

MELLO FREIRE ADVOGADO Notícia de un manuscrito¹

PAULO FERREIRA DE CUNHA
Universidade Lusíada (Porto, Portugal)

O jurisconsulto português Paschoal José de Mello Freire dos Reis é figura mítica na Jurisprudência nacional. Muitos o louvam, pouquíssimos o terão lido. Há quem fale de cor sobre as suas polémicas, há quem o considere inspirador da legislação do liberalismo, ou do Estado Novo...

¹ O sobrinho e divulgador de Mello Freire, Francisco Freire de Mello, num catálogo que adita à edição póstuma da obra do tio, *Dissertação historico-jurídica sobre os direitos e jurisdição do Grão-Prior do Crato, e do seu provisor [...]*, Lx.^a, Imprensa Régia, 1808, faz constar a existência de vários trabalhos inéditos. Mas parece que não teve conhecimento deste manuscrito.

COSTA, Mário Júlio de Almeida - *Pascoal José de Melo (Freire)*, in SERRAO, Joel (dir.) - *Dicionário de História de Portugal*, Lx.^a, Iniciativas Editoriais, III, p. 14, refere uma *Representação Feita a Sua Magestade em nome e a favor de D. Martinho de Mascarenhas*, baseado em Inocência - *Dicionário Bibliográfico Português*, e afirma que a versão publicada por BRANCO, Camilo Castelo - *Noites de insónia*, VIII, é diferente da inédita.

De facto, o célebre Inocência (DA SILVA, Francisco) - *Diccionario Bibliografico portuguez...*, Lx.^a, Imprensa Nacional, 1.^a ed., VI, 1867, p. 353, diz ter visto na posse de um amigo seu uma inédita *Representação feita a Sua Magestade, em nome e a favor de D. Martinho Mascarenhas*, manuscrito de 44 páginas em 4.^o.

O manuscrito que seguimos (e que citamos) é o Ms 907 do Arquivo Municipal de Braga, contíguo à Biblioteca de Braga e à Reitoria da Universidade do Minho: MELO, Paschoal José de - *Petição que fes à Raynha, D. Martinho Mascarenhas, filho do Duque de Aveiro, que foi justificado pelo Delicto de Leza Mag. de feito a El Rey D. José I, a qual p.am foi feita por P.J.M. Lente de Direito Pátrio*, pp. 14 et sq. da encadernação (miscelânea). Na mesma miscelânea, como veremos *infra*, figura outro manuscrito, *Memorial que apresentou a El Rei Dom Pedro 3.^o [consorte de D. Maria I] Por parte de D. Martinho Mascarenhas Filho do Infeliz Duque de Aveiro*, e que precede a dita petição.

Comparando o nosso texto (o Manuscrito de Braga *Petição...*) com o que Camilo publica, a *Representação* [a D. Maria I] (BRANCO, Camillo Castello - "As cruas entranhas de D. Maria I a piedosa", in *Noites de Inomnia oferecidas a quem não póde dormir por...*, publicação mensal, n.º 8, Agosto, Porto/Braga, Livraria Internacional, 1874, pp. 34 et sq., máx. pp. 37-50.) conclui-se que: 1) Não há coincidências formais de vulto entre o texto publicado por Camilo e a *Petição* à Rainha; 2) Todavia, o texto que Camilo publica parece ser, com pequenas variantes, o mesmo que é intitulado *Memorial...* na miscelânea que encontramos. 3) Tudo leva a crer, assim, que estamos perante dois textos basicamente diferente, e três títulos: *Memorial*, *Petição*, e *Representação*, sendo talvez a *Representação* de Camilo uma versão do *Memorial*.

Como diz Jorge Luís Borges: celebridade, a pior das incompreensões.

Uma das ideias feitas sobre Mello Freire respeita ao seu teoricismo. Não há dúvida que as suas obras didácticas assustam pelos quatrocentos autores citados². A erudição e a afectação da erudição eram seu timbre. De tal defeito - próprio do barroquismo dos jovens investigadores (ou da muita cautela dos mais velhos...) - se penitenciou o próprio Mello Freire.³

Todavia, por muito grandes que hajam sido os seus erros e por muito que haja estado encerrado na torre de marfim de seus livros e teorias, por muito que, afinal, tenha sido um utopista⁴, também entrou Mello Freire em lutas bem reais. E, se foi projectista-legislador de relevo, e doutrinador primeiro do nosso Direito Pátrio, ao ter entrado em pleitos concretos acabou por também exercer o prático e nobre ofício de *Advogado*.

Outro lugar-comum sobre Mello Freire é a sua devoção ao pombalismo. Não há dúvida de que Freire não sai, por um momento que seja, da esfera mental do despotismo iluminado. Não há dúvida que Freire é o grande teórico-jurista do pombalismo, ao qual deve o lugar universitário em que se celebrizou - a cátedra de Direito Pátrio.⁵

Mas também é verdade que Mello Freire é um homem dado às letras, ao estudo, à ponderação. Apesar da sua formação ideológica absolutista iluminada, é um moderado. E, finda a "monarquia da tábua rasa" pombalina, Freire, convidado a reestruturar, num Novo Código de Direito Público (assim como num outro projecto, de Código Criminal), os verdadeiros alicerces da *pólis* portuguesa, dá-se à tarefa impossível de architectar um pombalismo sem Pombal, um despotismo sem déspota. Dir-se-ia até mais: uma república (monárquica) ilustrada, sem despotismo e com absolutismo iluminado. Enfim, uma utopia - enquanto quimera e enquanto sonho racionalista.

