituição do vigario, ou regedor da justiça é conhecida nos tempos do senhor Rei D. Affonso Henriques (a); o *tribunal do Desembargo do Paço, e a Casa da Supplicação*, e seu regedor existião já nos tempos do senhor Rei

(a) O que reconhece o mesmo compilador nas Provas ao tit. 49.

D. João I. Os *corregedores*, considerados como magistrados ordinarios com certo e determinado districto, são já dos tempos dos senhores Reis D. Pedro e D. Fernando. (Mon. Lus. Tom. VIII. p. 49.) Os *provedores* e *ouvidores* são da mesma data da monarchia, e da primitiva instituição do governo municipal. Podemos pois dizer, que os principaes magistrados e tribunaes do reino existião já no reinado do senhor Rei D. João I., ainda que depois se alterasse a sua fôrma, e se augmentasse o seu numero; e com tudo então mesmo requeria o estado do clero, como já acima notei, que se não *fizessem leis e ordenanças sem o seu concurso*; e então mesmo respondia o Príncipe, *que para ellas usava sempre convocar os prelados, fidalgos e povos do seu reino, e que assim entendia de o fazer d'ali em diante.* Ainda depois dos reinados dos senhores Reis D. João I. e D. Duarte, e da creação de todos aquelles diversos magistrados, se fizerão côrtes, e em consequencia dellas estabelecêrão leis os nossos Principes, como se vê das que celebrárão os senhores Reis D. Affonso V., D. João II., D. Manoel, D. João III. e D. Pedro II. (a)

3.º. Ultimamente acho tambem mui pouco exacto o terceiro principio, que se suppõe neste §.: porque estou persuadido que os tribunaes e relações não forão creados para substituirem as côrtes; mas que uns forão instituidos para o exercicio do poder judiciario e executivo, objecto, que nunca foi da competencia das côrtes; outros para o exercicio do poder provisional nos casos frequentes e de menos importancia, o que tambem não era proprio das côrtes; outros finalmente para conselho do Príncipe nas cousas ordinarias do governo, no que tambem não tinham as côrtes intendencia, pois que só nellas se tractavão as cousas extraordinarias e mais importantes do Estado. Se os tribunaes e relações pelo tempo adiante tem sido ouvidos nos negocios, que só erão em outro tempo proprios e particulares das côrtes, não é por substituição das mesmas côrtes, mas ou por effeito da

(a) Isto mesmo reconhece o compilador nas suas *Instituições de dir. patr.* Tom. I. tit. I. §. IV.

prudencia e sabedoria de nossos Principes , que os que-
rem ouvir como a seus consultores para maior acerto de
suas leis ; ou antes por um uso antiquissimo , e como fun-
damental do reino , pelo qual os Principes devião sem-
pre consultar nas mesmas cousas provisionaes e particula-
res, que se não tractavão nas côrtes , o conselho das pes-
soas escolhidas e prudentes de sua côrte e desembargo ,
como consultavão em tempos passados os ricos-homens.
Por isso na Concordia com o senhor Rei D. Affonso III.
no art. XIII. se requeria este conselho nos negocios do
reino ; e do senhor Rei D. João I. se conta , que em sua
eleição lhe impozerão as côrtes a obrigação de não obrar
cousa alguma de importancia , sem ouvir os de seu conse-
lho , e de trazer sempre consigo alguns de seus ministros
para esse fim.

De tudo isto conclue : 1.º que havendo sido as côrtes
estabelecimentos constitucionaes ; 2.º que tendo sido
convocadas e ouvidas para a providencia das leis geraes
e perpetuas , ainda depois de erectos os tribunaes e rela-
ções ; 3.º e que não tendo sido as relações e tribunaes
instituidos para o fim de as substituirem nesta parte
convém modificar e emendar as clausulas deste §. , e
supprimir as palavras = *antes de erigidos os tribunaes e
relações.*

AO §. 3.

Texto.

*Estas ordenações valem , em quanto por outras poste-
riores não são revogadas ; e se dizem extravagantes , ou
incorporadas em Código publico , geraes e perpetuas , que
obrigão a todos , e em todo o tempo e lugar , e se costumão
passar por carta patente chamada de lei , ou temporaes ,
quando o seu effeito não dura mais de um anno , e se
passão por alvará.*

Censura.

Not. I. Esta regra não tinha ainda logar neste §. ;
porque , havendo-se começado no §. antecedente a enu-

merar as especies de lei , e continuando-se ainda a fallar dellas neste §. 3. e no seguinte , não se devia metter de permeio o artigo da revogação das ordenações anteriores pelas posteriores , em quanto se não rematasse a materia , que se havia começado. O lugar proprio desta regra era no fim do §. seguinte , aonde se diz : *que as ordenações deste novo Codigo nunca poderão ser revogadas , sem dellas se fazer expressa menção.* Aqui é que cumpria que fosse a regra geral de que as ordenações anteriores valem , em quanto não são revogadas pelas posteriores , acrescentando-se que as deste novo Codigo nunca se entenderião revogadas , sem que dellas se fizesse especifica menção.

Not. II. Falta dizer , se , para se julgarem derogadas , é necessario que dellas se faça expressa derogação , na fórma que o determina a Ordenação do Reino no liv. II. tit. 44. Isto especifica-se adiante no §. 4. , mas é só em attenção ás ordenanças deste novo Codigo , ficando em silencio , e por consequente em dúvida , se o mesmo se ha de entender das ordenações anteriores a este Codigo nos casos omissos , visto ficarem com auctoridade de lei subsidiaria , e tambem das outras , que lhe forem posteriores.

Not. III. Neste §. contrapõem-se as leis temporaes , cujo effeito não dura mais de um anno , ás leis geraes e perpetuas , que obrigão a todos , e em todo o tempo e lugar : mas as leis temporaes só se contrapõem ás perpetuas , e não ás geraes , porque as temporaes tambem podem ser geraes. Além disto attribue-se sómente ás leis perpetuas a qualidade de obrigarem a todos , e em todo o tempo e lugar , quando esta póde competir igualmente ás temporaes. Donde convém dar nesta parte noções mais distinctas e adequadas.

Texto.

E se costumão passar por carta patente,

Censura.

Not.^a Diz-se que as leis geraes e perpetuas se costumão passar por carta patente, o que é confôrme ao que o mesmo compilador havia proposto na suas *Instituições de direito patrio* tit. 1. §. 5. *in* Not.: *In quo autem differunt edicta generalia, quae dicimus cartas patentes de lei.* — Com tudo: 1.^a uma vez que se julgou necessario dar aqui as noções das diversas especies de lei, e em particular a maneira ou fórma, por que se passão, convinha declarar e especificar os diferentes nomes, com que se costumão passar: por quanto as cartas de lei ou leis geraes umas vezes tem o simples nome de carta de lei, outras de carta de lei e pragmatica (como na Lei de 24 de Maio de 1749, e na de 25 de Junho de 1774.); a ordenação tambem chama edicto geral, no liv. II. tit. 45. §. 6.; outras vezes vem com o simples nome de provisão, ou de provisão em fórma de lei (como na de 12 de Setembro de 1663, inserta no Alvará de 17 de Junho de 1754.), o que já notára Lima ao tit. *de Gabell.* Prol. n. 1.

Além disto as leis geraes e perpetuas não só se passão por carta patente, mas tambem por alvará; porque, ainda que os alvarás não tenham força de lei, senão por um anno, segundo a Ordenação do senhor Rei D. Manoel no liv. II. tit. 20., com tudo desde o senhor Rei D. João III. por diante usárão nossos Principes de mandar por alvarás algumas cousas, que querião que fossem perpetuas, e para isso acrescentavão a clausula = *sem embargo da ordenação em contrario* = etc., o que ainda hoje se practica. Por esta razão os ditos alvarás se chamão algumas vezes alvarás de lei (como no Alvará de 4 de Abril de 1755); outras alvará com força de lei, ou em fórma de lei (como no Alvará de 10 de Junho de 1755.) Assim esta clausula lhes dá a natureza de leis geraes, das ques não ficão differindo, senão na fórma externa; e por elles se constitue muitas vezes direito novo em materias, em que não havia ainda lei, ou ainda contra alguma Ordenação do Reino.

Advirto por ultimo nesta parte, que neste §. ha

uma omissão notavel; porque se nos não diz, quaes são as fórmulas, de que o Principe determina servir-se para constituir lei geral, o que muito convinha especificar.

Texto.

As leis temporaes se passão por alvará.

Censura.

Not. Seria conveniente acrescentar = e *provisão* :

Ha leis temporaes, que tambem se passão por provisão, o que tem a mesma auctoridade, que os alvarás; de maneira que algumas vezes em uma mesma constituição usa o Principe indistinctamente destes dous nomes, como na Provisão de 15 de Maio de 1574, em que o senhor Rei D. Sebastião declarou algumas cousas acerca do regimento dos capitães môres (vid. Ferreira *Practic. crim.* P. 4. c. 3. p. 67.), e na Provisão de 6 de Outubro de 1565 sobre o comprimento das espadas, que vem inserta na Provisão de 5 de Janeiro de 1621 na collecção primeira á Ordenação do livro V. tit. 80. p. 17.

AO §. 4.

Texto.

Da mesma sorte debaixo do mesmo nome se entendem as leis foraes, dadas a certa provincia, cidade, villa ou logar: os mandatos ou decretos e rescriptos, que tem por objecto certos e determinados negocios, e os mesmos privilegios e mercês feitas ás corporações ou particulares.

Censura.

Neste §. falla-se primeiro das leis particulares, entre as quaes se enumerão as leis foraes, os mandatos ou decretos, os rescriptos, e os privilegios e mercês dos Principes.

Em primeiro lugar, uma vez que se enumerão as diversas especies de leis, convinha que se especificassem algumas, que aqui ficão em silencio, e se não podem julgar comprehendidas debaixo dos nomes de foraes, mandados, decretos, rescriptos e privilegios. Taes são os regimentos, que prescrevem as obrigações de algum magistrado, relação ou tribunal, e os estatutos e ordenanças dadas pelo Principe a certas corporações e collegios do Estado, que são leis particulares, que obrigão aos seus membros.

Em segundo lugar, uma vez que aqui se faz menção dos mandatos ou decretos, e dos rescriptos, seria conveniente especificar e particularizar tambem estas cousas: mandatos e decretos não são em tudo o mesmo em nossa jurisprudencia, como na romana; os mesmos decretos entre nós, ainda que tenham commumente por objecto estabelecer alguma cousa singular a respeito de certa pessoa ou negocio especial; com tudo algumas vezes vem declarar, ampliar ou restringir alguma lei, ou dar novas providencias sobre a sua observancia, ou estabelecer direito novo, a que o Principe quiz dar força e auctoridade de lei geral. Vem alguns decretos deste genero na collecção 2. ao liv. I. tit. 1. das Orden. Bastará para prova disto apontar o Decreto de 17 de Julho de 1778, pelo qual Sua Magestade mandou suspender a observancia de varias leis até á promulgação deste novo Codigo.

Depois disto seria conveniente fallar especificamente: 1.º das reaes resoluções ou respostas dadas pelo Principe ás consultas dos tribunaes e magistrados, que tem direito de consultar o Rei, ou sejam assignadas pelo Principe, e dadas em carta, como a de 3 de Junho de 1615, que vem na collecção 2. á Orden. do liv. . . . tit. 94., ou tão sómente com a rubrica de Sua Magestade, como as de 31 de Agosto de 1723, na collecc. 2. n. 2. á Ord. do liv. I. tit. 48., e na collecc. 2. á Ord. do liv. V. tit. 80. n. 6.; ou sejam em fim passadas por portarias assignadas pelos secretarios de Estado, como a de 8 de Maio de 1613, na collecc. 2. á Ord. do liv. V. tit. 240. n. 4. 2.º Das cartas regias enviadas pelo Principe a

alguma pessoa ou corporação , que goza desta distincção , e que devem ter força de lei, quando essa for a mente do Soberano.

Texto.

Por excellencia merecem o nome de leis as ordenações , que se comprehendem neste Codigo , as quaes nunca poderáo ser revogadas , sem dellas se fazer expressa e declarada menção.

Censura.

Já notei nas reflexões ao §. 3. , que faltava dizer : 1.º se isto mesmo se devia practicar a respeito das leis , que fossem anteriores ao Codigo , ou estivessem incorporadas , ou fossem extravagantes ; visto ficarem com força de lei subsidiaria nos casos omissos neste Codigo (como se diz adiante) ; 2.º se o mesmo se devia entender das leis posteriores a este Codigo.

AO §. 6.

Texto.

E por que as Leis não podem obrigar , em quanto se não publicação , ou por outro modo não chegão á noticia dos vassallos , ordenamos , etc.

Censura.

Not. I. Põe-se aqui este principio como razão e fundamento , para se mostrar a necessidade , que ha , de que o chanceller mór faça publicar as leis na chancellaria , e remetter o seu traslado aos corregedores das comarcas , para nellas se publicarem : mas já notei , que me parecia desnecessario dar a razão da lei , quando ella é clara e manifesta a todos , como o é a de não poder obrigar a lei , em quanto se não publica , e não

vem á noticia dos vassallos. É esta uma verdade clara, tão confôrme á razão, e tão auctorizada pelo uso de todos os tempos e de todas as nações, que acho que não é necessario expressal-a neste §.

Not. II. A conservar-se, julgo que só bastará dizer, que as leis não obrigão, em quanto se não publicação, e que se deve supprimir a segunda clausula: *ou por outro modo não chegão á noticia dos vassallos*; porque, como notarei adiante, persuado-me que não ha outro meio certo, seguro e facil, e ao mesmo tempo legal e authentico, por que possa e deva vir á noticia dos vassallos o conhecimento da lei, que não seja o unico da sua publicação solemne.

Texto.

Ordenamos que o nosso chanceller mór as faça logo publicar (as leis) no mesmo dia da sua data.

Censura.

Not. I. Reconheço que esta foi a mesma disposição do senhor Rei D. João III. pela extravagante, que vem entre as de Duarte Nunes, e da Orden. Philippina do liv. I. tit. 2. §. 10.; mas tambem é claro que esta é uma das cousas, que se devem reformar nesta nova legislação. Cumpre não pôr por lei o que communmente se não ha de practicar; e muito mais, não sendo cousa essencial e necessaria á publicação da lei no mesmo dia da sua data. O que succede communmente, é que são diferentes os dias da data da lei e da sua assignatura, e da sua remessa á chancellaria do reino; e isto é o que ha de acontecer pelo commum. É logo mais acertado supprimir esta clausula da lei, que não é necessaria, e não ha de ter sempre o seu devido effeito.

Not. II. Acho que seria conveniente aqui uma addição. A Ordenação do liv. I. tit. 2. §. 10. não diz simplesmente, que = *o chanceller publicará as leis*, = mas acrescenta que = *as publicará por si mesmo*, = o que já era do regimento do chanceller mór, que deo o

senhor Rei D. João III. (Nunes liv. I. P. 1. tit. ... §. 9.); e julgo ser util não omitir esta clausula.

Texto.

E mandará o chanceller o traslado dellas (das leis), debaixo do seu signal e nosso sello, aos corregedores das comarcas, para nellas se publicarem; e a nenhum outro ministro se poderá mandar.

Censura.

Not. I. A Ordenação do livro I. tit. 2. §. 10. manda remetter o traslado aos corregedores das comarcas, mas não exclue expressamente a remessa a outros ministros; nem acho fundamento para se fazer aqui esta exclusão: antes seria muito util, para nellas se divulgar a noticia, que se remetterssem traslados a todos os juizes, que tem jurisdicção ordinaria e territorio. Pelo menos não vejo razão para se mandarem somente aos corregedores das comarcas, e não aos ouvidores dos mestrados, aos ouvidores das terras dos donatarios, em que os corregedores não entrão por correição, e aos das conquistas, como se practica em algumas leis, (por exemplo, no Alvará de 29 de Agosto de 1720., collecc. 1. ao livro IV. tit. 15. n. 1.)

Not. II. Falta dizer neste §., por que maneira os corregedores deverão publicar as leis nas comarcas, o que sabiamente providenciou o Codigo de Sardenha p. 248.

Not. III. Seria tambem conveniente fazer aqui uma addição. Tres cousas concorrem para fazer as leis públicas aos vassallos, e conserval-as á posteridade: o seu registo, a sua publicação, e a sua affixação. Da 1.^a só fallou o compilador no §. 5.; e da 2.^a neste §. 6.; mas não faz aqui menção da 3.^a, sendo com tudo muito util que se determinasse por lei. A affixação é de um uso muito antigo em alguns reinos, e tão necessaria, ou mais ainda, que a mesma publicação, como nota M. de la Mare no tom. 1. do *Tract. da Polic.* liv. 1. tit. 16.

c. 2. p. 244., e o Barão de Bielfeld c. 6. §. 22. p. 152. Além do exemplo da républica dos Hebreos, temos o de todos os outros povos da antiguidade, que houverão reputação de sabedores em seu governo, maiormente gregos e romanos, os quaes todos seguirão o methodo de affixar as leis, para as fazerem mais públicas e notorias a todos os subditos, e menos desculpavel a ignoancia dos povos. Os capitulares de Luiz Pio mandavão que as leis se lessem em todos os districtos: França, Sardenha e Inglaterra tem ordenações, que determinão a affixação. Poderia obstar a isto, que as leis de longas paginas são menos commodas para se affixarem. Alguns defeitos não se podem emendar muitas vezes, sem primeiro emendar outros: sejam as leis imperativas, e não doutrinaes; e serão breves: a melhor lei será a mais concisa, como as do legislador dos Hebreos, dos Athenienses, e dos Decemviros Romanos; e a affixação não terá difficuldade, se assim forem.

Not. IV. Seria tambem conveniente, que aqui se fallasse da remessa e deposito da lei no archivo público do reino.

AO §. 7.

Texto.

Assim que a lei for publicada na chancellaria da corte, obriga nella, logo que passarem oito dias depois da sua publicação; nas provincias depois de tres mezes; nas ilhas e Brasil depois de seis; e na India, Angola e logares da Africa mais remota, depois de passar um anno, ainda que nas comarcas e ditos logares não seja publicada, porque já então se presume terem todos noticia della.

Censura.

Not. I. Quanto ao tempo, a Ordenação de liv. I. tit. 2. §. 10. determinava o prazo de tres mezes para a lei haver effeito e vigor nas comarcas, e em outra qualquer parte. O mesmo se havia ordenado no Codi-

go Manoelino no liv. I. tit. 2. §. 9. Com tudo esta Ordenação era em si mesma impracticavel em parte, porque este prazo não era bastante para todos os domínios ultramarinos, pois que aos mais remotos da Asia nunca poderia chegar a noticia da lei em tão pouco tempo; e quanto a outros povos, podia bem succeder algumas vezes, que não houvesse monção para a receberem dentro daquelle prazo. Mas reformando-se a Ordenação nesta parte, não acho razão para que se não reformasse na outra, em quanto nella se determina que a lei obrigue, ainda que não tenha sido publicada nas comarcas, nem em outro algum lugar. Parece que esta disposição das nossas ordenações derivou da opinião e prática da curia romana, que desde o seculo XII. por diante começou de alterar a antiga fórmula da promulgação das leis ecclesiasticas, e a querer que seus decretos obrigassem pela só promulgação que dellas se fizesse em Roma. Esta era uma das durezas de essa antiga legislação, que por certo devêra corrigir-se neste novo Código.

E entre as condições externas, pelo dizer assim, que deve ter a lei, uma dellas é, que seja notificada a todos os subditos, para que todos a saibão e possam praticar, e para que ninguém se escuse com a ignorancia della: mas não basta para isto qualquer notificação: ha de ser uma notificação sufficiente, isto é: 1.º que seja legal e authentica, por onde possa a toda a nação constar da vontade do Soberano de um modo certo e seguro; 2.º que seja tal, que por ella possa vir a toda a nação ao conhecimento especifico e individual de cada um dos artigos e clausulas da lei.

Ora esta noticia legal e authentica, e ao mesmo tempo especifica e individual da lei, não se pôde haver por outro meio, que não seja o da publicação solenne da mesma lei em todas as provincias, e maiormente nas que são mais distantes da capital; porque é moralmente impossivel, ou pelo menos difficil, que os subditos dispersos por diversas e remotas provincias possam todos receber em tempo competente uma noticia clara e individual da lei, e ao mesmo tempo certa e fundada

em auctoridade pública, quando sómente se promulga na chancellaria do reino: tarde chegará muitas vezes aos povos mais distantes a noticia della, e assim mesmo a receberão ou por rumores incertos e vagos, e relações pouco fieis e exactas, que não podem constituir certeza moral; ou pela remessa particular dos mesmos exemplares da lei, que nem chegam a todos, nem se divulgam com tanta facilidade.

