

DO MESMO AUTOR :

- O positivismo jurídico e o direito natural*, São Paulo, 1940.
Conceito e natureza da sociedade política, São Paulo, 1949.
Formação brasileira e comunidade lusitana, São Paulo, 1954.
-
- Notas sôbre a filosofia do direito matrimonial*, separata de *Verbum*, Rio de Janeiro.
Santo Tomás de Aquino e a crise da filosofia jurídica, separata de *Vozes de Petrópolis*.
Democracia cristã e democracia revolucionária, separata de *Vozes de Petrópolis*.
Il problema della sovranità, separata da *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, Roma.
Representação partidária ou representação corporativa? separata do *Digesto Económico*, São Paulo.
A Sociedade, o Poder e a Representação, aula inaugural do ano letivo de 1952 na Faculdade Paulista de Direito.
El problema político brasileño, separata de *Estudios Americanos*, Sevilha.
Historia del Derecho Brasileño, separata de *Estudios Americanos*, Sevilha.
O fundamento objectivo da ordem moral e jurídica, separata de *Reconquista*, São Paulo.
A Democracia Cristã: Leão XIII e Toniolo, separata de *Vozes de Petrópolis*.
A ordem medieval e o pensamento político de Santo Tomás, conferência no Instituto de Sociologia da Federação de Comércio, São Paulo.
Um profeta do socialismo e da expansão russa, separata de *Gil Vicente*, Guimarães.
Autoridade e representação no direito moderno. tese apresentada à IV.^a Jornada Franco-Latino-Americana de Direito Comparado, São Paulo, 1954.

sem 1 -
Complemento.

J. P. GALVÃO DE SOUSA

Catedrático da Faculdade Paulista de Direito (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo) e professor contratado da Faculdade de Direito de Campinas.

INTRODUÇÃO À
HISTÓRIA DO DIREITO
POLÍTICO BRASILEIRO



RECONQUISTA
SÃO PAULO

11. O século XVIII é o século do despotismo esclarecido. A filosofia das luzes difunde-se por todo o continente europeu e os filósofos revolucionários escrevem cartas aos soberanos do tempo, não vacilando em fazer a apologia do poder absoluto, em que viam o instrumento para apressar a ruína definitiva da ordem tradicional.

Frederico II polarizava as atenções. O absolutismo dominava na França e na Áustria. E, enquanto os Bourbons governavam em Madrid com os olhos voltados para a corte de Paris, o ministro Sebastião José de Carvalho, no reinado de D. José, desnacionalizava o Estado português, pondo em prática métodos políticos inspirados pelo filosofismo iluminista.

Se a perturbação cosmopolita de Quinhentos, como diz Sardenha, deixara Portugal cortado a meio de sua jornada histórica, impedindo-o de seguir a rota natural da sua formação (17), — agora era o cosmopolitismo das idéias que vinha completar a obra desagregadora. Nem o humanismo da Renascença, que em Portugal e na Espanha não assumira a feição naturalista e paganizante manifestada noutras partes, nem o romanismo dos legistas haviam exercido tão violenta pressão. Na sua fauna demolidora, as reformas de Pombal só seriam excedidas pelo constitucionalismo do século XIX (18).

Chegamos assim às derradeiras fases da monarquia portuguesa.

Recapitulando, temos, pois, segundo a sucessão cronológica:

- I) — Monarquia limitada pelas ordens.
- II) — Monarquia absoluta.
- III) — Monarquia constitucional (19).

(17) A. SARDINHA, *op. cit.*, p. CXIV.

(18) Sobre o absolutismo do século XVIII, ver adiante o capítulo III.

(19) Observa Cabral de Moncada que no primeiro período prevalece o direito consuetudinário; no segundo, a legislação geral e escrita, que culmina com as Ordenações; enquanto no terceiro, o período liberal, aparecem as codificações. Assim a variação das fontes do direito acompanha paralelamente as vicissitudes do desenvolvimento do Estado (CABRAL DE MONCADA, *op. cit.*, p. 189, nota).

A transição da monarquia limitada para a monarquia absoluta prepara o Estado moderno. No absolutismo devemos distinguir duas fases: a em que prevalece o sentido tradicional da monarquia, até o século XVIII; e a que corresponde ao despotismo esclarecido da era pombalina, introduzindo em Portugal a exaltação do Estado centralizador e burocrático. Finalmente, as abstrações do liberalismo terminam a liquidação do direito histórico começada por Pombal.

Essas fases não correspondem às três dinastias, cuja ordem é a seguinte:

1.^a Dinastia (afonsina) — a partir de 1139 (Ourique): séculos XII, XIII e XIV.

2.^a Dinastia (Aviz) — depois de 1385 (Aljubarrota): séculos XIV, XV e XVI.

3.^a Dinastia (Bragança) — em seguida à restauração da independência em 1640: séculos XVII, XVIII e XIX.

As instituições tradicionais florescem até princípios da segunda dinastia, na qual se dá o pleno fortalecimento do poder real. Os Braganças fazem chegar o absolutismo ao seu auge, e depois de D. João atingem a terceira e última etapa.

12. Quando a frota de Cabral chegou ao Brasil e daí a pouco teve início a colonização, a Realeza em Portugal, favorecida pelas circunstâncias do tempo, concentrava cada vez mais os poderes, sobrepondo-se às ordens sociais. Se o comércio de ultramar viéra favorecer a centralização e o absolutismo, em escala ainda maior faria sentir as suas conseqüências com as riquezas do Brasil.

Tendo vigorado por pouco tempo o regime descentralizador e semi-feudal das capitânicas, a instituição do governo geral passou a refletir entre nós as condições políticas da metrópole. A princípio, não importou na extinção das capitânicas, mas somente em serem estas unificadas. Os capitães-mores permaneceram. As outras capitânicas (sem capitães-donatários)

rios) foram entregues a capitães-generais, nomeados pela Coroa. Houve compra destas últimas, respeitada a doação inicial. Tais compras não se consumariam sob D. José I, ápice do absolutismo.

O domínio espanhol manteve a continuidade administrativa da obra que vinha sendo realizada pelos portugueses. Posteriormente passava o Brasil à categoria de Reino unido ao de Portugal e Algarves, transferindo-se para o Rio de Janeiro a metrópole, com a vinda de D. João VI. Durante a permanência do soberano no Rio, dava-se do outro lado do oceano o surto do constitucionalismo, com a revolta do Pôrto, seguida da convocação da Constituinte.

Após a volta de D. João VI, o regente D. Pedro, tendo-se feito Imperador, outorgava aos brasileiros a primeira carta constitucional. Embora infenso por temperamento ao novo regime, depois de ter abdicado a Coroa do Império tornava-se o dócil instrumento das fôrças implantadoras do liberalismo em Portugal, onde D. Miguel aparecia como o restaurador das liberdades populares. Évora Monte vinha marcar a vitória do constitucionalismo liberal e com esta vitória selar definitivamente o fim da verdadeira tradição monárquica portuguesa. Com D. Maria II a política dos marechais cavava fundo o abismo entre o trono e o povo, pela primeira vez verdadeiramente alheado aos negócios do Reino. Era o primeiro passo para a República, nascida em outubro de 1910.

Sob a égide dessas mesmas idéias que desfiguravam a velha monarquia lusitana, o Brasil se constituia em Estado separado de Portugal. Deixava-se para trás o regime tradicional, aliás já deturpado pelo absolutismo. Em seu lugar iam ensaiar-se as instituições representativas de tipo parlamentarista. De Portugal os bacharéis brasileiros traziam a nova bagagem de idéias. E assim nos desviámos da nossa linha de formação histórica, fascinados pelo modelo político da Inglaterra e recebendo forte influência dos doutrinários franceses.

CAPÍTULO II

A ORGANIZAÇÃO DO BRASIL NOS DOIS PRIMEIROS SÉCULOS

1. Sentido da colonização portuguesa. 2. As Ordenações do Reino e outras fontes do direito. 3. As Capitâneas. 4. O Governo Geral. 5. Fortalecimento do poder e descentralização. 6. O governo das vilas. 7. Funções das Câmaras. 8. O municipalismo brasileiro. 9. O Município, centro propulsor da organização política. 10. Administração da justiça. 11. Autonomia judiciária. 12. Plasticidade do regime lusitana.

O regime municipalista dos concelhos atinge por isso mesmo um apreciável desenvolvimento e a representação popular nas Côrtes desponta antes que outros povos a praticassem.

6. Assim é que, antes da perversão absolutista, o govêrno português gira em tórno do dualismo “Príncipe” e “República”, ou “Grei”, esta personalizada nas Côrtes e representada pelos três Estados ou ordens do Reino, com a responsabilização do detentor do poder e a contratualidade constitucional num sentido muito diferente da mais tarde instaurada pelo parlamentarismo.

O Rei, devendo respeitar os forais e privilégios ou garantias, pode exercer sua livre ação em favor da Grei, por meio de atos legislativos em esfera não reservada às Côrtes, ou em caso de imperiosa necessidade pública.

Quanto às Côrtes, trata-se de assembléias deliberantes ou meramente consultivas? Embora não perfeitamente esclarecida a sua natureza, nelas podemos ver elementos moderadores do poder do Rei, a compartilharem da soberania. Donde o concluir Coelho da Rocha “que o govêrno não era *puramente monárquico* ou *absoluto*, como sustentavam os nossos publicistas do século passado; ainda que se não possa assentir à opinião de alguns modernos, que inexatamente chegam quase a confundi-lo com o constitucional”.(5).

O sistema representativo, inexistente ou sem eficácia nas monarquias absolutas, apresenta-se-nos, na orgânica do regime tradicional, com uma feição muito diversa da que vem a adquirir mais tarde, nas monarquias constitucionais. Nestas últimas, o Rei reina e não governa: quem governa é o Parlamento, ou melhor, o Gabinete na dependência do Parlamen-

(5) M. A. COELHO DA ROCHA, *Ensaio sôbre a História do Govêrno e da Legislação em Portugal*, 6.^a edição, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1887, § 63, p. 51. Cf. GAMA BARROS, *op. cit.*, tomo III, p. 130: “Se repugna à verdade da história a proposição de que as côrtes eram exclusivamente deliberativas, os fatos também não consentem que se lhes dê sempre o caráter de meramente consultivas, porque é indubitável que foram uma e outra coisa em tempos e matérias diversas”.

to. No caso do absolutismo, o Rei reina e governa discricionariamente. Na monarquia limitada pelas ordens, o Rei reina como soberano e governa com as Côrtes, nas quais se acham representados os corpos sociais da Nação. Quer dizer, o Rei reina e governa, mas não administra. A administração está descentralizada por entre os órgãos autônomos da sociedade, numa época que ainda não conhece o Estado centralizador e burocrático. E a representação política preenche a sua razão de ser como vínculo entre a sociedade e o poder, sendo êste uno sem ser centralista, nem absoluto.

Essa representação, de tipo corporativo, bem se distingue, pois, da existente nos governos representativos modernos, assentados nas bases individualistas do sufrágio universal e inorgânico.

Não se conhecia o sistema das constituições escritas. A constituição histórica da sociedade inspirava as leis fundamentais do Reino, de caráter predominantemente consuetudinário.

Ainda no dizer de Sardinha, “correspondendo às forças naturais da sociedade, organizadas e hierarquizadas em vista ao entendimento e bases do comum, as “ordens” do Estado eram, a dentro dos seus foros e privilégios, as depositárias natas dessas “leis fundamentais”. Cada associação, cada classe, cada município, cada confraria rural, cada beetria, possuía na Idade Média o seu estatuto próprio, a sua carta de foral. Legislação positiva, destinada a normalizar e a coordenar as exigências da vida quotidiana, tomava o “costume” por base e consagrava a experiência como sua regra inspiradora. A sociedade não se pode reduzir de maneira alguma a um tipo único, cheio de rigidez e simetrismo, — tal como a concebem os improvisos legislativos dos parlamentos e reformadores contemporâneos. A Idade Média caracterizou-se pelo respeito à *variedade* social, em prejuízo manifesto da *unidade* nacional. A *variedade* social é a circulação e a autonomia no corpo descongestionado dum país. A *unidade*, servindo o Estado, é, por outro lado, um elemento imprescindível à continuidade e à duração. Se a Idade Média pecou pela *diversidade*, a Realeza len-

tamente lhe corrigiu os excessos, caindo num excesso contrário, — o do centralismo, pela influência prestigiosa do Direito Romano. Do centralismo monárquico derivou, através dos dogmas absolutistas inaugurados pela Renascença, a perversão da Realidade, — o esquecimento das “leis fundamentais” do povo na hipertrofia crescente do Estado.

“Daí à impersonalidade, com tanto de anônima como de tirânica, dos governos revolucionários, mediará um passo. Triunfou a *diversidade* (autonomia municipal e corporativa, regionalismo e profissionalismo) o exagêro oposto, — o exagêro unitarista, que é o característico do regime ditado pela jurisprudência napoleônica à organização burocrática e mecânica do Estado moderno”(6).

Nas Côrtes havia, pois, a estipulação de pactos constitucionais, a fixação de garantias, que tinham então o nome, para os tempos de hoje antipático, de privilégios, constituindo os foros do Reino, que o monarca jurava respeitar.

Os forais representavam o pluralismo básico da sociedade, correspondendo ao diverso desenvolvimento local. O interesse geral se espelhava nos assentos das Côrtes, aquilo que hoje chamaríamos “emendas” ou “atos adicionais” à Constituição.

Eis a estrutura fundamental que o liberalismo, preparado pela centralização absolutista, veio romper.

7. Em 1211, nas Côrtes de Coimbra, D. Afonso II fazia publicar as primeiras leis gerais. Até então o direito constava sobretudo de usos, costumes e foros não escritos, ratificados depois pelos forais e sancionados pelas leis promulgadas a partir daquele soberano.