² Elaborámos um índice de autores presentes nas principais obras didácticas de Mello Freire, delas constando 415 nomes. Cf. Anexos do nosso *Mythe et Constitutionnalisme au Portugal. Originalité ou influence française ?*, em preparação.

³ Na sua resposta à censura de António Pereira de Figueiredo à *Historia Juris Civilis Lusitani*.

⁴ O que é patente em algumas partes do seu *Projecto de Novo Código de Direito Público*, máx. o Título XLII.

⁵ Afirma expressamente o liberal (e apologista do pombalismo e de Freire) ARRIAGA, José de - *A Filosofia Portuguesa. 1720-1820*, Lx^a, Guimaraes ed., 1980 [nova ed. com prefácio e notas de Pinharanda Gomes, de *História da Revolução Portuguesa de 1820*, vol. I, pp. 331-453], p. 143: "Já teria a velha faculdade de direito receio dessa grande inteligência que mais tarde lhe descarregou golpes tão fundos? O que é certo é que, até ao Marquês de Pombal, Pascoal José de Melo não conseguiu entrar na faculdade. Quando o grande reformador desejou impelir o estudo do direito para os progressos da ciência moderna, recorreu àquele homem superior, que lograva de grande fama em toda a cidade de Coimbra, e deu-lhe a regência da cadeira de história do Direito Pátrio na qualidade de substituto."

Mello Freire, após essa "Viradeira" que se seguiu à morte do rei D. José e à queda em desgraça do seu valido, Sebastião José de Carvalho e Melo, conde de Oeiras e marquês de Pombal, segue o curso normal da vida política portuguesa: vira alguma coisa, ficando, porém, igual no mais importante.

D. Maria aterroriza-se já com os crimes do Marquês. Manda fechar teatros, perseguir os maçons, desconfiar dos franceses. Manda sobretudo soltar essa legião imensa de nobres de boa cepa enclausurados sem bem saberem porquê. Mas o despotismo esclarecido (mais católico, e talvez menos nacional?⁶) continua como ideologia oficial.

Mello Freire está à vontade na nova situação, quiçá mais adequada até ao seu perfil de pombalista moderado. É por isso que Freire pode ser protagonista dos grandes projectos de reforma do tempo de D. Maria -embora muito torpedeado por Gregos e por Troianos. É por isso também que Freire vai poder pleitear em favor de uma vítima dos desmandos do pombalismo brutal e anti-jurídico do tempo do marquês de Pombal.

Todos recordamos o fatídico processo do atentado ao rei e a subsequente execução, que se pretendeu exemplar -sempre as injustiças do exagero da prevenção geral. Os Távoras e outros nobres (e os seus criados) foram metidos a suplícios, mortos em tortura nos mais crus tormentos, sem que se tenha verdadeiramente provado o seu envolvimento num atentado ao rei (a 3-IX-1758), quando ele vinha de um encontro com uma de suas amantes, precisamente uma Távora, em pleno período de luto recente pela irmã. Muitas dúvidas enxameiam o processo. Desde logo, os arguidos não puderam comunicar com os seus advogados, e a sentença foi proferida antes destes fazerem as suas alegações.

De entre os incriminados figurava o Duque de Aveiro, executado, e privado hereditariamente de suas honrarias e posses.

Defensor de uma justiça criminal de timbre moderno e iluminista, inspirado em Beccaria, Filangieri e Montesquieu, Mello Freire não podia aceitar penas que não fossem meramente pessoais, executadas ou sofridas na pessoa dos agentes criminosos.

Por outro lado, se havia ponto sobre o qual Freire talvez tivesse um matiz a introduzir no programa pombalino, tal seria a questão do papel das classes superiores. O pombalismo era elitista. Mas talvez acreditasse excessivamente nas capacidades da burguesia artificialmente engrandecida e da burocracia saída da Universidade. Conhecedor directo de ambos os meios, talvez Freire descrêsse dos seus como esteios da nova ordem, e condescendesse com uma nobreza antiga, desde que devidamente convertida.

⁶ Sobre o conceito de ilustração católica e nacional, cf. v.g. BRAVO LIRA, Bernardino -*Melo Freire y la Ilustración católica y nacional en el mundo de habla castellana y portuguesa*, in "Revista de Derecho", 9, Valparaíso, 1984; Id. - *Verney y la ilustración católica y nacional en el mundo de habla castellana y portuguesa*, "Historia", Instituto de Historia, Universidad Católica de Chile, n.º 21, 1986, pp. 55-109. O mesmo Autor tem trabalhos na mesma linha sobre Jovellanos e Feijóo.

Freire vai desempenhar o papel de defensor de D. Martinho Mascarenhas, filho do Duque de Aveiro, suplicando, junto da Rainha, a sua reabilitação honorífica e reintegração patrimonial.⁷ E isto sem sair do pombalismo, e sem sequer alegar uma suspeita que fosse de tirania ou de abuso do poder por parte de Pombal ou de D. José.

