

7ª. AULA. Direito e história brasileira

TEXTO:

WOLKMER, Antônio Carlos, *História do direito no Brasil*, 4.ed., Rio de Janeiro, Editora Forense, 2007, ps. 43 a 73.

CASO PRÁTICO: O CASO DO MILITAR APOSENTADO

Um militar aposentado, de nome Uberaldo, que integrou ativamente o governo civil-militar no Brasil (1964-1985), aos 87 anos de idade, faz uma confissão num *blog* nacionalista-conservador que mantém na *internet*. Na Carta que escreve, divulgada em ambiente virtual, a princípio dirigida aos seus seguidores virtuais, ele afirma: “Caros militantes desta República: Acredito que ou tomamos decisões com convicções na vida, ou deixamos que outras pessoas as tomem em nosso lugar! As minhas, vocês sabem quais foram, e não me arrependo. Persegui, torturei e até matei, em nome da nação! Fiz meu serviço e cumpri ordens superiores. Além disso, agi com a crença de um futuro melhor para o nosso país. Falo com destemor, porque não creio em punições. Já estou velho e nada mais temo”.

Um militante digital de esquerda, ao tomar conhecimento da Carta, imediatamente espalha o documento para conhecimento de seus amigos, e a Carta se viraliza nas redes sociais, sendo considerada por estudantes e militantes de esquerda como uma “Carta-Confissão”, uma “afronta à democracia e aos seus valores”, uma “incitação ao crime”, além de uma “ode à impunidade”.

Dada a repercussão negativa da Carta, isso motiva a que a OAB entre com uma medida judicial, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF, para que seja dada nova interpretação à Lei de Anistia, a Lei n. 6.683/1979, visando a que os militares que praticaram crimes comuns, durante o regime de exceção, possam ser, juridicamente, responsabilizados por suas ações. A intenção da OAB é a de que a cultura da impunidade seja revista no que tange ao passado, para que seja superada no que tange ao futuro, consagrando-se a defesa dos direitos humanos sobre os demais valores.

A União Nacional dos Estudantes - UNE se junta à OAB, na ação, solicitando, e tendo sido aceita nos autos do processo, enquanto *amicus curiae*.

1. Faça a sustentação oral do caso, junto aos Ministros do STF, como representante da Diretoria da UNE, em face do caso concreto, utilizando argumentos históricos e jurídicos, solicitando o provimento jurisdicional almejado.

Antonio Carlos Wolkmer

HISTÓRIA DO DIREITO NO BRASIL

4ª edição

Revisita com alterações

EDITORA
FORENSE

HISTÓRIA DO DIREITO NO BRASIL

Antonio Carlos Wolkmer

EDITORA
FORENSE

Publicações Forense

A Luta pelo Direito

Rudolf von Ihering

Como Aplicar o Direito

João Baptista Herkenhoff

Curso de Hermenêutica Jurídica

Dilvanir José da Costa

Filosofia do Direito

Paulo Nader

Hermenêutica e Aplicação do Direito

Carlos Maximiliano

Lições de História do Direito

Walter Vieira do Nascimento

Português no Direito

Ronaldo Caldeira Xavier



EDITORA
FORENSE

ISBN 978-85-309-2521-5



9 788530 1925215

Capítulo II

O DIREITO NA ÉPOCA DO BRASIL COLONIAL

2.1. Primórdios da estrutura político-econômica brasileira

Uma vez configurados os principais traços do Direito Moderno na sociedade liberal-individualista ocidental, há de se verificar, agora, de um lado, que aspectos desta legalidade (em suas idéias jusfilosóficas e em seus principais institutos) são transpostos e adequados para o contexto evolutivo das nossas instituições e, de outro, que particularidades histórico-políticas (patrimonialismo,¹ burocracia

1 A categoria "patrimonialismo" deve ser interpretada sob a óptica do referencial weberiano, ou seja, como um tipo de dominação tradicional em que não se diferenciam nitidamente as esferas do público e do privado. Sua prática, no Brasil, ocorre quando o poder público é utilizado em favor e como se fosse exclusividade de um estrato social constituído por oligarquias agrárias e por grandes proprietários de terras. Nessa contextualização, escreve Raymundo Faoro, "não é a sociedade civil a base da sociedade, mas uma ordem política em que os indivíduos ou são basicamente governantes ou são governados. O soberano e seu quadro administrativo controlam diretamente os recursos econômicos e militares do seu domínio — que é também seu patrimônio. (...) A sociedade, em tal situação, pode chegar a ser (...) um pouco autônoma, mas nunca independente: não será ela que ditará ao poder público a política, mas será a política que lhe ditará a conduta. (...)