O particularismo do direito consuetudinário e foraleiro dá uma fisionomia jurídica bem característica à monarquia limitada. Verdade é que desde os primeiros tempos da fundação da monarquia, o Código Visigótico era aplicado ao novo reino, e

(6) A SARDINHA, *op. cit.*, p. CV-CVI.

concomitantemente os Cânones dos Concílios. Data do século VII a importante reforma que determinou a unificação legislativa na península. Tinham os godos o seu direito privativo, coligido numa compilação e coexistindo com o Breviário de Alarico ou *Lex Romana Wisigothorum*. O Breviário alariciano ou aniano vigorava para os hispano-romanos até que as reformas concluídas quando reinava Recesvindo unificaram numa só legislação as relações jurídicas de todos os seus súbditos. E assim o Código Visigótico — ou seja, a *Lex Germanica Wisigothorum* — imperava como lei geral na época em que a Nação Portuguesa se constituiu em Estado independente. Era o *Liber Judiciorum* ou *Forum Judicum*, assinalando em seus textos a influência do Direito Romano e do Direito Canônico(7).

Mas o fato é que a vetusta legislação que dos godos passara à primitiva monarquia lusitana não podia resistir ao ímpeto dos usos e costumes, cuja fôrça normativa correspondia às condições próprias de uma sociedade de formação acentuadamente particularista. A medida que se afirmava o localismo do direito costumeiro, ia caindo em desprestígio a lei geral dos primeiros tempos, isto é, o Código herdado de Leão e Castela.

Dos costumes e foros não escritos passava-se para as leis particulares, multiplicando-se os *forais*, a regerem os diversos distritos do Reino. Provinham êstes dos Reis e dos nobres donatários de terras, continham dispositivos de direito civil e criminal, taxavam os foros, serviços e prestações, estabelecendo ainda isenções e privilégios em grande parte ditados pela necessidade de atrair povoadores.

Era ainda o tempo da luta contra os mouros, em que a monarquia se consolidava e tratava de assegurar o solo reconquistado às coortes do crescente. Vem daí esta apreciação

(7) Reportando-se a Savigny e Haenel, Gama Barros considera que “foi da legislação do *Breviário*, com muita probabilidade, que se extraiu todo êsse direito imperial que passou para as leis visigóticas”. Segundo observa o mesmo Autor, “a parte considerável que ao direito romano cabe no direito geral dos visigodos, é tão manifesta à mais leve confrontação, que nem carece realmente de ser demonstrada” (GAMA BARROS, *op. cit.*, t.I.p. 52).

de António Caetano do Amaral, na sua *Memória V*: “Legislação amoldada à índole de homens de guerra, cuidadosos só de ganhar terreno, ou dêle tirar com que manter a vida frugal; e em quem mais havia que coibir violências e cruezas, do que fraudes, e dolos” (8).

Tal o direito primitivo português. Deixava-se a lei geral visigótica pelo particularismo foraleiro, posteriormente sobrepujado pela universalidade legislativa, que tornaria a despontar com D. Afonso II nas Côrtes de Coimbra, afirmando-se como tendência poderosa e dominante no tempo das Ordenações.

O direito localista, na monarquia limitada pelas ordens, se coaduna com a natureza do regime; as leis gerais preludiam o absolutismo. Ao ser elaborado o primeiro corpo de leis — as Ordenações Afonsinas — caminhava o poder régio para o seu fortalecimento. Assegurando a primazia da lei geral sobre o particularismo do direito antigo, o monarca fazia sentir a sua missão de órgão supremo da unidade nacional.

8. A época áurea das Côrtes, nota Coelho da Rocha, coincide com a da verdadeira grandeza de Portugal: é a dos primeiros reis da dinastia de Aviz.

D. João I convocou as Côrtes vinte e duas vezes, D. Duarte quatro e D. Afonso V vinte e três. A convocação dependia da boa vontade do soberano, mas em 1438, nas de Tôrres Novas, se determinou que fôsse feita anualmente, ao mesmo tempo em que se fixavam as suas atribuições: lançamento e alteração de tributos, declarar guerra e fazer a paz, marcar o valor da moeda, prover os altos ofícios da administração pública. D. Afonso V era então menor, tendo a Rainha protestado contra esta decisão, ao que replicaram os procuradores dos povos. Começavam as escaramuças entre as Côrtes e o soberano. Nas de Santarém de 1451 e nas de Lisboa de 1455, o mesmo

(8) ANTONIO CAETANO DO AMARAL, *Memórias: Memória V para a História da Legislação e Costumes de Portugal*, edição preparada e organizada por M. Lopes de Almeida e Cesar Pegado, Livraria Civilização Brasileira Editora, p. 2.

D. Afonso V foi argüido por haver ditado e revogado leis forais das Côrtes. Sob seu sucessor, Gama Barros focaliza os últimos momentos da monarquia limitada, o ocaso do regime; a transição para a monarquia absoluta. Quatro reuniões de Côrtes apenas no longo reinado de D. Manuel o Venturoso a três no de D. João III evidenciavam tempos diferentes. Desde 1525 todos se contentavam em que as convocações fôsem feitas de dez em dez anos.

Entre os elementos comumente apontados como dos mais relevantes na formação do absolutismo, acham-se o comércio marítimo e o direito romano. O primeiro recebia grande impulso exatamente sob D. Manuel: as fontes de riqueza propiciadas pelas Índias libertavam o Rei da necessidade de lançar novos tributos, e conseqüentemente de convocar as Côrtes para obter a respectiva anuência. Quanto ao direito romano, deve-se notar que de há muito vinha integrando a organização jurídica do povo português (9).

9. E' fato incontestável, devidamente averiguado à luz da história, que a teologia protestante e o direito romano contribuíram para favorecer o absolutismo monárquico na Europa. A primeira, através da idéia da origem carismática do

(9) O cunho romanista nos antecedentes ibéricos do direito luso é atestado quer pelo Breviário de Alarico, quer pelo *Forum Judicum*, este último, já o vimos, reproduzindo dispositivos das leis romanas. Quanto ao código de Alarico, na sua elaboração foram aproveitados os códigos gregoriano, hermogeniano e teodosiano, instituições de Gaio, sentenças de Paulo e o livro I das *responso de Papiniano*. Sob D. Dinis eram traduzidas as *Partidas* de Afonso o Sábio de Castela, onde havia muito do direito de Justiniano, cuja obra, já publicada em castelhano, se passava para o vernáculo. E, ainda no tempo da primeira dinastia, as fórmulas da jurisprudência romana se metiam pelo processo a dentro: “Em lugar do bom senso dos homens bons, os interesses e vida dos cidadãos ficaram dependentes da subtileza das leis, ou da arbitrariedade de um só; e apenas algumas causas de menor monta continuaram a ser decididas pelos juizes em Câmara. Os *advogados*, inúteis até então, tiveram o seu lugar no foro; mas com tão mau sucesso nos seus princípios, que foram mandados excluir por leis de D. Afonso IV e D. Pedro I” (COELHO DA ROCHA, *op. cit.*, § 65). Antes disso tudo se pleiteava de plano e verbalmente; o processo era extremamente simples, sendo que os Conselhos de *homens bons* ou *jurados* decidiam segundo os forais.

poder político, já apregoada por Wyclif, acolhida por Lutero e seus discípulos, esposada com ardor por Jaime I de Inglaterra; o segundo, naquele texto do Digesto interpretado com oportunismo pelos legistas — *quod principi placuit legis habet vigorem*. O protestantismo, a patrocinar a ambição dos príncipes ávidos de se locupletarem com os bens da Igreja, secularizando-os; o romanismo, a reviver a política centralizadora, sufocando as manifestações particularistas do direito medieval.

Não tendo a impròpriamente chamada Reforma penetrado em Portugal, só o elemento romanista ficou aí servindo de sustentáculo ideológico para o absolutismo.

Símbolo de uma época é o Dr. João das Regras, discípulo de Bártolo, servindo ao Mestre de Aviz com as armas da dialética afiadas na escola de Bolonha, enquanto Nun'Álvares o defendia com a espada de Condestável.

Ao subir ao trono o primeiro representante da segunda dinastia, delineiam-se as tendências para o absolutismo. E é precisamente quando se abre o período de máximo esplendor das Córtes, como pondera Coelho da Rocha. Não se trata de coisas contraditórias? Com efeito, sintomas de uma profunda transformação do regime tornam-se mais sensíveis apesar de ser mantido e mesmo aprimorado o sistema tradicional. O prestígio de João das Regras aproveita a todos os de sua classe, e passam os juristas ou *leterados* a formar uma nova ordem no Reino. Dois desembargadores do Paço figuravam ao seu lado no Conselho de D. João I, e as Córtes de Coimbra de 1385 vinham propor que aí se representassem as quatro classes: prelados, fidalgos, letrados e cidadãos.

Sob D. João II os legistas fornecem ao Rei os instrumentos jurídicos com que subjugar a nobreza. Nas Córtes de Évora, de 1481, o Dr. Vasco Lucena inspira no direito romano o seu discurso contra a nobreza latifundiária. O processo do Duque de Bragança é submetido aos letrados da Casa da Supplicação, não obstante o Duque reclamar juízes que fôssem seus pares, permitindo o Rei que se admitissem alguns fidalgos e cavaleiros no tribunal adrede constituído, onde estavam também os doutores em leis Diogo de Lucena e João Teixeira. E até a

cena trágica do assassinato do Duque de Vizeu encontra ao lado do Rei um legista, o Dr. Nuno Gonçalves, a quem o soberano encarrega de redigir o auto de justicamento sumário.

Eram os legistas homens do povo, sempre ao dispor do monarca nos seus esforços para consolidar o próprio poder em detrimento dos privilégios da aristocracia. Haviam-se identificado com as aspirações populares, na ascensão do Mestre de Aviz. Não admira que os procuradores dos povos nas Córtes de Santarém pedissem a El-Rei D. Duarte a nomeação exclusiva de letrados para corregedor, retirando-se assim aos fidalgos cargos de justiça (10).

E entretanto êsses mesmos legistas, imbuídos do romanismo centralista, iriam concorrer para que o elemento popular fôsse também arredado dos negócios públicos, fazendo com que a Realeza perdesse aquêle duplo caráter, paternal e popular, que tinha a princípio.

E' quando, no dizer de Xavier Cordeiro, em sugestiva síntese, "os homens bons dos concelhos cedem a palavra a Acúrcio e a Bártolo. A antigüidade clássica ressurgue como uma obsessão coletiva, viciando as virtudes ancestrais da Grei"(11).

D. Manuel I faz reformar as Ordenações e os forais. De 1513 a 1517 o romanista Rui de Pina percorre as províncias do Reino, e a sua passagem — na expressão do mesmo Autor — "é como uma rasóira. Os forais, desde então, mais parecem diplomas de exação fiscal do que êsses admiráveis códigos de direito público e civil, que até aí haviam sido.

(10) Os legistas cujos nomes eram propostos haviam participado do movimento que levou ao trono o Mestre de Aviz: Gil Docem, João das Regras, Martim Afonso e João Afonso de Azambuja. Na Crônica de D. João I, Fernão Lopes menciona os letrados entre os componentes dos quatro estados do Reino. Começaria dentro em breve o "duelo" do direito romano com o direito canônico e o direito costumeiro (cf. EDUARDO D'OLIVEIRA FRANÇA, *O Poder Real em Portugal e as Origens do Absolutismo*, Boletim LXVIII de História da Civilização Antiga e Medieval, da Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras da Universidade de São Paulo, 1946, p. 151-153).

(11) XAVIER CORDEIRO, *O Direito e as Instituições*, in *A Questão Ibérica*, conferências realizadas na Liga Naval Portuguesa, Lisboa, 1916, p. 228.

“A fixação dos direitos reais oblitera a feição paterna da magistratura do Rei: — era a consequência lógica e fatal da unificação do Direito.

“E é assim que o maravilhoso edifício municipal começa a desmoronar-se.

“A sujeição a regras gerais substitui a diferenciação regionalista da pura organização foraleira. O comunitarismo ancestral da Raça começa a diluir-se num individualismo exótico e dissolvente.

“A decadência da Nação começa: — pervertem-se os costumes, dispersa-se o espírito da Grei e o oiro da Índia completa a corrupção.

“Volvido um século, Portugal abre as fronteiras ao invasor castelhano. Era o remate lógico da sua desnacionalização” (12).

A unificação legislativa vem, pois, favorecer a marcha do absolutismo no século XVI, sendo que até já começava a crescer a força absorvente do poder real, principalmente na luta com os nobres e com o Clero. Quanto a este último, a contenda girava em torno das atribuições da autoridade secular querendo obrigá-lo à sujeição das leis civis. Aliás já nas leis das Córtes de Coimbra, em 1211, se haviam limitado as aquisições do Clero, não obstante o expresso reconhecimento do respeito e proteção devidos à Igreja e aos seus ministros (13).

Nada, porém, mais contribuía para o robustecimento do poder real do que as transformações económicas do tempo e o espírito do direito novo, introduzido pelos legistas.

(12) XAVIER CORDEIRO, *loc. cit.*

(13) O antagonismo entre o Clero e o poder civil estava principalmente nas disputas suscitadas pela posse de dois privilégios: isenção da jurisdição secular e imunidade dos bens da Igreja (GAMA BARROS, *op. cit.*, II, p. 146). Outros fatos importantes tendentes a consolidar o poder central são lembrados por Gama Barros: as inquirições e confirmações régias, o exercício do direito de correição e a instituição dos juizes de fora (I p. 162). Cumpre não esquecer a famosa Lei Mental, de D. João I, e mais uma vez a presença de João das Regras, acobertando com especiosas razões jurídicas o golpe legislativo perpetrado contra a nobreza.

Na divisa de D. João II, o Rei que tanto fez para abater a nobreza e revigorar o seu próprio poder, descobre-se o sentido do absolutismo em Portugal. *Pola lei e pola grei*: o poder forte do soberano escudando-se no direito e fazendo respeitar o sistema da unidade legislativa, com o apóio dos homens do povo, que nele vêm o seu protetor natural contra os excessos e vexames dos senhores de linhagem. Portanto, uma forma especial de absolutismo real, diferente dos moldes estrangeiros. Poder régio forte apoiado no terceiro estado, este o traço mais saliente.