Se isto assim é, pouco arrimo pôde ter a razão, que aqui se dá, de que, ainda que a lei não seja publicada nas comarcas, e nos outros logares remotos; passado o dito tempo aprazado, se presume que todos tem noticia della. Os antigos legisladores reconhecerão o contrario disto; por isso mandavão publicar as leis em todas as provincias e districtos de seus imperios: daqui vinhão os ritos e cerimoniaes solemnes, que acompanhavão antigamente a sua promulgação em todas as cidades da Grecia; que indicavão de um modo angusto a declaração formal da vontade soberana; e instruião os povos de suas leis, e de todas as circumstancias dellas: daqui vinha o uso das affixações, que dellas fazião os Romanos nos logares públicos, e a reiteração destas mesmas affixações para maior conhecimento dos povos; entendendo prudentemente, que se não podia presumir nelles simillhante noticia da lei, em quanto lhes não era bem notoria e manifesta por sua geral publicação em toda parte.

Quanto ás nações modernas, as leis 17. e 19. das Partidas part. 1. tit. 1. mandavão publicar todas as leis pelas provincias, e nellas escrevel-as em livros para memoria dos presentes e vindouros. As leis de Castella, pelo auto acordado de Abril de 1767, mandão publicar a lei por pregão e bando, executado de ordem do magistrado em todas as provincias. De França attestão o mesmo Pedro de Marca *de conc. sac. et imp.* liv. II. c. 5.; e das provincias Belgicas o confirma Zippeo *Introd. ad notit. jur. belg.* O Imperador José por determinação de 19 de Julho e de 28 de Setembro de 1782 até mandou, que suas ordens e leis se lessem nos pulpitos das igrejas, assim das cidades, como mesmo da capital; o

que já fôra mandado antigamente pelos capitulares de Luiz Pio, que ordenarão, que as leis se publicassem e lessem em todos os districtos e dioceses.

Julgo pois necessario mandar entre nós, que as leis se publiquem effectivamente em todas as comarcas assim do reino, como dos dominios ultramarinos, apezar de não se haver assim julgado na Ordenação do liv. I. tit. 2. §. 10.; de outra sorte será preciso excluir das regras de direito o principio geral de que a ninguem val a allegação da ignorancia da lei. Ainda quando não fosse necessario, nunca podia haver demasia em manifestar muito aos subditos as leis, que elles hão de practicar, e dar-lhes toda a publicidade possivel, de que ellas são susceptiveis, para que as conheçam bem, e regulem escrupulosamente as suas acções pela norma, que nellas se prescreve. Os nossos mesmos legisladores reconheciam, que o mandarem muitas vezes que suas ordenações e leis se publicassem nas comarcas, era util para melhor se saberem, como se diz na Ordenação do liv. I. tit. 2. §. 10.

Accrescentarei a tudo o que fica dito, uma simples reflexão; e é que na legislação deste §. e do antecedente ha uma especie de contradicção: porque neste se manda, que a lei obrigue, passados os seus prazos, ainda que não tenha sido publicada nas comarcas, nem nos outros logares; ao mesmo tempo que no §. antecedente se havia mandado, que os treslados das leis se remetterssem aos corregedores das comarcas, para nellas se publicarem. Esta contradicção é já das nossas Ordenações no dito liv. I. tit. 2. §. 10.; mas ellas ao menos pretendêrão salva-la com a explicação, que disso derão, bem que a não tenho por boa, dizendo que *as ditas palavras, por que se mandavão muitas vezes publicar as leis nas comarcas, erão postas para melhor se saberem, mas não por ser necessario, e deixarem de ter força, como erão publicadas na chancellaria do reino.*

AO §. 8.

Texto.

E obriga a todos os vassallos, assim ecclesiasticos, como seculares, de toda a ordem, dignidade e hierarchia, independente da sua acceitação.

Censura.

Parece-me que não basta propôr assim esta obrigação em geral: seria conveniente especificar as cousas de maneira, que se occorresse ás duvidas e questões, que se possam suscitar nesta materia. Acho pois, que se deve declarar, se as leis obrigão os estrangeiros, que se achão estantes no reino, e os que vem de fóra, que visinhos não são, de que se falla na Ordenação do liv. II. tit. 41. *in principio*, e tit. 45. *in principio*, nos artigos das sisas c. 4. p. 255. §. 5., e em muitos outros logares da nossa legislação; ou pelo menos se os obrigão em razão ou do contracto, ou da cousa sita no territorio, ou do delicto commettido nelle. As leis das Partidas não deixárão de providenciar estes casos, liv. XV. p. 1. tit. 1., e l. XVI. p. 1. tit. 71. Veja-se Boehmero 192. §§. 37. e 269., Martini c. 6. p. 123. p. 56. Veja-se tambem a lei gothica 13. liv. II. p. 1866.

Nas Provas deste Titulo se diz, que os auctores costumão excitar esta questão, e que se deixou de fallar della, e de outras mais, por serem escolasticas e especulativas, e poucas vezes se poderem reduzir á practica: com tudo entendo pelo contrario, que estas notas não convém a esta questão, a qual nem é especulativa e escolastica, nem deixa de occorrer frequentes vezes na practica. Persuado-me que tambem cumpre declarar, se as leis obrigão de maneira, que não possam os particulares em seus contractos renunciar aquellas leis, que dispõem certa ordem e solemnidade nos actos, ou a respeito das pessoas, ou a respeito das cousas; nem ainda apartar-se geralmente do beneficio da lei, que concede

cede ao outorgante a impugnação dos contractos; ou actos feitos contra as disposições das mesmas leis: são bem sabidas as incertezas e desordens, que resultão das renúncias, que muitas vezes se tem feito, das leis deste genero; das mesmas renúncias da lei prohibitiva dellas; da addição de juramento, com que se pretendião fortalecer e corroborar estas renúncias e contractos; das distincções de beneficio commum, e de beneficio particular, que se costumavão allegar, para que umas leis se houvessem por renunciaveis, e outras não, etc.; dos argumentos de analogia, que se tiravão da mesma Ordenação do liv. I. tit. 70. §. 4., e do liv. III. tit. 6. §. 1., e do liv. IV. tit. 59. §. 2., que admittem renúncias de certas leis, e reconhecem que se póde confirmar por juramento a renúnciação, que não valia por direito. O Codice de Sardenha p. 5. §. 1. quiz occor- rer a este abuso; e por isso, tractando da obrigação e observancia das leis, determinou que se não podesse fazer renúnciação dellas, de qualquer maneira que fosse, ainda de consentimento reciproco das partes.

AO §. 9.

Texto.

*Se contra as nossas intencões fizermos alguma orde-
nação particular, ou lei geral em prejuizo do povo, não
só permitimos aos nossos feis vassallos a liberdade de
nos representarem modestamente os inconvenientes, que
na practica se seguem da sua observancia, mas positiva-
mente lhes mandamos que o fação: a qual entre tanto
deverão inteiramente guardar, em quanto por nós não
for revogada.*

Censura.

Not. I. Quizera que neste §. se reformassem os termos = *permitter a liberdade.* = O Principe não tem nesta parte que permittir a liberdade da reclamação
Cens. Part. II.

a representação sobre as leis e mandados prejudiciaes aos povos; é um direito natural e perpetuo, que os homens nem quizerão, nem poderão ceder de si: não quizerão, porque não se unirão em sociedade, nem se subordinarão á auctoridade suprema e tutelar dos Príncipes, senão para sua felicidade; não poderão, porque a lei inalteravel da razão e da natureza os obrigava constantemente a querer e a procurar o seu bem. Por tanto o direito de reclamar, ou representar ao Príncipe os prejuizos e males da lei é como um direito da razão e da natureza; uma liberdade essencial de todos os povos, e por conseguinte inherente á nação, imprescriptivel e inalienavel; uma lei eterna, que o legislador, que é sujeito, como qualquer do povo, ás leis da ordem e da natureza, deve respeitar e defender como um direito sagrado. Não tem logo o Príncipe que permittir aos povos nesta parte.

Not. II. *Modestamente.* Julgo mais decoroso e grave supprimir esta clausula.

Not. III. Neste mesmo §. não só se permite, mas positivamente se manda aos vassallos, que representem estes inconvenientes da lei, etc. É muito de recear que esta ordenação, pelo modo vago e indefinido, por que aqui se propõe, ou se não execute jámais, ou se não possa practicar sem grandes perturbações do estado. Deixando-se vagamente á méra discrição dos vassallos, sem outra alguma regra e fórmula de procedimento, o direito em geral de representar ao Príncipe os prejuizos da lei, o que se pôde esperar, é uma de duas cousas: ou que as contemplações politicas, e outros estorvos e difficuldades, que uma lei de similhante natureza pôde vir a encontrar na prática, o não deixem pôr em seu devido uso; ou que afoitando-se uma vez os povos a practical-a, se não contenhão em seus justos limites.

Não será facil haver meio entre estes dous extremos: o primeiro é um mal, porque vem a propor-se uma lei, que ha de ser inutil e inefficaz; e um codigo, que começa por ter leis, que se não hão de practicar, deve esperar que se lhe perca o respeito ás que são practica-

veis por si mesmas: o segundo é outro grande mal; porque dá occasião a muitas dúvidas, tumultos e revoltas, que pôde facilmente suscitar ou a ignorancia, ou a prevenção, ou o interesse, ou a indocilidade, ou o enthusiasmo dos povos, todas as vezes que não são regidos por certas e determinadas regras, que como outras tantas barreiras os contenhão.

A lei pois vem a ser defeituosa e má, se, mandando fazer uma cousa, não prescreve ao mesmo tempo a fórma e maneira constante de a fazer, e não põe os meios necessarios para evitar os males, que se podem recear de seu abuso. Quando se frequentavão as côrtes, era facil e seguro practicar este direito: ellas se aggravavão ao Principe, e requerião o que cumpria ao bem dos povos; as suas representações erão feitas segundo todas as leis da ordem, como se vê nas de Lisboa de 1455, em que se requereo ao Principe contra as cartas passadas em prejuizo das leis e capitulos estabelecidos em côrtes: mas hoje que as não ha, fica sendo necessario, que a lei determine e especifique, quem ha de fazer effectivamente esta representação ao Principe; em que tempo; por que maneira e via; e todas as mais providencias e cautelas, que podem fazer effectiva a prática da lei sem risco de perturbações e desordens. Convém conservar as liberdades e franquezas dos povos; mas convém prevenir ao mesmo tempo os abusos, que se podem fazer dellas. Pelo que acho que ou não deve entrar a ordenação deste §., ou só com as regras fixas e determinadas, que regulem com toda a prudencia e segurança a sua devida execução.

Not. IV. O meio, que se podia substituir a estas representações do povo, era o do antigo officio, que tinha nesta parte o chanceller mór do reino, de que aqui se guarda um profundo silencio, sendo que era o logar mais proprio para delle se fallar. A legislação antiga determinava, que as cartas assignadas por elRei fossem revistas pelo chanceller, e que este as não sellasse nem glosasse, tendo nellas dúvida, mas as levasse á sua presença. O mesmo confirmou o Senhor Rei D. João III. em 1534 pela extravagante, que traz Duarte Nunes de Leão

P. 1. tit. 1. l. 1. n. 2. e 3., ordenando que o chanceller visse com boa diligencia todas as cartas, por qualquer maneira passadas, e assignadas pelo Principe; e vendo que pela decisão da carta, que havia de sellar, ia expressamente contra as Ordenações ou direito, sendo o erro expresso na dita carta ou sentença, por onde constasse ser nenhuma, a não sellasse, mas a levasse ao elRei, para lhe dizer a duvida, que tivesse.

Era esta uma das mais sabias providencias de nossos Principes, por que bem mostrárão sua justiça, equidade, e zelo pelo bem de seus vassallos; práctica saudavel e preciosa, que se dirigia a conservar e manter a majestade das leis antigas, a esclarecer a consciencia de nossos Reis, e a prevenir as tentativas, que os podessem surprender e illudir; práctica, que não podia nunca fazer mal a outra cousa, senão ao estabelecimento do despotismo. Os Filippistas no liv. I. tit. 2. §. 2., transcrevendo a extravagante do Senhor Rei D. João III., e copiando o que pertencia á glosa do chanceller sobre as cartas assignadas pelos desembargadores do Paço, védores da fazenda, etc., a mutilárão na parte, em que se determinava, que se não sellassem as cartas passadas e assignadas por elRei; e só fallárão no §. 3. das provisões assignadas por elle, mas de cousas despachadas pelos desembargadores do Paço, ou outros officiaes da côrte, o que se tirou da extravagante do Senhor Rei D. Sebastião de 28 de Fevereiro de 1559; e no §. 4. fallárão unicamente das cartas ou provisões de graça. Este lugar pois, que os Filippistas mutiláram, seria útil que fosse restituído nesta nova legislação, e que se não omitisse uma providencia tão sabia, e tão capaz de nos preservar de muitos males.

A legislação de Agesiláo, Rei de Esparta, e de Antiocho III., Rei da Asia, e a dos Reis do Egypto obrigavão os juizes a jurarem de não obedecer ás suas ordens injustas. A legislação romana era cheia de sabedoria e de humanidade nesta parte: o Imperador Tiberio havia declarado, que elle só por surpresa podia ordenar alguma cousa contra as leis, e que neste caso queria que se lhe não obedecesse: Theodosio submet-

teo as suas constituições imperiaes ao exame do senado: Theodosio e Valentiniano na L. 10. C. *de sacr. Eccl.* derão por nullos todos os rescriptos, que delles saíssem contra direito, e em prejuizo do público: o Imperador Justiniano na Novella 82. c. 13., e na Novella 113., ordenanças dignas na verdade de um Principe, que ama a justiça, mandou expressamente que nenhum juiz se afastasse da lei, a pezar de todos os rescriptos do Imperador, que ordenassem o contrario; e que todos os julgadores e as partes tivessem diante dos olhos esta lei, e della se fizesse especial menção no principio do processo, e fosse como um preliminar e parte delle. (Vid. Stryck. *diss. jur.* tom. 5. p. 452. edição de fol., e *Max. do direito publico francez* tom. 2. p. 28. 29. c. 3.)

A lei dos Wisigodos em nossa Hespanha annullava todos os juizos fundados em ordens e decretos particulares do Principe, contrarios ás leis geraes, e os davão por obrepticios e subrepticios. Em França é obrigação indispensavel do chanceller não sellar as cartas, que lhe parecem ou sorprendidas ao Principe, ou prejudiciaes e nocivas ao bem do estado: as leis lhe impõem esta estreita obrigação. (*Max. do direito publico francez* 6. p. 82. e 83.) O chanceller, diz Louseau, é o corrector das leis e mandamentos do Principe (*des offices* liv. 4. c. 2. 4. 29.); as leis de França lhe impõem esta obrigação pela disposição e fórmã do art. 214. da ordenação de Carlos VI. de 1413 e outras.

O Codigo da Prussia estabelece nesta parte uma jurisprudencia sabia e providente. Porei aqui a sua legislação: *Nous voulons aussi que les tribunaux ne fussent aucune attention aux rescrits, qui seront manifestement contraires à la teneur de ce corps de droit, car en les donnant, nous supposerons toujours, d'un coté que la représentation est fondée en vérité, et de l'autre que le rescrit est conforme à la teneur du corps de droit. Les tribunaux prononceront toujours selon les loix, sans se laisser arrêter par des rescrits, qui auroient été obtenus par un faux exposé ou contre la disposition du corps de droit. Nous déclarons pareillement que tout ce qui*

sera ordonné par de pareils rescrits contraires a la presente ordonnance , n'aura pas force de loi , et ne pourra jamais valoir. Quant aux ordres , que nous donnerons de notre cabinet , si les tribunaux les croyoient contraires à la disposition du corps de droit , ils auront à faire leur représentation , et à demander de nouveaux ordres ; ce qui là-dessous sera par nous réglé et ordonné , sera mis à execution. (Cod. Fred. P. 1. liv. II. tit. 2. §. 9. p. 101.)

A Imperatriz da Russia no c. 3. da sua Instrução para o Codigo §. 18. reconhece que as leis , que concedem aos tribunaes fazerem representações ao Principe sobre os edictos , que são contrarios ás leis , ou ruinosos , ou obscuros , ou impracticaveis na execução , são as leis , que mais contribuem para assegurar o imperio , e lhe dar um estado solido e permanente. E com effeito o senado na Russia tem este direito de examinar as ordenanças , que emanão do Soberano , e de lhe fazer sobre ellas representações , antes de as publicar e annunciar aos povos , no caso de acharem nellas alguma cousa incompativel com o bem do estado.

Eis aqui uma providencia cheia de humanidade e sabedoria , que o auctor deste Codigo poderia ter adoptado neste §. Póde ser que fosse das suas intenções remetter isto para o regimento do chanceller mór do reino ; mas sem deixar de se fallar nelle neste artigo , aqui se devião lançar os fundamentos e principios deste direito , visto tractar-se neste §. das representações , que se devem fazer ao Principe sobre os inconvenientes da lei ; assim como se lanção e estabelecem ao diante no §. 13. os da auctoridade dos Assentos da Casa da supplicação , e das glosas do mesmo chanceller sobre as duvidas suscitadas na intelligencia e applicação das leis , não obstante que de ambas estas cousas se haja de fallar necessariamente nos regimentos dos magistrados , uma vez que os haja separados.

AO §. 10.

Texto.

As dispensas de graças e privilegios, concedidos e assignados pelo Rei a beneficio de certas pessoas, ou de seu motu proprio, ou á petição das partes, não se poderão recusar em juizo, ou fóra d'elle, em razão do vicio de obrepção e subrepção, ou por outro motivo.

Censura.

A disposição deste §. altera sem alguma necessidade a nossa antiga legislação: ella permitia ás partes os embargos de obrepção e subrepção, ou por outro motivo; e até para maior cautela e precaução encarregava ao chanceller mór do reino de não deixar passar as cartas ou provisões de graça sem o devido exame nesta parte. Assim pela extravagante de 1534 do Senhor Rei D. João III., que traz Duarte Nunes de Leão P. 1. tit. 1. §. 4., se havia justamente determinado, que achando o chanceller mór algumas cartas ou provisões de graça contra os direitos do Rei, ou contra o povo ou clerezia, ou outra alguma pessoa, que lhe tolhesse, ou fizesse perder seu direito, não as assignasse nem mandasse sellar, até que fallasse com elRei. Por isso na Ordenação Philippina do liv. II. tit. 38. *in princ.* se mandava que os alvarás e cartas de mercês, doações, officios, privilegios, graças, ou de outras cousas fossem vistas pelo chanceller mór, e examinadas e emendadas as que com justiça não devessem passar, para se evitar o danno e prejuizo ás partes, e se escusarem duvidas e demandas, que sobre isso recrescião. O mesmo se havia determinado antes noCodigo Mauoelino no liv. II. tit.

18

Os nossos legisladores haviam dado ainda outra providencia muito sabia, que se contém noCodigo Afonsino liv. II. tit. 37., e é desta maneira: *Toda a Carta de justiça impetraça de elRei para algum Juiz, ou*

qualquer outro Commissario, per que lhe rós cometamos a execução de alguma coisa, ainda que lhe nam cometamos outro algum conhecimento, o dito Juiz, ou Commissario deve tomar conhecimento das premissas, em que nos fundamos dar a dita Carta. E se achar que são verdadeiras, mandal-a-ha cumprir; e om outra guiza, mandará que se nom cumpra; por que achamos per direito, que toda Carta de Justiça impetrada contem em sy caladamente humr clausula, a saber: se as premissas, em que he fundada, sam verdadeiras, nam embargante que a Carta seja dada sem salva, e sem outro algum conhecimento.

Item: mandamos que se a Carta de Justiça he impetrada emguanosamente per falsa informaçam, tanto que aquelle, a que he apresentada pera a aver de cumprir, for informado que per engano foi gaancada, saiba sobre ello a verdade, e tanto que for em verdadeiro conhecimento dello, logo deve mandar que se não cumpra, por que achamos per direito, que assy se deve de fazer por tolher os enganós.

Item: se a Carta de Justiça for empetrada sem engano per falsa informaçam, a saber, callada a verdade ou expressa a falsidade, em tal caso deve o Juiz esguardar, se a falsidade expressa, ou a verdade callada som taes, que ainda que calladas ou expressas nam foram, a dita carta leixára de ser outorguada, em tal caso a mande cumprir, nam embargante a dita verdade callada, e falsidade expressa; e achando que se a dita verdade callada fora declarada, ou a falsidade nom fora expressa, a Carta non fora outorguada, em tal caso mande que nam seja cumprida: pode-se poer elxemplo naquelle, que impetra alguma Carta sobre alguuã cousa, nam fazendo menção da demanda, que ja pende sobre ella, que tanto que aquelle, a que for enviada, for em conhecimento dello, logo deve mandar que se nam cumpra. E tanto que taes razões de falsidade expressa, ou de verdade callada forem alleguadas polla parte, contra que a Carta he gaancada, o julgador deve conhecer dellas no caso, honde dissemos, que concludem, e fazem a Carta não valer, e não deve fazer obra nenhuma pela Carta até ser sabuda a verdade sobre a dita razão, e segundo ello, assi fazer a dita obra.

O mesmo no Código Manoelino liv. II. tit. 23.: *Quando quer que as Cartas nossas, ou Alvaraes forem impetrados por algumas pessoas, calando-nos alguma verdade, ou exprimindo tal falsidade, a qual se nos assi nom fora calada, ou exprimida, nom era verosimil havemos de conceder a tal Provisão; o Julgador ou Commissario, a que for appresentada, a não cumprirá, nem por ella fará obra alguma; e a pronunciará por subrepticão. e havida por falsa informação; e condemnará a parte, que a impetrou, posto que pela outra parte, em cujo prejuizo se houve, não seja requerido, etc.* O mesmo na Ordenação Filippina liv. II. tit. 43.