cia, tradição conservadora,² e herança liberal) são herdadas, incorporadas e assimiladas a partir do processo de colonização lusitana. Decorrendo dessa dinâmica histórica, a formação de uma cultura singular, sintetizadora de idéias e práticas paradoxais, com especificidade própria, deixando de ser, ora um mero produto de mimetismo cultural, ora a expressão de uma natureza que prima por uma originalidade ímpar. Para isso, e antes de ater-se ao fenômeno jurídico, é necessária sua abordagem estrutural que conduza ao desenvolvimento de situações históricas atravessadas por diferentes instâncias, como já se fez com o Direito positivo europeu, — o *ecônômico* (modo de produção), o *social* (formação dos atores), o *ideológico* (representação justificadora de mundo) e o *político* (estrutura de poder unitário) — que constituem momentos organicamente interligados entre si, não podendo ser apreciados separadamente en-

Herdeiro do patrimonialismo português, (o Brasil) recebeu, com a independência, o impacto do mundo inglês, já moderno, adotando a máscara capitalista e liberal, sem negar, ou (...) sem superar o patrimonialismo". In: "A Aventura Liberal numa Ordem Patrimonialista". In: *Revista da USP. Dossiê Liberalismo/Neoliberalismo*. São Paulo: nº 17, mar./abr./maio 1993, p. 16-17.

2 O "conservadorismo" compreende, aqui, atitude, condição ou forma de ser, consciente ou não, envolvendo procedimentos, estratégias e práticas que compartilham uma visão do mundo, cuja dinâmica se processa por evolução natural da ordem social, engendrada no contexto de uma historicidade assentada na tradição, experiência, hierarquia, centralização, formalidade legal, propriedade patrimonial e diferenciação social. Para aprofundar-se no "conservadorismo", ver: NISBET, Robert. *O Conservadorismo*. Lisboa: Estampa, 1987; MANNHEIM, Karl. "O pensamento conservador". In: MARTINS, José de Souza (org.). *Introdução Crítica à Sociologia Rural*. São Paulo: Hucitec, 1986, p. 77-131; TRINDADE, Lia. *As Raízes Ideológicas das Teorias Sociais*. São Paulo: Ática, 1978.

quanto totalidades completas.³ Assim, as raízes e a evolução das instituições jurídicas só poderão realmente ser compreendidas na dinâmica das contradições e do processo de relações recíprocas, quer sob o reflexo de um passado colonial, patrimonialista e escravocrata, quer sob o impacto presente da dominação social de uma elite agrária, da hegemonia ideológica de um liberalismo conservador e da submissão econômica aos Estados centrais do capitalismo avançado.⁴ Ao analisar o processo de formação de nossas instituições e de seus atores sociais, verifica-se que a herança colonial (patrimonialismo e mentalidade conservadora) marcou profundamente o desenvolvimento posterior da sociedade brasileira — tanto no Império quanto na República.

Ora, o modo de produção e a formação social surgiram e se consolidaram como uma etapa da lenta transição que ocorreu na Europa Ocidental, entre aproximadamente finais de século XV (regime feudal) e o século XVIII (sistema capitalista). As transformações econômicas e sociais nesse período foram comandadas por grupos ascendentes e enriquecidos, provenientes do comércio e das práticas mercantis. Lembra Álvaro de Vita que, enquanto "o trabalho servil — a forma de trabalho obrigatório própria do feudalismo — desaparecia na Europa, os europeus recriaram a escravidão em suas colônias. A produção de gêneros tropicais para o comércio no Brasil foi organizada com base na exploração do trabalho escravo".⁵

- 3 *Ver*: DOWBOR, Ladislau. *A Formação do Capitalismo Dependente no Brasil*. São Paulo: Brasiliense, 1982, p. 14. Consultar ainda: HIRANO, Sedi. *Pré-capitalismo e Capitalismo*. São Paulo: Hucitec, 1988; MELLO, João Manuel Cardoso de. *Capitalismo Tardio*. 5. ed. São Paulo: Brasiliense, 1986.
- 4 VITA, Álvaro de. *Sociologia da Sociedade Brasileira*. São Paulo: Ática, 1989, p. 11.
- 5 VITA, Álvaro de. *Op. cit.*, p. 12-13.