10. Durante o domínio espanhol em Portugal, devemos distinguir entre a política posta em prática por Felipe II e a seguida pelos seus sucessores.

Felipe II, fazendo jus às suas origens maternas, soube tratar Portugal como um Estado que se unia à Coroa de Castela sem perder a sua individualidade própria. Nas Córtes de Tomar, em 1581, confirmando capítulos oferecidos antes às de Almeirim, fazia estabelecer que seriam guardados os foros, liberdades, privilégios, usos e costumes tradicionais; mantidas as Córtes; reservados a portugueses os cargos políticos, comendas e prisões das Ordens militares; assegurado a Portugal o comércio para a África e a Índia, com navios e tripulações do país; conservada a moeda corrente e reconhecida oficialmente a língua. E em 1595 entregavam juristas portugueses a obra da revisão do direito da qual havia de resultar a última das Ordenações.

“Portugal para os portugueses”, assim resume a política de ocupação Felipe II um dos biógrafos que souberam fazer justiça ao grande caluniado da história (14).

Seus sucessores não seguiram a mesma linha de prudência. Felipe III nomeava cinco espanhóis para o Conselho de Portugal, deixando de atender às reclamações das Córtes de Lisboa. E, sob Felipe IV, o Conde-Duque de Olivares consumava a centralização. Trinta e oito anos após a morte de

(14) LUDWIG PFANDL, *Felipe II*, tradução de José Cortes Grau, Cultura Española S. L., Madrid, 1942, p. 426.

Felipe II eram lançados os primeiros impostos castelhanos sobre Portugal. Perdia-se o senso da monarquia dualista.

Depois da restauração da independência, em 1640, tudo indicava que o absolutismo ia ceder. Mais uma vez aparece o povo no cenário dos grandes acontecimentos políticos, como se dera quando da ascensão do Mestre de Aviz. E desta feita são os legistas que o acompanham, para em seguida o atraírem. São os doutrinadores da soberania popular, que, na trilha de Velasco de Gouveia, afirmam achar-se o poder régio originariamente nos povos e repúblicas, que o transferem mas o conservam *in habitu*, podendo reassumí-lo quando necessário e negar obediência aos reis sem título ou tiranos no govêrno.

Poucos anos antes suscitara-se a questão das monarquias de direito divino, saindo a campo o professor de Coimbra Francisco Suárez para, na mesma linha de pensamento do Cardeal Belarmino, rebater a teoria de Jaime I da Inglaterra. Procurava-se acentuar a importância do consentimento popular com o fim de cortar as asas às pretensões do absolutismo, fundado numa falsa interpretação da origem divina do poder. Surgem então aquelas idéias da soberania inicial e alienável do povo, chegando Azpilcueta Navarro a sustentar que os reis não passam de órgãos de execução da vontade popular. Tal é a corrente ideológica dentro da qual se situa o mencionado Velasco de Gouveia, catedrático de Cânones em Coimbra, que oferece a D. João IV, recentemente entronizado, as páginas de sua *Justa Aclamação* (15).

Antes disso, as Côrtes de 1641, nas quais o Duque de Bragança era recebido como legítimo soberano, oficializavam as doutrinas dominantes nos termos de um assento assim redigi-

(15) Trata-se do “documento mais explícito da doutrina então sustentada, favorável à soberania popular” — escreve JOÃO FRANCISCO AYRES DE CAMPOS (João Ameal), em *A Origem do Poder Real e as Côrtes de 1641*, publicação da Academia Portuguesa de História, separata dos “Anais”, volume VI, Lisboa, 1942, p. 433. O livro de Gouveia “desde logo foi por todos considerado a expressão oficial mais autorizado da filosofia política do novo regime” — lembra L. CABRAL DE MONCADA, em conferência reunida nos *Estudos de História do Direito*, volume I, *Acta Universitatis Conimbricensis*, 1948, p. 218.

do: “Porquanto conforme às regras do Direito natural e humano, ainda que os reinos transferissem nos reis todo o seu poder e império para os governarem, foi isso debaixo de uma tácita condição de os regerem e mandarem com justiça e sem tirania, tanto que no modo de governarem e usarem dêles podem os povos privá-los dos reinos em sua legítima e natural defesa, e nunca nestes casos foram visto obrigarem-se, nem o vínculo de juramento estender-se a êles” (16).

Em breve, porém, estariam desvanecidas as esperanças dos que, à vista de tais declarações e do sentido popular da restauração da independência, se tivessem apressado em saudar a aurora de uma completa restauração das instituições e dos costumes tradicionais.

Nos considerando da lei de 29 de Janeiro de 1643, confirmando e revalidando as Ordenações Filipinas, D. João IV usava destas expressões: “Hei por bem, de minha certa ciência, poder real e absoluto...” E’ verdade que uma tal fórmula já em outros tempos se empregara, mesmo quando não havia ainda a Realeza ultrapassado os limites que lhe impunham os elementos moderadores do regime. Agora contudo tinham outra significação, soavam como um acinte do soberano em face dos pruridos democráticos do tempo.

As Côrtes de 1668, nas quais era deposto D. Afonso VI, exerciam pela vez derradeira a faculdade de votar subsídios. Depois das turbulências havidas nas de 1674, D. Pedro II tratava de afastar aquelas tradicionais assembléias da participação no govêrno. O mesmo fazia D. João V, impondo tributos *sem embargo de se não celebrarem Côrtes* e alegando motivos de urgência que lhe permitiam dilatar indefinidamente a convocação dos estados.

Iam passando os tempos dos quais D. Francisco Manuel de Melo escrevia na *Epanáfora* 1.^a: “Segundo os antigos foros não podem os príncipes impor novo tributo, antes que em Côrtes seja comunicado, pedido e concedido”.

O absolutismo retomava a sua marcha, para atingir o clímax sob D. José I.

(16) *Apud* L. CABRAL DE MONCADA, *op. cit.*, I, p. 216-217.

11. O século XVIII é o século do despotismo esclarecido. A filosofia das luzes difunde-se por todo o continente europeu e os filósofos revolucionários escrevem cartas aos soberanos do tempo, não vacilando em fazer a apologia do poder absoluto, em que viam o instrumento para apressar a ruína definitiva da ordem tradicional.

Frederico II polarizava as atenções. O absolutismo dominava na França e na Áustria. E, enquanto os Bourbons governavam em Madrid com os olhos voltados para a corte de Paris, o ministro Sebastião José de Carvalho, no reinado de D. José, desnacionalizava o Estado português, pondo em prática métodos políticos inspirados pelo filosofismo iluminista.

Se a perturbação cosmopolita de Quinhentos, como diz Sardinha, deixara Portugal cortado a meio de sua jornada histórica, impedindo-o de seguir a rota natural da sua formação (17), — agora era o cosmopolitismo das idéias que vinha completar a obra desagregadora. Nem o humanismo da Renascença, que em Portugal e na Espanha não assumira a feição naturalista e paganizante manifestada noutras partes, nem o romanismo dos legistas haviam exercido tão violenta pressão. Na sua faina demolidora, as reformas de Pombal só seriam excedidas pelo constitucionalismo do século XIX (18).

Chegamos assim às derradeiras fases da monarquia portuguesa.

Recapitulando, temos, pois, segundo a sucessão cronológica:

- I) — Monarquia limitada pelas ordens.
- II) — Monarquia absoluta.
- III) — Monarquia constitucional (19).

(17) A. SARDINHA, *op. cit.*, p. CXIV.

(18) Sobre o absolutismo do século XVIII, ver adiante o capítulo III.

(19) Observa Cabral de Moncada que no primeiro período prevalece o direito consuetudinário; no segundo, a legislação geral e escrita, que culmina com as Ordenações; enquanto no terceiro, o período liberal, aparecem as codificações. Assim a variação das fontes do direito acompanha paralelamente as vicissitudes do desenvolvimento do Estado (CABRAL DE MONCADA, *op. cit.*, p. 189, nota).

A transição da monarquia limitada para a monarquia absoluta prepara o Estado moderno. No absolutismo devemos distinguir duas fases: a em que prevalece o sentido tradicional da monarquia, até o século XVIII; e a que corresponde ao despotismo esclarecido da era pombalina, introduzindo em Portugal a exaltação do Estado centralizador e burocrático. Finalmente, as abstrações do liberalismo terminam a liquidação do direito histórico começada por Pombal.

Essas fases não correspondem às três dinastias, cuja ordem é a seguinte:

1.^a Dinastia (afonsina) — a partir de 1139 (Ourique): séculos XII, XIII e XIV.

2.^a Dinastia (Aviz) — depois de 1385 (Aljubarrota): séculos XIV, XV e XVI.

3.^a Dinastia (Bragança) — em seguida à restauração da independência em 1640: séculos XVII, XVIII e XIX.

As instituições tradicionais florescem até princípios da segunda dinastia, na qual se dá o pleno fortalecimento do poder real. Os Braganças fazem chegar o absolutismo ao seu auge, e depois de D. João atingem a terceira e última etapa.

12. Quando a frota de Cabral chegou ao Brasil e daí a pouco teve início a colonização, a Realeza em Portugal, favorecida pelas circunstâncias do tempo, concentrava cada vez mais os poderes, sobrepondo-se às ordens sociais. Se o comércio de ultramar viera favorecer a centralização e o absolutismo, em escala ainda maior faria sentir as suas conseqüências com as riquezas do Brasil.

Tendo vigorado por pouco tempo o regime descentralizador e semi-feudal das capitanias, a instituição do governo geral passou a refletir entre nós as condições políticas da metrópole. A princípio, não importou na extinção das capitanias, mas somente em serem estas unificadas. Os capitães-mores permaneceram. As outras capitanias (sem capitães-donatá-

rios) foram entregues a capitães-generais, nomeados pela Coroa. Houve compra destas últimas, respeitada a doação inicial. Tais compras não se consumariam sob D. José I, ápice do absolutismo.

O domínio espanhol manteve a continuidade administrativa da obra que vinha sendo realizada pelos portugueses. Posteriormente passava o Brasil à categoria de Reino unido ao de Portugal e Algarves, transferindo-se para o Rio de Janeiro a metrópole, com a vinda de D. João VI. Durante a permanência do soberano no Rio, dava-se do outro lado do oceano o surto do constitucionalismo, com a revolta do Pôrto, seguida da convocação da Constituinte.

Após a volta de D. João VI, o regente D. Pedro, tendo-se feito Imperador, outorgava aos brasileiros a primeira carta constitucional. Embora infenso por temperamento ao novo regime, depois de ter abdicado a Coroa do Império tornava-se o dócil instrumento das fôrças implantadoras do liberalismo em Portugal, onde D. Miguel aparecia como o restaurador das liberdades populares. Évora Monte vinha marcar a vitória do constitucionalismo liberal e com esta vitória selar definitivamente o fim da verdadeira tradição monárquica portuguesa. Com D. Maria II a política dos marechais cavava fundo o abismo entre o trono e o povo, pela primeira vez verdadeiramente alheado aos negócios do Reino. Era o primeiro passo para a República, nascida em outubro de 1910.

Sob a égide dessas mesmas idéias que desfiguravam a velha monarquia lusitana, o Brasil se constituia em Estado separado de Portugal. Deixava-se para trás o regime tradicional, aliás já deturpado pelo absolutismo. Em seu lugar iam ensaiar-se as instituições representativas de tipo parlamentarista. De Portugal os bacharéis brasileiros traziam a nova bagagem de idéias. E assim nos desviámos da nossa linha de formação histórica, fascinados pelo modelo político da Inglaterra e recebendo forte influência dos doutrinários franceses.

CAPÍTULO II

A ORGANIZAÇÃO DO BRASIL NOS DOIS PRIMEIROS SÉCULOS

1. Sentido da colonização portuguesa. 2. As Ordenações do Reino e outras fontes do direito. 3. As Capitâneas. 4. O Governo Geral. 5. Fortalecimento do poder e descentralização. 6. O governo das vilas. 7. Funções das Câmaras. 8. O municipalismo brasileiro. 9. O Município, centro propulsor da organização política. 10. Administração da justiça. 11. Autonomia judiciária. 12. Plasticidade do regime lusiada.

CAPÍTULO II

A ORGANIZAÇÃO DO BRASIL NOS DOIS PRIMEIROS SÉCULOS

1. O que desde logo fere a atenção do historiador, ao reconstituir a vida brasileira no seu primeiro século, é aquilo mesmo que Prescott observou com respeito à América espanhola: o govêrno da Metrópole considerava o seu domínio da América parte integrante do Reino.

E' muito significativo o fato de terem sido sempre applicadas no Brasil as mesmas leis de Portugal. As Ordenações do Reino aqui ficaram vigorando mesmo depois da separação política e ainda durante a República, até à promulgação do Código Civil. As cartas de doação das capitánias, os regimentos dos governadores, as cartas régias, alvarás e outros atos emanados de El-Rei ou de outras autoridades metropolitanas formavam o direito especial da colónia, uma complementação do direito comum a Portugal e ao Brasil. Não existia um estatuto colonial, que collocasse o Brasil em situação de inferioridade jurídica. Além disso, as instituições portuguezas, transplantadas nos trópicos, eram de molde a suscitar entre nós o mesmo sistema de proteção aos direitos e o mesmo regime de liberdades comunais, que vinham sendo praticados no direito histórico lusitano de além-mar.

Teve, pois, a obra de colonização portugueza um sentido superior, realçado ainda mais pela finalidade missionária. Longe de entregar a exploração das novas terras descobertas a companhias de comércio, como faziam a Inglaterra e a Holanda, a Coroa de Portugal tomou a si mesma a tarefa de rea-

lizar aquela obra civilizadora de que resultou o nosso grande Império lusitana. Obra da Igreja e do Estado, cujos esforços se conjugavam no espiritual e no temporal, desde as primeiras expedições que atravessavam o oceano, trazendo a Cruz nas asas das caravelas. Era verdadeiramente, na palavra do Poeta, a dilatação da Fé e do Império.