Esta era a nossa legislação, derivada da Lei 5. C. *Si contra jus vel utilitatem publicam vel per mendacium fuerit aliquid postulatam, vel impetratum*; da Lei final C. *de diversis rescript.*; da Lei fin. C. *de his, quae a non domino*; e tambem do mesmo titulo *de rescriptis* das Decretaes: legislação muito sabia e providente, e muito cheia de humanidade, que faz honra aos Imperadores Romanos, que a estabelecêrão; aos Pontifices, que a seguirão; e aos nossos Reis, que a adoptarão: fundada por certo no direito e liberdade das partes; na utilidade pública, que resultava de se conhecer a verdade, e de se evitar ou a malicia dos impetrantes, ou a precipitação dos concedentes; e na presumpção, que havia, e devia haver, de que faltava no Principe intenção e vontade em conceder o que era havido por subrepticão e falsa informação da parte; pois que as cousas obtidas subrepticionalmente não se devem entender ser a vontade verdadeira do Principe, que as concede. O Alvará de 30 de Outubro de 1751, que fez alguma alteração nesta parte, todavia não prohibio os embargos de obrepcão e subrepcão aos Reaes decretos.

Nem apparece razão urgente para se abolir neste Código esta legislação antiga e actual da nação em um artigo tão importante e capital, como este, em que tanto vai aos direitos e liberdades dos cidadãos. O Principe pôde ser enganado pelos impetrantes; e pôde enganar-se por si mesmo. Pôde haver em seus rescriptos uma vontade ou supposta, ou momentanea; uma vontade de facto, e não de direito. Podem as suas graças

eus direitos. Esta é a base do respeito devido ao Príncipe: tudo o que concorre para firmar esta base, concorrerá para augmentar e segurar constantemente a veneratione, que os povos devem ao seu monarcha.

Texto.

As partes, que se sentirem prejudicadas, roqueirão o Príncipe immediatamente a sua justiça, para á vista de suas razões, se forem justas, mandarmos suspender a resolução já tomada, a qual entre tanto se cumprirá.

Censura.

Not. Aqui se faz ao Príncipe uma nova reserva; e todas as reservas, que tirão as cousas do seu expediente e meios ordinarios, pelo common são nocivas aos povos e ao mesmo Príncipe.

1.º Esta reserva carregará sem alguma necessidade o gabinete do Príncipe de uma infinita multidão de negocios miudos e complicados, que lhe roubarão o tempo devido a outros de importancia e consequencia.

2.º Esta reserva fará com que ou fiquem os ministros de estado mais embaraçados e inibidos para a expedição de outras cousas essenciaes de sua repartição, ou retardados e muitas vezes illusorios os recursos das partes, não havendo tempo sufficiente para os examinar e resolver. O Grão Duque de Toscana, reconhecendo que a multidão de semelhantes negocios opprimia o seu gabinete, os mandou tractar nos tribunaes, a fim de que elle e seus ministros podessem empregar todo o tempo nas cousas mais graves de seus estados.

3.º Gravará as partes com este recurso, sempre mais trabalhoso e difficil no expediente das secretarias de estado, aonde são infinitos os negocios, que se accumulão, do que no expediente dos tribunaes, aonde ha mais ministros, que os decidão, e aonde se podem expedir com mais regularidade e mais presteza.

4.º Subtrahirá a decisão das causas e direitos de

terceiro ás fórmãs públicas do juizo, estabelecidas na lei, e a commette aos arbitrios secretos do gabinete, em que pôde acontecer, que a razão e a consciencia do Principe e de seus ministros tenha nelles menos parte, que o favor, a intriga, a paixão e a prepotencia dos validos.

5.º Virá a franquear a porta aos abusos do poder arbitrario dos mesmos Principes sobre os direitos do cidadão, e a radicar os mesmos males, que se quizerão evitar desde que a experiencia mostron entre as nações civilizadas, que não convinha ser uma mesma pessoa legislador e juiz; e que era necessario crear magistrados, depositarios do exercicio do supremo poder judiciario e executivo, para maior segurança dos direitos da liberdade e da propriedade dos cidadãos.

Por todas estas razões receio que estas reservas sejam pelo commum onerosas ao Principe, e quasi sempre nocivas aos seus vassallos.

AO §. II.

Texto.

Porém as cartas e provisões passadas no nosso Real nome, sendo expedidas pelos nossos tribunaes, e assignadas pelos seus ministros, se forem obrepticias e subrepticias, por se calar alguma verdade, ou relatar alguma falsidade substancial do negocio, a qual exprimida o faria mudar de circumstancias, o juiz ou commissario, a quem as mesmas cartas vierem dirigidas, as remetterá de seu officio, sem se intrometter a julgar da sua justiça ou nullidade, ao tribunal, que as mandou passar, dando a razão, por que as remette.

Censura.

Not. O fundamento deste §. é o Alvará de 30 de Outubro de 1751. Creio com tudo que a sua disposição deo motivo a se introduzirem abusos de jurisdicção,

porque tenho ouvido geralmente dizer, que desde então tem os tribunaes excedido aos seus regimentos. Talvez seria mais conveniente ordenar, que os embargos fossem remettidos ao juizo da Corôa, para nelle serem recebidos breve e summariamente, porque desta maneira se salvava a decencia dos tribunaes, que aqui se quiz contemplar, e o prejuizo publico. Com tudo não insistirei nesta parte, deixando ao respeitavel juizo da Santa a resolução desta materia.

Texto.

E o mesmo fará o juiz, quando as partes prejudicadas obstarem, e se oppozerem perante elle ao seu cumprimento.

Censura.

Not. I. = Quando as partes prejudicadas obstarem, e se oppozerem ; = bastaria um destes dous verbos.

Not. II. Falta dizer aqui o que se ha de praticar nos tribunaes, a que forem remettidos os embargos de obrepção e subrepção, se se entender que por sua materia necessitão de disputa contenciosa: o dito Alvará de 30 de Outubro de 1751 não deixou de providenciar este caso, mandando-os remetter ao juizo da Corôa, para que nelle fossem ouvidas as partes; e eis aqui porém o que se omittio neste §. do novo Codigo, que não era com tudo para ficar em silencio.

AO §. 12.

Texto.

Ao Principe auctor da lei pertence privativamente o direito de a declarar e interpretar, e a sua interpretação é parte da mesma lei, e tem a mesma força e auctoridade.

Censura.

Not. I. Não se tractando neste *Codigo* dos direitos majestaticos, que competem ao Principe, como já se tem notado, e como protestou o mesmo compilador na sua primeira apologia, não se deve por consequencia tractar aqui deste direito, que tem os nossos Reis, de declarar e interpretar as leis, assim como já notei que se não devia tractar tambem do direito, que lhes compete, de as fazer e publicar. Estes poderes da soberania devem suppor-se no Principe; e a este *Codigo* sómente toca designar as obrigações e direitos dos vassallos, e não as obrigações e direitos do Rei. Assim cumpre tão sómente dizer neste §. em relação aos vassallos, que ao Principe se deve recorrer para a declaração e interpretação das leis, e não que ao Principe compete o direito de as declarar e interpretar.

Not. II. Quando porém se queira conservar este §. da maneira, por que se acha concebido, e haja de ficar ao mesmo tempo o §. 1. deste *Titulo*, em que se faz menção das leis fundamentaes na mesma classe das leis civis, será então necessario modificar e especificar a sua disposição, para que se não entenda, que o direito, que tem o Principe, de declarar e interpretar as leis, se verifica não só a respeito das leis meramente civis, mas tambem das constitucionaes e fundamentaes do reino, que vão incluídas de mistura no sobredito §. 1. deste *Titulo*.

AO §. 13.

Texto.

Para maior e mais prompta expedição dos negocios, conservamos o uso dos Assentos da Casa da supplicação, e mandamos que havendo duvida sobre a intelligencia da lei e sua applicação, suscitada pelos juizes, advogados ou por glosa do chanceller, o regedor da Casa a proponha em mesa grande, a que serão chamados os

ministros actuaes dos aggravos, e os que o houverem sido; e o que por mais votos se decidir, se observará, e se fará assento, que servirá de regra para o futuro em casos semelhantes.

Censura.

Not. I. Por este §. se dá aos Assentos da Casa da supplicação a força e auctoridade de interpretação authentica. É certo que o legislador pôde dar a certas corporações do estado o direito de interpretar authenticamente as leis; e com effeito este poder e auctoridade exercitava já de muitos tempos atraz a Casa da supplicação, do que se falla na Ordenação Manoelina no liv. V. tit. 58., ou 51. §. 1., e no Código Filippino no liv. I. tit. 58. Com tudo é necessario ver, se será conveniente conservar este uso. Antigamente, antes d'a Casa da supplicação ter este direito e poder, só os nossos Principes interpretavão as leis authenticamente: assim o practicou o Senhor Rei D. Diniz na Lei de 1220, declarando as duvidas excitadas sobre a sua lei da amortização, a qual se refere na Ordenação Affonsina liv. II. tit. 14., de que se faz menção na Lei de 12 de Maio de 1769. O Senhor Rei D. Duarte, havendo publicado a Lei Mental de seu pai em Santarém a 8 de Abril de 1438., resolveo as duvidas, que sobre ella se propozirão, e que se referem na Ordenação do liv. II. tit. 35. §. 9. e seguintes. Os Senhores Reis D. Affonso V. e D. Manoel fizeram interpretações á dita Lei Mental, que se compilarão nos §§. finaes do tit. 35. do liv. II. da Ordenação.

É certo que a Casa da supplicação entrou a ter este direito de interpretar: mas tambem é certo que ella nos primeiros tempos era mudavel, e acompanhava a Côrte; donde vem dizer-se *Côrte da Casa da Supplicação*, liv. I. tit. 48. §. 6. O Rei assistia algumas vezes ás sessões da Relação. (Veja-se a Lei de 4 de Julho de 1776. §. 4.) O Senhor Rei D. Manoel ainda em 18 de Maio de 1515 esteve em Relação, em que assignou por seu proprio punho o assento ou determinação, em que se mandava

guardar a ordenação feita a 22 de Fevereiro de 1502 á cerca dos que compravão as coisas, que se achavão, e se limitava uma ordenação novamente feita, e incorporada na mesma ordenação, como consta do livro antigo das posses da Casa do civil, que hoje se acha na Relação do Porto. Neste mesmo livro ha outro assento, assignado pelo mesmo Rei, de 27 de Junho de 1516, em que tambem se revoga uma ordenação. Em tempos pois, em que nossos Reis presidião pessoalmente á Relação, logar podia ter esta practica, pois que os assentos, tomados na sua Real presença, recebião d'elle immediatamente o character e sancção de lei, ou de interpretação authentica: uma vez porém que deixáião de presidir, não parece nem proprio, nem conveniente subsistir este uso.

1.º Não parece proprio; porque fazendo as interpretações authenticas uma parte da lei, é improprio e incoherente, que ellas nos venhão de outra fonte e origem, que não seja immediatamente a mesma, donde emanão as leis.

2.º Não parece conveniente; por quanto dar á Relação este direito de interpretar authenticamente as leis, independente da immediata inspecção e approvação do Principe, é conferir-lhe uma porção consideravel do poder legislativo, que nunca convém deixar sair das mãos do Principe, para a delegar e repartir pelos subditos.

3.º É commetter esta parte do poder legislativo aos mesmos, que são juizes, e que hão de exercitar o poder judicial e executivo, quando a prudencia das nações civilizadas tem mostrado, que convém ter sempre separados entre si o exercicio do poder judicial e o do poder legislativo, para se evitar o abuso, que facilmente se póde fazer pela reunião destes dous poderes; e para que o cidadão nunca veja um legislador no seu juiz, mas antes esteja firmemente persuadido, que a lei immediata do Principe decide de seus direitos, e o absolve ou condemna, e não a vontade ou a má interpretação do magistrado, guiada ou de favor, ou de odio.

4.º É necessario inspirar aos povos confiança, respeito e amor ás leis, e por conseguinte ás interpretações, que fazem parte dellas: ora os povos pelo commum respeitão mais a lei e declaração, que emana immediatamente do sagrado consistorio do Principe, do que a interpretação, que provém immediatamente do magistrado, por mais auctorizado que o considere. E com effeito a lei, emanada immediatamente do Throno, traz com sigo o sello e divisa da mesma majestade do Principe, que a promulga; annuncia por si mesma a sua auctoridade e grandeza; concilia por isso a homenagem dos povos; e attrahe a si o respeito, a confiança e o amor dos subditos. As interpretações dos magistrados não podem ter pelo commum esta força e soberania.

5.º Corre risco de se dar á lei um sentido differente, do que entendeo dar-lhe o legislador, que a fez, o que será fazer uma nova lei; que não existia na legislação, e uma lei muitas vezes contraria á mesma lei, que existia. E que fiador tem os povos, que os magistrados pensárão como pensou o legislador, maiormente podendo succeder pelo tempo adiante, que venhão a ser algumas vezes momentaneas e tumultuarias as averiguações, que se fizerem sobre a intelligencia da lei, e pouco exactas e apuradas as conferencias, em que se tomarem estes assentos? Porque se ora os ministros daquelle respeitavel tribunal são varões de muita sabedoria, inteireza e probidade, podem vir tempos escassos, e de menos luz e virtude, em que haja desgraçadamente magistrados, que ou não saibão, ou não queirão interpretar rectamente as leis.

Estas e outras considerações fizeram com que em muitos estados se ordenasse, que occorrendo duvida na intelligencia da lei, se recorresse immediatamente ao Principe. Isto foi o que ordenou o Imperador Justiniano pela Novella 113., os Wisigodos em Hespanha pela Lei 12. do liv. II. tit. 1.: *Nullus judex causam audire praesumat, quae legibus non continetur; sed comes civitatis vel judex, aut per se, aut per exsequitorem suum Principi utrasque praesentare partes procuret, quo*

Cens. Parte II. 8

facilius et res finem accipiat, et potestatis regiae discretionem tractetur, quatenus exortum negotium legibus inseratur. O mesmo se adoptou depois nas Partidas na Lei 14. Partida 1. Título 1., determinando-se que nenhum outro, senão o legislador, tivesse poder de declarar as duvidas da lei; e o mesmo se diz na Lei 3. tit. 2. liv. II. da Recopilação.

Em França determinou-se isto mesmo pela ordenança de Luiz XIV. de 1667 tit. 1. art. 3. (*Maximas do direito publico francez* tom. 1.) Em Sardenha prohibio-se expressamente a interpretação authentica das leis a todos os magistrados e tribunaes, posto que supremos, em qualquer caso que fosse, mandando-se que dirigissem as suas representações ao Principe, para elle resolver as duvidas, que se houvessem suscitado. O Imperador José no Decreto, que vem no principio da parte 1. do seu Codigo universal, vai nos mesmos sentimentos no c. 1. *de legibus* §. 26.: *Si quando judici dubium aliquod oboriretur, utrum nimirum obveniens aliquis casus lege comprehensus sit, an minus? si quidem in lege obscurum esse videretur; aut denique si adversus legis observantiam peculiare gravesque rationes militarent: tum Principis semper oraculum implorandum erit. Si vero casus, ut in lege ad litteram non expressus, quoad circumstantias tamen ipsamque rei naturam alteri expresso omnino similis fuerit; tum quidem judici casum non expressum ad exemplum expressi judicare liberum erit: tamen ejusmodi ad Principis semper notitiam referendus erit.*

Estes são hoje os sentimentos de muitos escriptores, que escreverão de cousas tocantes á legislação, como de Mallet du Pan na continuação dos *Annaes civis e politicos* (tom. 9. da *Bib. Fil. do leg.* p. 216.), de Filangieri (tom. 1. p. 140.), de M. Servant nas *Reflexões sobre alguns pontos das leis de França* (tom. 7.), da *Bib. Fil. do leg.* (p. 245.), de M. Dentand na *Jurisprudencia criminal* (§. 6. p. 18. in fin.), e do sabio auctor dos *Principios da legislação universal* (tom. 2. c. 7. p. 462. liv. 11.).

Not. II. Não tenho por boa a razão, que se dá

nas Provas d'este Titulo, para se conservar o uso dos Assentos, a qual é não poderem as leis ser tão claras e expressivas, que comprehendão logo todos os casos. Parece que se não falla aqui com a exacção devida: os casos, que se não comprehendem nas leis, não são objectos dos Assentos da Casa da Supplicação; mas só os casos, que nellas se contêm obscuramente, e de maneira, que se precisa de interpretação, como ainda direi adiante. Quando seja este o sentido, em que aqui se falla, isto só prova, que a Relação deve ter o direito de interpretação doutrinal, como o tem todos os outros magistrados, pois que sem elle se não podem bem cumprir as funcções privativas de juiz; mas não prova que taes interpretações devão logo haver-se por authenticas, e ter a força de lei, sem serem primeiro apresentadas ao Principe, e por elle revistas e approvadas. Para occorrer inteiramente ás duvidas, basta a interpretação doutrinal, sendo fundada nos principios e regras da solida hermeneutica: de outra sorte, se a razão, que se dá, de não serem as leis tão claras, que comprehendão logo todos os casos, é bastante para se conceder similhante auctoridade aos Assentos da Relação; o será igualmente para se lhes dar o direito de providenciar nos casos inteiramente omissos nas leis, pois que não é possível que nellas se possam comprehender todos os casos.

Por fim tão máo me parece tirar ao expediente dos tribunaes os negocios proprios da sua repartição, e reservá-los ao gabinete do Principe; como tirar do gabinete do Principe os que lhe são proprios e privativos, e reservá-los aos tribunaes e Relações. Pelo que, me parece que os Assentos da Casa da Supplicação devem ter tão sómente auctoridade doutrinal, ou serem consultivos, para subirem á presença do Principe; e não passarem a ser leis, sem que elle primeiro os veja e approve, e lhes dê força de interpretação authentica, reduzindo-os a fórma de lei.

Quando pareça porém o contrario, julgo que será conveniente, para mais segurar o acerto, e formar a auctoridade destes Assentos, o seguinte:

1.º Que aqui se fixe por lei neste Titulo um numero sufficiente de ministros, que nunca possa ser menor.

2.º Que se apraze tempo certo e mais largo, do que é costume, para que cada um dos ministros possa meditar profundamente na lei, e dar a sua decisão com toda a reflexão e madureza.

3.º Que não baste a pluralidade dos votos, mas que se requeira a unanimidade, para que assim se abone e se afiance mais a prudencia e sabedoria dos Assentos, que se tomarem.

4.º Que estes Assentos se imprimão, e se publiquem immediatamente que se fizerem, o que se determinou no Codigo Friderico p. 1. liv. I. tit. 2. §. 8., e se vão accrescentando depois nas novas edições, que se houverem de dar pelo tempo adiante, deste novo Codigo; porque do contrario resulta uma grande confusão na moral politica e civil do Estado, ficando as interpretações authenticas das leis, que fazem parte dellas, e obrigação a todos os vassallos, occultas e recatadas aos olhos dos cidadãos. A lei de 18 de Agosto de 1769 fez memoria desta publicação, o que não devia esquecer neste Codigo, já que infelizmente até agora se não tem posto em practica, com grande prejuizo dos litigantes, confusão dos julgadores, e incommodo dos vassallos, que são julgados por lei, de que não tem conhecimento.

5.º Accrescentarei ainda, que succedendo mostrar-se depois pela observação, ou pela prática e experiencia, que o Assento, que se tomou em algum caso, contém injustiça notoria, e tal, que sem grande damno e offensa da razão se não possa guardar, se altere logo, e se tome novo Assento. Suppõe-se isto no Decreto de 4 de Fevereiro de 1684, que vem na coll. 2. dos Decretos e Cartas ao liv. I. das Ordenações tit. 5. n. 15.; e parece que esta providencia se não deve omittir neste Codigo.

AO §. 14.

Texto.

O mesmo se praticará nas Relações subalternas do Porto e das conquistas ; mas os seus Assentos não terão a mesma força e auctoridade , em quanto não forem vistos e confirmados na Casa da Supplicação , para o que serão mandados ao seu Regedor pelos Governadores das ditas tações.

Censura.

Not. A lei de 18 de Agosto de 1769 no §. 8. especificou isto com mais alguma individuação, que não seria inutil neste Código, dizendo: 1.º que os governadores ou chancelleres das ditas Relações, que remetterem os ditos Assentos, o devião fazer nas primeiras occasiões, que se offerecessem, antes de se escreverem nos seus livros, e em cartas fechadas ao regedor: 2.º que tomando-se na Supplicação os respectivos Assentos definitivos, na mesma fórmula se respondesse aos governadores, ou chancelleres recorrentes com as cópias authenticas dos Assentos, para então serem lançados nos livros das Relações subalternas, e se ficarem observando nellos como leis geraes.

AO §. 16.

Texto.

Defendemos toda e qualquer interpretação da lei, que não for literal, e se não deduzir das suas palavras e genuino sentido.

Censura.