Nos primeiros séculos após o descobrimento, o Brasil, colonizado sob a inspiração doutrinária do mercantilismo e integrante do Império Português, refletiu os interesses econômicos da Metrópole e, em função deles, articulou-se.⁶

Nessa perspectiva, o Brasil-Colônia só poderia gerar produtos tropicais que a Metrópole pudesse revender com lucro no mercado europeu; além disso, as outras atividades produtivas deveriam limitar-se de modo a não estabelecer concorrência, devendo a Colônia adquirir tudo o que a Metrópole tivesse condições de vender. Para Portugal, o Brasil deveria servir seus interesses; existia para ele e em função dele.

Efetivamente, o Brasil, sendo colonizado pelo processo de exploração, criou as condições para agricultura tropical centrada economicamente em torno do cultivo das terras, transformando-se

6 Observa Ladislau Dowbor (op. cit., p. 20) que, na história do Brasil, o longo período colonial recebeu interpretações absolutamente contraditórias como: "a tese do feudalismo, defendida por Alberto Passos Guimarães, entre outros, encontra sólidos argumentos empíricos, mas tem dificuldades para explicar os aspectos escravistas e capitalistas do sistema; a tese do modo de produção escravista (Nelson Werneck Sodré, por exemplo), à qual Ciro Flamarión Cardoso objeta com razão que não se pode confundir o sistema econômico da antiguidade com o Brasil Colonial, pois a escravidão dos dois casos não corresponde em absoluto ao mesmo nível de desenvolvimento das forças produtivas; a tese capitalista, em torno da qual encontramos os melhores historiadores da economia brasileira (Cairo Prado Júnior, Roberto Simonsen, Celso Furtado), mas que tem evidentemente dificuldades em digerir uma série de elementos estranhos ao capitalismo, pelo menos ao capitalismo sob a forma europeia ou americana". Igualmente sob essa questão, Antonio C. Mazzeo lembra que autores como Ciro Flamarión Cardoso, Jacob Gorender e Décio Saes, desenvolvendo e defendendo a teoria do modo de produção escravista colonial, refutam "as análises que vêm, nas colônias, estruturas produtivas integradas no modo de produção capitalista" (MAZZEO, Antonio C. *Estado e Burguesia no Brasil*. Belo Horizonte: Oficina de Livros, 1989, p. 60).

numa grande empresa extrativa destinada a fornecer produtos primários aos centros europeus.

A gestão da Colônia se faria através da Metrópole, cabendo-lhe tornar efetivos os princípios do mercantilismo, principalmente através da constituição de monopólios. É no sistema monopolista que reside o núcleo de toda essa conjuntura. O monopólio do comércio pela Metrópole visava, naturalmente, impedir que outras nações europeias pusessem em risco, com a concorrência, aqueles privilégios advindos da restrição comercial, tão lucrativa aos comerciantes portugueses que não encontravam, no seu reduzido espaço, satisfação para sua ambição.⁷

O país se edificou como uma sociedade agrária baseada no latifúndio, existindo, sobretudo, em função da Metrópole, como economia complementar, em que o monopólio exercido opressivamente era fundamental para o emergente segmento social mercantil lusitano.⁸

Por outro lado, o universo da formação social do período colonial foi marcado pela polarização entre os imensos latifúndios e a massa de mão-de-obra escrava. Em tais condições, percebia-se a

7 Cf. WOLKMER, M. F. S. *O Caráter Liberal-Conservador da Constituição de 1824*. Mimeo. São Leopoldo, out. de 1984, p. 31-33.