Os descobrimentos vinham sendo empreendidos sob o patrocínio da Ordem de Cristo, continuadora da tradição das Ordens militares medievais em Portugal. O infante D. Henrique fôra seu Grão-Mestre, passando mais tarde este cargo a ser exercido pelo próprio soberano. Em Bula de 24 de janeiro de 1506, o Papa Júlio II confirmava o Rei de Portugal, D. Manuel, que era também Grão-Mestre da Ordem, nos direitos reais sobre as terras do Brasil oriundas da demarcação estabelecida pelo tratado de Tordesilhas. Esta Bula pontifícia era o primeiro ato legislativo colimando especialmente o Brasil, tendo sido ratificada pelo Papa Leão X em 1514.

Ao primeiro Governador-Geral do Brasil, recomendava D. João III: "O principal fito por que se manda povoar o Brasil é a redução do gentio à Fé católica. Este assunto deve o Governador praticá-lo muito com os demais capitães. Cumpra que os gentios sejam bem tratados, e que no caso de se lhes fazer dano e moléstia, se lhes dê toda a reparação, castigando os delinquentes".

Destoando dêsses termos do Regimento dado a Tomé de Sousa, as tentativas para escravizar o selvícola, contra as quais se levantaram os missionários, aparecem aos olhos do historiador como sombras que se projetam num quadro luminoso. O mesmo se poderia dizer das exigências fiscais da Coroa, em época posterior, isto é, na fase da mineração, quando o dinamismo do Estado centralizador, sob a monarquia absoluta, vinha dar um golpe sensível no regime autárquico da colônia.

De um modo geral, é incontestável que, não obstante a cupidez de alguns homens vindos de além-mar, o objetivo mercantilista estava longe de constituir o móvel principal da obra levada a efeito pelos portugueses na América. Muito

diverso processo acompanhava a formação dos impérios coloniais, quando as potências do norte da Europa já começavam a ser dominadas pelo espírito capitalista.

Este contraste, como bem o demonstraram Werner Sombart, Max Weber e outros, se prende à influência do protestantismo, fornecendo naqueles outros países o clima propício para a formação do capitalismo, enquanto Portugal e Espanha, não atingidos pelo movimento protestante, mantinham a unidade católica em seus vastos impérios.

Outra particularidade a notar, na colonização portuguesa, é a alta capacidade de assimilação desde os primeiros momentos manifestada pelos seus empreendedores. A assimilação moral e religiosa estava na conversão dos gentios. A assimilação social e jurídica decorria de um sistema comum de leis e instituições. E, enquanto ao norte do continente eram eliminados os nativos pelas-vermelhas, Portugal realizava no Brasil a fusão das raças, assegurando de tal forma a assimilação ética.

Quando D. João VI, vindo para o Rio de Janeiro, se torna, no dizer de Oliveira Lima, o fundador da nacionalidade brasileira, não faz mais do que rematar a obra dos seus predecessores. As bases estavam assentes desde o primeiro século.

Restringindo-se o significado de "colônia" ao cultivo material, numa condição de inferioridade jurídica para as gentes submetidas, condição essa institucionalizada no respectivo estatuto — podemos dizer que o Brasil jamais foi colônia de Portugal (1). Tarefa superior de cultura — segundo a procedên-

(1) A *História da Colonização Portuguesa do Brasil* (edição monumental comemorativa do primeiro centenário da independência do Brasil, Porto, 1921) abre-se com aquela saudação de Guerra Junqueiro, no decurso da qual afirma o Autor: "O Brasil não chegou a ser uma colônia". Vale, sem dúvida, para o Brasil a tese sustentada com brilhantismo a respeito da América espanhola por Ricardo Levene: *Las Indias no eran colonias*. Aprovando uma proposta do eminente historiador argentino, a Academia Nacional de História de Buenos Aires, em sessão de 2 de outubro de 1948, recomendou substituir-se a expressão "colonial" dada a um período da história da Argentina por "período espanhol". As *Leyes de Indias* jamais usaram, para desig-

Freire e Coelho da Rocha, opuseram Cândido Mendes e Coelho Sampaio encomiosas apreciações desse documento legislativo, dizendo o último que o cerne de suas disposições “é todo de equidade e nêle se acha o que o Direito Romano, entendido segundo a Glosa, tem de melhor” (2).

Suas fontes foram em substância as Ordenações Manuêlinas — modificadas principalmente no Livro 2.º — e as Afonsinas. E ainda a coleção sebastiânica, leis gerais, forais, costumes, decisões das Côrtes, assentos da Casa de Suplicação, o Direito Canônico, o Direito Romano, o *Fuero Juzgo* (Código Visigótico) e as *Siete Partidas* (3).

Por mais de dois séculos regeram a Nação Portuguesa, tendo aplicação no Brasil durante todo o Império e parte da República. Juntamente com as leis posteriores promulgadas pelos Felipes, foram revalidadas por D. João IV. Leis novas, decretos e provisões, que se seguiram a êste monarca, foram depois coligidos e acomodados aos livros e títulos das Ordenações na edição chamada Vicentina, a cargo dos religiosos de São Vicente de Fora (4).

Leis avulsas completavam as Ordenações, e por não terem sido incluídas na compilação eram chamadas *leis extravagantes*. Cartas de lei, decretos, alvarás, cartas régias, resoluções, provisões, regimentos, estatutos, instruções, avisos e

(2) CANDIDO MENDES, *Código Philippino*, Introd., pág. XX-XXI.

(3) CANDIDO MENDES, *op. cit.*, p. XXV. O alvará de 5 de junho de 1595, que mandava reformar as Ordenações, não traz o nome dos juristas que deveriam empreender a obra. Por Melo Freire, apoiado em outros documentos, sabemos terem sido êles os desembargadores do Paço Paulo Afonso e Pedro Barbosa, e mais os juriscultos Damião de Aguiar e Jorge Cabedo, êste último Chanceler-mór do Reino, autor de erratas publicadas mais tarde e considerado o principal compilador por Cândido Mendes, que acrescenta os nomes dos “revisores officiais” Melchor do Amaral, Diogo da Fonseca e Henrique de Sousa.

(4) A 1.ª edição das Ordenações a cargo do Mosteiro de S. Vicente de Fora, por mercê de Felipe II, data de 1603. A que mais geralmente se conhece com o nome de Vicentina é a 5.ª e última (1747 e 1748), “mandada fazer com todo o luxo e magnificência por El-Rey D. João V” (INNOCENCIO, *Diccionario Bibliographico*). Quanto à lei de confirmação das Ordenações, data de janeiro de 1643.

portarias eram outras tantas fontes de direito, além dos usos e costumes, o Direito Romano e o Canônico. De notar os Assentos da Casa de Suplicação, que tinham fôrça obrigatória, mercê de disposição das Ordenações, concedendo àquele tribunal atribuição pela qual dirimia dúvidas sôbre o sentido de uma lei, sendo a interpretação escrita no livro de Assentos. No fim do Livro 1.º das Ordenações Filipinas, encontrava-se o novo regimento do Desembargo do Paço, tribunal com jurisdição para expedir graças, privilégios e liberdades impetrados do soberano. Ainda durante o domínio espanhol, foi dado regimento à Casa de Suplicação, levando em conta as modificações relativas a êste tribunal superior, tendo sido também discriminadas as funções do Conselho das Índias e da Mesa da Consciência e Ordens, funções determinadas nos respectivos regimentos (5).

Ao direito comum de Portugal, aplicável no Brasil, deve acrescentar-se o direito especial da colônia, entre cujas fontes sobrelevam as cartas de doação, os forais e os regimentos dos governadores.

3. O primeiro sistema político-administrativo introduzido no Brasil era o que já se applicara na Madeira e nos Açores, comparado por alguns historiadores ao regime feudal. Não obstante algumas analogias, o feudalismo europeu apresenta característicos inconfundíveis que impedem um para-

(5) Instituída por D. João III em 1532, a *Mesa da Consciência* tinha autoridade para consultar o Rei nos casos em que fôsse necessário recorrer à consciência do soberano. A partir de 1551 passou a denominar-se *Mesa da Consciência e Ordens*, pois desde então exercia jurisdição sôbre o provimento dos benefícios das Ordens, a administração e arrecadação das comendas, etc. Era um tribunal administrativo, como mais tarde o Conselho das Índias, para os negócios de ultramar, disciplinado pelo regimento de 26 de julho de 1604. Para resolver conflitos de jurisdição entre ambos, além do alvará de 2 de janeiro de 1606, foram dados novos regimentos à Mesa da Consciência e Ordens. O Conselho das Índias foi extinto em 1614 e restabelecido em 1642 com o nome de Conselho Ultramarino, passando-se-lhe então muitas atribuições não só da Mesa da Consciência e Ordens, mas ainda do Conselho da Fazenda e do Desembargo do Paço.

lelo perfeito com o regime português das capitanias hereditárias.

Na síntese de Max Fleiuss, “a terra dividida em senhorios dentro do senhorio do Estado, — eis o esboço geral do sistema administrativo na primeira fase da nossa História” (6). As capitanias, como pondera o Professor Waldemar Ferreira, eram entidades autárquicas territoriais (7).

Força a interpretação da história quem nesse sistema quer ver a origem do nosso federalismo. A Federação supõe uma convenção ou aliança (*foedus*), pela qual várias unidades, conservando uma larga margem de autonomia, assumem obrigações recíprocas e se sujeitam a um governo central. Isto não se verificou no caso das capitanias brasileiras. Nem quanto à origem do sistema, nem quanto à sua forma se justifica o paralelo com o Estado federal. Mais uma vez podemos concluir, com o professor Waldemar Ferreira: “Inexistindo, como inexistiam, laços de coesão governamental entre as capitanias ou compromisso, senão mesmo obrigação de reciprocamente se defenderem de agressões externas e de rebeliões internas, não se deparam nela os germes do federalismo” (8). E ainda: “Pode-se, por certo, fazer a apologia do senso objetivo dos velhos estadistas portugueses do tempo, no transplantar para a colônia brasileira o regime que haviam adotado, com relativo sucesso, nas suas pequeninas ilhas atlânticas; pode-se, em verdade, admirar o conhecimento que eles revelaram, da costa marítima, que mediram, demarcaram, distribuíram e partilharam. Não se há de, porém, contrariando os fatos, ver nessa dádiva de terras a alguns homens para que delas se apossassem e nelas se instalassem, a fim de, à sua custa, colonizá-las e povoá-las, o lançamento da semente do federalismo” (9).

(6) MAX FLEIUSS, *História Administrativa do Brasil*, 2.^a edição Companhia Melhoramentos de São Paulo, 2.^a edição, p. 10.

(7) WALDEMAR FERREIRA, *História do Direito Brasileiro*, tomo I, Livraria Freitas Bastos S.A., p. 65.

(8) WALDEMAR FERREIRA, *op. cit.*, I, p. 154.

(9) WALDEMAR FERREIRA, *op. cit.*, I, p. 155.

4. Quando, pela circunstância da morte trágica de Francisco Pereira Coutinho, donatário da capitania da Bahia de Todos os Santos, reverteu esta para o domínio da Coroa, terminou a primeira fase da colonização, sendo instalado o Governo Geral. Outras capitanias foram tendo o mesmo destino ou por abandono, ou por morte dos donatários sem herdeiros, ou por confisco, e mesmo por compra.

O breve ensaio de 14 anos, — quanto durou o sistema de capitanias — não fizera mais do que preludiar a obra da colonização, que se estruturava definitivamente com a vinda de Tomé de Sousa.

Continuavam a existir as capitanias, subordinadas ao governo central, com sede em Salvador. Em época posterior fazia-se a divisão entre o Estado do Brasil e o Estado do Maranhão, êste último criado pela Carta Régia de 13 de junho de 1621, unidade político-administrativa sem dependência do governo da Bahia até 1774.

O Regimento dado a Tomé de Sousa em 1548 estabelecia as bases do sistema do Governo Geral, durando até 1677, quando ao Governador Roque da Costa Barreto era dado novo regimento. Por êste último, pelo Regimento do Estado do Maranhão de 1621, pelas Ordenações do Reino nos casos expressamente regulados e ainda pelas chamadas leis extravagantes, regeu-se a nossa ordem político-civil-administrativa até 1763, ano em que foi expedido novo regimento aos vice-reis do Brasil. A D. Jorge Mascarenhas, marquês de Montalvão, ainda sob o domínio espanhol era concedido pela primeira vez o título de Vice-Rei. Finalmente, com a transferência da Corte para o Rio de Janeiro, o Brasil vinha a ser plenamente equiparado ao Reino Unido de Portugal e Algarves.

Além dos regimentos gerais, dados aos governadores, deve-se ter presentes os regimentos dos provedores e ouvidores. Tomé de Sousa, primeiro Governador-geral, trazia ao seu lado um Provedor-mór, encarregado dos negócios da Fazenda, e um Ouvidor-geral, para a Justiça.

Dos regimentos gerais escreve João Francisco Lisboa: “No complexo das disposições contéudas nesses diversos do-

cumentos notam-se ao mesmo tempo duas tendências constantes, mas opostas entre si, já para alargar o poder dos governadores, já para o restringir, e precaver os abusos a que a extensão dêle, unida às dificuldades da repressão, incessantemente os estimulava” (10).

Além das autoridades locais, já mencionadas, a vida político-administrativa tinha a orientá-la os órgãos metropolitanos superiores, a saber: Conselho da Índia (depois Conselho Ultramarino), Conselho do Estado, Conselho da Fazenda, Casa da Suplicação (ou Supremo Tribunal do tempo) e Mesa da Consciência e Ordens (para os negócios de ausentes, interditos, cativos e defuntos, bem como questões atinentes aos membros das Ordens militares).

5. A maneira de apresentar a história dos nossos primeiros séculos pode sugerir a seguinte visão retrospectiva: teríamos tido a princípio a descentralização, com base nas capitânicas, numa espécie de antecipação do regime federal mais tarde pôsto em prática pela República, e em seguida a centralização unitária, decorrente da instituição do Governo Geral e continuada, após 1822, pelo Império.