Not. I. Este §. parece não ter aqui o seu assento proprio ; porque contendo elle a regra geral da inter-

pretação das leis para todos os advogados e julgadores, devia ir antes do §. antecedente, em que se tracta a especie em particular das interpretações e Assentos da Casa da Supplicação, que se mandão fazer pela mesma regra geral, que se dá neste §.

Not. II. Parece que aqui tão sómente se admite a interpretação literal, quando nas Provas deste Titulo se diz, que se admite tambem a interpretação logica ou dialectica. Parece admittir-se tão sómente a interpretação literal:

1.º Porque só della se falla especificamente neste §., dizendo-se = *toda a interpretação da lei, que não for literal*: =

2.º Porque as clausulas, que se seguem = *e se não deduzir de suas palavras* = demonstrão claramente, que alli se contemplou tão sómente aquelle genero de interpretação:

3.º Porque a mesma clausula final, com que se remata o §., que diz: = *e genuino sentido*, = isto é, *toda a interpretação da lei, que se não deduzir das suas palavras, e genuino sentido*, que é aqui a unica clausula, que podia denotar a interpretação logica, muito pelo contrario pela particula connectiva e forma da construcção grammatical se refere inais ás palavras da lei, do que á sentença della, querendo-se dizer = *a interpretação da lei, que se deduz do genuino sentido das suas palavras*; = muito mais, porque parece que nesta clausula final se teve em vista a expressão do §. 11. da Lei de 18 de Agosto de 1769, na qual tractando-se da interpretação, se falla das *palavras da lei tomadas no seu genuino e natural sentido*, aonde *genuino sentido* se refere não á sentença da lei, mas sim ás suas palavras:

4.º Porque finalmente a interpretação, que se deduz simplesmente das méras palavras da lei, fallando em sentido rigoroso, não se póde chamar interpretação logica: pois só deve ter este nome a que se tira, não das palavras claras e simples da lei, mas da indagação, que se faz, do verdadeiro e genuino sentido das suas palavras, quando ellas são duvidosas na sua intelligencia, ou por antiquadas; ou por obscuras; ou por equivocadas, e de

das diversas significações; ou por estarem alteradas, trocadas ou transpostas; ou por se não poderem entender, sem se combinarem com a estrutura e contexto da oração.

Sendo assim, parece que propondo-se aqui a interpretação literal, se entendo fallar da rigorosa interpretação grammatical, que sempre versa sobre a indagação do verdadeiro e genuino sentido das palavras; e que por isso para ellas, e não para a sentença da lei se quiz referir a sobredita clausula — *genuino sentido.* = Quando porém se queira entender a interpretação logica, neste caso será necessario retocar este §. nesta clausula, de maneira que não pareça ser relativa e connexta com a antecedente, e como explicativa della; isto é que se refira não ás palavras, mas á sentença da lei: de outra sorte, fica equivoco e obscuro este §.

Nas mesmas Provas deste Titulo confessa o compilador, que havia fallado com pouca clareza nesta parte; porque diz que por aquellas clausulas *se admite de algum modo e tacitamente a interpretação logica*; e este modo indirecto e tacito não pôde consistir em outra cousa, senão na ambiguidade, em que fica a clausula = *genuino sentido.* = Elle dá a razão disto, dizendo que *não convém que abertamente se diga, que sempre se entende a lei segundo a sua sentença, razão e motivo, para se não dar occasião a se illudir.* Desta sorte vem-se a estabelecer em geral neste §. o uso da interpretação; mas de maneira, que é logo necessario começar por interpretar a mesma disposição deste §., visto que a interpretação logica só nelle se contém como Provas; aqui se diz *tacitamente e de algum modo*: e com tudo se ha cousa, que mais clara e decisivamente se deve fixar na legislação, é por certo o artigo das differentes especies de interpretação das leis, de que depende a sua intelligência e execução.

Se devo dizer francamente o que eu entendo, não me posso conformar nem com este methodo de propor tacitamente as cousas, nem com a razão, que para isso se dá. Não me conformo com o methodo, porque acho que todos os artigos, que entrão na lei, devem entrar

abertamente e sem reboço: este é um principio assentado entre todos os que escrevem da legislação; por quanto:

1.º Isto pede a franqueza e candura do legislador, que é um pai, que falla a seus filhos: de outra sorte é um tyranno, que arma laços nas leis, e se encaminha ao despotismo.

2.º Pede-o assim a dignidade do Principe, que persuadido da justiça e utilidade das leis, que promulga, as deve propôr abertamente e em toda a sua luz.

3.º Pede-o tambem a natureza e fim da mesma lei, porque devendo ella ser a norma constante e certa para regulamento das acções dos subditos, é necessario que seja clara, evidente e manifesta a todos, para que todos a possam conhecer e practicar. Querer determinar uma cousa aos subditos, e não querer ao mesmo tempo manifestar-lh'a claramente, são termos contradictorios na ordem da moral, da legislação e da policia. (Vid. Beccaria p. 27., e *Principios da legislação* tom. 2. p. 454)

A lei 6. do Codice gothico liv. 1. tit. 1., fallando do legislador, propoz ja estes principios: *Erit eloquio clarus, sententia non dubius, evidentia plenus; ut quidquid ex legali fonte prodiderit, in rivulis audientium sine retardatione recurat, totumque qui audierit, ita cognoscat, ut nulla hunc difficultas dubium reddat.* E na lei 1. do liv. II. tit. 1.: *Pragma suum emendatu legibus assignantes, ut primum in ordine praefationis et loco praemittimus, quia sicut legum evidentia populorum est excessibus utilis, ita sanctionum obscuritas turbat ordines aequitatis; nam plerumque dum quaedam bene ordinata pabuloso verborum tractu consistunt, ipsa sibi repugnantiam nutriunt, dum litigantium controversias lucide non excludant: hinc citatio judicium nascitur.*

Em segundo lugar não me posso conformar com a razão, que se dá, daquelle methodo; a qual é que não convêm que abertamente se diga, que sempre se entende a lei segundo a sua sentença, razão e motivo, para não dar occasião a se illudir. Com effeito muitos tem querido excluir da jurisprudencia practica o uso da in-

interpretação logica pelos abusos, que della se tem seguido. A Imperatriz da Russia na sua Instrução para o Codigo p. 65. não quer que os juizes tenham o direito de explicar as leis, maiormente as leis penaes: quer que se restrinjam ás suas palavras, e que a sua obrigação consista sómente em averiguar, se uma acção é contraria ou confôrme á lei; que elles se podem contentar de um só syllogismo, aonde a primeira proposição seja a lei, a segunda a applicação da lei ao facto, e a terceira a conclusão, pela qual o réo é absolvido ou condemnado: e acrescenta que quando o juiz, ou seja por se esclarecer a si mesmo, ou pela obscuridade da lei, faz mais de um raciocinio em uma causa criminal, então tudo vem a ficar incerto e obscuro. Reconheço que esta é a opinião, em que tem assentado grandes homens, entre outros Dertand tom. 1. p. 19., e Beccaria no *Tra- tado dos delictos e das penas* §. 9., que querem que o magistrado se não possa apartar da letra da lei, e excluem absolutamente toda a interpretação.

Com tudo mais racionavel nos pareceo sempre a doutrina em contrario: o legislador não se póde encarregar de fallar de cada caso em particular, porque seria impossivel entrar em todas as combinações das acções dos homens: as menores circumstancias mudam as especies das cousas; e os factos humanos são como os corpos polygonos, que nenhum tem a mesma forma e face; e por isso as leis não podem deixar de ser normas abstractas das cousas genericas, que se applicão e accommodão aos factos. E quando fosse possível fazer uma legislação constante e fixa, que abrangesse uma grande multidão de casos, viria ella a ser immensa e monstruosa; nem os subditos, nem os magistrados a poderião comprehender e practicar. É pois indispensavel deixar á sabedoria e inteireza do juiz o cuidado de interpretar e applicar as leis, e de fixar as suas consequencias segundo a sentença, razão e motivo dellas, isto é, de as interpretar logicamente.

A nossa Ordenação no liv. III. tit. 69. no principio reconheceo isto mesmo, dizendo que não podião todos os casos ser declarados na lei, mas que os julgadores

procedessem de semelhante a semelhante: e no tit. 81. §. ult., que o que dito era, haveria logar em quaesquer outros semelhantes, em que a razão parecesse ser igual daquelles; e quasi o mesmo se diz na Ordenação do liv. IV. tit. 61. §§. 3. e 4., e do tit. 68. §. 6. Já isto nos vinha das Leis Romanas, maiormente da Lei 12. ff. *de legib. senatusq. consult.*: *Non possunt omnes articuli singillatim aut legibus, aut senatusconsultis comprehendere; sed cum in aliqua causa sententia eorum manifesta est, is, qui jurisdictioni praeest, ad similia procedere atque ita jus dicere debet;* e da Lei 27. ff. *eod.*: *Quasi hoc legibus inesse credi oportet, ut ad eas quoque personas, et ad eas res pertinerent, quae quandoque similes erunt;* que por isso propunha o jurisconsulto Celso como uma regra geral de direito: *Scire leges non hoc est, verba earum tenere, sed vim ac potestatem.* (Lei 17. ff. *eod.*)

Ainda em nossos tempos a Lei de 18 de Agosto de 1769 no §. 11. admittio expressamente a interpretação logica, dizendo que exceptuava: 1.º as restricções e ampliações, que se reduzissem aos principios da boa razão, fundada nos direitos divinos da natureza e das gentes, e nas leis politicas, economicas, mercantis e maritimas das nações civilizadas; 2.º as que por identidade de razão, e por força de comprehensão se achassem dentro no espirito das disposições das mesmas leis. NoCodigo Frederico, havendo-se prohibido aos juizes interpretar a lei nos casos duvidosos, accrescenta-se: *Bien entendu, qu'ils sont autorisés à appliquer et étendre la loi à tous les cas semblables, que l'esprit et la raison de la loi a eu en vue, quoiqu'il n'est pas possible de rapporter tous les cas particuliers.* P. 1. lib. I. tit. 2. §. 7.

A maior parte dos publicistas, e dos que escrevêrão da legislação, não duvidarão admittir este genero de interpretação. Boehmero o propõe como um principio: *Interi n his, qui jura docent et illustrant, aut secundum illa judicant, non erit adempta facultas sensum ex legibus eruendi secundum probabiles conjecturas, cum absque hoc melio interpretandi jura nec doceri, nec applicari valeant. Doctrina juris non est sine legum interpretatione, imo tota in ea consistit, cum verba tenere*

non sufficiat, sed potius vis et potestas eruenda. O mesmo seguem Brissot de Warville tom. 1. p. 126., o auctor do *Tractado das leis civis relativamente á propriedade* p. 37.; e o outro das *Maximas do direito publico francez* tom. 6. p. 4. O mesmo compilador admite esta especie de interpretação na sua *Historia de direito patrio* p. 148. not. ao §. 124. Por tanto não acho razão para não se admittir abertamente neste §. a interpretação logica.

Confesso que pôde haver abuso; mas não basta: de quasi todas as cousas mais uteis e necessarias se pôde abusar: o legislador não se pôde propôr evitar todos os males na républica, mas sómente a maior somma possivel delles. O calculo geometrico da prudencia legislatória é pesar de uma parte os bens, e da outra os males, que podem resultar do uso deste genero de interpretação, e ver qual é a maior somma: *In qua praevidendum est ex utilitate, quae praetenditur, an plus incommodi, an plus iniquitatis* (Cod. Gothico liv. IV. lib. 1. tit. 2. *de Leg.*) Isto é o que deve decidir: se são mais os males, que os bens, cumpre não admittir o uso da interpretação logica, nem ainda *tacitamente e de algum modo*, como aqui se faz; se mais os bens, que os males, cumpre propol-a abertamente e sem distarce.

Quanto aos abusos, o Príncipe os pôde prevenir até certo ponto; e o meio mais seguro para os prevenir e acautelar é:

1.º Dar leis claras, simples e sabias, sem dvida e sem equivoco; leis exactamente definidas e determinadas; leis de tal sorte concebidas, que se possam tomar pelo commun ao pé da letra.

2.º Terem alguns dos tribunaes a seu cargo examinar de tempos a tempos as mudanças necessarias, que se devem fazer nos termos das leis, que forem ou equivocos, ou duvidosos, ou susceptiveis de dous sentidos, ou antiquados, ou pouco exactos, ou mais amplos, ou mais strictos, do que pede a sentença, razão e motivo da lei, e prevenir por aqui todas as explicações arbitrarías, e todas as subtilezas dos advogados e julgadores.

3.º Sustentar em seu vigor a severidade e promptidão das penas contra os magistrados, que ou por ignorancia culpavel, ou por malicia e corrupção perverterem o sentido das leis, e julgarem contra ellas; principio, que foi entendido de todos os bons legisladores, particularmente dos Hebreos, dos Romanos e dos nossos Wisigodos, que cominárão gravissimas penas contra a perversão dos magistrados. Póde ver-se a legislação destes ultimos no liv. II. tit. 1. Leis 19., 20. e 21., que muito louva o douto Abbade Genovesi nas suas *Lições de economia civil e politica*.

Not. III. Acrescentarei por fim, que a materia da interpretação se acha exposta neste §. com muita generalidade e em alguma confusão, quando ella pedia por sua importancia, que disto se fallasse com muita distincção e clareza; porque:

1.º Convinha especificar individualmente o artigo da interpretação doutrinal, que o compilador tambem quiz que se entendesse *tacitamente comprehendida* no §. 17., classificando debaixo della por sua ordem as duas especies, em que ella se divide, isto é, a interpretação grammatical, que declara o sentido da lei por suas palavras, e a interpretação logica ou dialectica, que declara o sentido da lei pelas suas razões; especies, que o compilador parece suppor como diversas da interpretação doutrinal, sendo verdadeiramente especies della.

2.º Convinha tambem declarar em particular o artigo da interpretação doutrinal restrictiva ou extensiva, e o outro artigo da interpretação usual, de que se não faz menção nesteTitulo, ao mesmo tempo que adiante se admite no §. 22. o costume com força de lei subsidiaria.

AO §. 17.

Texto.

E toda a pessoa, que se atrever a requerer expressamente contra a lei, ou a pretender illudir com intelli-

gencias frivolas, e subtilezas escolasticãs, por mais especiosas que pareçam, será multada pela primeira vez na quantia de vinte cruzados para as despesas da Relação ou concelho; e pela segunda no dobro, e não será ouvido por via de appellação ou agravo, sem a depositar em juizo; e pela terceira será suspenso e privado para sempre de todo o officio publico e occupação, que tiver, e dos mesmos grãos academicos.

Censura.

Not. I. Parece-me este §. fugitivo quanto á parte penal, uma vez que se fórma separadamente um Código Criminal. Nelle devem entrar classificadas por sua ordem todas as especies de crimes, e as suas penas correspondentes; e ainda quando no Código das leis civis se ponhão leis prohibitivas, com tudo para o Código Criminal se deve reservar a qualificação do delicto, ou violação destas leis, e a sua sancção penal; e bastará fazer remissão para elle, como costuma fazer o mesmo compilador em alguns artigos deste Código, como é, por exemplo, no tit 47. §. 5., e nas Provas, e no tit. 43. da *Policia*, e nas Prov. §: *Tambem não declaro.*

Not. II. Quando se conserve a disposição penal deste §., acho que se deverá reformar na 2.^a parte. Não me parece ser o mesmo o crime do que requer expressamente contra a lei, e o do que a torce, e leva fóra da sua tenção, ou a interpreta com *intelligencias frivolas e subtilezas escolasticas*, para se impor a ambos a mesma pena: o primeiro é de presumir que o fez determinadamente e com dolo; do segundo não é claro que o fizesse dolosamente: póde succeder que o faça sem dolo, e até sem culpa. O pensar com subtilezas pende muito de diversas circumstancias: póde vir do fysico da maquina, e dos diversos grãos da imaginação de cada um; póde vir da má educação literaria e habito das escholas; dos livros, por que se estuda; da mesma complicação, escuridade e subtileza da lei: a muitos póde parecer subtil e frivolo o que a outros parecerá exacto e solido: o advogado haverá muitas vezes por boas as razões

e interpretações da lei, que parecem desassisadas e cerebrinas no juizo do julgador: os homens tem todos differentes maneiras de se representarem as cousas, e cada um terá a sua propria. É pois difficil, e ao mesmo tempo arriscado, caracterizar de delicto nesta parte a maneira de pensar e discorrer de cada um, por mais subtil e frivola que pareça; e pelo menos não se póde julgar tão criminoso o que assim discorre com estas subtilezas, como o que requer expressamente contra a lei; e não havendo proporção entre os delictos de um e de outro, não deve haver consequentemente a mesma pena.

Aggrava isto mais a clausula, que se acrescenta neste §., dizendo-se *por mais especiosas que pareção* (as intelligencias e subtilezas), porque leva as cousas *in infinitum*: ha razões falsas, subtis e cerebrinas, mas tão especiosas, e com taes ares e apparencias de solidez, que illudem e surpreendem facilmente os homens, que não são lidados em profundas meditações, e não tem um grande senso; homens de mais engenho, que discernimento. Bem se vê pois, quão difficil será consequentemente verificar um delicto no uso de taes razões, e quão arriscado e temeroso deve ser para a liberdade e direitos do cidadão ficar elle sujeito em cousas tão equivocas a uma similhante imputação. O meio sólido e seguro, e talvez o unico, de evitar as subtilezas frivolas, e a interpretação escolastica, é ter boa educação moral, boas escolas, bons professores, boas cabeças e consciencias; e não admittir ás funcções da advocacia e da magistratura outros homens, senão os que forem caracterizados por provas muito exactas e apuradas de sua sabedoria e probidade.

Not. III. A conservar-se este artigo do modo que se acha neste §., seria necessario acrescentar o seguinte:

I.º Qualificar mais este delicto com a clausula, que vem na Lei de 18 de Agosto de 1769 §. 7., na qual, mandando-se multar os advogados, que usão de raciocinios frivolos e sofismas, se acrescenta logo: — *sendo nelles convencidos de dolo.* = (Vid. tambem o Cod. do Imper. Lei 25. p. 17. e 18.)

2.º Seria tambem conveniente declarar, se o advogado, que fizer assignar clandestinamente por outrem as suas allegações, havendo já sido por isso multado segunda vez, e se os assignantes, que emprestão seus nomes, devem incorrer na mesma pena; o que não deixou em silencio a mesma Lei de 18 de Agosto no §. 7.

3.º Tambem se deveria acrescentar a pena do advogado, ou procurador, que aconselha, requer ou procura por palavra, ou por escripto contra alguma Ordenação, allegando que se não deve cumprir, nem guardar, nem por ella julgar, pela haver por contraria ao direito commum ou canonico, ou á razão e justiça; do que se falla nos §§. 6. e 7.º do tit. 48. do liv. I. das Ordenações.

4.º Tambem se não deve omittir aqui a pena dos ministros e julgadores, que julgão contra Ordenação e direito expresso, de que se falla na Ordenação do liv. I. tit. 5. §§. 4., 5. e 6. in fin.; o que não esqueceo no Codigo Goth. liv. II. tit. . . . Lei 23.

AO §. 18.

Texto.

As duvidas e contendas entre os nossos vassallos só poderão ser julgadas pelas leis, que vem neste nosso Codigo; e a este fim revogamos todas as anteriores á sua publicação, ou sejam extravagantes, ou incorporadas nas Ordenações do Reino; as quaes com tudo mandamos sempre conservar em beneficio da jurisprudencia, e para se poderem allegar, quando servirem de illustração ao direito novo actual e presente. Porém nos casos omissos terão auctoridade, sendo conformes aos principios e systema desta nossa legislação.

Censura.

Not. = *Entre os nossos vassallos.* = Cumprida dizer aqui, se tambem as duvidas e contendas entre o Principe e algum de seus vassallos nas causas civeis se havião de julgar indistinctamente por estas leis. O Codigo de Friderico não deixou passar em silencio esta materia. = *Enfin nous avons voulu déclarer (diz elle), comme nous déclarons par la présente ordonnance, que notre intention est, que les procès soient décidés selon la teneur de ce corps de Droit; et que nous ne prétendons aucune prérogative, ni faveur, tant par rapport à la poursuite des procès, où nous sommes intéressés, que par rapport à leur décision; qu' au contraire nous ratifions encore ici ce que nous avons ordonné dans le Code Frédéric. (P. 1. tit. 13., e P. 4. tit. 5.) Savoir que dans le doute, lorsqu' il s'agira d'affaire de peu d'importance, nous aimons mieux souffrir quelque perte, plutôt que de fatiguer nos fidèles sujets par des procès onéreux. (Part. 1. liv. I. tit. 2. §. 26. p. 23.)*

Texto.

Pelas leis, que vem neste nosso Codigo.

Censura.

Not. Bastaria dizer = *pelas leis deste Codigo;* = poupão-se tres palavras; e convêm poupar estas e outras mais, quanto é possivel, porque o Codigo seja breve.

Texto.

E a este fim.

Censura.

Not. Acho tambem desnecessaria esta clausula, que só serve de alongar o discurso.

Texto.

Texto.

Ao direito novo , actual e presente.

Censura.

Not. Bastaria dizer = *actual.* = Quanto mais palavras se fôrrem na legislação , tanto mais breve e comprehensivel será o Codigo para todos os vassallos. Nunca cessarei de inculcar este principio.