8 Para a descrição mais pormenorizada do processo de evolução político-econômico do Brasil colonial, consultar: PRADO JÚNIOR, Caio. *Evolução Política do Brasil*. 12. ed. São Paulo: Brasiliense, 1980, p. 13-41; SODRÉ, Nelson Werneck. *Formação Histórica do Brasil*. 5. ed. São Paulo: Brasiliense, 1970, p. 59-94; FURTADO, Celso. *Formação Econômica do Brasil*. 18. ed. São Paulo: Cia. Editora Nacional, 1982, p. 41-64; NOVAIS, Fernando A. "O Brasil nos Quadros do Antigo Sistema Colonial". In: MOTA, Carlos G. (org.). *Brasil em Perspectiva*. 11. ed. São Paulo: Difel, 1980; WEHLING, Arno e WEHLING, Maria José C. M. *Formação do Brasil Colonial*. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999; ALBUQUERQUE, Manoel Maurício. *Pequena História da Formação Social Brasileira*. 2. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1981, p. 13-249.

estreita conjunção entre a monocultura empregada nas fazendas visando à exportação e à sobreposição de relações sociais incrementadas tendo em conta a escravidão. Deste modo, a organização social define-se, de um lado, pela existência de uma elite constituída por grandes proprietários rurais, e, de outro, por pequenos proprietários, índios, mestiços e negros, sendo que entre os últimos pouca diferença havia, pois sua classificação social era quase a mesma.

Para a exploração mais lucrativa dos latifúndios, a alternativa escrava era a que melhor serviria ao sistema porque, se fossem importados homens livres, estes poderiam tornar-se donos de um pedaço das terras devolutas que existiam em abundância; além disso, aos traficantes era lucrativo trocar "negros" por produtos tropicais que comercializavam na Europa.⁹ Há de se levar em conta que diante do fracasso da tentativa de escravizar os índios, os grandes proprietários assentaram seu poder econômico e social no incremento do tráfico de negros escravos.

Na verdade, como assinala Darcy Ribeiro, o Brasil nasceu como se fosse "um proletariado externo das sociedades européias, destinado a contribuir para o preenchimento das condições de sobrevivência de conforto e de riqueza destas e não das suas próprias".¹⁰ O correto é que a formação social marcada por contradições entre homens livres e escravos foi profundamente afetado

9 Cf. WOLKMER, M. F. S. Op. cit., p. 33-34.

10 RIBEIRO, Darcy. *Os Brasileiros: Teoria do Brasil*. Petrópolis: Vozes, 1981, p. 142. Para o aprofundamento, consultar: RIBEIRO, Darcy. *O Povo Brasileiro. A Formação e o Sentido do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995; VERDASCA, José. *Raízes da Nação Brasileira. Os Portugueses no Brasil*. São Paulo: Ibrasa, 1997; FRANCO, Maria Sylvania de C. *Homens Livres na Ordem Escravocrata*. 4. ed. São Paulo: UNESP, 1997.

pelas práticas de base colonial com uma incipiente economia de exportação centrada na produção escravista.¹¹

Já no que se refere à estrutura política, registra-se a consolidação de uma instância de poder que, além de incorporar o aparato burocrático e profissional da administração lusitana, surgiu sem identidade nacional, completamente desvinculada dos objetivos de sua população de origem e da sociedade como um todo. Alheia à manifestação e à vontade da população, a Metrópole absolutista instaurou extensões de seu poder real na Colônia, implantando um espaço institucional que evoluiu para a montagem de uma burocracia patrimonial legitimada pelos donatários, senhores de escravos e proprietários de terras.¹² Com isso, desenvolveu-se, como lembra

11 Sobre a discussão das formações sociais, marcadas pelo modo de produção escravista colonial, ver: GORENDER, Jacob. *O Escravismo Colonial*. São Paulo: Ática, 1978; CARDOSO, Ciro Flamarião. "Modo de produção escravista colonial na América". In: *América Colonial*. Org. Theo A. Santiago. Rio de Janeiro: Pallas, 1975.

12 A propósito, reforçando a descrição da estrutura política colonial, Alfredo Bosi pontifica que esta incorpora o intento dos "senhores rurais sob uma administração local que se exerce pelas câmaras dos *homens bons do povo*, isto é, proprietários. Mas o seu rato de poder é curto. É o rei que nomeia o *governador* com mandato de quatro anos, tendo competência militar e administrativa, enquanto preside os corpos armados e as *Juntas da Fazenda e da Justiça* com critérios estabelecidos pela Coroa e expressos em regimentos e em cartas e ordens régias. As juntas se compõem de funcionários reais: *provedores, ovidores, procuradores* e, ao tempo das *missões, intendent*; a sua ação é controlada em Lisboa (a partir de 1642, pelo Conselho Ultramarino). De 1696 em diante, até as câmaras municipais sofreram interferência da metrópole que passou a nomear os *juizes de fora* sobrepondo-se à instituição dos juizes eleitos nas suas vilas. Os historiadores têm salientado a estreita margem de ação das câmaras sob a onipresença das Ordenações e Leis do Reino de Portugal: a tensão entre as oligarquias e a centralização crescente da Coroa será um dos fatores da crise do sistema político desde os fins do século XVIII". In: *Dialética da Colonização*. São Paulo: Companhia das Letras, 1992, p. 24. Sobre a questão do "poder" na