Visão simplista que não corresponde à realidade histórica. Já vimos que não se deve procurar no sistema das capitânicas o indício da pretensa vocação brasileira para o federalismo. E não se deve tão pouco enxergar no sistema vigente durante a maior fase da colônia aquêle mesmo unitarismo que a Constituição de 1824 implantou sob o efeito das ideologias políticas dominantes.

Estabeleceu-se o Governo Geral para atender à necessidade de um poder central forte, capaz de assegurar a integridade do domínio português na América em face das condições difíceis do tempo. Mas essa alteração não veio acarretar uma centralização excessiva ou o sufocamento do regime autárquico instituído desde os primeiros tempos. Para bem o compre-

(10) *Apud* MARTINS JUNIOR, *História do Direito Nacional*, Rio de Janeiro, 1895, p. 189.

endermos, devemos lembrar que as capitânicas eram divisões territoriais, ou como diz o Professor Waldemar Ferreira “autarquias territoriais”, obedecendo aliás a um traçado que se delinearaprioristicamente e sem exato conhecimento do território imenso a povoar. Aquela divisão seguindo cinquenta léguas de costa, compreendendo as terras do interior, pouco significava como expressão da vida social e política que se iniciava. Esta se concentrava tôda em tórno de uma outra unidade, fator real de descentralização: a autarquia municipal.

6. Antes mesmo que o regime das capitânicas se tivesse instaurado, Martim Afonso de Sousa era incumbido de uma grande expedição às terras descobertas, vindo para o Brasil como portador de três cartas régias datadas de 20 de novembro de 1530, numa das quais era designado capitão-mór da armada e também de tôdas as terras que achasse e descobrisse, com alçada no crime e no cível, e amplos poderes, incluindo o de levantar padrões de vila. Sabemos que, usando dêstes poderes, fundou São Vicente, a *cellula mater* da nacionalidade. Escolheu o lugar da projetada cidade, demarcou-o, arruou o terreno, distribuiu-o em lotes, fêz erguer os primeiros edifícios, levantou um forte, a igreja, a casa da Câmara, a cadeia e a alfândega. Da importância dêsse núcleo primitivo dão-nos provas não só a atividade dos portugueses iniciando a agricultura, mas ainda a sua capacidade técnica na arte de navegação, demonstrada no estaleiro que ali montaram.

Ora, Martim Afonso não fundou apenas a *urbs*. Desde o primeiro instante, lançou os fundamentos da *civitas*: nomeou oficiais para a administração da justiça e convocou os *homens bons* para a eleição dos vereadores. Transpunha-se assim para o Brasil a instituição municipal portuguesa. Aplicavam-se os dispositivos a respeito contidos nas Ordenações. Tinha início o governo autônomo das vilas e se esboçava o sistema representativo.

Quando em 1534 se estabeleceu o regime das capitânicas, nem por isso êsse primeiro bosquejo de organização comunal

sofreu alteração. Antes foi confirmada a política de Martin Afonso, com os dispositivos exarados na carta de doação pela qual se tornou donatário da Capitania de São Vicente. E aquela primeira organização servia de modelo para outras, que noutras capitâneas se levantavam, reproduzindo aliás o modelo mais distanciado dos municípios de Santarém, Ávila e Salamanca, tradicionalmente apresentados como exemplares da organização municipal de além-mar.

O governo local das vilas, no Brasil, com suas câmaras municipais, exercendo funções administrativas e judiciárias, com os juizes e vereadores que aí tinham assento, eleitos pelos *homens bons*, com os auxiliares da justiça e da administração, entre os quais aquela curiosa figura dos almotacés, a lembrarem os "comandos sanitários" de hoje, correspondia na América portuguesa a instituições semelhantes existentes na América espanhola, onde as populações locais tinham no *cabildo* aberto ou fechado o amparo dos seus interesses e a garantia das suas liberdades.

7. Como nota com precisão Geraldo Moreira, a autonomia municipal compreende não só "o pleno exercício de eleger os governantes locais", mas também "a ampla liberdade na organização dos seus serviços e nos seus atos de administração" (11).

Concorriam estes dois fatores no regime municipal da colônia. Na observação de Max Fleiuss, "às Câmaras de então competiam funções muito mais amplas que às atuais municipalidades". Em síntese: "Além das atribuições atinentes propriamente ao município, exerciam encargos privativos do ministério público, denunciando crimes e contravenções, fazendo policia rural e hygiene pública; auxiliavam os *alcaldes* no policiamento da terra; elegiam em grande parte os funcionários da administração geral, como os *almotacés*, com assistência do alcaide-mór, os quatro recebedores das sisas, os

depositários judiciais, o de cofre de órfãos, o da décima, os avaliadores dos bens penhorados, o escrivão das armas, os quadrilheiros ou guardas-policiais do termo, etc. Nomeavam representantes seus, procuradores perante as Côrtes, influnido assim na alta política do Estado; e organizavam, de conformidade com os juizes e *homens bons* da terra, as posturas municipais". (12)

Quanto aos vereadores, entre outras incumbências, cuidavam da administração geral do município; despachavam com os juizes, sem apelação, os feitos de injúrias verbais e pequenos furtos; tomavam contas aos procuradores e tesoureiros; exerciam jurisdição sobre caminhos, chafarizes, fontes, pontes ou calçadas; taxavam officiais mecânicos, jornaleiros, mancebos e moças de soldada, tudo o que se comprava e vendia, à exceção de pão, vinho e azeite; proviam posturas. Note-se que o cargo de vereador era obrigatório, só admitindo as mesmas excusas da tutela. A reeleição immediata era prohibida, podendo dar-se três anos depois de terminado o mandato. E os bens particulares dos que fôsses escolhidos ficavam hipotecados em garantia durante o tempo do exercício da vereança.

As Câmaras do Brasil viveram a principio sob o regime das Ordenações Manuelinas, as quais reproduziam, em matéria de organização municipal, os dispositivos anteriores, das Afonsinas. Quando, reinando Felipe II, foi feita a reforma daquelas Ordenações, algumas importantes modificações se introduziram no tocante à organização das Câmaras e seu modo de eleição. Reduziram-se as funções judiciárias, accentuan-

(11) GERALDO CAMPOS MOREIRA, *O Municipalismo*, in *Revista da Administração*, ano I, n.º 1, março de 1947, p. 89.

(12) MAX FLEIUSS, *op. cit.*, p. 35. Quanto à representação nas Côrtes, tem-se conhecimento de alguns casos, embora não chegassem a ser prática generalizada. Informa Cortines Laxe, no *Regimento das Câmaras Municipais*, Introdução, n.º 3, que fizeram uso do direito de nomear procuradores às Côrtes a Câmara do Rio de Janeiro, em 1641, e a de S. Luis do Maranhão, em 1685. Veja-se CARVALHO MOURÃO, *Os Municípios. Sua importância politica no Brasil-colonial e no Brasil-Reino. Situação em que ficaram no Brasil-Imperio*, etc. Tese apresentada ao 1.º Congresso de História Nacional, *Revista do Instituto Histórico e Geográfico*, Tomo especial, parte III, p. 309.

do-se o caráter administrativo dos corpos de vereança. Tal regime durou até a lei de 1.º de outubro de 1828.

8. Entre as instituições lusas aclimatadas no meio ambiente brasileiro, não podia deixar de figurar o município. A Monarquia portuguesa tivera sempre um cunho popular. Nos primeiros tempos, as populações das cidades recebiam privilégios dos Reis como recompensa dos auxílios prestados na luta contra os mouros. Mais tarde, para essas mesmas populações concelhias tornava a apelar o Rei ao enfrentar a Nobreza e o Clero. As liberdades ou franquias municipais não custavam o preço do sangue, como noutros países, mas eram o fruto da aliança entre o Rei e as comunas. No Brasil não havia mouros a combater, nem contas a ajustar entre o soberano e as classes aristocráticas. O municipalismo surgia como consequência natural do particularismo geográfico dispersivo, e em continuidade com a tradição dos concelhos portugueses. Os dispositivos a respeito, contidos nas Ordenações do Reino, vigoravam para reger as incipientes comunas brasileiras.

Ao fundar uma vila, fazendo levantar o pelourinho, nomeando os primeiros funcionários, convocando os homens bons do lugar, os capitães donatários procuravam atender a necessidades do momento. Guiava-os o empirismo das tradições que conheciam e das condições novas a que se iam acomodando. Não vinham com idéias preconcebidas. Não estavam aferrados a categorias jurídicas. Não se inspiravam em motivos ideológicos. Nem mesmo planos perfeitamente delineados traziam. Eram sobretudo homens práticos.

Divergem os historiadores no apreciar o desenvolvimento das instituições municipais plantadas pelos lusitanos em terras brasileiras. Observações restritas a uma determinada região ou a alguns municípios têm por véses levado os estudiosos do assunto a concluir unilateralmente, afirmando, com João Francisco Lisboa, a onipotência das câmaras, ou negando o alcance do princípio da autonomia municipal na fase da colonização.

Compulsemos os documentos, e havemos de ver que aquelas instituições floresceram nos principais núcleos da vida colonial. Era o sistema normalmente pôsto em prática, no tempo das capitânias, do govêrno geral, do Vice-Reinado. Houve, porém, obstáculos à sua expansão e dificuldades que lhe impediram o desenvolvimento. A administração da zona aurífera, por exemplo, ou do distrito diamantino não se coadunava com o princípio da autonomia. As liberdades locais seriam também sacrificadas pela tendência centralizadora do século XVIII, quando a política pombalina aplicava na Metrópole os preceitos do despotismo esclarecido. Desviava-se a Realeza do sentido popular de outrora, e esta tendência não podia deixar de se refletir na administração dos domínios ultramarinos.

E' certo, como Oliveira Viana mostrou em *Populações meridionais do Brasil*, que os nossos municípios jamais chegaram a alcançar a pujança das comunas européias. Formaram-se estas pelo agrupamento espontâneo dos vizinhos, já tinham uma organização social e mesmo política ao defrontarem o poder do rei ou do senhor feudal, ganharam consistência graças à densidade das populações. No Brasil tudo era diferente. As cidades eram fundadas pelos representantes do poder central, que lhes concediam os privilégios e muitas véses traziam antecipadamente a carta de direitos. Assim procederam os capitães portugueses e os bandeirantes paulistas, povoadores de novas cidades e vilas. Os casos de formação espontânea, como Parati e Campos, são excepcionais. Por outro lado, as condições do nosso meio não favoreciam a solidariedade comunal, surgida em Portugal e na França entre os pequenos lavradores habitantes das cidades, ou na Inglaterra e nos Estados-Unidos entre os pequenos proprietários urbanos. O que se tornaria logo entre nós um elemento decisivo na organização social e política era o latifúndio agrário, num regime de disseminação demográfica, dando origem ao clã rural constituído em tórno do fazendeiro ou do senhor do engenho.

Isso não quer dizer que não existisse entre nós vida municipal. Outra é a conclusão a ser daí depreendida — e assim a podemos formular: *o municipalismo brasileiro teve um*

cinho predominantemente aristocrático. Não se praticava o sufrágio universal: eleitores eram os “homens bons”, isto é, a elite local, constituída por fidalgos portugueses e seus descendentes oficiais das tropas, funcionários civis, proprietários rurais, comerciantes de posses. Em São Paulo de Piratininga, cujos sentimentos de autonomia foram sempre tão intensos, formava-se uma nobreza oriunda do merecimento pessoal, fundando-se a nobilitação nos grandes feitos guerreiros e não na riqueza. Particularidades curiosas, para quem quiser traçar a história do municipalismo no Brasil, oferece o primitivo burgo de Nóbrega e Anchieta, em seu posterior desenvolvimento. O episódio de Amador Bueno mostra até que ponto herdavam os nossos munícipes o sentimento de fidelidade ao Trono, tão característico das populações concelhias em Portugal. E tãda a expansão bandeirante, que é senão obra de formação municipalista? Não se tratava de um movimento nacional, nem mesmo regional. As expedições eram organizadas pelos homens das cidades.

9. Ficaram os portugueses, na linguagem pitoresca de Frei Vicente do Salvador, “arranhando a costa como caranguejos”, até que mais tarde a expansão bandeirante levou à dilatação das nossas fronteiras. Assim é que as primeiras vilas se localizam no litoral: São Vicente, Olinda, São Salvador, São Luís do Maranhão. Na Capitania de São Vicente, já se encontram, porém, no interior Santo André da Borda do Campo e São Paulo de Piratininga.

O verdadeiro quadro do Brasil, nos primórdios de sua organização político-administrativa, nos é dado pelo governo das vilas. Em tórno das primeiras cidades desenvolve-se a vida social e a economia. Olinda e Recife representam centros de expansão do ciclo económico da cana-de-açúcar, enquanto, na capitania de São Vicente, São Paulo, Taubaté, Itu e outras cidades constituem os núcleos do bandeirismo e se tornam pontos de partida de um novo ciclo das atividades económicas.

No plano político, tanto como no económico, destaca-se o município, centro autêntico dos interesses do tempo. A capi-

tania tem um significado muito menor, por vêzes nulo. Como ensina Waldemar Ferreira, “o governo das capitanias se contraía no das vilas. Contribuiu para isso o estado rudimentar do país, em que tudo estava por plantar e por fazer. Os capitães e governadores eram muitíssimo mais alcaides-mores das vilas do que da própria capitania... A realidade era, portanto, o governo das vilas”. (13)

Nota Rocha Pombo que muitas das atribuições que se arrogavam as Câmaras eram da competência expressa dos Governadores, não cessando a Metrópole de expedir ordens no sentido de contê-las nos limites da respectiva jurisdição. E’ certo que algumas vêzes os Governadores se sobrepunham às Câmaras, mas só na Bahia e no Rio essa preeminência foi completa, como observa o mesmo historiador, assim concluindo: “nas capitanias do Estado do Maranhão, nas da repartição do sul e Estado do Brasil, e em tãdas as capitanias subalternas, o senado da Câmara chegou a assumir funções políticas, e tão extensas que a ação dos Governadores se tornaria difícil, e em muitos casos impossível, sem o acôrdo e o concurso de semelhante poder. Os Governadores preferiam às vêzes abdicar da própria autoridade, e condescender com os abusos, a entrar em luta com o senado” (14).