Texto.

Nem nos casos omissos.

Censura.

Not. Parece que é já um grande mal supponer-se ~~casos~~ omissos neste novo Codigo , havendo elles sido providenciados por nossas Ordenações anteriores , como neste mesmo §. se suppõe ; porque me persuado que um dos principaes trabalhos deste novo corpo de leis deveria ser compilar e recolher nelle todas as providencias de nossos maiores , que se achassem nas leis anteriores , e que podessem ainda hoje ter uso entre nós , não deixando de fóra um só caso ou artigo , que já por ellas tivesse sido previsto e determinado.

É verdade que as nossas leis já são em grande numero ; mas nem por isso ficaria impracticavel a sua redução ao novo Codigo , uma vez que só se compilhassem as uteis e necessarias no tempo presente , e se não fizessem repetições. Para isto conviria :

1.º Generalizar as regras e simplificar as leis , estabelecendo-as ao mesmo tempo de maneira , que podessem comprehender muitos casos semelhantes debaixo de poucas clausulas. As mais sabias leis , por exemplo , as dos Hebreos , e ainda as leis das 12 Taboas não continhão senão decisões geraes ; porém de tal sorte concebidas , que cada uma se podia applicar a mil especies. Póde servir de exemplo o Codigo de Dinamarca , publicado por

Christiano V., que passa por ser o mais breve, o mais claro e o mais simples, que se conhece hoje em toda a Europa; e ao mesmo tempo o mais proprio para decidir com muita facilidade e promptidão as controvercias, como se experimenta naquelle reino, segundo as observações de M. des Essarts no *Ensaio sobre a historia dos tribunaes*. Os Codigos militares, que decidem quasi tudo com uma admiravel brevidade, podem tambem aqui servir de exemplo.

2.º Practicar a arte de distribuir methodicamente sobre um plano bem formado as leis e os seus diversos artigos, reduzindo as especies aos seus verdadeiros principios, e dispondo as cousas por uma ordem tão gradual e successiva, que umas se deduzissem das outras, e se fossem enlaçando entre si: isto é, o que faria as leis geraes, simples, claras e breves. Para isto é que serve a exactidão do plano e do methodo, que se em alguma obra dos homens é necessario, o é por certo em um corpo de leis, aonde os menores defeitos nesta parte podem fazer a legislação vaga, dispersa, escura, complicada e numerosa.

3.º Cortar fóra os preambulos das leis; as razões ou claras ou desnecessarias; as amplificações; as palavras, expressões e clausulas inuteis; as cousas ou superfluas, ou desusadas, ou repetidas; as leis, que não servem senão de derogar as precedentes; as providencias de muitas ordenações anteriores, que tem por objecto casos particulares, que com duas ou tres palavras de mais ou de menos se podem comprehender em uma mesma lei.

4.º Reduzir á uniformidade, quanto o permittir o estado actual das cousas, a desvairada jurisprudencia de muitos artigos da nossa legislação, que se complicão e embaraço com a infinita variedade de diversas fórmãs, e differentes especies, em que se achão divididos, e que não é necessario conservar ainda hoje, como são, por exemplo, muitos artigos e especies de morgados, prazos, doações, testamentos, privilegios, jurisdicções, etc. Por estes e outros meios se podem compilar as leis, e reduzir a menor numero.

*Texto.**Terão auctoridade.**Censura.*

Not. I. Suppondo casos omissos nesta nova legislação, mas providenciados nas leis anteriores, a ellas se manda recorrer nos ditos casos. Mas quizes serão as consequencias desta prática?

1. Ficarã a nossa jurisprudencia desmedidamente crescida e volumosa: até aqui tinhamos um só Codigo, agora teremos muitos. Os philosophos mais sabios considerarão sempre a grande multidão de leis em um mesmo paiz como um defeito essencial na legislação: elles tiverão isto por um mal quasi tamanho, como a frequencia dos crimes, e por um signal evidente da corrupção do estado, assim como a multiplicidade dos remedios era uma das doenças do corpo humano; assentando por isso, que a probidade dos cidadãos, e a felicidade do estado andava sempre na razão inversa da multiplicidade das leis. Ao menos não se pôde negar, que ficando as leis em grande numero, como vem a ficar pela disposição deste §., farão longo e penoso o estudo da jurisprudencia patria; augmentarão as duvidas e incertezas na theoria e na prática; darão uso ás diversas interpretações e disputas; opprimirão os tribunaes e justicas; e arriscarão a sua devida observancia, dando occasião a sua mesma multiplicidade a se desprezarem e transgredirem com maior afoiteza e impunidade.

Já o Sr. Rei D. João I. havia sido algumas vezes requerido e avisado em Côrtes, que era grande a multiplicação das leis, e que por ella recrescião continuamente muitas duvidas e contendias, de maneira que os julgadores dos feitos crão postos em grande trabalho, que gravemente e com muita difficuldade os podião directamente desembargar, e que assim as mandasse reformar. (Prol. do liv. I. das Ord. de D. Affonso V.)

2. Vem a ficar a legislação não só numerosa,

mas dispersa e derramada em differentes Codigos e extravagantes, o que é outro grande defeito, que augmenta por extremo os inconvenientes e males, que já resultão da grande multidão das leis: de mais é máo (diz o Barão de Bielfeld p. 147. §. 15.) ter as leis dispersas, por quanto é necessario pôr a cada cidadão no estado de haver por um modico preço o livro de todas as leis, que deve saber e practicar. Em Hespanha as côrtes de Madrid de 1433 pedirão a D. João II., que as leis se pozessem todas em um só volume pela devida ordem, para que todos as podessem comprehender mais facilmente. (*Disc. prel. do Compend. das Partidas* p. 117.) E entre nós requerião o mesmo ao Sr. Rei D. João IV. os tres estados do reino, pedindo-lhe que entendesse na reformation e nova recopilação das Ordenações, recolhendo nella todas as leis, com a alteração, que fosse necessaria, e capitulos de côrtes, etc. (Prol. d'elRei D. João IV. ás Ord.)

3.ª Vem a ficar a nossa legislação sem unidade na doutrina: a sabedoria das leis depende da uniformidade dos principios, que as constituem: uma legislação, para ser boa, deve ser fundada na sua totalidade sobre os mesmos principios, edificada sobre a mesma base, e trabalhada sobre um mesmo plano seguido e uniforme: ora esta uniformidade não se pôde achar no meio de uma legislação composta successivamente, e nos diversos periodos de differentes e encontrados governos, e por differentes legisladores.

Com effeito a nossa legislação, considerada nos seus diversos codigos e extravagantes, é obra de muitas circumstancias contrarias, que se forão succedendo umas a outras: é uma mistura monstruosa de muitos usos e costumes, que tirão do antigo systema feudal, do fanatismo militar, do espirito de conquista, das prerogativas exuberantes da nobreza, das pretensões temporaes dos ecclesiasticos, e das luctas porfiadas entre a Igreja e o Estado: é uma compilação de leis romanas, wisigothicas, feudaes e canonicas; isto é, de contradicções reaes, e de principios de legislação de diversos povos, mal combinados com a nossa constituição; de

leis novas, que contrarião as antigas; de principios e consequencias de leis anteriores, em parte abolidas e abrogadas, em parte ainda subsistentes; de estabelecimentos uteis, e de ordenanças prejudiciaes; de males e de remedios; e é um corpo mal organizado, sem ligação e harmonia, aonde se forão sobrepondo successivamente materiaes informes e partes incoherentes, que se não ajustão, e que não tem união e conformidade entre si.

Um edificio destes, irregular e defeituoso, é melhor demolil-o todo e reedifical-o de novo, do que concertal-o; isto é, abolir antes codigos imperfeitos, refundindo todas as suas leis na legislação do novo codigo, segundo o uso, que possão ter entre nós, do que conserval-os na confusão e dispersão, em que se achão. (Vid. Filang., e o auct. dos *Principios da legislação univ.*)

Este plano havia já seguido em nossa Hespanha o Rei Recesvindo, refundindo todas as leis antigas em uma só compilação, e abrogando todas as que nella se não achassem: *Nullus prorsus ex omnibus regni nostri praeter hunc librum . . . pro quocunque negotio in judicio offerre pertentet; quod si praesumpserit, XXX. libras auri fisco persolvat* (liv. II. tit. 1. L. 10.). O Imperador José no Decreto, que vem no principio da 1.^a parte do seu Codigo universal, fez o mesmo: *Quamobrem respectu objectorum, in prima isthae codicis parte comprehensorum, omnes tam patriae, quam adoptatae extraneae leges a die isto abrogantur, ac inefficaces declarantur: unaque hi-ae interdicitor, nequis ad easdem quoquo modo provocet.* Com tudo a não se comprehenderem no novo Codigo todas as providencias das antigas Ordenações, que podem hoje ter uso, da maneira que tenho dito, nesta hypothese não posso deixar de confessar, que é um mal necessario o conservar-lhes auctoridade subsidiaria para os casos omissos.

Texto.

Sendo conformes aos principios e systema desta nossa legislação.

Censura.

Not. I. Com esta declaração se quiz aqui occor-
ver ao ultimo defeito, que acabamos de apontar, isto e,
a falta de unidade de principios e de conformidade de
doutrinas: tanto se conheceo a desordem, que podia
resultar da disposição deste §.! Mas o remedio não virá
a ser peor que o mal? Esta disposição pôde lançar as
cozas em um estado de grande perturbação e de incerte-
za; porque por mais que se inculque nas Provas, que
é facil a decisão das duvidas, que possa haver sobre a
conformidade, ou incoherencia das leis anteriores com
as do novoCodigo, temo que na prática se experimente
o contrario.

1.° Haverá um insano trabalho nas indagações e
combinações historicas e juridicas, que sera necessario
fazer sobre as antigas Ordenações, para vir no conhe-
cimento exacto de sua conformidade e harmonia com
os principios e systema da presente legislação. Nos
casos providenciados por este novoCodigo ha uma só
operação e trabalho, que é applicar a lei ao facto; mas
nos casos omissos vem a multiplicar-se as operações,
porque é necessario: 1.° ver se as Ordenações anteriores
são, ou não, conformes á legislação desteCodigo, para
se haverem por leis decisivas nos casos nelle omissos;
2.° fazer a sua applicação ao facto da controversia. Este
methodo porém é defeituoso, porque multiplica as
operações em lugar de as simplificar: nas maquinas mais
perfeitas a arte emprega o menor movimento, a menor
força, e as menos rodas, que é possível. Esta regra, diz
a Imperatriz Catharina, pôde ser util na legislação (p.
223. e 224.).

2.° Haverá uma grande incerteza na jurisprudencia,
porque a certeza da existencia, ou não existencia
da lei nos casos omissos no novoCodigo vem a depen-
der toda do juizo, que fizer o julgador, se a antiga
Ordenação, que os comprehende, é, ou não applicavel
e accommodada aos principios e systema do novoCodigo;
ou, o que vem a ser o mesmo, se é, ou não é
lei, que obrigue os subditos, e possa e deva decidir de

seus direitos e fortuna: nem todos os vassallos são capazes de fazer semelhantes combinações, nem lh'o podem permittir as necessidades da vida civil.

Não póde pois deixar de ser defeituosa uma semelhante legislação, em que ha leis, que não tem por si mesmas a notoriedade precisa para se saberem e praticarem; uma legislação, em que muitas ordenações, para se haverem por lei, e regra das acções dos subditos, necessitam que o juiz primeiro as julgue, e as declare por taes, o que faz por consequencia que venha a ser miseravel a condição dos vassallos, que não podem saber entre tanto, se nestes casos omissos tem, ou não, lei, que os obrigue, e possa regular os seus direitos, esperando receber o conhecimento da existencia da lei das contingentes interpretações e decisões do juiz. Por este modo haverá sentenças arremessadas, injustas e alheias de toda a tenção da lei; e a justiça se verá deslizada e trasalhada por toda a parte. É necessario tirar todo o arbitrio; as leis devem ser certas e fixas; os subditos devem sabel-as com toda a clareza e segurança, não do oraculo do juiz, que decida quaes ellas são, mas do mesmo Codigo, aonde ellas venhão.

3.º Haverá grande variedade nos juizos, julgando uns uma cousa por antigas Ordenações, que terão por mui confórmes e analogas ao novo Codigo, e outros julgando inteiramente o contrario, havendo-as por desconfórmes e mui alheias de seus principios e systema.

4.º Sendo a verificação da conformidade das Ordenações antigas com o novo Codigo uma operação de grandes e difficeis combinações, e ficando dependente do juizo e arbitrio do julgador, seguir se-ha muitas vezes uma de duas cousas: ou enganar-se o julgador, tomando por lei conforme e analoga aos principios e systema do novo Codigo a que realmente o não é; ou enganar aos outros, propondo-lh'a como propria e applicavel, quando elle mesmo reconhece que o não é. Eis aqui como se póde introduzir o juizo arbitrario.

Se o compilador receou tanto as interpretações logicas e doutrinaes, que julgou não ser util admittir as abertamente no Codigo; como logo neste §. franqueia

livremente a porta á illimitada liberdade dos julgadores, para poderem interpretar as antigas Ordenações, fazer juizo da tenção e sentido dellas, combinal-as com o espirito e systema do novo Codigo, e decidir de sua analogia e conformidade com elle, isto é, da existencia da lei? Não é isto introduzir abertamente a interpretação logica e doutrinal, que elle quiz recatar, e admittir tacitamente? E não é admitil-a com grande risco de se abusar della, não já sobre a applicação da lei ao facto, mas, o que é ainda mais difficil, complicado e temeroso, sobre a existencia ou não existencia da lei, que decida do facto?

Este foi o mesmo defeito da Lei de 18 de Agosto de 1769, que mandando seguir o direito romano nos casos omissos, quando fosse conforme á boa razão, veio por isso mesmo a abrir a porta, que pretendia fechar, á liberdade dos julgadores, dando-lhes o arbitrio de julgarem da bondade das razões e fundamentos das leis romanas; que foi o mesmo, que pôr na mão dos magistrados a existencia ou não existencia da lei: o que todavia moderou e corrigio depois de alguma sorte o legislador pela interpretação authentica, que deu á mesma lei nos *Estat. Acad.* liv. II. tit. 5. c. 2. §. 1.

Os nossos antigos legisladores, admittindo as leis romanas nos casos omissos, ao menos houverão-se nisso com summa cautela e providencia; porque querendo tirar os arbitrios dos julgadores, e reduzil-os a regras certas e constantes, abstiverão-se de commetter á sua discricção o juizo da bondade daquellas leis; mas suppondo-as fundadas em boa razão, as mandarão seguir sem outro algum exame, que o da sua applicação ao facto; havendo que era melhor soffrer algumas vezes os inconvenientes de uma lei ou dura, ou pouco accommodada ao estado actual das cousas, do que deixar dependente do juizo de diversos homens o exame da sua legalidade.

Este methodo pois se deveria adoptar neste Codigo, a querer-se conservar a auctoridade subsidiaria das antigas Ordenações, suppondo todas ellas conformes com o espirito e systema do novo Codigo, e mandando as

indistinctamente seguir na prática sem algum outro exame, que o da sua applicação ao facto. Reconheço que isto é um grande mal; mas é menor, que o que se póde seguir do arbitrio dos julgadores.

Not. II. A admittir-se a auctoridade subsidiaria das Ordenações anteriores, falta especificar em particular: 1.º que ordem e gradação auctorizavel, ou legal deve haver entre os diversos Codigos e extravagantes, quando forem encontradas as leis; duvidas, a que occorre em Hespanha a Nova Recopilação, mandando que as leis recopiladas preferissem ás do Fôro Real, e as do Fôro Real ás das Partidas (Castro *Discursos* I. §. 14.); 2.º se entre as antigas Ordenações, as posteriores se devem preferir ás anteriores sómente no caso, em que dellas se tenha feito derogação especifica na fórma da Ordenação do livro II. tit. 44., ou ainda que assim se não tenha feito menção dellas, como já notei; 3.º se pelas Ordenações anteriores se devem interpretar as leis do novo Codigo, dando-lhes as mesmas ampliações ou limitações, com que se acharem ampliadas, ou limitadas as mesmas Ordenações anteriores. Em Hespanha as leis da Nova Recopilação, que tem auctoridade absoluta e da primeira ordem, são commummente interpretadas, ampliadas, ou restringidas pelas leis do Ordenamento Real, que só gozão de auctoridade subsidiaria, e em falta de lei recopilada (Castro I. §§. 138. e 139.); 4.º falta dizer, se nos casos omissos deve ficar a auctoridade das Ordenações anteriores subordinada á prova, que fizerem as partes da sua conformidade com os principios e systema do novo Codigo; a quem incumbe esta prova, se ao que a allega a seu favor, se áquelle, contra quem se allega; e ainda a maneira de a fazer. (Vid. Castro p. 143. tom. 1.)

AO §. 19.

Texto.

As leis romanas, assim como outras quizesquer estrangeiras, não tem auctoridade alguma, nem ainda nos casos omissos, os quaes se acoitocarem, não podendo determinar-se por estas nossas leis na forma acima dita, nem por Asseutos da Relação, nos serão propostos para os resolvermos.

Censura.

Not. Ainda que reconheço que o corpo de direito romano é a collecção de leis mais copiosa e vasta; que até agora se tem visto; que nella se contém um precioso fundo de philosophia e sabedoria civil; que nos contractos e obrigações, excepto algumas subtilizas, é a expressão da mais pura razão e do bom senso; e nas mesmas leis criminaes, se tirarmos os Titulos doCodigo sobre os crimes de lesa majestade, e a questão: sem embargo de todas estas vantagens, não me atrevo a advogar a sua causa, e a encobrir os sentimentos do esclarecido compilador desteCodigo. As ponderações de Hoffman, de Donat, de Groning, de Pila-ti, de Olivier, de M. Bernardi, de Filangieri, do auctor do *Tractado das leis civis*, e de outros, que mostrarão os males, que se seguião aos estados, do uso de um direito estranho, fazem peso a todo o homem, que deseja o bem de seu paiz. Basta reflectir que o direito romano é um direito estranho e muito antigo; escripto em uma lingua morta; cheio de principios, que demandão muitos conhecimentos da antiguidade; e por consequencia um codigo de direito, que o povo não póde ler e conhecer, e que só os sabios comprehendem depois de longos annos de profundas meditações e trabalhos. Deve pois supprimir-se entre nós a auctoridade deste direito, que tão imperiosamente tem reinado nos tribunaes de justiça.

Mas o decreto, que o supprime, sortirá todo o seu effeito? Eis aqui o de que se póde duvidar com muita probabilidade. Na legislação não basta prohibir uma cousa, é necessario prevenir e remover os obstaculos, que podem estorvar a execução da lei, maiormente quando ha razão e fundamento mui provavel para os temer e esperar. E quaes são elles? A contrariedade, em que fica a legislação deste §. com o estado actual das cousas.

1.° Vem a ficar em contradicção com a actual constituição academica, aonde oito cadeiras de direito romano, e uma só de direito patrio em todo o curso juridico, farão sempre propender a balança para o direito romano. É verdade que os Estatutos mandão, que em todas as cadeiras de direito romano se dem as noticias competentes do direito nacional; mas a experiencia de muitos annos já tem mostrado, que o periodo das lições academicas é muito curto para correr as materias de direito romano, e abranger as de direito patrio.

Demais, sendo o direito romano o objecto capital das lições academicas, e o direito patrio como accessorio e secundario, succede pelo commum, que aquelle é o alvo principal das lições dos professores, e este apenas se toca perfunctoriamente. Ora o estudo, que se faz na mocidade, é o que causa maiores e mais frequentes impressões no curso da vida, e o homem segue sempre na prática as impressões, a que está acostumado de longo tempo: assim os professores, os advogados, os magistrados, os julgadores recorrerão sempre ao direito romano, que estudarão com preferencia ao direito patrio; e começando a principio por se servirem disfarçadamente das razões deste direito, acabarão por auctorizar declaradamente com elle os seus juizos e decisões, o que conveni reformar, para que a educação não venha depois a encontrar a lei.

Pela mesma razão se deve reformar tambem a determinação do §. 19. do liv. II. tit. 5. c. 2. dos Estatutos academicos, e a interpretação authentica, que nelles deu o legislador a Lei de 18. de Agosto de 1769, que se mandou expor e ensinar nas lições de direito da

Universidade; pela qual se declarou que nos casos inteiramente omissos não só podião, mas devião ter logar as leis romanas pelo poder de nossos Reis, que as adoptarão, todas as vezes que ellas se não oppozessem ao direito natural e das gentes, ao direito divino, e ás leis patrias, nem fossem sobre materias politicas, economicas, mercantis e maritimas, em que houvesse providencias nos Codigos das nações civilizadas; visto que o direito romano era o mais copioso, e tinha providenciado maior numero de casos, do que nas leis patrias, e era pela maior parte fundado em boa razão; e era conveniente que até nos ditos casos omissos houvesse uma lei e norma fixa e constante para decido das causas, para que a justiça não ficasse dependente do arbitrio dos juizes.