Antonio C. Mendes, um cenário contraditório de dominação política: “de um lado, a pulverização do poder na mão dos donos das terras e dos engenhos, seja pelo profundo quadro de divisão de classes, seja pelo vulto da extensão territorial; de outra parte, o esforço centralizador que a Coroa impunha, através dos governadores-gerais e da administração legalista. A ordem jurídica vigente, no domínio privado ou público, marchará decisivamente no sentido de preeminência do poder público sobre as comunidades, solidificando uma estrutura com tendência à perpetuação das situações de domínio estatal”.¹³

A aliança do poder aristocrático da Coroa com as elites agrárias locais permitiu construir um modelo de Estado que defenderia sempre, mesmo depois da independência, os intentos de segmentos sociais donos da propriedade e dos meios de produção. Naturalmente, o aparecimento do Estado não foi resultante do amadurecimento histórico-político de uma Nação unida ou de uma sociedade consciente, mas de imposição da vontade hegemônica do Império colonizador. Instaura-se, assim, a tradição de um intervencionismo estatal no âmbito das instituições sociais e na dinâmica do desenvolvimento econômico. Tal referencial aproxima-se do modelo de Estado absolutista europeu, ou seja, no Brasil, o Capitalismo se desenvolveu sem o capital, como produto e recriação da acumulação exercida pelo próprio Estado.¹⁴

colônia, consultar ainda: WEHLING, Arno e WEHLING, Maria José C. *M. Formação do Brasil Colonial*. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999, p. 309-322.

13 MENDES, Antonio Celso. *Filosofia Jurídica no Brasil*. São Paulo: Ibrasa; Curitiba: Champagnat, 1992, p. 20.

14 Cf. CARRION, Eduardo K. *Estado, Partidos e Movimentos Sociais*. Porto Alegre: Edipaz, 1985, p. 72-75.

É dessas constatações que se pode auferir a confluência paradoxal, de um lado, da herança colonial burocrática e patrimonialista; de outro, de uma estrutura sócio-econômica que serviu e sempre foi utilizada, não em função de toda a sociedade ou da maioria de sua população, mas no interesse exclusivo dos “donos do poder”.¹⁵

Isso configura, desde o início da colonização, uma combinação estranha e atípica de relações político-econômicas marcadas, de um lado, pela passagem de uma situação agrária semifundal para um modo de produção capitalista (ora mercantil, ora industrial), refletindo, regionalmente, as imposições econômicas das metrópoles centrais; de outro, pela incorporação e adaptação, por parte das instituições políticas, de diretrizes patrimonialistas e burocráticas inerentes ao modelo conservador de organização administrativa portuguesa.¹⁶

Não se pode negar que essas duas concepções, a “econômica” e a “política”, são extremamente importantes e não podem ser deixadas de lado quando se busca, com seriedade, encontrar as raízes da formação social e política brasileira. Por compreender que o reducionismo, isoladamente, não consegue explicitar integralmente o fenômeno histórico e contraditório de nossa organização institucional, impõe-se examinar suas tipicidades dentro de uma perspectiva mais abrangente.¹⁷

Nos primeiros dois séculos da colonização não há de se registrar, com muita nitidez, uma **concepção de idéias** justificadoras do mundo autenticamente brasileira. No plano das idéias, dos valores

15 WOLKMER, Antonio Carlos. *Elementos para uma Crítica do Estado*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1980, p. 45-47.

16 Ver, a esse propósito, as obras: FAORO, Raymundo. *Os Donos do Poder*. Porto Alegre: Globo, 1979; URICOECHA, Fernando. *O Mito do Império*. Rio de Janeiro: Difel, 1978; SCHWARTZMAN, Simon. *Bases do Autoritarismo Brasileiro*. São Paulo: Campus, 1982.