10. As liberdades comunais provam à evidência que o Brasil, longe de ter sido simples colónia em estado de servidão constitucional, foi logo integrado no Império construído pelos portugueses, fruindo dos benefícios assegurados aos seus habitantes de além-mar. Outro argumento para demonstrar a tese está na administração da Justiça.

Já nos referimos aos juízes de eleição popular, com assento na Câmara. Nas aldeias menores havia o juiz de vintena, assim chamado por existir nos lugares de mais de vinte famílias residenciais, parecendo ter sido êste o mesmo que o juiz

(13) WALDEMAR FERREIRA, *op. cit.*, p. 92.

(14) ROCHA POMBO, *História do Brasil*, W. M. Jackson Inc., 1947, vol. II, p. 139.

pedâneo, que já encontramos na fundação de São Vicente. Era uma espécie de juiz de paz, variando sua alçada entre 100 e 400 réis. Decidia as pequenas questões verbalmente, sem apelação nem agravo, e podia prender em flagrante os malfeitores.

Aos juizes ordinários, acrescentou-se o Juiz de fora, que devia ser “letrado e entendido”, isto é, formado em direito, exigência não feita para os primeiros. De nomeação do Rei, era o verdadeiro chefe da justiça e da administração no seu termo, cabendo-lhe substituir o Ouvidor da comarca na ausência ou impedimento dêste. Devia trazer a vara branca, enquanto ao juiz eleito cabia a vara vermelha. Nota, entretanto, Cândido Mendes que êstes costumes de além-mar não foram mantidos entre nós. Os nossos juizes, em lugar da vara, como insígnia da magistratura, começaram a usar uma pequena meia-lua de vime enrolada em pano branco, na borla da casaca.

Posteriormente foi ainda instituído o juizado de órfãos, com funções mais extensas que as exercidas pelos juizes orfanológicos de hoje. O juiz apartado de órfãos tinha a seu cargo uma tarefa de assistência social muito ampla. Não agia só quando provocado, mas devia saber qual o número de órfãos do lugar, organizar a devida lista, saber se tinham bens ou não, idade, filiação e respectivos tutores, provendo eficazmente à manutenção e trato dos mesmos órfãos.

Quanto ao Ouvidor, já o vemos no regime das capitanias, nomeado por cada donatário, tendo a sua competência privativa ou a jurisdição conjunta com o Capitão-mór estatuídos nos regimentos dos respectivos cargos. Ao lado do primeiro Governador-Geral está o Ouvidor-Geral, vendo neste J. F. Lisboa o primeiro indício de uma constante que se tornou depois mais perfeitamente assegurada na história do nosso direito: a independência da magistratura.

E' preciso levar em conta as circunstâncias da época e a inexistência do princípio da separação de poderes para compreender o quanto já significava na vida jurídica brasileira a instituição dêstes órgãos da Justiça.

11. Se no concernente ao govêrno das vilas, as Câmaras nos manifestam a vitalidade do princípio da autonomia, chegando até a prender Governadores, igualmente no que diz respeito à Justiça os Ouvidores se mostram altivos em face das pretensões do poder central ou do govêrno das capitanias. Cioso de suas prerrogativas, o Ouvidor não admite que o Governador venha a influir em suas decisões. Lembremos o caso do Ouvidor do Serro, que chegou a se exceder no uso de seus poderes, ocasionando uma queixa do Governador ao Rei de Portugal. A resposta foi bem significativa, determinando Sua Majestade que não se criassem embaraços ao magistrado, por ser preferível o abuso dos juizes ao risco de fazê-los perder a independência no exercício de suas funções. Por sua vez, no escandaloso conflito entre o Governador Francisco Xavier de Mendonça Furtado e o Ouvidor-Geral Manuel Luís Pereira de Melo, consegue êste fazer prevalecer as suas descabidas exigências, opondo-se a uma viagem do Governador ao norte e à sua substituição pelo sargento-mor, que lhe era desafeto. Casos extremos que servem para mostrar até que ponto o Ouvidor levava as suas prerrogativas.

Além dêsses órgãos singulares da magistratura, teve desde logo o Brasil os seus tribunais: a Relação da Bahia, criada em 1609, suprimida em 1626 mas restabelecida em 1652, e a partir de 1751 a Relação do Rio de Janeiro.

Finalmente, como tribunal de última instância, estava em Lisboa a Casa da Suplicação, que se transferia para o Rio de Janeiro, com a vinda de D. João VI. Ao regressar a Portugal, o soberano, que nos favorecera com tantas liberalidades, aqui deixava êsse tribunal, assegurando-nos assim a plena autonomia judiciária antes mesmo da separação política.

12. Louva Oliveira Viana o descortino dos velhos estadistas coloniais, não sem apontar naquela organização político-administrativa “muita trasladação injustificada de órgãos e peças do velho mecanismo do govêrno da metrópole para o novo meio americano. Há instituições sem razão de ser aqui, há aparelhos que não podem funcionar regularmente, pela dis-

cordância entre a sua finalidade e as condições específicas da nova sociedade a organizar; há peças do mecanismo administrativo, que invez de regular e normalizar a marcha do núcleo a que se ajustam, a retardam, a embaraçam ou a desviam; outras funcionam como fatores de irritabilidade e dissociação dos pequenos organismos em formação; outras os comprimem em demasia e os asfixiam, e são causas, ora de destruição de centros vivazes de vida colonial, ora de um estado permanente de instabilidade e desordem, que se faz o germe de futuras e perigosas agitações. No meio desses desacertos, há, porém, grandes acertos, um superior espírito de objetividade, um admirável senso das nossas realidades, um conhecimento profundo e metuculoso da nova terra e da gente que a conquista, a desbrava e a povoa". (15)

Foi esse senso de objetividade que levou os estadistas lusos a abandonarem a exclusividade do regime das capitânicas, tal como o haviam ensaiado antes nas ilhas do Atlântico, uma vez devidamente verificadas as condições tão diversas do Brasil. Manifesta-se ainda esse espírito prático, e o conhecimento do meio ambiente, na adaptação das instituições ou na criação de peças novas para o aparelhamento governamental, segundo o exigiam as circunstâncias. A extensão territorial, a variedade dos regimes de economia e outras razões imperiosas davam margem a uma organização complexa, na qual não se nota aquêlo espírito de simetria do unitarismo imperial e sobretudo do federalismo republicano.

Viram-se os homens da colônia a braços com este problema: "*a conciliação entre o princípio da unidade do governo e a tendência regionalista e desintegradora, oriunda da extrema latitude da base geográfica em que se assenta a população*". (16)

Prevaleceu o sistema unitário, instituído com o governo geral, tendo havido apenas duas tentativas passageiras de dualidade do governo, uma entre 1572 e 1577, outra entre 1608

(15) OLIVEIRA VIANNA, *Evolução do Povo Brasileiro*, 2.^a edição, Companhia Editora Nacional, p. 199-200.

(16) OLIVEIRA VIANNA, *op. cit.*, p. 203.

e 1612, sem falar na divisão da colônia em duas seções inteiramente independentes, a partir de 1621: o Estado do Brasil e o Estado do Maranhão.

Deve-se notar, porém, que a unificação operada quando D. João III resolveu crear o governo geral, não veio sufocar os centros de vida autônoma da colônia. Pelo contrário. O sistema semi-feudal não desapareceria por completo, e novas manifestações de um regime autárquico eram disciplinadas pelas autoridades reinóis sem nenhuma preocupação de excessiva e aliás utópica centralização.

Só nos fins do século XVIII foi efetuado o resgate das últimas capitânicas doadas em 1534, e até então, ao lado dos capitães-mores não donatários de capitânicas e vilas, existiam os donatários, a prolongarem o sistema anterior. A última capitânia resgatada ou incorporada ao Estado foi a de S. Vicente, em 1791.

Num regime de certo primitivismo, os caudilhos locais exerciam funções da autoridade pública, com mão vigorosa e prepotente. Perceberam os governadores ser necessário transigir com esta contingência e a Metrópole chegava a armar os chefes bandeirantes de amplos poderes com que pudessem desempenhar-se da sua missão. Por isso, como os capitães-mores das aldeias, também os caudilhos territoriais são "verdadeiros centros de autoridade, fragmentos minúsculos em que se dispersa, pela força centrífuga dos agentes geográficos, o imponente e complexo mecanismo dos governos gerais". (17)

Aspecto interessante oferece, no mesmo sentido, o patriarcalismo rural do ciclo da cana de açúcar, quando a Casa-Grande do senhor de engenho, além de ser uma autarquia econômica, se torna também um desses centros dispersivos da autoridade. Coisa parecida dá-se nos latifúndios sertanejos.

O regime municipal acompanha a variação das condições gerais da sociedade. Desenvolve-se nas zonas agrícolas, onde há populações fixas e elementos de uma aristocracia rural, que constituem também a elite política. Nas zonas pastoris, na

(17) OLIVEIRA VIANNA, *op. cit.*, p. 221.

imensidão dos sertões, não poderia medrar. Aqui predomina o governo pessoal do Capitão-mór regente, fundador de povoações.

Quando os bandeirantes se fixam na região mineira, deixando o nomadismo de penetradores da selva e estabelecendo ali uma nova sociedade (18), o cabo da tropa passa a ser o Capitão-mór das minas. Em torno dos núcleos assim formados surgem instituições jurídicas e administrativas bem características. Ao lado do "Capitão-general", há uma Junta de arrecadação da Fazenda Real, uma Contadoria geral, as intendências do ouro, as guarda-morias das minas, as casas de fundição. Por sua vez, na zona diamantífera surge o Intendente dos diamantes, com poderes excepcionais. E o direito fiscal da época passa por alternativas várias, vigorando ora o sistema de capitação, ora o de casas de fundição.

Os sessenta anos de domínio espanhol (1580-1640) não alteraram a estrutura interna da colônia, mas significaram para o Brasil uma situação propícia ao expansionismo bandeirante. O meridiano de Tordesilhas, durante esse lapso de tempo, perdeu sua razão de ser, uma vez que a soberania de Castela se estendia sobre toda a América do Sul. Assim, a transposição da linha convencional, pelos indômitos desbravadores paulistas, se processava naturalmente, daí resultando a dilatação das fronteiras, que mais tarde o princípio do *uti possidetis* viria ratificar no plano jurídico. Renascia nos homens do planalto de Piratininga a fibra dos navegantes de outrora, construtores do grande Império. A penetração das selvas era uma nova epopéia, a continuar a epopéia marítima. E o Brasil se configurava para o futuro.

(18) AFONSO ARINOS DE MELO FRANCO, *A Sociedade Bandeirante das Minas*, in *Digesto Económico*, ano VIII, n.º 90, maio de 1952, p. 64-81: "Desde que surja o ouro e o homem se fixa, vai perdendo a bandeira a sua função, na medida em que a vida social se estabelece progressivamente. A sociedade bandeirante é o início da aplicação e da adaptação das instituições sociais e dos padrões culturais vigentes na zona civilizada, ao deserto rude, súbito povoado pela estonteante atração do ouro". Povoadores, os bandeirantes fixaram-se não só na região das minas, mas também na sua expansão para o sul, fundando cidades como Laguna, Lages e outras.

CAPÍTULO III

O SÉCULO XVIII SOB O ASPECTO FILOSÓFICO-JURÍDICO

1. Illuminismo e despotismo esclarecido. 2. A escola do direito da natureza e das gentes. 3. A marcha dos estudos de direito romano: influência dos humanistas, escola cujaciana e método sintético-compendiário. 4. O direito eclesiástico e o regalismo. 5. O iluminismo em Portugal: Pombal, Verney e Melo Freire. 6. A Lei da Boa Razão. 7. O Compendio Histórico da Universidade de Coimbra. 8. Os Estatutos da Universidade e a reforma dos estudos. 9. Alterações no direito sucessório. 10. Juízo de Cândido Mendes sobre a obra de Pombal.

CAPÍTULO III

O SÉCULO XVIII SOB O ASPECTO FILOSÓFICO-JURÍDICO

1. No quadro geral das instituições portuguesas vimos inserir-se a vida brasileira dos primeiros séculos. Cumpre agora alargar o panorama que estamos descortinando, para abranger os horizontes espirituais da Europa numa época de profundas alterações, de uma verdadeira revolução intelectual, cujos efeitos se fizeram logo sentir no domínio da legislação e das instituições políticas.

O protestantismo e o humanismo naturalista da Renascença vinham imprimindo na mentalidade do homem europeu o selo de uma nova concepção geral da vida e dos valores (1). Sob sua influência, no século XVIII, as classes dirigentes e os que constituíam a "república das letras" eram levados a uma negação radical da essência histórica dos seus povos.

Entre os responsáveis pelos negócios do Estado, figuravam os membros de uma nobreza decadente, em que mal se divisavam vestígios dos cavaleiros de outrora. A nobreza da espada e da terra cedia lugar à aristocracia da toga e da cõrte. Fruíam os grandes senhores dos privilégios que a hierarquia lhes assegurava, mas começavam a perder a consciência

(1) A rebelião protestante, — nota Berdiaeff nas páginas luminosas de *Um nouveau Moyen-Âge*, — gerou a revolução da história moderna, que veio a dar nas "luzes" do século XVIII, no racionalismo, no positivismo, no socialismo. Pálido reflexo do Renascimento, as "luzes" representam uma forma posterior da auto-affirmação humanista, que, atirando as origens divinas do homem, acabou por encontrar na miséria espiritual do humanismo o castigo do seu orgulho.

dos seus deveres sociais, contaminados pelas idéias dissolventes semeadas nas “sociedades de pensamento” (2).