2.º Em segundo logar a legislação deste s. vem a ficar em contradicção com a mesma legislação deste Codigo no §. antecedente, em que se manda conservar a auctoridade legal das antigas Ordenações para serem subsidiarias do novo Codigo nos casos omissos nelle; porque sendo ellas fundadas em grande parte nos principios de direito romano, verdadeiramente se não podem muitas vezes entender, nem applicar exactamente sem o profundo conhecimento daquelle direito, e sem a sua allegação na prática.

3.º Em terceiro logar vem a ficar tambem em contradicção com a mesma prática das leituras dos bachareis no Desembargo do Paço, as quaes versão sobre os textos de direito romano.

Proibir pois a auctoridade deste direito, ficando subsistindo as necessidades de o estudar, e com ellas a educação romanesca, é pôr uma lei em combate com os costumes inveterados da nação, e por consequente difficil de practicar-se. Reconheço que é grande mal sermos obrigados a recorrer a um direito estranho; mas é maior mal prohibil-o, deixando subsistir ao mesmo tempo o habito ou a necessidade de recorrer a elle. Estas contradicções devião entrar em contemplação, quando se estabeleceo neste Codigo a total prohibição do direito romano nos casos omissos, para se aponta-

rem nas Provas as providencias, que primeiro se deverão dar neste particular, para que a disposição deste §. viesse a ter na prática o seu devido effeito. Talvez o compilador as dará na parte, em que tractar da educação litteraria, se por ventura este artigo tem logar na sua legislação, de que ainda não tenho toda a obra.

Texto.

Os quaes (casos omissos), se acontecerem, não podendo determinar-se por estas nossas leis, na forma acima dita, nem por Assentos da Relação, nos serão propostos para os resolvermos.

Censura.

Not. I. Os casos omissos, de que se falla em todo este §., são os casos omissos neste novo Codigo: logo parece que é escusada a clausula = *não podendo determinar-se por estas nossas leis*; = porque esta clausula vem a ser equivalente a esta = *os casos omissos nestas nossas leis, não podendo determinar-se por estas leis*; = e casos omissos no novo Codigo, e casos que se não podem determinar pelo novo Codigo, é uma mesma cousa. Seria pois necessario, se me não engano, evitar este vicio de hattologia, supprimindo a palavra *omissos*, e dizendo sómente = *os casos, que se não podem determinar por estas leis*; = ou alias mais brevemente = *os casos omissos nestas leis* ou neste Codigo. =

Not. II. Parece haver uma especie de contradicção neste §. com o §. antecedente. Aqui falla-se unicamente das leis deste novo Codigo, dizendo = *não podendo determinar-se por estas nossas leis*, = e ao mesmo tempo acrescenta = *na forma acima dita.* = Ora na forma acima dita, não só se tractou das leis deste novo Codigo, mas tambem das Ordenações anteriores a elle, a que se mandou recorrer, as quaes Ordenações nos casos omissos não se podem entender comprehendidas debaixo da clausula restricta = *por estas nossas leis*, = clausula, que só denota as leis deste Codigo. Por tanto

ou deve tirar-se a clausula, que diz = *na fórma acima dita*, = o que com tudo altera e restringe a legislação estabelecida no dito §.; ou devem especificar-se aqui não só as leis desteCodigo, mas tambem as das Ordenações anteriores a elle; ou devem reformar-se, o que é melhor e mais facil, a locução do ., e em lugar de dizer = *por estas nossas leis* = dizer tão sómente — *por nossas leis.* =

Not. III. Parece que aqui ha outra especie de contradicção; porque neste §. se suppõe claramente, que os casos omissos neste novoCodigo ou nas Ordenações anteriores podem ser ou ter sido resolvidos e providenciados pelos Assentos da Relação: isto com tudo não é exacto. Os casos omissos não são, nem nunca forão objecto dos Assentos da Relação, mas só as interpretações das leis escuras ou duvidosas, pois nunca se deu á Relação o direito legislativo. Quanto aos Assentos, que até aqui se tem tomado, é este um principio certo, estabelecido na Ordenação do liv. I. tit. 5. §. 5., em que se mandava tão sómente tomar Assentos, quando occorria duvida no entendimento da lei, o qual §. 5. se mandou observar na Lei de 18 de Agosto de 1769; e no liv. III. tit. 3. §. 2., e na Lei de 18 de Agosto §. 11., que impõe a obrigação de fazer saber a elRei os casos novos, para os providenciar; e é expresso da Carta Regia de 6 de Setembro de 1616, que vem na Collecção 2. ao liv. I. das Ordenações tit. 5. n. 16., em que se reserva ao Principe toda a mudança, ou alteração na fórma e substancia da lei. E com effeito a Ordenação no liv. III. tit. 64. não reconhece outras fontes de nosso direito, senão a lei do reino, e nos casos omissos não propõe outros principios de decidir, senão o estilo da Côrte, o costume, as leis imperiaes, os canones, as glosas, as opiniões de Bartolo, e a commum dos doutores. Pelo que os Assentos, segundo a nossa legislação antiga e actual, devem recaír sempre sobre a interpretação duvidosa da lei já estabelecida, e de nenhum modo podem decidir os casos verdadeiramente omissos, e constituir direito novo. Se se entendia alguma vez que a Casa havia excedido os limites de interprete, pe

confirmação a elRei; como no caso de alimentos, em que vem um Decreto a confirmar o Assento de 23 de Agosto de 1777.

Quanto á disposição deste novo Codigo, nelle se determina expressamente no §. 13. o uso dos Assentos, mas tão sómente quando houver duvida sobre a intelligencia e applicação da lei; e no §. 15. se manda que os ministros nesta intelligencia e applicação sigão inteiramente os principios e regras da solida e genuina interpretação, lembrando-se que não são mais do que uns interpretes auctorizados, cujo officio cessa necessariamente, todas as vezes que a lei, que veio em duvida, se não pôde applicar, segundo os mesmos principios, ao caso, de que se tracta. O mesmo auctor nas Provas ao tit. 42. do *direito da precedencia* diz assim: « Assentos da Relação tem havido muitos, e o ultimo se tomou em 22 de Outubro de 1778; mas não havendo lei, que se interprete, e de cuja intelligencia se duvide, não percebo como a Relação pôde ter auctoridade para fazer e tomar Assentos sobre um ponto omisso inteiramente pelas leis patrias.» E mais adiante diz o mesmo. Logo pela legislação deste mesmo Codigo os Assentos da Casa da Supplicação não são providencias de casos omissos, mas interpretações das leis escuras e duvidosas. Por tanto não se pôde suppor neste §. sem manifesta contradicção, que ha Assentos, que decidem os casos omissos nas leis. Parece-me pois que cumpre nesta parte retocar este §.

Not. IV. Parece-me depois de tudo isto, que ainda fica imperfeita e incompleta a disposição deste §.; porque admittindo-se adiante no §. 22. o costume em falta de lei escripta, devia aqui fazer-se especifica menção delle, e dizer-se que se devia recorrer ao Principe, sendo o caso omisso pelas leis, ou não havendo sobre isso costume, por que se podesse determinar; ou alias reservar, o que era melhor e mais methodico, o fallar deste recurso geral dos casos omissos para depois que se houvesse tractado do costume.

E com effeito a ordem e methodo pedia que primeiro se fallasse da lei escripta, e do costume, que é lei subsidiaria, e depois se passasse a fallar dos casos

omissos e do recurso ao Principe, visto que esta providencia devia abranger não só os que fossem omissos no direito escripto, mas tambem os que o fossem no direito consuetudinario; o que muito pelo contrario se fez neste Titulo, tractando-se do recurso ao Principe nos casos omissos, antes de se fallar do direito consuetudinario, do qual tambem se devia de entender a providencia. A Ordenação não deixou de ter este methodo, que apontamos, no liv. III. tit. 64. ; porque havendo fallado no proemio de casos determinados por lei do reino, ou estilo da côrte, ou costume em os ditos reinos, ou em cada uma parte delles longamente usado, e passando nos §§. 1. e 2. a fallar dos casos omissos, diz que o caso, se não for determinado por lei de nossos reinos, estilo ou costume, etc., ou por algum dos outros modos, que alli se apontão, se notifique ao Principe para o determinar.

AO §. 20.

Texto.

E pelo que toca ao direito canonico, mandamos que se observe inviolavelmente nas assemblêas e consistorios ecclesiasticos, e nas materias, que forem da competente e privativa inspecção da Igreja. As causas temporaes e profanas entre leigos e clerigos, ou sejam civis, ou criminaes, que no juizo ecclesiastico se tractarem, serão precisamente julgadas, decididas e processadas por estas nossas ordenações.

Censura.

Not. I. É constante que o direito canónico, assim do Decreto, como das Decretaes, contém muitos artigos contrários ás temporalidades dos Reis, aos direitos dos Bispos, ás liberdades da Igreja, e ao verdadeiro espirito da disciplina canonica, pelos quaes se pretendeo estabelecer e apoiar o poder absoluto e illimitado dos Pappas, e a prepotencia da Curia Romana. Logo mandar
observar

observar o direito canonico inviolavelmente, e em toda a generalidade, em que aqui se põe; é approvar e autorizar por uma lei do estado todos estes artigos contêidos nelle.

Nem se pôde salvar isto, dizendo-se que só se manda observar o direito canonico nas *materias, que forão da competente e privativa inspecção da Igreja*; por quanto 1.º uma vez que os artigos, que verdadeiramente pertencem ás temporalidades dos Reis, ou são contra a sua soberania e independencia, se achão no corpo do direito canonico, e auctorizados com varios pretextos e sob cor de religião e de piedade, como realmente se achão, podem dar occasião a que se tomem por *materias proprias e privativas da auctoridade e poder da Igreja*; 2.º porque nas mesmas *materias puramente canonicas da competente e privativa inspecção da Igreja* ha muitos artigos no Decreto e nas Decretaes, destructivos da boa ordem e policia ecclesiastica, e contrarios ás liberdades da Igreja; e aos direitos episcopaes, que necessitão de reforma, e se não devem hoje praticar; ao menos vem a ser mais difficil a sua reformação para o futuro, uma vez que assim fiquem solemnemente auctorizados com tanta generalidade por uma lei do estado. Nem se pôde entender bem como aqui se manda observar inviolavelmente o direito canonico em toda esta generalidade, quando no §. seguinte se tira toda a auctoridade e força ás constituições dos Bispos, que formão a principal porção do direito ecclesiastico nacional, com o motivo de conterem muitos artigos *opostos á soberania e independencia do poder temporal*; pois que é certo que estes defeitos são os mesmos, que se contêm no corpo de direito canonico, que não estão hoje em uso, e outros, que são pouco accommodados ao estado actual de nossa Igreja.

Pelo que me parece: 1. que se deve supprimir a palavra *inviolavelmente*; 2. que se deve usar da clausula restrictiva, que denote os *devidos e competentes termos*, em que se deve observar o direito canonico, como fez o Sr. Rei D. João I. na resposta, que deu ao capitulo 52. do requerimento, que fizeram os

ecclésiasticos sobre se não guardar o direito canonico; dizendo *que elle sempre o mandou guardar em seu fóro, e que mandava que se guardasse nos casos, em que se devia guardar*; ou como vêm na Lei de 18 d'Agosto de 1769, a que aqui se refere o auctor, que mandando observar no §. 12. *os textos de direito canonico pelos ministros ecclesiasticos em seus consistorios, accrescentou logo = nos seus devidos e competentes termos.* Estas e outras clausulas equivalentes se devião adoptar neste §.

Texto.

Nas materias da competente e privativa inspecção da Igreja, e nas causas temporaes e profanas entre leigos ou clergos, ou sejam civis, ou criminaes, que se tractarem no mesmo juízo ecclesiastico, serão precisamente julgadas por estas ordenações.

Censura.

Not. Segundo a força do termo = *privativa*, = e o que se diz nas notas, se vê que aqui se suppõe não haver outra differença, que a de causas *mere ecclesiasticas e espirituas*, da *privativa intendencia da Igreja, e de causas mere civis e temporaes*, da *privativa direcção do estado*; o que mais decisivamente se estabelece no Tit. 18. *do fóro da causa*, em que ficão extractas com todos os seus effeitos as causas chamadas *mixtas*, e se declara que todas as causas e contendas judiciaes são ou civis ou ecclesiasticas, e se dá por abolido o direito de prevenção e alternativa. Não intento por ora fallar aqui das causas, que em particular se chamão *mixtas*, o que pertence ao Tit. 18., mas só em geral de todas as causas, que participão de uma e outra natureza, espiritual e temporal, e que se não podem facilmente reduzir a uma das duas classes, a que o auctor as suppõe reduzidas. Reconheço que mui util seria separar entre si as cousas sagradas e politicas, e reduzir tudo, quanto fosse possível, a estas duas unicas classes:

com tudo receio que isto se não possa practicar tão facilmente como se imagina.

Ha causas, que parecem ser *mixtas* pela mesma natureza e diversas relações das cousas. A Igreja é uma sociedade, e como sociedade consta de pessoas, que são ao mesmo tempo cidadãos do estado; consta de logares consagrados ao culto, que estão dentro do imperio; consta de bens necessarios para a sustentação deste culto e de seus ministros, que são ao mesmo tempo bens da república; consta finalmente de certa ordem, disciplina e policia externa; e certo que todas estas cousas podem ter ao mesmo tempo uma grande influencia no corpo civil do estado. Finalmente ha cousas, que interessão igualmente a ordem pública da Igreja, e a da sociedade civil. D'aqui pois resultão necessariamente as mutuas dependencias e relações, que tem as pessoas, accões, logares, bens, e cousas da Igreja com os interesses do Estado: d'aqui o concurso de motivos, assim ecclesiasticos, como civis e politicos, sobre estes objectos; e por consequencia os direitos da Igreja e do Estado, ou de ambos os poderes sobre as materias disciplinares. Sendo isto assim, não podião deixar de resultar desta mutua relação e concurrencia muitas causas mixtas e participantes de uma e outra natureza, como são, por exemplo, as dos dízimos e bens da Igreja, as dos votos, das causas beneficiaes, matrimonios, padroados, excommunhões em certos crimes, como no sacrilegio, na blasfemia, no perjurio, na simonia, etc.

Estas considerações: 1.º forão causa de que se fizessem alguns casos *mixti-fori*, e se introduzisse o direito da alternativa e o da prevenção, para que a jurisdicção prevena por um dos dous poderes em um caso não podesse exercitar-se pelo outro; 2.º forão causa de se formar o verdadeiro plano de concordia entre a Igreja e o Estado, que suppõe precisamente esta mistura e concurrencia de razões e de causas; concordia, pela qual a Igreja cedia, e suspendia muitas vezes o effeito de suas leis canonicas, quando preponderavão razões politicas; ou o Principe o effeito de suas leis civis, quando preponderavão razões ecclesiasticas; ou

estabelecção o direito da alternativa e prevenção, quando erão iguaes as razões e motivos de ambos os poderes. Pelo que muitos dos artigos das chamadas concordatas, que se fazião no concurso e collisão de razões ecclesiasticas e politicas, para se assentar sobre a fórma e direcção dos negocios da Igreja, que o erão ao mesmo tempo do Estado, e muitas das convenções havidas sobre a prevenção e alternativa, que se apoiavão nestas regras, não erão, quanto a mim, tão destituidas de fundamento e de razão, como vulgarmente se tem dito.

Além destas relações e dependencias reciprocas, que nascem da mesma natureza das cousas, ha outras, a que podemos chamar *adventicias*, que se formão pelos privilegios e temporalidades, que os Principes concederão á Igreja, e muito mais pelo uso e práctica de se tractarem as causas *mere ecclesiasticas*, não com a simplicidade do antigo estilo dos juizos canonicos, mas com toda a fórma e apparatus do fóro externo, que muito prevaleceo desde o seculo 12., o que foi outra origem das concordatas e causas mixtas; porque todas estas cousas, sendo de per si temporaes e civis, mas annexas ás ecclesiasticas de longo tempo, vierão a ter mutuas relações com ambos os poderes, e a complicar-se entre si de maneira, que em alguns artigos, em que podia haver maiores dúvidas e conflictos, foi necessario fazer concordias, usar de certo temperamento e economia, e introduzir o direito da alternativa e o da prevenção.

Sendo isto assim, para que todas as causas se podessem reduzir hoje ás duas unicas classes de *mere espirituales e mere civis*, seria necessario: 1.º combinar, dividir e fixar com muita ordem, clareza e distincção as causas, que por suas diversas relações com os deus poderes participão de uma e outra natureza, pondo-as ou na ordem ecclesiastica, ou na ordem secular, segundo preponderassem mais razões, ou ecclesiasticas, ou civis, o que com tudo seria obra de muitas combinações e difficuldades, que não vejo que se emprehendesse no titulo 18. *do fóro da causa* da maneira que aqui a considero; 2.º separar e desmembrar da Igreja todas as temporalidades, que complicão o seu governo com

o governo civil, e reduzir as cousas ao seu estado primitivo, o que com tudo nem se faz neste novo código, nem seria hoje practicavel sem uma grande transformação.

Nem isto se pôde salvar, dizendo que bem se pôde conservar esta mistura e união de cousas espirituaes e temporaes na Igreja, e com tudo tractarem-se aquellas segundo o direito canonico, e estas segundo o direito civil; porque em quanto se não tomarem outras medidas, em quanto se conservarem as temporalidades annexas á Igreja, e em quanto houverem de occorrer muitos mais casos, que os que se enumerão e distinguem no titulo 18. *do fóro da causa*, recrescerão sempre immensas dúvidas e disputas sobre a natureza das mesmas cousas, se participão mais de espirituaes, se de temporaes; se preponderão mais razões e motivos politicos, se os ecclesiasticos, etc. Mas disto fallarei ainda nas notas ao titulo 18. *do fóro da causa*. Por ora concluirei de tudo isto, que me parece que não convêm no presente estado das cousas reduzir todas as causas a *mere espirituaes e mere temporaes*, e que por isso se deve supprimir o termo = *privativa*, = de que se usa neste §., como denotando só as causas *pure espirituaes*, e dizer tão sómente *materias da competente inspecção da Igreja*, ou sómente *da inspecção da Igreja*, como se faz na Lei de 18 de Agosto de 1769. §. 12., o qual termo comprehende tanto a inspecção propria e privativa, como a que é mixta e commum a ambos os poderes.

Texto.

As causas temporaes e profanas.

Censura.

Not. Bastaria um destes dous epithetos.

Texto.

Serão precisamente julgadas, decididas e processadas por estas nossas ordenações.

Censura.

Not. I. Dizendo-se = *judgadas*, = não é necessario accrescentar = *decididas*. =

Not. II. Em vez de se dizer = *judgadas e processadas*, = seria melhor, segundo a gradação natural das cousas, dizer = *processadas e judgadas*; = pois que a sentença é a ultima parte e complemento do processo: ou alias dizer tão sómente = *processadas*. = Juizo é toda a discussão da causa, que dura desde a citação, ou da lide contestada até á sentença *inclusive*; e neste sentido é juizo todo o processo.

AO §. 21.

Texto.

As constituições dos bispados, não sendo por nos confirmadas, não tem força e auctoridade de lei; e muito menos os estatutos das communidades, collegios, ou quaesquer outras corporações, assim ecclesiasticas, como seculares; os quaes só poderão obrigar como pacto aos seus individuos, e nem ainda assim obrigão, sendo contrarios ao direito público ou particular de nossos reinos, na fórma das outras convenções.

Censura.

Not. I. Supponho como certo, que se não falla aqui nem do regio beneplacito para se publicarem as constituições dos bispados, nem da licença para se imprimirem, que são direitos diversos do direito de confirmação.

Entendendo-se pois este §. do simples direito de confirmação, julgo que elle não poderá passar sem alguma declaração; de outra sorte dar-se-lia neste §. um golpe mortal nos direitos proprios e privativos dos bispos e do clero, e por consequente na independencia e auctoridade espiritual da Igreja. As constituições dos

Bispados ou se considerão na parte, que tem de temporal e civil, ou na parte puramente canonica e espirital: pelo que toca á parte temporal, as constituições dos bispados não tem força e auctoridade de lei do estado, nem podem produzir effeitos civis, em quanto o Principe as não confirma e auctoriza como lei, pois que nas cousas temporaes não pôde haver lei, que não traga a sua origem da auctoridade do Principe; mas quanto á parte canonica e puramente espirital, não deixão de ter força e auctoridade de lei ecclesiastica em toda a diocese, porque emanão de um principio legitimo, qual é o poder e auctoridade do Bispo e do seu clero, que constituem o corpo da Igreja diocesana, a quem por instituição divina compete o poder de regular pelas regras da disciplina canonica tudo o que for necessario á salvação de seu rebanho.

Nem se pôde suppor subordinação e sujeição nesta parte ao poder e auctoridade civil na ordem politica, sem se destruir a independencia e auctoridade suprema da Igreja na ordem moral. Por tanto não se pôde dizer indefinidamente e com esta generalidade, que as constituições dos bispados não tem força e auctoridade de lei, senão sendo confirmadas pelo Principe, visto que na parte puramente canonica a tem ellas de sua mesma natureza, pelo poder e direito proprio das mesmas pessoas, que as constituem independentemente do poder civil e temporal. É necessario não saltar estas balizas e linhas de divisão, que separão os dous poderes, e fazem com que ambos sejam supremos e independentes na sua ordem: o poder e auctoridade do Principe na ordem civil; e o poder e auctoridade da Igreja na ordem moral. Toda a cautela é precisa em semelhantes asserções feitas em um corpo de leis, pois correm risco de se tomarem em differente sentido, que certamente lhe não quiz dar o sabio compilador deste Codigo.