Nesta intervenção, que não é propriamente forense, mas é polémica e agónica, se revela o Mello Freire prático, o Melo Freire advogado. E nela também se pode esclarecer melhor o seu pensamento político, que não deseja um "rei tirano", mas um soberano absoluto; esclarecido, mas benévolo.⁸ Um pensamento pombalino, sim, mas moderado e amigo do Direito e não da arbitrariedade de que tantas vezes se serviu o Marquês para fazer feliz Portugal a golpes de látigo e tratos de polé.⁹

Mello Freire dirige-se à soberana em nome de D. Martinho Mascarenhas, que "a sua infelicidade fez indigno de aparecer na Real Presença de [S./V.] Magestade, e [de] beijar-lhe a Sua Benigna e Real Mão, por lhe conceder a Liberdade, a Luz, e a propria Vida;"¹⁰

⁷ O que D. Martinho pretendia eram essencial e expressamente os seus direitos como Gouveia. Importa fazer uma precisão genealógica e nobiliárquica. A Casa de Aveiro fora atribuída judicialmente (por Sentença da Relação, de 1752) ao pai do nosso suplicante, D. José de Mascarenhas, o qual sucedera já a seu irmão, D. João (sem descendência e envolvido num episódio escandaloso de índole romântica). Aparentemente afortunado, porque se via 8º conde de Santa Cruz, 5º marquês de Gouveia, e 8º Duque de Aveiro, D. José foi executado em 13 de Janeiro de 1759 em Belém, sujeito a barão e pregão, esquartejado, exposto, queimado vivo, tendo depois as suas cinzas sido atiradas ao Tejo, para não conspurcarmos o solo pátrio com os restos mortais dum alegado autor de crime de lesa-magestade. Os braços das suas casas foram picados, e estas demolidas e o chão salgado. O terreno foi considerado infame. Bela bruxaria em tempos de Luzes!

Camilo Castelo Branco (que pinta com cores negras os suplicios pombalinos no seu *Perfil do Marquês de Pombal*) relata também (em *Noites de Insónia...*, cit.) o calvário da esposa do malogrado duque, D. Leonor de Távora (filha do 3º marquês de Távora, dessa desgraçada família que pereceu quase toda às mãos dos algozes do marquês): enclausurada no convento do Rato, abandonada por todos, servia, mísera e descalça, as freiras, para angariar parco sustento.

D. Martinho vive a clausura na prisão da Junqueira até à queda de Pombal -dezoito longos anos de cativo.

⁸ Como afirma na Resposta à censura ao Projecto de Novo Código feita por António Ribeiro dos Santos.

⁹ O exemplo do incêndio de Monte Gordo é notório. Queimam-se as casa dos pobres para que, à força e contra a sua vontade, os moradores vão habitar melhores casas, em Vila Real de Santo António.

¹⁰ Ms. cit., f. 14 . Abolimos as abreviaturas mais arcaicas na transcrição de passagens do manuscrito original. Mantivemos o texto, no mais, não actualizando a ortografia.

O suplicante, como convém à sua condição, mantém-se então "prostrado ao Longe, e pelo modo que lhe he permitido, diante do trono [...]".¹¹ Pede então licença para humildemente expor suas razões.

Todo o início do texto é não apenas reverente, temente até, como jamais põe em causa a ordem instituída, quer a presente, quer a do anterior reinado. Pode mesmo até parecer chocante o servilismo de quem renega o pai para obter favor. Afirma, com efeito, Freire, pondo as palavras na boca de D. Martinho: "[...] protestando a V. Magestade a sua fidelidade em todo o tempo, antes e depois do horro[ro]zo Sacrilégio de seu Pay, e a profunda inclinação e respeito que professa à Sagrada Pessoa de V. Magestade, como a Sua Legítima Soberana, e Senhora Natural, e que aborrece a suma iniquidade de Seu Pay [...]".¹²

Chega-se mesmo, no bom caminho iluminista-utópico-totalitário, a sobrepôr a abstracção ou a colectividade, em suma, o Leviathã, ao chamamento da lealdade natural, ao apelo natural do sangue: "[...] para o Suplicante forão [sic.] e serao sempre mais poderozos os Direitos da Patria, e as obrigações de bom cidadão, e fiel vassallo, do que as razões do sangue [...]".¹³

Uma vez renegada a fidelidade filial, protestada -e em que termos!- a vassalagem à soberana e à república, tem o suplicante que se mostrar integrado na ordem envolvente, declarando-se adepto das concepções de soberania e de legalidade em curso. Até para poder depois demonstrar que as suas pretensões não invocam direito velho ou ultrapassado, muito menos resvalam para o anti-direito, mas, pelo contrário, são o corolário lógico e razoável do direito vigente. O que D. Martinho pede não é graça, mas justiça. Embora todo o seu discurso seja o do servilismo sabujo de quem corre por mercês.

Esta súplica mantém a ambiguidade de pedir a excepção e de recordar a regra. Talvez porque a regra seja incerta, ou excepcional. Talvez porque o teórico Freire reconheça que mesmo quando se pede um direito, é útil ter a simpatia (ou a força) pelo próprio lado. Não era tão ingénuo assim o nosso legislador de utopias abortadas...