Só por um escárnio se pode admitir que os homens de letras de então tenham passado à história com a denominação de filósofos, pois nunca se viu filosofia tão indigente como a que professaram. Diziam-se portadores das luzes da civilização, cujo esplendor se projetava sobre os novos caminhos da humanidade, libertando-a do que chamavam o “obscurantismo medieval”. Preconizavam um regime autoritário e despótico em que o rei, homem de vontade “esclarecida”, fosse capaz de abater com pulso firme os preconceitos do povo, ainda aferrado às velhas tradições. E com as suas idéias educavam a nobreza, fazendo fermentar a revolução nos espíritos.

Vimos assim a aliança dos príncipes com os pretensos filósofos, não obstante se arvorarem estes em campeões da liberdade de pensamento e serem aquêles os perseguidores do pensamento livre.

Como explicar tão estranha e paradoxal colaboração?

Paul Hazard dá-nos a chave do enigma. Um simples adjetivo. O despotismo mudava de significação, passando a chamar-se despotismo esclarecido (3).

(2) Está hoje devidamente averiguada a atuação exercida pela aristocracia voltaireana na gênese da Revolução. Estudando as *sociétés de pensée* na Bretanha, Augustin Cochin muito contribuiu para esclarecer o assunto e para se compreender melhor as origens da Revolução. Mais decisivo foi o papel da nobreza que o do povo, ambos aliás conduzidos pelos *meneurs* que dirigiam a cena por detrás dos bastidores. Cf. BERNARD FAY, *La Franc-Maçonnerie et la révolution intellectuelle du XVIIIe siècle*, Éditions de Cluny, Paris, 1935 e mais recentemente EMILE DARD, *La chute de la Royauté*, Flammarion, 1950. Dêste último: “De tôdas as imagens dadas da Revolução, a mais falsa é sem dúvida a que os seus primeiros beneficiados impuseram à credulidade das massas. Representaram o povo francês levantando-se num só bloco, depois de séculos de escravidão, para expulsar um tirano. Foi o contrário que se produziu. Quando das eleições aos Estados gerais, os cadernos das paróquias constituíram um verdadeiro plebiscito dos camponeses de França em favor da realeza” (*op. cit.*, p. 25).

(3) PAUL HAZARD, *La pensée européenne au XVIIIe siècle. De Montesquieu à Lessing*, Éditions Contemporaines, Boivin et Cie., Paris, t. II, p. 76. Ernst Cassirer bem mostrou que não é esse o único antagonismo existente no pensamento do século XVIII.

Insurgiam-se os soberanos contra os privilégios, que representavam uma limitação ao seu poder. Nesse ponto podiam entender-se perfeitamente com os pseudo-filósofos, os quais pregavam uma reforma igualitária, visando destruir a hierarquia social. Além disso, as medidas económicas propostas pelos homens de letras eram propícias a favorecer a centralização administrativa. Tratava-se de instaurar uma ordem burocrática justificada por princípios racionais e que reproduzisse, no funcionamento do Estado, as harmonias da mecânica celeste, cujas leis Newton descobrira.

Mas o terreno comum estava sobretudo no combate à Igreja. A impiedade voltaireana ajustava-se como uma luva às intenções dos monarcas que expulsavam os Jesuítas e urdiam tramas para obter da Santa Sé a extinção da milícia inaciana.

Com algumas variantes, é o que explica a política dos monarcas do iluminismo, entre os quais Carlos III de Espanha e José I de Portugal, que se deixaram eclipsar pelos seus ministros Aranda e Pombal, respectivamente.

2. Entre a filosofia racionalista e o direito, a escola do *direito da natureza e das gentes* servia de ponte. Depois de Grócio, o conceito de direito natural era exposto como decorrendo exclusivamente da natureza racional do homem, sem mais se levar em conta o seu fundamento transcendente na lei eterna. Além disso, omitia-se o fato da elevação do homem ao plano sobrenatural. O direito natural passava assim por um processo de laicização, e os seus expositores deixavam de inseri-lo na síntese superior do direito cristão. Ao mesmo tempo abandonavam a rocha sólida dos primeiros princípios e da experiência, para construí-lo em tórno dos postulados da razão, numa estratosfera de abstrações, à maneira de um código completo de normas válido para todos os povos.

A aplicação desse direito apriorístico, segundo pensavam os seguidores da nova escola, conduziria a uma era de progresso. Vinha corresponder exatamente ao ideal visado pelo iluminismo do século XVIII, à miragem de uma organização jurídica mais perfeita em que estavam prefigurados os direi-

tos do homem e do cidadão das próximas declarações revolucionárias. Vinha acomodar-se ao deísmo dos enciclopedistas, à tendência para racionalizar a ordem natural independentemente das leis divinas.

Esta nova concepção jusnaturalística prevaleceria por muito tempo, levantando uma barreira que vedava o conhecimento do direito natural na sua concepção objetiva, oriunda dos antigos, aperfeiçoada pelo Cristianismo e sistematizada pelos escolásticos do século XIII. Continuará em certas correntes de filosofia do direito do século XIX, de grande influência nos cursos jurídicos de Portugal e do Brasil. Por fim daría origem aos equívocos do positivismo jurídico, o qual, rejeitando as aberrações desta escola, acabava por englobar nas suas demolições toda a idéia de direito natural.

3. Mantinha-se o prestígio do direito romano, que desde os primeiros tempos da escola de Bolonha não fizera senão crescer.

O romanismo surgira como elemento contrário ao direito costumeiro e tivera também seus atritos com o direito canônico. A decretal do Papa Honório III, proibindo o ensino do direito romano na Universidade de Paris e nas cidades vizinhas, em dispositivos mais tarde recolhidos no *Corpus Iuris Canonici*, dava por motivo de tal prescrição o fato de não usarem os leigos daquelas províncias as leis dos imperadores de Roma — *quia in Francia et nonnullis provinciis, laici Romanorum legibus non utuntur*. Quanto às causas eclesiásticas, deviam ser todas submetidas às leis canônicas. Tratava-se, ademais, de assegurar o predomínio do ensino do direito para a escola de Bolonha, conservando a Universidade parisiense o do ensino teológico (4).

Antes dessa Decretal, do ano de 1220, os concílios de Reims, Latrão e Tours, todos do século XII, haviam proibido aos religiosos professores o estudo do direito romano, sob pe-

(4) J. ORTOLAN, *Histoire de la législation romaine depuis son origine jusqu'à la législation moderne*, Paris, Plon, 1884, p. 518.

na de excomunhão. Evidentemente era esta medida tomada por zelo dos que deviam cuidar da formação dos sacerdotes e religiosos. A preocupação demasiada com os estudos profanos punha em risco a atenção devida aos estudos de Teologia e a própria vida espiritual. Não era outro o motivo pelo qual São Bernardo, na sua célebre carta ao Papa Eugênio III, lamentava que se deixassem as leis de Deus pelas de Justiniano (5).

Apesar disso, o direito romano dos glosadores seguia a sua marcha paralela à da filosofia escolástica. E por ocasião do surto humanista, na Renascença, escolásticos e glosadores foram juntamente repudiados, começando uma nova fase no cultivo da jurisprudência clássica.

Vimos que os discípulos de Bártolo — como aconteceu com João das Regras, em Portugal — se punham a serviço do poder real, nos tempos da formação do absolutismo (cf. supra, cap. I, n.º 9). O que já era um desgarrar da tradição jurídica medieval, uma antecipação do espírito moderno. Os humanistas davam um passo muito mais avançado neste sentido. A obsessão do classicismo induzia-os a despir o direito romano dos elementos modificadores que, no seu desenvolvimento interno, o haviam feito chegar até à compilação de Justiniano com fisionomia diversa da que apresentara no período clássico. Os humanistas não compreenderam este desenvolvimento interno, não levaram em conta a fusão do *ius civile* com o *ius honorarium*, muito menos quiseram saber da influência exercida pelo Cristianismo ao tempo do *Corpus Iuris* (6).

(5) *Quando oramus? Quando docemus populos? Quando aedificamus Ecclesiam? Quando meditatur in lege? Et quidem quotidie perstrebunt in palatio leges, sed Justiniani, non Domini. (De Consideratione, lib. I, cap. IV).*

(6) O insigne romanista Salvador Riccobono analisou muito bem a diferença de critério no modo de interpretar o direito romano entre glosadores e comentaristas, de um lado, e humanistas de outro. Embora desconhecendo os elementos históricos, foram os glosadores os grandes intérpretes da compilação de Justiniano. Cf. S. RICCOBONO, *Mos italicus e mos gallicus nella interpretazione del*

Finalmente, o estudo do direito romano, no século XVIII, continuando a acompanhar o movimento das idéias, passava a receber o influxo racionalista da escola do direito natural. Se Cujácio fôra o grande nome da fase humanista, Heinécio era agora o mais expressivo, desfrutando de uma autoridade na Alemanha de então comparável à de Bártolo na Itália do século XIV. Punha em prática o método sintético-compendiário, fazendo no domínio da jurisprudência o mesmo que Wolf no da filosofia. O direito romano puro dos humanistas não podia agradar aos que recebiam as lições da escola do direito da natureza, na linha de Grócio e Wolf. A sua aplicação devia ser limitada pelas exigências da razão natural e condicionada ao uso das nações modernas esclarecidas pela "filosofia". Daí o ter adquirido grande voga o *usus modernus pandectarum*, sobretudo na Alemanha, onde mais se desenvolveria a doutrina jusnaturalística.

4. Nem o direito eclesiástico escapava à fôrça dominadora das idéias do tempo. Nas suas fontes, não perdera a limpidez de origem, graças à vigilância da Igreja, através da ação do Papado e dos concílios. Entre os autores que versavam a matéria, porém, o mesmo não se verificava. Grandes dévastações faziam o jansenismo e o galicanismo na França, sendo que o galicanismo dos políticos era anterior ao dos teólogos, pois remontava a Felipe o Belo. O poder civil sobrepunha-se ao eclesiástico; arrogava-se o direito de examinar os atos legislativos da autoridade pontifícia, condicionando a validade destes à sua própria aprovação; recusava qualquer direito da Igreja sôbre o temporal e interferia até mesmo nos assuntos de natureza religiosa.

Os monarcas da "ilustração" não podiam deixar de acolher com o mais franco apóio essas idéias, muito adequadas a lhes consolidar o despotismo e submeter a Igreja à política centralizadora empreendida pelos Estados europeus.

Corpus Iuris Civilis, excerto das Atas do Congresso Jurídico Internacional de Roma, 12-17 de Novembro de 1934, Vol. II, p. 377-393, edição da Lib. Pont. Instituti Utriusque Iuris, 1935.

Reinando o Imperador José II, tinha difusão por tôda a Alemanha um livro cujo autor, com o pseudônimo de Febronius, ocultando uma alta figura da hierarquia eclesiástica, defendia, entre outras, as seguintes teses: restrições ao poder do Papa, a fim de facilitar a união dos dissidentes com os católicos; primazia do Concílio; necessidade do consentimento do episcopado para que as leis pontifícias obrigassem aos fiéis; direito dos bispos a exigirem do Pontífice a renúncia a certas prerrogativas, podendo invocar a intervenção do braço secular (7).

O Príncipe surgia, por tal forma, como o protetor dos seus prelados em face do que se qualificava de usurpações de Roma. E ao lado dos argumentos tendenciosamente extraídos da história, vinham razões de inspiração jansenista, apelando-se ainda para princípios de direito natural.

De tudo isto resultou o josefismo, nova modalidade do regalismo, bem característica do século XVIII e cujos ecos haviam de chegar mais tarde ao Brasil, provocando a "questão religiosa" nas últimas décadas do Império.

5. Ao josefismo austríaco corresponde em Portugal o pombalismo. Os autores que têm versado a matéria designam o reflexo desta política no reino luso não com o nome do soberano, D. José I, — e então teríamos um segundo josefismo, — mas com o do seu ministro Sebastião José de Carvalho, Conde de Oeiras e depois Marquês de Pombal. Linguagem bem expressiva sem dúvida, pois enquanto, na Áustria, o febronianismo era uma arma de que se servia D. José II, em

(7) *Justini Febronii jurisconsulti De statu praesenti Ecclesiae et legitima potestate romani pontificis, liber singularis, ad reunien- dos dissidentes in religioni compositus*. A primeira edição data de 1763 (Bouillon-Frankfurt s. Main). O autor, João Crisóstomo Nicolau Von Hontheim, era Bispo titular de Miriofite e coadjutor de Treves, onde exercia ainda as dignidades de conselheiro de Estado e chanceler da Universidade, na qual por seis anos lecionara direito romano.

Portugal D. José I foi um instrumento nas mãos poderosas do ministro reformador (8).

Cabe-nos aqui considerar a obra de Pombal tão somente no tocante à reforma do direito e do Estado.

Antes, porém, cumpre mencionar dois nomes bem representativos do século XVIII em Portugal: Verney, o filósofo, e Melo Freire, o jurisconsulto.

O *Verdadeiro Método de estudar* de Luís António Verney inspirou, em grande parte, a reforma pombalina da instrução. Quanto às repercussões da obra deste autor no concernente às novas diretrizes do ensino jurídico e da legislação, escreve Cabral de Moncada:

“Verney propunha-se, com efeito, criticar, acima de tudo, o estado lastimoso a que tinha chegado o ensino e não, diretamente, reformar a vida jurídica portuguesa nos seus diferentes aspectos. Porém, os pontos de vista que eram tomados como base para a sua crítica, transcendendo em muito o fim que tinha em vista, iam também, como era natural, muito mais longe na sua ação sobre os espíritos, e nos seus efeitos reformadores, do que exigia esse fim mais próxima e diretamente almejado. O crítico tinha uma filosofia do direito e uma noção precisa do valor do direito romano, à luz das quais alargava a sua crítica e procurava bater em brecha, nos diversos campos da pedagogia, tôdas as tradições do escolasticismo e os vícios acumulados durante séculos da vida mental portuguesa; e daí, naturalmente, a repercussão que suas idéias deviam encontrar, quanto ao direito, não só no campo estrito da

(8) E' aliás o tempo dos ministros arbitrários, cheios de poder, imbuídos do filosofismo da “ilustração” e adversários implacáveis do Catolicismo: além de Pombal, Choiseul em França, Tanucci nas Duas Sicílias, Aranda e Floridablanca na Espanha. Sebastião José de Carvalho permanecera por muito tempo na Inglaterra, contrariando na Holanda relações com jansenistas e cultivara na Áustria o convívio dos adeptos do josefismo. Ao regressar do estrangeiro — conclui Fortunato de Almeida — “pouco mais havia na sua bagagem do que os erros da seita jansenico-galicânica, os quais lhe serviam admiravelmente para a realização dos sonhos da onipotência política” (FORTUNATO DE ALMEIDA, *História de Portugal*, t. III, Coimbra, 1926, p. 294-295).

pedagogia, como, de um modo geral, no de toda a vida jurídica nacional” (9).