Parece que o que deu occasião á disposição deste §., foi haver-se aqui confundido o direito de confirmação com o direito de placito regío: com tudo são cousas entre si diversas. A confirmação tomada no seu senti-

do jurídico e rigoroso é um acto de superioridade a respeito do inferior, pelo qual se faz firme e estavel uma cousa, e se lhe dá a força e auctoridade legal, que não tinha; o placito regio, a respeito das cousas puramente canonicas, é um acto de inspecção politica, pelo qual o Príncipe declara, que nas constituições ecclesiasticas não ha cousa alguma contra o estado, e que se podem publicar em seus reinos, auctorizando-as não para a validade da lei canonica, que lhes não compete para a sua execução territorial. A respeito pois das constituições e leis ecclesiasticas, na parte, em que ellas são puramente canonicas, tem o Príncipe este direito do placito regio, e o pôde exercitar, se quizer, como se practica a respeito das letras e constituições apostolicas. Prescindo aqui da questão, se o mesmo placito regio se deve pôr em uso a respeito da publicação das constituições dos bispados, de que teremos ao diante occasião de fallar. Não tem porém o Príncipe o outro direito de confirmação; porque alias viria elle a ser superior aos bispos na ordem ecclesiastica, e a ser verdadeiramente o legislador e auctor das leis canonicas.

Not. II. A disposição deste §. na generalidade, em que esta concebido, comprehende todas as constituições dos bispos, actuaes e futuras; porque ainda que nas Provas se falle tão sómente das constituições actuaes, com tudo no texto da lei, que é o que tem de apparecer, a disposição do §. é indefinida e illimitada, formando uma regra geral e absoluta, e de maneira, que mostra comprehender todas e quaesquer constituições, que haja actualmente, ou possa haver para o futuro, se reformarem e fação novas constituições, puras de todas aquellas temporalidades, que complicação o governo da Igreja com o do Estado, e reduzidas tão sómente ás cousas puramente espirituaes e canonicas; e neste caso semelhantes constituições nenhuma dependencia podem ter da confirmação do Príncipe, mas só do placito regio, para a sua execução.

Not. III. Ainda suppondo que este §. se deva entender tão sómente das constituições actuaes, posto que haja, como ha na verdade, razões muy boas para

se mandarem reformar, não as ha com tudo para lhes tirar entretanto a auctoridade e força de lei, que até agora tiuhão. As razões, que dá o auctor, são estas: *que as constituições dos bispados forão feitas na errada opinião do poder da Igreja nas cousas temporaes, e de que os bispos por direito proprio podião regular como quizessem os seus auditorios, e os mesmos negocios profanos, debaixo de varios pretextos; que por isso as constituições a cada pagina contém disposições miseraveis e diametralmente oppostas á soberania e independencia do poder temporal, que são indignas deste seculo; e que necessitão de refôrma.*

Não contesto estes defeitos, mas noto: 1.º que se estas razões são decisivas, por certo o deverião ser igualmente a respeito do corpo de direito canonico, a ser o auctor coerente e consequente em seus principios; pois que todos estes defeitos, que se notão nas constituições dos bispados, são os mesmos, que tantos varões sabios já tem notado no Decreto de Graciano e no corpo das Decretaes, o que ninguem ignora hoje; nem as constituições nestes artigos forão feitas debaixo de outros principios e doutrinas, que não fossem os das Decretaes e do Decreto.

Nem se pôde bem combinar como aqui se nega por estes motivos força e auctoridade ás constituições dos bispados, e se dá ao mesmo tempo no §. antecedente absoluta e illimitada ao corpo do direito canonico, mandando-o inviolavelmente guardar. Poderia parecer a alguèm, que este systema se dirigia a promover os interesses dos Papas, e a deprimir a auctoridade dos Bispos; mas eu, que conheço e respeito as luzes e probidade do auctor desteCodigo, nunca lhe farei a injuria de lhe attribuir semelhantes sentimentos.

Accrescentarei ainda, que se alguma differença se deve pôr entre as constituições e o corpo de direito canonico, é toda a favor das constituições: 1.º porque ellas contém menos artigos contra as temporalidades dos Principes, do que se achão no corpo de direito canonico, sendo já feitas ou emendadas em tempos de maior luz, e muitas dellas sobre as doutrinas dos padres de Tren-

to; 2.º porque na ordem das collecções canonicas, em que entrão, são as que merecem maior contemplação, por serem o direito ecclesiastico particular da nação, e por conterem em si as regras universaes, ou a parte da disciplina universal, que se julgou ser mais applicavel e accomodada aos usos, costumes, privilegios e necessidades da Igreja nacional; 3.º porque se conformarão mais com as nossas mesmas Ordenações, que seguirão em muitas cousas; 4.º porque tem sido aqui approvadas por tacito consentimento de nossos Príncipes; 5.º porque muitos dos artigos, que tocão, de temporalidades, e que necessitavão de reforma, estão já em desuso e sem vigor, reconhecendo hoje em Portugal os Bispos e ecclesiasticos, que as temporalidades da Igreja são direitos e privilegios dependentes da auctoridade civil, e que o poder ecclesiastico não póde emprehender cousa alguma sobre o poder temporal dos Príncipes.

Accresce que havendo-se determinado no §. antecedente, que o direito canonico se observasse nas materias da competente e privativa inspecção da Igreja, e que as causas *temporales e profanas*, entre leigos ou clerigos, ou fossem civis ou criminaes, que se tractassem no juizo ecclesiastico, se devião precisamente processar e julgar pelas Ordenações; ficava salvo, no systema do compilador, o prejuizo e damno, que podião resultar da auctoridade e observancia das constituições nos artigos relativos ás temporalidades, devendo por isso mandal-as observar na parte méramente canonica, ou nas materias puramente espirituaes e ecclesiasticas, assim e da maneira que o mandou a respeito do direito canonico.

Not. IV. Dando-se as actuaes constituições por de nenhuma auctoridade, e sendo provavel ou antes certo, que muito tarde se faça a reformação de todas ellas, vem entretanto a ficar as Igrejas diocesanas destes reinos e todos os seus subditos sem lei canonica particular, que os reja, accomodada aos costumes, usos, privilegios e necessidades de seu estado actual, e sem outro direito, que o geral e commum, que nem lhes é proprio e accomodado em todas as suas providencias,

nem lhes pôde ocorrer a todas as suas necessidades. Que desordens pois, que perturbações se não seguirão em toda a Igreja nacional de simillhante disposição? As mesmas, que se seguirão no estado civil, se se extinguisse de repente a auctoridade da legislação actual pelo titulo de ser imperfeita e defeituosa, sem haver entre tanto outra, que a podesse substituir. Confesso que é grande mal termos constituições tão imperfeitas; porém maior mal seria não ter nenhuma, ficando as Igrejas muitos annos sem constituições, que as governassem. Do que tudo concluo, que posto que as actuaes constituições necessitem de reforma, como na verdade necessitam, todavia convém conservar-lhes toda a força e auctoridade, que tem até agora, em quanto se não reformão e fazem outras, mandando-as observar nos seus devidos e competentes termos.

AO §. 22.

Texto.

E porque é necessario tambem fixar a força e auctoridade do costume, declaramos que a tem em falta de lei escripta, e que por elle se deve julgar, todas as vezes que for racionavel, conforme, ou além da lei, e usado de tão longo tempo, que ao menos chegue a cem annos.

Censura.

Not. Este §. e os dous seguintes, com que se põe remate a este Titulo, contêm a segunda parte da materia annunciada na rubrica, isto é, o costume, ao qual se dá força e auctoridade em falta de lei escripta. Toda a legislação destes tres §§. é fundada no §. 14. da Lei de 18 de Agosto de 1769. Aqui porém não se distingue o direito não escripto *consuetudinario*, que se introduz pelos actos e costumes dos cidadãos com o tacito consentimento do Principe, do direito não escri-

pto *tradicional*, que foi a principio promulgado expressamente e transmittido aos vindouros, mas só por tradição, e não por escriptura, de que falla Boehmero *Introd. in jus Digest.* p. 26.

Not. II. Não me atrevo a censurar a legislação, que erige o costume em lei; e reconheço que um costume racional e bem estabelecido por um uso constante, caracterizado e authenticado com todas as qualidades, que o legalizão, é uma grande lei; que os povos se deixão governar, mais pelo costume, que pela lei; que todos os consultos o considerárão sempre como o melhor interprete das leis, e como o mais seguro subsidio em falta dellas; que todos os reinos em seus codigos tem admittido a sua auctoridade, e por ella se tem regido em muitas cousas, como reconhecendo, segundo se explica a Imperatriz Catharina, que as leis são ordens particulares e circumstanciadas, que emanão do legislador; os costumes e os usos, constituições, que vem de toda a nação (art. 6. p. 23. §. 53.); que em fim no estado actual de imperfeição, em que está, e estará talvez ainda muitos tempos, a legislação da Europa, quasi se não pode passar sem este soccorro e supplemento.

Quanto a nós, menos ainda me atreveria a reprovár o costume. Nós temos muitas leis tradicionaes e consuetudinarias, assim publicas, como particulares; muitos costumes derivados de nossos antigos usos, alvedrios e facanhas, respeitaveis por uma longa tradição de nossos país, que nos conservão uma grande parte do primitivo systema de nosso governo, e do espirito da nossa legislação; e muitos costumes interpretes de nossas leis escriptas, que nossos Principes contemplárão sempre como subsidios da legislação do estado, etc.

Com tudo este artigo do costume encontra tantas e tão graves difficuldades, que, a entrar neste Codigo, seria necessario propol-o com outra largueza, individuação e cautela, que se não acha nos tres curtos periodos, em que elle vai proposto neste Titulo. Resumirei aqui o que escriptores muito sabios tem já dito e ponderado neste assumpto, para dar uma pequena mostra dos inconvenientes, que se achão nesta parte da legislação, e por

consequencia da necessidade , que ha, ~~ou de~~ ~~de~~ supprimir a auctoridade legal do costume , ou de tractar este ponto com mais cuidado e providencia.

1.º O costume tem menos limites , que a lei escripta. Na lei escripta as palavras são verdadeiramente uma linha , que circumscreve as circumstancias das cousas , e uma baliza , que demarca exactamente as raias , em que se devem conter as acções dos subditos ; nella se expõem claramente a norma ou regra aos olhos dos cidadãos , para a saberem e practicarem : porém o costume , não sendo legalmente escripto , e subsistindo tão sómente em uma especie de tradição e de observancia , não tem limites tão fixos e abalizados , que não fique sempre muito vago e susceptivel de alteração e mudança , vindo a ter a mesma fluctuação , que as palavras vocaes e momentaneas e os factos passageiros dos homens , e a ficar por consequente exposto a muitas interpretações , addições e variações , e até a provas muito incertas e indefinidas , o que faz a legislação equivoca , obscura e duvidosa. De mais , que consistindo o costume em factos , e em factos qualificados , póde succeder , que muitos dos subditos os ignorem , e por consequencia o direito , que resulta delles. Pelo que parece ser um grande abuso na policia humana , querer governar os homens por outros meios , que não sejam as regras definidas , fixas , constantes e notorias , que possão ser exactamente conhecidas de todos os vassallos.

2.º Os costumes tem o mesmo defeito das leis muito antigas ; porque sendo formados , como ellas , em tempos ou escuros e barbaros , ou remotos de nossa idade , vem a ser em muitas cousas mui pouco accommodados ao estado actual da nação , e a não convir a um povo constituído em tempos posteriores , e em circumstancias mui diversas : donde uma legislação nova e accommodada , como deve ser , ao estado e constituição actual da nação , que ao mesmo tempo erige os antigos costumes em lei subsidiaria , corre risco de vir a formar uma enorme mistura de leis e de costumes incompativeis , de que póde resultar na practica um grande numero de contradicções inevitaveis.

3.º Ha uma grande difficuldade em provar a existencia do costume, o que não é necessario na lei escripta; e é já um grande mal ser preciso provar a existencia da lei, e de um modo evidente e incontestavel. Inglaterra o reconheceo, que só para esta prova destinou varios juizes (Blackstone tit. 1. §. 110.): e com effeito o meio e via de conhecer e authenticar o costume é assás difficil e penoso. Este reconhecimento, diz Blackstone com razão, é o resultado do estudo e experiencia de vinte annos, e de um trabalho, a que o homem se tenha acostumado de longo tempo: porque lhe é necessario indagar os usos legaes nos registos dos tribunaes e nas decisões judiciaes; revolver as obras dos consultos; recorrer aos numerosos volumes de decisões e julgados; consultar os testemunhos da historia, e os exemplos e factos, em que com tudo se confunde muitas vezes a usurpação com o uso, e a possessão se toma por um direito.

4.º Ha outra grande difficuldade em conhecer e provar a legalidade do costume, isto é, em verificar no costume as qualidades legaes, que o caracterizão por tal, o que não ha a respeito da lei escripta; porque não tendo o costume o sello da lei, senão sendo racional, conforme ou além da lei, e de tempo immemorial, de necessidade hão de recrescer muitas dúvidas e incertezas sobre a verificação destes tres requisitos. Maiormente as haverá sobre o da sua racionalidade; porque não podendo esta ser definida e demarcada nas leis, e opinando os homens, como costumão, mui diversamente uns dos outros sobre o que é, ou não, racional, não pôde deixar de haver nesta parte uma grande variedade de juizos. O que tudo fará com que a legalidade do costume, e consequentemente a existencia da lei fique toda dependente da vontade e juizo do magistrado, e os subditos entre tanto incertos, se este ou aquelle costume é, ou não, lei, que os governe; seguindo-se por consequente os mesmos males e desordens, que já notei no §. sobre o recurso, nos casos omissos, áquellas Ordenações anteriores, que forem conformes ao systema deste novoCodigo. Em uma palavra, é má toda a lei, que

para se haver por tal, é primeiro necessario mostrar a boa razão, em que é fundada.

Se o meu juizo pois pudesse merecer contemplação, votaria com a lei do Imperador José no c. 1. *de legibus* p. 1. do seu Codigo universal: *Quin ne in iis quidem casibus, de quibus lex nihil statuit, consuetudo aut valebit unquam, aut vim obligandi habebit. Si quando de istiusmodi casibus certa quaedam atque generalis constitutio necessaria, aut utilis saltem existimata fuerit, Princeps interpellandus erit;* p. 10.

Estes são os sentimentos de muitos escriptores, que tractarão da sciencia da legislação, os quaes considerando estas e outras muitas difficuldades e embaraços, forão de voto, que se não devia admittir o costume como lei. Taes forão entre outros M. Servant nas *Reflexões sobre alguns pontos das leis de França* (tom. 7. *Bib. Filos. da lei* p. 217.), M. Dentand no *Ensaio sobre a jur. crim.* tom. 1. §. 5., o Barão de Bielfield nas *Inst. politic.* p. 192., o moderno João Francisco de Castro nos *Discursos criticos sobre as leis* tom. 1. p. 183. 184., etc.; e por trazer aqui os sentimentos do compilador deste Codigo, elle mesmo na sua resposta á censura, que lhe fiz, do plano, reconheceo as difficuldades, que costuma haver no direito consuetudinario, até o ponto de o não querer admittir em materia de direito público nacional: *As leis não escriptas, diz elle, ou tradicionaes e consuetudinarias, e o argumento do tacito consentimento dos Príncipes ou do povo nada valem ou muito pouco no estado monarchico nas mesmas materias pertencentes ao direito particular; quanto mais no direito público? E como se ha de provar essa tradição e costume, principalmente não se havendo reduzido a escriptura? Que falsidades e intrigas póde haver nessa prova? E como se poderão coalhar, legitimar e qualificar esses usos e costumes?*

Se isto assim é, estas e todas as mais reflexões, que acabo de fazer sobre o artigo do costume, devião pôr o compilador em cautela, para que, uma vez que nelle fazia entrar o costume com força de lei, o fixasse com toda a clareza, distincção e ordem, e com mais largueza

précavesse as principaes questões, que frequentes vezes se suscitão nesta materia; e isto é o que me parece que se não fez neste Título: pois que nelle se fallou muito pouco do costume, e tão vagamente e com tanta estreiteza, que uma materia tão extensa, tão difficultosa e complicada, como esta, que talvez demandaria um Título inteiro de per si, se absorveo toda em tres curtos periodos, nos quaes se reduzio verdadeiramente a estas duas unicas regras muito geraes e vagas: 1.^a que o costume só val em falta de lei, sendo racional e de tempo immemorial; 2.^a que os casos julgados e estilos não tem auctoridade legal; e com isto se deu por acabada a legislação sobre o costume. E isto é em geral, pelo que toca á legislação deste Título sobre o costume. Passo agora em particular ao exame de cada um dos tres §§.

Principia o §. 22.^o

E porque é necessario tambem fixar a força e auctoridade do costume.

Not. I. Tudo o que o legislador determina, deve suppôr-se necessario ou útil; portanto parece escusado começar este §. pela necessidade, que ha, de fixar a força e auctoridade do costume. A brevidade necessaria em um codigo, e a mesma dignidade do legislador, que nelle falla, pede que se proponha a lei sem estas resalvas.

Not. II. Seria necessario fallar aqui com distincção das diversas especies de costume: 1.^o do costume relativo ao estado público, a que se se guardar coherencia no methodo, que o compilador se propoz; porque não ha mais razão para aqui se fallar de leis escriptas relativas ao direito público, e não se fallar de leis não escriptas, ou costume relativo ao mesmo direito. Sei que o compilador na resposta á censura do plano nega que haja entre nós lei consuetudinaria fundamental; mas não nega que as haja relativamente ao direito

direito público civil; e se até nesta parte as não admittre, então de necessidade o deveria ter declarado e especificado neste §., e não dar ao costume força de lei em geral, sem distinguir o costume em materia de direito particular; 2.º do costume geral e introduzido em todo o reino, de que falla a Ordenação do liv. II. tit. 67.; 3.º do costume particular e territorial, e introduzido em uma ou mais partes do reino, ou sejam: 1.º os costumes provinciaes ou locaes de certas provincias, cidades e villas, que formão parte do direito provincial ou municipal, ou certa classe de cidades, como a chamada lei mercatoria, a lei maritima e outras, que formão o systema particular da jurisprudencia nautica e mercantil; ou sejam finalmente os de certa ordem de cousas, que tem usos particulares, como o direito florestal, o foral, e senhorial; 4.º finalmente do costume judicial e do extrajudicial.

Convém distinguir e fixar estas diversas especies de costumes por conta de seus diversos effeitos e limites, e muito particularmente pela muita confusão, que costuma haver na sua applicação pela diversidade de relações, já de logares, já de pessoas, já de cousas, já de acções, que concorrem muitas vezes em um mesmo caso individual, as quaes enlação por consequencia diversidade de costumes, que complicão a jurisprudencia consuetudinaria, e produzem infinitas difficuldades na prática.

Por exemplo, se o costume particular deroga ao geral; quando são incompativeis, ou se o costume geral recebe interpretação do costume especial; quando se podem compadecer; se nos negocios deve prevalecer o costume do logar, aonde é sita a cousa, sobre que se controverte, ao do logar, em que se fez o contracto; se o do logar da situação dos bens prefere ao do logar do domicilio das pessoas; se deve preferir o costume de um logar cabeça da provincia ao dos outros logares, que lhe são subordinados e accessorios; qual é a maneira de provar o costume; e, sendo notorio, se se deve provar; a quem incumbe a prova; qual é a maneira de provar os costumes geraes; qual a maneira de provar os costumes locaes; se é necessario verificar não só a

sua existencia e legalidade, mas tambem á sua compẽtencia nas terras, que pretendem ser ou sujeitas, ou isentas delle.

Convêm igualmente distinguir e fixar, se o costume deve ter força e auctoridade em todas as partes da jurisprudencia, principalmente no direito criminal, aonde pôde haver muita dũvida se convêm admittir o costume com força de lei. M. Dentand no *Ensaio da jurisprudencia criminal tom. 1. §. 5. p. 11. e 12.*, fallando da necessidade, que ha, de que as leis sejam notorias a todos e impressas, diz nesta materia o que dizem muitos outros criminalistas. *Esta só consideração*, diz elle, *bastaria para fazer com que se supprimisse toda a lei tradicional, maiormente em materia de crime; porque, que sombra ha de justiça em deixar a alguns subditos privados do conhecimento das regras, que devem seguir, e com tudo puni-los, se houverem faltado a ellas, não instruindo o público da existencia de tal ou tal lei, senão sacrificando primeiro tal ou tal individuo da sociedade, expondo assim continuamente os particulares a se fazerem culpaveis sem o saberem, ou os ministros da lei a quebrantal-a por effeito de uma ignorancia involuntaria?* Estes são os mesmos principios da Imperatriz Catharina a respeito das leis penaes, em que quer que o juiz siga exactamente a letra da lei escripta, e nada mais.