Fala de novo Freire: "[...] e que reconhece o Supremo Poder de V. Magestade, para estabelecer penas capitais; e que não duvida, nem tem direito algum de duvidar da Santidade, e Justiça das suas Leys."¹⁴

O caminho do não dito ao dito, o percurso do pensado ao dito é, nestas coisas legais, muito sinuoso. Sobretudo numa pena experimentada como a de

¹¹ Ibid.

¹² Ibid.

¹³ Ibid.

¹⁴ Ms. cit, ff. 14-15.

Mello Freire. É certo que -já lho criticara largamente António Ribeiro dos Santos- Freire é prolixo, é verboso, prefere dizer mais do que menos. E que tal não é por si considerado defeito, prova-o o brocardo latino que invoca, desta feita contra Pereira de Figueiredo: "quod abundat non nocet."¹⁵

Ora Freire afirma que não duvida nem tem direito algum de duvidar da santidade e justiça das Leis da Rainha. Pode ser apenas o recheio de uma frase, que se quis mais encorpada. Mas se se afirma que se não duvida, para que se vai acrescentar que se nem tem o direito de duvidar? Em bom português, este reforço da afirmação tem um efeito dubitativo, modelador: enfraquece a afirmação. Uma coisa é não se duvidar, e isso parte de uma adesão interior à bondade de tais leis; coisa diferente é não se poder fazê-lo, por não se ter direito a tal.

Dir-se-á que juntando as duas coisas se reforça a ideia -combinando a adesão da alma ao constrangimento legal da pessoa. Pode ser...

Porém, o mais natural, a nosso ver, será que a leitura pretendida fosse a seguinte: Mascarenhas não só adere no seu íntimo como reconhece a validade de nem este ser convocado a dar o seu parecer, uma vez que não tem legalmente nada com isso -pois que deve acatar, e muito bem. Ele é diferente de seu pai... Até por isso se lhe não pode transmitir a pena.

Mais uma nota de servilismo querido, de rastejar desejado, deste homem "prostrado ao longe", privado do beija-mão, e que deve à rainha até a Luz e a Vida.

A síntese da atitude deste advogado *sui generis* que é Freire vem logo na passagem seguinte. O Lente de Direito Pátrio pleiteia a favor de uma causa. Disso não há dúvida. Mas não o faz contra um acusador. É advogado de vivos contra mortos, e, ainda assim, fazendo todos os possíveis por não parecer deslustrar-lhes a memória. Defende sem querer atacar.

Por outro lado, o juiz, nesta causa, é a Rainha. E daí que Freire, sabendo que o seu julgamento não será puramente jurisdicional (mas vendo também que não poderá deixar de ter uma base jurídica), jogue nos vários tabuleiros. Diz Freire, apelando para as diversas "instâncias" decisórias envolvidas no juízo régio: "Mas persuade-se [o Suplicante] que estas Leys Sagradas o defendem, e nellas mesmas, e na indefectível justiça, e inimitável Piedade de V. Magestade, confia o vencimento da sua causa."

Freire crê nas leis, que diz sagradas. Crê na justiça (geral e particular, moral e jurídica -sem dúvida) da Rainha. Crê na piedade da soberana.

Quase se está a fazer apelo para uma pirâmide de normatividade, que mistura o intra- e o extra-jurídico. Como bom jusracionalista, Freire, com os seus 2/3 de positivismo (como diria um Michel Villey) começa por alegar as leis. Elas são sagradas, claro, nesse tempo de fé matinal nos códigos e na

¹⁵ Resposta de Paschoal José de Mello contra a censura do compêndio *Historia Juris Civilis Lusitani* feita por António Pereira de Figueiredo, Deputado da extinta Real Meza Censoria (obra editada postumamente), Lx^a, Impressão Régia, 1809, p. 33.

norma escrita, ainda sem desilusões. Mas se isso não chegar, o golpe de manga do direito natural racionalista tudo resolve -e apela-se para a justiça. Naturalmente que a síncrese entre uma justiça de *suum cuique* e uma justiça-virtude se agrava quando ela é remetida para atributo de uma pessoa, para mais um não-jurista e um monarca, habituado à mistura destes dois tipos de valores, e quiçá até mais sensível ao moral que ao jurídico...

Finalmente, se tudo isto não resultar, valha ainda a piedade de D. Maria, a qual, aliás, lhe viria a ficar por cognome na História.

Mello Freire usa artilharia pesada. Como sempre, apesar de tático e prático, continua a acreditar que quanto mais argumentos, e que quanto mais citações, melhor.

Por outro lado, e ao contrário do que pudesse supor-se relativamente à pretensa autonomização do Direito no período racionalista, o nosso jurista insiste e aproveita da mistura de argumentos de várias ordens normativas. Mais ainda: o grande crítico da jurisprudência romana como "direito estrangeiro"¹⁶ não hesita em usá-lo *pro domo sua* neste pleito.