Essas idéias fundamentalmente eram as da escola do direito da natureza e das gentes, fornecendo os princípios da jurisprudência natural da qual dimanava a jurisprudência civil, cujo vulto de maior projeção, dentro da mesma linha de pensamento, vamos encontrar em Pascoal José de Melo Freire.

As *Institutiones* deste último foram legadas à posteridade como um grande monumento da ciência jurídica portuguesa. Seguindo o modelo de Heinécio, consagravam o método sintético e compendiário, filiando-se o autor à orientação cujáciana do direito romano e ao jusnaturalismo introduzido por Verney.

“O conceito do direito natural e das gentes”, conclui Cabral de Moncada; “a concepção filosófica e racionalista do direito em si mesmo, objetivamente considerado; a hostilidade ao direito romano histórico; a limitação deste pelos princípios racionais e pelos usos modernos (o *usus modernus*); o respeito pelo direito nacional e o culto pela história; o interesse pelos direitos estrangeiros das nações civilizadas; a admiração por alemães e holandeses; o horror da Escolástica, a paixão por Cujácio e pelos métodos sintéticos, à Heinécio — isto é, tudo o que iremos encontrar na lei da *Boa Razão*, no *Compêndio Histórico*, nos *Estatutos* pombalinos e mais tarde ainda, a fechar o século, sob uma admirável forma doutrinária, na obra de Melo Freire — tudo isto está já em Verney e representa entre nós caracterizadamente o nosso século XVIII” (10).

6. As Ordenações estabeleciam que o Direito Romano e o Canônico fossem tidos por subsidiários das leis do Reino, vigorando o Direito Canônico nas matérias de pecado. Esta-

(9) L. CABRAL DE MONCADA, *op. cit.*, I, p. 95. Do mesmo Autor, *Um “iluminista” português no século XVIII: Luís António Verney*, Coleção “Studium”, Livraria Acadêmica, Saraiva & Cia., São Paulo, 1941.

(10) L. CABRAL DE MONCADA, *Estudos*, I, p. 98-99.

va-se no tempo do prestígio da escola de Bolonha, prestígio evidente nos textos da Ordenação Manuelina e da Afonsina que, na falta de disposição expressa daquêles sistemas jurídicos, adotam por elementos subsidiários as opiniões de Acúrcio e Bártolo, quando não contrárias à *communis opinio doctorum*.

Pelos dispositivos da Lei da Boa Razão de 18 de Agosto de 1769, o Direito Romano continuava a ser subsidiário mas só no que fôsse conforme ao Direito Natural, ao espírito das leis pátrias e ao governo e circunstâncias da nação. Quanto ao Direito Canônico, era reservado exclusivamente aos tribunais eclesiásticos e a matérias espirituais. As glosas, opiniões de doutores e arestos perdiam tôda a autoridade extrínseca. Finalmente, nos negócios políticos, económicos e mercantis mandavam-se aplicar, como subsidiárias, as leis das nações civilizadas da Europa.

O elástico e impreciso critério da Boa Razão ficou sendo assim a última instância da sistemática legislativa. Nada melhor para nos dar uma idéia daquela época, no pedantismo das mentalidades servilmente submissas ao estrangeiro, do que a maneira de redigir que lhes era peculiar. Eis como se entendia o novo e supremo critério de valoração jurídica: ... "Mando, por uma parte, que debaixo das penas ao diante declaradas se não possa fazer uso nas ditas alegações e decisões, de textos ou de autoridades de alguns escritores, enquanto houver Ordenações do Reino, leis pátrias e usos dos meus reinos legitimamente aprovados também na forma abaixo declarada. E mando, pela outra parte, que aquella *boa razão*, que o sobredito Preâmbulo determinou que fôsse na parte de julgar subsidiária, não possa nunca ser a da autoridade extrínseca destes ou daqueles textos de direito civil, ou abstratos ou ainda com a concordância dos outros; mas sim e tão somente: ou aquella boa razão que consiste nos primitivos princípios, que contêm verdades essenciais, intrínsecas e inalteráveis, que a Ética dos mesmos romanos havia estabelecido e que os direitos divino e natural formalizaram para servirem de regras morais e civis entre o Cristianismo; ou aquella *boa razão* que se

funda nas outras regras que de universal consentimento estabeleceu o direito das gentes para a direção e governo de tôdas as Nações civilizadas; ou aquella *boa razão* que se estabelece nas leis políticas, económicas, mercantis e marítimas que as mesmas nações cristãs têm formulado com manifestas utilidades do sossêgo público, do estabelecimento da reputação e do aumento dos cabedais dos povos, que com as disciplinas destas sábias e proveitosas leis vivem felizes à sombra dos tronos e debaixo dos auspícios dos respectivos monarcas e príncipes soberanos; sendo muito mais racionável e muito mais coerente que nestas interessantes matérias se recorra, antes, em caso de necessidade, ao subsídio próximo das sobreditas leis das nações cristãs, iluminadas e polidas, que com elas estão resplandecendo na boa, depurada e sã jurisprudência, do que ir buscar sem boas razões, ou sem razão digna de atender-se, depois de mais de dezessete séculos, o socorro às leis de uns gentios que nos seus princípios morais e civis foram muitas vêzes perturbados e corrompidos na sobredita forma, que do direito natural tiveram apenas as poucas e gerais noções que manifestam os têrmos com que o definiram, que do direito divino é certo que não souberam cousa alguma e que do comércio, da navegação, da aritmética política e da economia do Estado ... não chegaram a ter o menor conhecimento" etc. (11).

7. O *Compêndio Histórico*, obra da Junta de Providência Literária instituída por Pombal, vinha enaltecer a figura de Verney, e juntamente com a do mestre português as de Grócio, Pufendorf, Wolf, Heinécio e outros que ditavam o novo espírito jurídico-filosófico. Era dado à estampa em 1772, em Lisboa, tendo por objeto o estado da Universidade de Coimbra "no tempo da invasão dos denominados jesuítas".

Naquele mesmo ano de 1772 o ministro de D. José I ia a Coimbra para tratar pessoalmente da nova organização do

(11) *Coleção das leis, decretos e alvarás do reinado de D. José I, apud C. MONCADA. loc. cit.*

ensino universitário. Considerava urgente abolir toda a influência dos Jesuítas, espancar as “trevas da Idade Média” com as luzes do século e substituir o primado da Teologia pelo da filosofia racional. O *Compêndio* apontava na ação dos Jesuítas o fator principal da decadência intelectual da nação. Quanto à filosofia racional, nela estava incluído o direito natural secularizado pelos herdeiros do pensamento grociano. Fundaram-se escolas de Matemática e Filosofia, vários estabelecimentos científicos surgiram: Museu de História Natural, Gabinete de Física, Jardim Botânico e Observatório. Ganham as ciências e a literatura novo incremento, mas se perdia o verdadeiro sentido da Universidade com o golpe vibrado na Teologia, e se começava a formar a mentalidade dos estudantes naquela “aritmética política” de que nos falava a Lei da Boa Razão, a preludiar a política abstrata do liberalismo.

8. Note-se que os novos Estatutos da Universidade de Coimbra vinham completar a reforma operada pela Lei da Boa Razão no atinente à maneira de aplicar o Direito Romano. No Livro II, Título V, Capítulo III dispunham sobre “o modo de descobrir a razão que faz ser de uso as leis dos romanos para os casos omissos, averiguando a observância que delas têm feito as nações modernas”. Determinavam os mesmos Estatutos o confronto do Direito Romano com o natural, o divino e o das gentes, o político, o económico, o mercantil e o marítimo. Para critério e meio de facilitar tal confronto, indicavam o estudo e conhecimento do *usus modernus pandectarum*, isto é, o uso do Direito Romano pelas nações modernas especialmente a Alemanha, país que servia então de modelo no Direito Privado, como era no Direito Político a França de Luís XIV e Luís XV.

Também no modo de considerar o Direito Canônico, os Estatutos refletiam as tendências do tempo. Pretendia-se formar um “Direito Canônico próprio e especial da Nação Portuguesa”, chegando mesmo o Marquês a obter o apoio de alguns eclesiásticos. E com razão houve quem notasse, no to-

cante à Teologia e ao Direito Canônico, a semelhança do novo regulamento com um difuso tratado de jansenismo e galicanismo.

Ficou o ensino universitário distribuído por seis Faculdades: Teologia, Cânones, Leis, Medicina, Matemática, e Filosofia. Os seminários foram colocados na dependência da Faculdade de Teologia, com a obrigação imposta aos Bispos de enviar alunos à Universidade para aí se formarem. Diminuiu, porém, a frequência às Faculdades de Teologia e de Cânones. Prelados zelosos cuidaram de evitar a instilação do veneno regalista nos eclesiásticos das respectivas dioceses. De qualquer maneira, o mal produziu os seus efeitos, penetrando também no ambiente brasileiro.

9. No campo do direito privado, a legislação pombalina operou grandes alterações em matéria de direito sucessório. Um papel de grande alcance desempenha a legislação relativa à transmissão hereditária dos bens, nas sociedades solidamente constituídas. Se a propriedade é a base económica da família, o direito de dispor dos próprios bens de maneira a assegurar a sobrevivência do patrimônio familiar é uma condição imprescindível para a estabilidade da ordem social. As elites sociais formam-se com um elemento sem o qual vêm a cair no parasitismo ou na exploração argentária a que dá margem o capital móvel: esse elemento é a propriedade da terra. As leis igualitárias, dissolvendo o patrimônio, ou os abusos da legislação fiscal, fazendo-o passar às mãos do Estado, acarretam quase sempre violações clamorosas do direito natural.

Desviavam-se de uma tradição secular, as leis pombalinas regulamentadoras do direito das sucessões. Restringiam consideravelmente, e de modo um tanto arbitrário, a liberdade de testar, não sem mais uma vez aludirem ao exemplo dos *países muito polidos* e das *nações iluminadas da Europa*. Eram as leis de 25 de Junho de 1766 e 9 de Setembro de 1769, sobre a sucessão testamentária e a legitimária, e as de 17 de Agosto de

1761 e 4 de Fevereiro de 1765, sobre a sucessão legítima no concernente às mulheres.

E' certo que visavam proteger os interesses familiares contra as extorsões e a dilapidação do patrimônio doméstico. Mas condenavam a sucessão testamentária como superstição romanista, e ampliavam os graus de parentesco beneficiados pelo amparo legal, uma vez estabelecido o princípio da sucessão legítima forçada. Isto vinha ainda impedir as doações e favorecer a política socialista de desamortização dos bens eclesiásticos.

10. Podemos concluir subscrevendo o juízo de Cândido Mendes sobre Pombal.

“Chegamos a 1759, quando a Realeza e o seu predomínio absoluto de mãos dadas com o Regalismo subiu ao maior apogeu. Esse triunfo assinalou-o o tempo com um espantoso terremoto, coincidência notável com os estragos que outro pelas mãos dos homens ia fazer-se.

“O campo ficou alastrado de cadáveres, alguns torturados por cruéis suplícios, que o século já não permitia, nem mesmo em país de civilização cristã pouco adiantada. O solo de toda a Monarquia Lusitana ficou coberto de sangue e de cinzas, e durante um quarto de século de um tétrico governo, verdadeiro regime de Moloch, a população vivia inquieta acordando todos os dias com a descoberta de imaginárias conspirações, sepultadas depois no sangue dos cadafalsos.

“O triunfo foi sem dúvida da Realeza absoluta, mas a honra da luta ficou com os vencidos.

“A Legislação e a Jurisprudência tomaram nova direção; as Leis respiram um ar de jactância, uma linguagem de vaniloquência e de rodomontadas bem dispensáveis; e o que é singular, o Direito Romano, que fôra o veículo em que se transportara durante séculos o regime absoluto, foi com notável ingratitude injustamente amaldiçoado, como bem o prova a Lei de 18 de Agosto de 1769.

“Mas essa culpa venial, exalação da Escola *Cujaciana* contra a sua competidora, a *Bartolina*, em breve foi remida.

O Direito Romano sobre os ombros mais robustos da nova Escola menos cristianizada que sua predecessora, subiu de novo ao Capitólio nos *Estatutos* da Universidade de Coimbra, de 1772.

“Não desconhecemos o incremento que houve, as reformas que se fizeram nos vinte e seis anos do reinado de D. José I; mas estamos persuadidos de que em tão longo estádio percorrido, poder-se-ia tentar tanto na Legislação como em outras matérias, reformas mais perduráveis e úteis; com outro método e ordem, e sem o estrépito que se fêz, e o sangue que se derramou.

“Os novos estudos implantados na Academia, o espírito de toda a Legislação inaugurada na longa administração de um Ministro onipotente e partidário fazia salientíssimo contraste com a antiga, e demandavam, senão uma reforma completa da Legislação em vigor, recopilação de todas as conquistas feitas e sua harmonização com o que de aproveitável na velha Legislação existisse” (12).

Dado o papel da Universidade de Coimbra na formação dos juristas e homens públicos de Portugal e do Brasil, bem podemos avaliar as conseqüências da reforma pombalina.

(12) CÂNDIDO MENDES, *Codigo Philippino*, Introdução, p. XXXII.