Não é menos necessario declarar o outro artigo muito importante da interpretação do costume, de que em todo este titulo se não falla, havendo-se tractado da interpretação da lei escripta; porque muito importa dizer, se esta interpretação é *stricti juris*, e se deve fazer sempre literal, ou se se pôde admittir extensão de um caso para outro semelhante, e se o costume geral pôde ser interpretado pelo costume especial: e tanto mais necessario se faz assentar as regras neste ponto, quanto maiores e mais vagos são os limites e variações, que se podem dar ao costume ou lei não escripta, como já notei. Estes e outros mais pontos de dũvida e controversia sobre a materia do costume, muito importava que se tivessem em vista na legislação destes §§., para que ella se ordenasse de maneira, que os abrangesse a todos em suas disposições.

Texto.

Todas as vezes que for racionavel:

Censura.

Not. Convinha declarar mais este requisito, sobre que os auctores costumão excitar muitas questões, para que o juizo da racionabilidade do costume não ficasse dependente de probabilidade, e da vontade e caprichos do juiz, pois que os homens discursão differentemente sobre a determinação das qualidades do justo e racionavel. Já o famoso magistrado inglez Duarte Coke, cujas obras são de grande auctoridade entre os seus, e com elle Blackstone no tom. 1. sobre as constituições de Inglaterra (disc. prel. secy. 3. §. 4. p. 112.) advertirão que a respeito do costume se não tractava de julgar d'elle segundo a razão humana, mas segundo a razão artificial e legal, apoiada pela lei; isto é, que o costume longamente usado se devia haver por bom, todas as vezes que não fosse contrario á lei: 1.º Porque um costume pôde ser bom, posto que se não possa dar a razão particular, por que o é, assim como succede a respeito de muitas leis escriptas; basta que se lhe não possa oppôr alguma hõa razão legal em contrario. *Non omnium, quae a majoribus constituta sunt, ratio reddi potest*, L. 20. ff. de leg. Et ideo rationes eorum, quae constituuntur, inquiri non oportet; alioquin multa ex his, quae certa sunt, subvertuntur, L. 21. eod. 2.º Porque pôde haver costumes fundados em certos usos mui antigos de nossos maiores, que nos sejam hoje desconhecidos, e que por isso não saibamos dar razão d'elles.

Pelo que acho que se deve declarar mais, em que consiste a racionabilidade do costume, e não insistir tanto nella, como em que o costume não seja em nada contrario á lei natural, divina, e á lei positiva da nação; e de outra sorte viremos a recair nas mesmas difficuldades e perigos, que já considerei a respeito da disposição do §. . . em que nos casos omissos se manda recorrer ás Ordenações, e se lhes dá auctoridade de lei

quando forem conformes ao espirito e systema desta nova legislação. E com effeito mandar que o costume tenha força e auctoridade, se for racional, é o mesmo ou quasi o mesmo, que se se mandasse que a tivesse a lei escripta, se fosse conforme á razão. De mais, seria necessario determinar, se na dúvida de ser racional o costume se devia presumir que o era.

Texto.

Conforme á lei.

Censura.

Not. I. Entre as especies de costume, que por si só fazem lei, conta o compilador o costume conforme á lei: porém este não constitue direito novo, nem é verdadeiramente lei, mas a sua observancia. Por tanto este costume por si só não se póde chamar lei; e neste sentido vem a ser consequentemente escusada esta clausula. Esta doutrina segue elle na sua resposta a primeira censura do plano, fallando das leis tradicionaes e consuetudinarias: *Essa tradição, diz elle, ou é contraria, ou conforme, ou alem da lei escripta: se contraria, não póde valer; se conforme, é escusada.*

Not. II. Fallando-se aqui do costume conforme á lei, vem a mudar-se de supposto, e a involucrar-se neste mesmo §. uma especie de contradicção nos seus termos: porque neste §. dá-se a regra geral, *que o costume tem força e auctoridade em falta de lei escripta;* e uma vez que se concebe e formaliza a regra nestes termos, é claro que aqui se tracta tão sómente do costume em falta de lei. Dondé se segue, que só o costume além da lei é o que verdadeiramente se acha comprehendido nesta regra, pois só este se póde chamar costume em falta de lei, e não assim o costume conforme á lei, que sobre não ser lei de per si, como já notei, não entra em falta de lei, nem se póde verificar na hypothese desta regra. Em uma palavra o costume conforme á lei não é costume em falta de lei, que é o

de que se tracta na regra, mas antes suppõe existencia de lei.

Nem se póde salvar esta nota, se se disser que aqui se entende por costume conforme á lei não só o costume, que reduz a lei á observancia, mas tambem o que o interpreta, se ella é obscura e duvidosa, e firma a sua intelligencia e práctica; porque assim mesmo este costume é costume em conformidade da lei, e não um costume em falta de lei, de que só se tracta nesta regra. Além disto convinha especificar mais estas cousas, declarando-se em que consistia a sua conformidade, e tirando a contradicção dos termos, ou fosse supprimindo a clausula antecedente = *em falta de lei*, = dizendo simplesmente, *que o costume tinha força e auctoridade, sendo racional, conforme ou além da lei*; ou alias dar a regra em termos mais amplos, que comprehendesse logo não só o costume em falta de lei, ou além da lei, mas tambem o costume conforme á mesma lei, dizendo, *que o costume tinha força e auctoridade, quando faltava a lei escripta, ou quando era interpretativo della.*

Texto.

Ou além da lei.

Censura.

Not. Havendo notado como alhêa da regra, que aqui se deu, a clausula do costume conforme á lei, tenho de notar agora de inutil e superflua a clausula *de que seja, além da lei*, porque esta vai já comprehendida na regra geral, em que se diz que *o costume tem força e auctoridade em falta de lei escripta*, que é o mesmo que dizer, *que val, quando é além da lei.* Em uma palavra, os auctores, quando dizem que o costume deve ser ou conforme, ou além da lei, fallão do costume em geral, e é bem concebida a regra; mas o compilador falla aqui do costume em particular em falta de lei, o qual necessariamente exclue o primeiro.

requisito da conformidade com a lei, e contém já o segundo de ser além da lei.

Texto.

E usado de tão longo tempo, que ao menos chegue a cem annos.

Censura.

Not. Este requisito, como todos os outros, é tractado aqui com tanta estreiteza e generalidade, que se não resolvem muitas questões, que costumão suscitar-se nesta materia. Não basta dizer que o costume deve ser racional e longamente usado; é necessario declarar: 1.º que actos são precisos para que se diga frequencia e uso, e se denomine costume; o que não escapou no Código Frederico p. 1. liv. 1. tit. 11. §. 24.; 2.º se é necessario que estes actos sejam certos, homogeneos e uniformes, sem haver variedade entre elles; 3.º se devem ser continuados por serie não interrompida, pois que toda a interrupção de direito é uma cessação temporal, que põe fim ao costume; 4.º se devem ter sido recebidos pacificamente sem opposição ou disputa; 5.º se devem ter sido practicados por opinião de necessidade, e havidos por isso por obligatorios, isto é, se os actos do costume se devem ter practicado com animo de introduzir costume, e obrigar, e não feitos por transacções ou composições amigaveis; 6.º se devem ter sido livres e voluntarios; 7.º se públicos e notorios, de que tracta o Código Frederico p. 1. liv. 1. tit. 2. §. 24.; 8.º se devem ser precisamente judiciaes e approvados em juizo contradictorio, ou se basta que sejam extrajudiciaes; 9.º quem ha de decidir da validade do costume; 10.º se o costume deixa de ser lei pelo desuso, ou por uma lei em contrario ou se, para se, julgar derogado, é necessario que a lei o derogue expressamente.

Basta ler a Blackstone (l. 110. 114.) sobre as constituições de Inglaterra, a Reishart. Jcto de Gottinga. na sua famosa dissertação *de jure consuetudinario*, a Stryckio

nas *Dissertações de Schiltero*, e a D. José Francisco de Castro nos *Discursos criticos sobre as leis*, ou ainda a qualquer dos auctores, que escreverão do costume, para ver a necessidade, que ha, de decidir estas cousas. O compilador no penultimo §. das Provas a este Titulo, havendo dito que no estado monarchico não havia costume contra a lei, e que assim se declarava nos §§. 22. e 23., acrescenta que ahi se decidião tambem outros pontos controversos nesta materia: com tudo á excepção da unica questão sobre valer, ou não valer, o costume contra a lei, não apparece outra alguma, que se decida no texto.

AO §. 23.

Texto.

Não val, sendo contrario á lei: e condemnamos a opinião de que o Principe o entende e approva, por isso mesmo que o consente e tolera.

Censura.

Not. I. O Codigo Frederico especifica isto com mais exacção, porque diz = *sendo notoriamente contrario á constituição do estado, ou á disposição do presente corpo de direito*; = e o termo = *notoriamente* = é aqui capital, e deveria ter-se adoptado neste §.

Not. II. Convinha declarar, se aqui se falla sómente do costume anterior, e subsistente no tempo da promulgação da lei, ou tambem do costume, que se possa introduzir para o futuro. O Imperador José na primeira parte de seu Codigo universal cap. 1. §. 9. não deixou de especificar estas cousas: *Contra leges tam lutas jam, quam olim adhuc ferendas, nulla unquam consuetudo locum aut vim habebit. . . . Quae porro ante legem praesentem obtinebant consuetudines, hisce prorsus abrogantur, omnique vi privantur.*

Not. III. A entender-se de toda o costume, não

me saberei resolver, se convêm negar-lhe a força e auctoridade por ser contrario á lei, quando elle é longamente usado. Um tal costume, quando chega a este ponto, tem-se já entranhado tanto no coração dos povos, que a lei em contrario, ainda sendo renovada, pelo commum ou o não pôde arrancar de todo, ou não consegue outra obediencia dos povos, que não seja forçada e a seu pezar. Nestes termos o melhor expediente, que pôde tomar a providencia do legislador, segundo eu cuido, é ou erigir o costume em lei, mudando o que até allí havia, caso que elle seja racionavel; ou deixar derogar a lei pelo costume, para que não fique em contradicção com elle; ou alias trabalhar pelo extinguir por uma educação inteiramente contraria, pela regra estabelecida hoje entre muitos, que escrevêrão da sciencia da legislação, que as leis só se devem mudar por leis, os costumes por costumes. Estes são os meios mais seguros e efficazes; com tudo não insisto nesta parte.

Not. IV. Visto contarem-se os foraes no numero das leis, convinha especificar aqui, se ao menos valia o costume de tempo immemorial contrario á lei foral nos termos da Ordenação do liv. II. tit. 27. §. 1. (Vid. *Instit. de Castilla* n. CXXVI.)

Texto.

E condemnamos a opinião de que o Principe o entende e approva, por isso mesmo que o consente e tolera.

Censura.

Este artigo tambem é tirado da Lei de 18 de Agosto de 1769 no §. 14.; mas esta maneira de fallar e tractar as cousas tem ar de decisão dogmatica, o que é alheio da legislação, que deve estabelecer a regra, sem se embarcar com opiniões da eschola, ou doutrina particular de alguns doutores. Basta que o Principe prohiba o costume contrario á lei, para esta opinião se haver consequentemente por reprovada, maiormente porque os auctores, que a tem seguido, pelo commum procedem

nos termos, em que não haja lei no estado, que expressamente prohiba, que o costume possa em tempo algum derogar a lei. Demais esta opinião, que aqui se condemna, é a mais seguida dos melhores auctores, como de Boehmero, de Noodt, de Averanio, de Heineccio, de Struvio, de Mullerirtel, Selchow, e de outros muitos; nem se pôde facilmente mostrar, como, podendo haver tacito consentimento do Principe para valer o costume além da lei, o não possa haver para o costume contrario á lei; ou por que razão no estado democratico se pôde derogar a lei pelo tacito consentimento do povo, que é o soberano, e se não ha de poder revogar no estado monarchico pelo tacito consentimento do Principe. A opinião contraria, que seguiu a Lei de 18 de Agosto de 1769, e que o auctor tem por melhor, nasceo das idéas do direito romano, isto é, da Lei 2. C. *Quae sit longa consuetudo*, que nada prova em contrario, como mostra excellentemente... e da definição, que se deu ao costume, chamando-lhe, segundo o estado popular romano, *tacitum iudicium*, ou *tacitus consensus populi*, e que, não podendo verificar-se no estado monarchico, deu occasião a que se julgasse, que nelle não tinha logar o costume contra a lei. Vid. *Legisl. sur la propriét.* pp. 153. 154.

AO §. 24.

Texto.

Os casos julgados, opiniões de doutores, exemplos, estilos e práctica de julgar não tem auctoridade alguma extrinseca; por tanto não se devem confundir com o costume.

Censura.

Not. I. Era necessario declarar, se cada uma destas cousas de per si não tinha auctoridade, ou se tambem a não tinham todas ellas juntas e reunidas, porque ha muita differença de um a outro caso.

Not. II. Abolindo-se neste §. toda a auctoridade dos casos julgados, opiniões de doutores, exemplos, estilos e práticas de julgar, que são os meios, com que até agora se provava o costume, convinha que o auctor propozesse aqui os meios solidos, por que elle se devia provar exactamente de um modo evidente e incontestavel, como se diz no Codigo Frederico p. 1. liv. 1. tit. 2. §. 25., o que ficou em silencio, sendo um dos mais graves, e mais importantes e difficeis artigos da legislação do costume.

Not. III. É uma contradicção visivel na legislação deste Codigo, admittir o costume com força de lei, e tirar toda a auctoridade aos casos julgados, opiniões dos doutores, exemplos, estilos e prática de julgar. Os auctores, que tem declamado contra esta auctoridade, pelo commum só reservão a sua allegação e uso contra as leis, ou direito expresso, mas não o testemunho e demonstração, que se tira delles para provar o costume em falta de lei. E com effeito, uma vez que na legislação se auctORIZA o costume, não pôde deixar de se lançar mão destes meios e subsidios. Todo o costume é um facto, isto é, todo o costume é fundado sobre acções públicas e reiteradas. Ora os factos ou acções públicas e reiteradas, de que nasce o costume, ou em que elle se funda, devem constar de documentos e testemunhos veridicos, que attestem da sua existencia, da sua antiguidade, da sua continuação e uso não interrompido, e de todas as mais qualidades necessarias para delles se deduzir o costume: e que outros monumentos e mais instructivos e authenticos, que testemunhos mais proprios e decisivos, que meios mais legitimos e seguros nestas materias, que não sejam os casos julgados, as opiniões dos doutores, os exemplos, os estilos e a prática de julgar? Estes são os logares communs e tópicos, que costumão apontar os auctores, e a que de necessidade se deve recorrer muitas vezes. Por quanto: 1.º os casos julgados podem fazer prova do costume, porque são sentenças e juizos confórmes, que se derão em materias controversas, e sobre o mesmo genero de causas, segundo a auctoridade do costume, que

estão corria, donde vem o costume judicial: assim Blackstone com razão considera as provas, que se tirão das decisões judiciaes, como as provas mais authenticas, que se podem dar, da existencia e legalidade do costume, tom. 1. p. 99.

2.º As opiniões dos doutores, quando ellas são conformes, também fazem outra prova; porque ellas são históricas, ou doutrinaes: se historicas, vem a ser os depositarios dos factos, em que se funda o costume, e testemunhas, que attestão da sua existencia e prática, o que opera a probabilidade; e este é o grande uso, que se pôde fazer dos pragmaticos, que escrevêrão do costume: se doutrinaes, servem para provar que ou aquella doutrina commum se estabeleceo na praxe em consequencia do costume, ou o costume se introduzio em consequencia della; e podem provar ao mesmo tempo, que é racional o costume, que assim pareceo no commum dos doutores; de mais ellas mostram, que a lei assim se interpretou na prática. (Struvio *Exercit.* II. tit. 3. *Pand.* §. 21. *in not.*)

3.º Os exemplos são outro meio, que os auctores apontão para provar o costume. Se o costume se deduz dos usos e actos similhantes, practicados em uma mesma corporação ou sociedade, sobre uma mesma cousa (*ir fel.* 36.); se o costume deve ser longamente usado, e chegar pelo menos a cem annos: que provas mais authenticas e decisivas, que a serie successiva de muitos exemplos e factos, que nos refere a historia, e que se forão multiplicando em consequencia do costume, que os apoiava?

4.º O mesmo se deve dizer dos estilos curiaes, de que faz menção a Ordenação do liv. III. tit. 64., mandando-os admittir, e julgar por elles; porque, ou o costume nasceo dos estilos e usos legaes, ou elles se introduzirão sobre o costume. (Orden. liv. II. tit. 1. ou 18. 10. §. *fin.* Vid. Durand tom. 5. n. 334.)

5.º Finalmente a prática de julgar é outro meio instructivo e proprio, e della se ha de dizer o mesmo, que já notei sobre os casos julgados, e sobre os estilos (veja se o que diz o compilador nas Provas ao Tit. 49.)

no §. *E ultimamente*, etc.); porque della se fórma a interpretação usual das leis, que é tirada do longo uso do fóro. Veja-se Schiltero, Boehmero, Strickio, e Thomasio de *jurisp. consuetud. et observ.*

Quando pois em uma mesma materia ou caso concorrem todos estes meios ou quasi todos, não pôde deixar de resultar uma prova muito auctorizada e authentica do costume. Se pois o costume consiste em factos; se estes são os meios e subsidios mais proprios para attestar estes factos, e delles deduzir e authenticar o costume; e se todos estes meios, ou quasi todos juntos e reunidos, concorrendo em um mesmo caso e controversia, fazem uma prova decisiva do costume: como se pôde dizer absolutamente, que os casos julgados, opiniões dos doutores, exemplos, estilos e practica de julgar não tem auctoridade alguma extrinseca, e que se não devem confundir com o costume? De que outras cousas pelo commum resulta o costume, senão destes factos; ou por que outros meios se pôde elle provar e authenticar com maior clareza e segurança, senão por elles? Por tanto parece-me que admittindo-se na legislação deste Codigo o costume com força de lei, de necessidade se deve ter mais contemplação com estas cousas, e propol-as de maneira, que possão servir no uso da jurisprudencia consuetudinaria.

Accrescentarei por fim de tudo, que um dos meios proprios para occorrer aos inconvenientes, que podem resultar desta practica, como a todos os outros, que resultão geralmente da legislação do costume, sem reduzi-lo a escriptura, ou fosse incorporando os costumes no Codigo nos seus logares competentes, ou pelo menos fazendo separadamente uma colleção de todos elles. O compilador na resposta á censura do plano, entre as razões, que deo para não admittir os costumes em materia de direito público, foi uma dellas o não se terem reduzido a escriptura. Que falsidades e intrigas não poderia haver nessa prova? Se pois elle achou, que os costumes em direito público necessitavão de ser reduzidos a escriptura, sendo estes por si mesmos mais notorios e assigualados por factos públicos, muito mais o devia

requerer nos que tocavão ao direito particular, em que podia haver menos publicidade e notoriedade. Pelo que deveria lembrar-se aqui deste meio. E com effeito, isto é o que se fez a respeito dos costumes feudaes dos Longobardos, que depois de muito tempo se escreverão e compilárão por mandado do Imperador Frederico I. ou II. O mesmo praticou Duarte o Confessor, Rei de Inglaterra, mandando compor uma lei uniforme, ou digesto dos costumes das provincias, que confinavão com o Principado de Galles, e recolher nelle os costumes dos Bretões, dos Saxonios occidentaes, e dos Danezes. O mesmo se fez em Suecia, compilando-se um corpo universal de leis commúas, tiradas dos costumes de cada provincia. Em França reconheceo Carlos VII. a necessidade, que havia, de reduzir a escriptura todos os costumes do reino, e o determinou pelo art. 125. da sua Orden. de 1453, e em consequencia della se trabalhou no seu reinado e nos seguintes por espaço de um seculo. Luiz XI. pretendeo reduzir tudo a um só costume; e muito depois o Primeiro Presidente de Lamouignon, trabalhando por dar ao costume de Paris a maior clareza e exacção possível, quiz appresentar com isto um novo modelo, para se aperfeiçoarem sobre o mesmo plano os costumes das outras provincias do reino. Os Aragonезes entendêrão quanto convinha ter os costumes reduzidos a escriptura; que por isso mandárão nas côrtes de 1437, que se recolhessem e compilassem os usos e costumes immemoriaes, que tinham entre elles força de lei, e se chamavão Observancias, na qual obra trabalhárão Ximeno, Peres, Salanova, Hospital, e depois D. Martinho Dias Aux *Justiça de Aragão*, (Blancas 496. *apud* Jord. *Introd. ás Inst. de Cast.* p. 116.), que ajuntou ao corpo dos fóros. Os chamados Usaticos de Barcellona não são outra cousa mais que um codigo de costumes. A obra das *Partidas* verdadeiramente é uma collecção de costumes provinciaes, reduzidos a uma lei uniforme, como adverte Blackstone 195. O foral das façanhas e alvedrios é outra collecção dos costumes e direitos tradicionaes, chamados heroicos. A nossa collecção de leis antigas, anterior ao

codigo do Senhor Rei D. Affonso V., traz titulos de costumes, e que comecção com este mesmo nome; e disto mesmo se conservão vestigios nas outras compilações posteriores, em que se colligem costumes, assim geraes do reino, como particulares de algumas provincias, especificando-as como taes.