Tudo é invocado em favor do seu constituinte: As leis da Rainha baseiam-se, segundo a alegação de Freire, no Direito Natural, no Direito Divino, no Direito das Gentes e nas Leis Romanas positivas. Assim, o suplicante provará primeiro que, com o argumento hermenêutico histórico, ou histórico-genético e comparatístico, tem razão. Depois, argumentará com o direito pátrio (sem descurar leis antigas). E finalmente apelará para graça e piedade.¹⁷

Quanto ao Direito Natural, afirma Freire nomeadamente: "As Leys naturaes, e escritas no coração do homem, mandão que se não castigue o innocente: que não possa haver pena, a onde não há delicto: que o crime sómente acompanhe o Seu Autor [...] e isto hé o mesmo que mandar que se não castigue o filho pela culpa do Pay."¹⁸

Embora o Autor afirme que estas "leis", que acabámos de citar, constituent "os primeiros principios da razão, e equidade natural, de que ninguém pode duvidar", expressão aliás muito ao gosto do dogmatismo do jusnaturalismo racionalista, o que aqui está presente é o princípio do *nullum crimen sine culpa*, absolutamente imprescindível e irrecusável no domínio penal, mas que foi uma aquisição (positiva) datada, do iluminismo precisamente. Por outro lado, a alusão às leis escritas "no coração do homem", tópico vulgaríssimo, de S. Paulo a Rousseau, tem sido frequentemente identificada com a lei natural,

¹⁶ Cf. v.g. FREIRE, Mello - *O Novo Código de Direito Público de Portugal...*, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1844, Título II, §19 (pp. 6-7): "As leis romanas, assim como outras quaisquer estrangeiras, não têm auctoridade alguma, nem ainda nos casos omissos; [...]".

¹⁷ Ms. cit., f. 14.

¹⁸ Ms. cit., f. 14.

que é moral e não jurídica, e não com o direito natural, que é jurídico, embora não positivo em si. Vê-se, entretanto, pelo uso indiferenciado das expressões "Direito natural" e "Leys naturaes"¹⁹ que Freire não deveria ter deles um conceito diferenciado, mas sinónimo, ou quase. É ainda a síncrese.

Apesar destas imperfeições teóricas²⁰ Freire consegue fazer passar a sua verdade retórica (que coincide, aliás, com a justiça): o filho não pode pagar pelo pai. Apesar da fábula do carneiro e do lobo e do pecado original.

A este problema teológico-bíblico se furta Freire com habilidade, embora não seja muito convincente. Para provar que, em direito natural, não pagam os filhos pelos pais, carregou na tecla, repetiu-se, apelou para uma *communis opinio* ("todos concordao, doutos e indoutos"²¹), apresentou a coisa como óbvia ("não poderá haver alg~ua duvida"²²), e invocou a consciência de cada um.²³ Agora, porém, vai ter que conceder que Deus por vezes castigou os pais

¹⁹ Logo nesta f. 14.

²⁰ Junto com este manuscrito, e até precedendo-o, figura um *Memorial* de D. Martinho de Mascarenhas. O que é particularmente interessante em tal peça é que, aqui e ali, parece revelar uma mais clara formulação no tocante ao conceito de Direito, e à questão da Justiça e do Direito Natural.

Considera como finalidade das leis o *suum cuique tribuere*. Tal *suum cuique* implica que as penas sejam, afinal, o *suum* do próprio delinquente, e apenas dela. Além disso, mesmo as leis parece poderem equivocar-se, pois acima delas está a vera justiça. Mas citemos um passo esclarecedor: "O fim das Leys, consistindo em dar a cada hum o q' lhe toca, não alcança o juizo humano. livre de iluzão, como pode, sem culpa, ter logar algum castigo, nem como seria conveniente aos Interesses d'um Monarcha justo, o desvio da imitação de Deus, privando da sua Graça os Innocentes: A Ley Divina o decide: Nonguem deve pagar o crime alheio, por maior q' seja a Sua proximidade com os Delinquentes; e esta verdade muitas vezes foi descoberta, sem mais socorro q' as Luzes naturaes. Hé dicto d'um Espirito famozo, q' h~ua couza são Leys, outra hé a Justiça verdasdrá [...]" (f. 2).

Depois, o texto aduz vários exemplos de "traidores" e outros "criminosos" cujos bens passaram para os filhos (ff. 3 *et sq.*).

O Autor domina com segurança os conceitos jurídicos, concluindo: "Estes exemplos constituem um perfeito costume, porq. concorre nelles a multiplicidade dos actos, a diuturnidade do Tempo, e a Science do Principe: Se forao de justiça, não hé o Supp.e menos innocente. nem menos fiel [...]" Cita depois o exemplo, sempre irradiante e mítico dos "Reynos mais policiados da Europa" (f. 5 verso).

É um texto muito próximo deste que Camilo publica. Assim sendo, estamos em crer que o texto em que especialmente nos baseámos (que é o que figura a seguir na miscelânea de Braga) será inédito.

No mesmo caderno constam ainda, com interesse para nós, dos decretos da Rainha (o primeiro de libertação e restituição do Marquês de Alorna, amigo de Mascarenhas -ffs. 6 verso e 7), e a oração académica daquele, depois de libertado (f. 7 verso *et sq.*).

²¹ Ms. cit., f. 15.

²² Ibid.

²³ Ibid.

nas pessoas dos seus filhos e netos;²⁴ mas explicará que esta punição, nos descendentes, das faltas dos ascendentes, não foi castigo de inocentes. E isto porque, diante de Si, não os há. Este argumento, muito débil, fica, porém, reforçado pelo seu lugar sistemático, imediatamente após uma tirada eloquente: "[...] e o mesmo Deus todo poderoso que hé, não pode castigar a innocencia, porque não pode deixar de ser Justo [...]".²⁵ Ainda se tinha na mente o poderoso impacto destas palavras de mármore. A excepção fica amortecida pela declaração do princípio. Até porque se alega que, verdadeiramente, ela não o é.

Mas, em suma, no tocante à lei divina, as coisas parece ficarem empatadas. Ao contrário do que se prometia nas injunções iniciais, em que tudo parecia dar razão a Mascarenhas.

No final deste excursus jusdivino, Freire conclui que a justiça divina, pelo menos no caso, "não deve servir de exemplo é justiça humana".²⁶ Porém o sujeito desta oração é obscuro, com "devolução" de subentendido...

E de novo tudo entra em contradição. Porque se começa por que "esta Ley Divina, Positiva, Natural, obriga a todos os homens." Obriga, mas não é exemplo. Também pode ser.

O sincretismo de Freire sobre o que venha a ser o Direito Natural detecta-se bem ao longo destas páginas. Primeiro, confunde-se com leis naturais, racionais. Depois, também há uma lei divina natural, e outra positiva (compreende-se: não revelação/revelação; não escrita/escrita). Finalmente, o Direito das Gentes é o Direito "Natural, aplicado ao uzo, e trato das Nações".²⁷

Como diria Francisco Puy, a natureza e o seu direito, ou um direito a ela conforme são o maior dos tópicos jurídicos.²⁸ Freire usa e abusa deles. Mas sabe-se que é, também, um mal do tempo.

Numa época de já grande pujança do Direito Internacional, espanta que o Lente de Direito Pátrio pareça confundir Direito das gentes com legislação comparada, e esta, finalmente, com fontes históricas do direito. É que, no "capítulo" da argumentação de *ius gentium*, Freire diz, afinal, e bem, que tal Direito é o d'"as gentes unidas em sociedade",²⁹ presumimos que a sociedade internacional (sem o que a *ratio* deste direito se perde, por desprovido de *differentia specifica*). Mas, dito isto, descamba depois num direito racional:

²⁴ (Ex. C. 20 v. 25).

²⁵ Ms. cit., f. 15.

²⁶ Ibid.

²⁷ Ibid.

²⁸ Cf. PUY, Francisco -*Topica Jurídica*, Santiago de Compostella, Imprenta Paredes, 1984, pp. 135-150.

²⁹ Ms. cit., f. 15.

"sendo pois certos, e evidentes estes princípios, que todo o homem sem prejuizo de os estudar, fora de si mesmo, e os ouve e recebeo da propria natureza[...]"³⁰ Ainda que, como vemos, de origem talvez inata, ou, pelo menos, "natural". Para terminar, após um clamor de interrogação retórica, em que novamente se apela para toda a panóplia argumentativa (direito divino, natural e das gentes), com a lição das leis "civis e positivas de todas as Naçoens".³¹

Passa-se, então, do direito inter-nações, para a panorâmica do direito de cada nação. Mas nem aqui se fixa Freire, pois que, decerto mais habituado com a doutrina europeia -a qual conhecia, pelo menos nas suas novidades, e especialmente na lídima versão germânica do *usus modernus pandectarum*- do que com a legislação respectiva, como bom retórico opta por falar só do que sabe. E sabendo da por si muito criticada legislação romana, bem como da sua muito querida legislação nacional, baseia todo o sumo da sua defesa no *Ius Romanum* e no Direito Pátrio de todos os tempos.

Mello Freire explica as razões da sua opção com o argumento das fontes: "[...] e falando somente das [Leis] Romanas, de que em grande parte se derivão as nossas, por todas ellas reina a mesma Santa, e immutavel Regra tirada das eternas Leys da Natureza de que a pena, somente acompanha o Seu Autor, e de que não deve estender-se só o castigo, e o medo alem do Delicto."

Era um conflito de mitos o que estava em causa. Entre o mito do direito pátrio e o da mítica Roma, grande legisladora, que as Luzes apenas ajudariam a iluminar de um olvido de séculos, ganhou o segundo. O mito da Roma já iluminista ajudava a doirar os pergaminhos da sua tese. E Freire vai gastar uma boa meia dúzia de páginas com as antiguidades romanas, com múltiplas citações e referências.³² Segue-se a argumentação referente ao Direito Pátrio, com o habitual aparato erudito.³³ Porém, não segue Freire totalmente o seu plano, pois não se coibe de, a propósito, referir lei mais favorável que a lusa, em Espanha, nas Partidas de Afonso, o Sábio.³⁴

Após a exposição fastidiosíssima de lugares históricos paralelos, Freire volta a atacar pelos dois flancos: considera alinhadas as "razões de Direito",³⁵ e humildemente supplica justiça (eis o *intermezzo* semi-jurídico, semi-moral) e

³⁰ Ibid., e f. 15 verso.

³¹ Ms. cit., f. 15 verso.

³² Ms. cit., f. 15 verso a f. 18 verso.

³³ O pormenor das citações legais (e doutrinais, consequentes) destas densas páginas só interessará ao erudito. Estamos certos, porém, que daí se poderá extrair um manancial comparatístico ou histórico-comparatístico de relevo. Importa trabalhar, cotejar, pensar estas alegações de Freire com tempo e estudo. Tal terá, porém, de ficar para mais detida occasiao.

³⁴ Ms. cit., f. 22.

³⁵ Ms. cit., f. 28 verso.

pede humanidade, piedade, compaixão. Como mago de um direito totémico,³⁶ que conjura forças que não domina (v.g. o Direito Natural), Freire teme ser aprendiz de feiticeiro, e curva-se diante do maior taumaturgo, a Rainha: "estas são, em summa, as razões de Direito, que favorecem toda a Cauza, e pertença do Suplicante, e que elle humildemente expõem á indefectivel justiça de V. Magestade. As de Humanidade, ainda são maiores, e mais capazes de attraiherem, a seu favor, a Real Compaixão, e inimitavel Piedade de V. Magestade."³⁷

Perante o poder, juízes ou advogados, os juristas pombalinos têm todos a mesma atitude: estão curvados. Cruz e Silva, como juiz, para salvar uns inocentes poetas da sanha tola de um burocrata brasileiro e de uns frades talvez despeitados, tem de urdir uma presunção de vontade da Rainha (desta mesma Rainha D. Maria), para calar as bocas do mundo e as suspeitas dos colegas. Não pode libertar sem mais quem jaz no cárcere pela malevolência dos grandes.³⁸ Mello Freire está sujeito a pedir, a confessar fidelidade, a renegar pais, decerto também inocentes - e sem dúvida mártires. Passa Mascarenhas dezoito anos no cárcere, na Junqueira, donde só saíu em 1777, e ainda se tem de sujeitar a dizer que o pai foi um miserável.

Depois de se humilhar, e clamando timidamente a inocência, termina, com um rogo: "Pede a V. Magestade que imitando o Misericordiozo Deos de quem V. Magestade recebeo o grande poder que exercita, se digne confirmar-lhe o abençoado Perdão e a plena e Legal testação, de Sua Magestade, com todos os seus maravilhosos effeitos e Graça, e de Justiça, e a deferir-lhe a tudo o mais, segundo as intenções do mesmo Senhor, e como for justiça e piedade."³⁹

Por direito ou por clemência, o desfecho do pleito foi este: a súplica a D. Maria não surtiu efeito. Mas outro injustiçado para quem S.M. fora "clemente", o marquês de Alorna, acabou por conseguir, não da rainha (entretanto perturbada mentalmente, sonhando com o pai no inferno), mas do regente, D. João (que viria a ser o primeiro rei na América Latina, D. João VI), uma graça particular. Aquele por quem a História, por chiste ou justiça, acabará por chamar o "clemente" virá a conceder do seu património pessoal a este desventurado "Marquesinho" (como ficou conhecido) uma pensão de cem mil reis mensais. Também lhe foi permitido usar o título de 6º marquês de Gouveia, e conferiu-se-lhe o posto de capitão do exército. Este "Marquesinho" ainda veria muito, pois só viria a falecer em 1804. Mas as armas da família adivinhavam o futuro: um pelicano de oiro ferido de vermelho no ninho. Não é

³⁶ Cf. Carlos Raúl GUILLERMO CICHELLO, - *Teoría Totémica del Derecho*, Buenos Aires, Circulo Argentino de Iusfilosofia Intensiva, 1985.

³⁷ Ms. cit., f. 28 verso.

³⁸ Sobre a acção jurídica do poeta português e juiz Cruz e Silva, cf. o nosso "As Contradições do Jusracionalismo. Cruz e Silva: um jurista literato do Século das Luzes" "in *Pensar O Direito*, I. *Do realismo clássico à análise mítica*, Coimbra, Almedina, 1990, pp. 53 - 81.

³⁹ Ms. cit., f. 29 verso.

só símbolo de amor paternal. É também de dificuldades, privações. Como as que passara sua mãe, D. Leonor. No epílogo desta triste história: cabe hoje à casa dos marqueses de Lavradio a representação dos Gouveias do título antigo.

Ficava dado um prático exemplo da petição humilde contra eventuais injustiças que Mello Freire pretendia consagrar no seu projecto de Novo Código⁴⁰ (e ainda assim restringido a casos de "ordenação particular" ou "lei geral"): "Se contra as nossas intenções fizermos alguma ordenação particular, ou lei geral em prejuízo do povo, não só permitimos aos nossos fieis vassallos a liberdade de nos representarem modestamente os inconvenientes, que na practica se seguem da sua observancia, mas positivamente lhes mandamos que o fação: a qual entretanto deverão inteiramente guardar, em quanto por nós não for revogada".

Como fundador do Direito Público Nacional, Mello Freire dava o tom da participação do português nos negócios públicos, ou face à Administração: como humilde súbdito, cidadão pagante, "cão de pescoço pelado"⁴¹ sempre dependente de autorizações,⁴² benesses, enfim, graças do poder.

No termo desta história -que não tem verdadeiramente um *happy end*, quanto mais não seja porque a justiça realmente falta quando tarda- como encarar Mello Freire face aos lugares comuns inicialmente focados?

Sem dúvida que Mello Freire foi, neste caso, advogado. Mas advogou com tal reverência que quase só suplicou. E vimos que nada obteve. Talvez por isso, o seu prestimoso sobrinho, que muito da sua obra postumamente publicou, tivesse deixado na arca do olvido esta peça menos gloriosa. Ou melhor -ainda menos triunfante que as demais- que Freire quase nunca viu coroados de êxito os seus esforços públicos, e jamais parece ter vindo a lume sem polémica.

O Advogado Mello Freire não deixou de ser teórico. Mesmo pensando, quiçá, ser hábil, enredou-se em argumentos históricos e doutrinários. E de habilidade somente ficou a mais primária, a súplica.

Quanto ao Freire pombalino também não desdizemos o que começámos por afirmar. É um pombalino moderado. É-o, porque aceita defender o filho de um homem e de uma família totalmente estigmatizada pela maldição do Marquês. Mas a sua moderação não lhe faz (decerto por tática, mas mesmo assim...) sequer arguir directamente dezoito anos de cárcere como uma afronta. Apenas como um padecimento a levar em conta na clemência a ter.

⁴⁰ FREIRE, Mello - *O novo Código...*, cit., Tit. II, § 9, p. 4.

⁴¹ Cf. SOARES, Rogério Ehrhardt - *A propósito dum projecto legislativo: o chamado Código de Processo Administrativo Gracioso*, in "Revista de Legislação e Jurisprudência", Coimbra, n.os 3694, 3695, 3699 do ano 115.

⁴² Ao contrário do espanhol. Cf. ARROJA, Pedro - *Gestão Científica em Portugal: em defesa de John Brown*, in "IV Jornadas Luso-Espanholas de Gestão Científica", Porto, Universidade Portucalense, 1988, I vol., p. 205 et sq.

Freire não põe em causa, conformado, toda a enorme injustiça perpetrada pelo poder. E isto porque se não põe a questão do próprio poder. É um pombalino teórico, e por isso não pode ser advogado com êxito de uma causa de liberdade, anti-pombalina no seu cerne .

Mas tudo se quer situado no seu tempo. Que podia fazer Mello Freire? Irritar a Rainha? Indispô-la contra o filho de alguém que fora sentenciado por supostamente ter atentado contra a vida do seu próprio Augusto Pai?

E sobre os insistentes pedidos de clemência. Não nos esqueçamos que o tópico é muitíssimo comum, não apenas nos pedidos de graça do género, como nos próprios e verdadeiros pleitos, máxime nos penais. A justiça não pode ser cega, ou seja, inflexível na aplicação. A justiça tem, para o ser, de algo se negar na sua rigidez aqui e ali, incorporando a equidade, fechando os olhos por instantes, ou focando-os no caso concreto e não tanto na abstracção das regreas. Se a magnanimidade é apanágio do juiz, mais ainda o será do soberano, juiz dos juizes -com um poder que (como sublinha Freire) vem de Deus.

Freire não é por aí que desdoira ou se desvia de uma justiça justa e jurídica. Até porque o tópico em causa é apenas substitutivo da defesa do *suum cuique*, sendo uma delicadeza, uma reverência e não uma cedência a razões extra-jurídicas.

O que toda esta questão revela é o insanável problema do jusracionalismo do período despótico ilustrado. Há a sensibilidade para a questão da Justiça; há a clara ideia que existem princípios que transcendem o positivado. Mas simultaneamente acredita-se que o soberano, que o é pela graça de Deus e para bem dos povos (mas não por sua mediação -os Jesuítas são expulsos por Pombal com a acusação de republicanos e monarcómacos), tudo pode, e fará necessariamente boas leis. Crê-se no direito natural, mas crê-se já excessivamente na lei e no seu autor ou responsável, o poder. E mesmo o direito natural em que se acredita acaba por ser rigidificado, como esses códigos que aspiravam todos à eternidade e à universalização. É um direito natural saído da mente, da razão, mecânico, bem pouco natural. Parece-se demasiado com o livro de contabilidade do bem e do mal, com letras de ouro gravadas no mármore dos céus do Grande Arquitecto do Universo.

Mello Freire lutou com as armas do seu tempo. Até recorreu ao Direito Romano (sabedor de como ainda tanto e tanto por ele se julgava, mesmo ao arrepio da Lei da Boa Razão⁴³), contra as suas convicções doutrinárias.

Importa distinguir bem. Mello Freire foi, em Portugal, um divulgador incausável do Iluminismo, nomeadamente em matéria penal. Foi um compilador hercúleo de legislação, história e doutrina do Direito pátrio. Foi um dedicado e rápido elaborador de projectos de reforma, penal e constitucional. Foi o criador de muito no nosso Direito -porque muito trabalhou. E porque

⁴³ Cf. v.g. CRUZ, Guilherme Braga da - *O direito Subsidiário na história do direito português*, in *Obras Esparsas*, vol. II *Estudos de História do Direito Moderno*, 2ª parte, Coimbra, Acta Universitatis Conimbrigenis, 1981, pp. 412 et sq.

muito trabalhou, concitou contra si a coligação sacrossanta dos que não trabalharam. Morreu triste, realmente abandonado, embora viesse a ter faustoso funeral. Até por aí se vê a sua sina.

Não foi Freire um inovador em termos absolutos. E não ultrapassou a sua contingência. Mas será que só são precisos homens originais? Mello Freire fica bem como espelho português do seu século. É a personificação do jurista probo e iluminista pré-revolucionário e anti-revolucionário. Sobretudo um estudioso. E só por isso já mereceria a nossa investigação e o nosso respeito.