17 Cf. WOLKMER, Antonio Carlos. Op. cit., p. 44-45.

e das formas de pensamento do colonizador, que eram condicionados pelo mercantilismo econômico e pela administração centralizadora burocrática, emergiu uma mentalidade calcada na racionalidade escolástico-tomista e nas teses do absolutismo elitista português. Herda-se, dessa feita, uma estrutura feudal-mercantil embasada em raízes senhoriais que reproduziam toda uma ideologia da Contra-Reforma. Esse carácter romântico-senhorial da cultura portuguesa que predominou no período da expansão ultramarina estava associado a uma ética inspirada nas cruzadas, na honra cavallheiresca dos antepassados, na subserviência espiritual aos ditames da Igreja e no desprezo pelas práticas mercantis lucrativas. Toda essa mentalidade senhorial orientada para servir a Deus e ao Rei não iria favorecer o surgimento de uma classe burguesa enriquecida, capaz de projetar-se e impulsionar uma "forma capitalista à exploração da riqueza".¹⁸ A incapacidade política da elite lusitana acaba favorecendo maior articulação do Estado e empurrando Portugal para uma posição secundária no rol do desenvolvimento econômico europeu. Apesar de ter tido um papel importante durante a expansão marítima e ao longo da conquista, os Estados ibéricos acabaram absorvendo e implementando a filosofia da Contra-Reforma, distintamente daqueles países, como Holanda, Inglaterra e Alemanha, em que o ideário da Reforma Protestante acabou impondo-se.¹⁹ Neste sentido, o Concílio de Trento (1545-1563) oficializou a divisão de forças, propiciando que a Península Ibérica se convertesse no principal baluarte de reação ao protestan-

18 MERCADANTE, Paulo. *Militares & Cíveis: a Ética e o Compromisso*. Rio de Janeiro: Zahar, 1978, p. 16-17. Sobre a "cultura colonial", consultar: WEHLING, Arno e WEHLING, Maria José C. M. Op. cit., p. 283-307.

19 *Ibidem*, p. 18. Estudo mais completo e acurado sobre a herança ibero-americana e o contraste desta com a cultura anglo-americana encontra-se em: MORSE, Richard M. *O Espelho de Próspero - Cultura e Ideias nas Américas*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

tismo. Em verdade, como escreve P. Mercadante, "nos países de maior desenvolvimento capitalista, onde predominavam as idéias de Lutero e Calvino, nenhuma medida repressiva conferia a revolução científica, iniciada por Galileu e Copérnico. Na Península Ibérica, recolhe-se a elite numa escolástica decadente, barrando qualquer idéia nova que viesse dos países adiantados. Temendo a expansão protestante, urgira a reafirmação da integridade da fé e dos dogmas, (...) teria início o processo de censura inquisitorial, que aniquilaria o alvorecer do humanismo luso. Neste contexto, a Companhia de Jesus e a Inquisição vieram configurar os contornos da sociedade".²⁰

Em consequência, Portugal distanciava-se do ideário renascentista, da modernidade científica e filosófica, do espírito crítico e das novas práticas do progresso material, advindas com o Capitalismo, fechando-se no dogma eclésiástico da fé e da revelação, no apego à tradição estabelecida e na propagação de crenças religiosas pautadas na renúncia, no servilismo e na disciplina.²¹

Esses traços são essenciais para compreender o tipo de cultura que foi propagado pela Metrópole durante os primórdios da colonização lusitana no Brasil.²² Tratava-se de uma cultura senhorial, escolástica, jesuítica, católica, absolutista, autoritária, obscurantista e acrítica. Em tal contexto, o principal pólo irradiador da forma-

20 MERCADANTE, Paulo. Op. cit., 1978, p. 18-19.

21 Cf. MERCADANTE, Paulo. Op. cit., 1978, p. 19-23. Observar também do mesmo autor: *A Consciência Conservadora no Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1972, p. 21-26.

22 Sobre a cultura da colonização, escreve Alfredo Bosi que se trata de uma cultura letrada, ou seja, "o rigorosamente estamental, não dando azo à mobilidade vertical, a não ser em raras casos de apadrinhamento que confirmam a regra geral. O domínio do alfabeto, reservado a poucos, serviu como divisor de águas entre a cultura oficial e a vida popular. O cotidiano colonial-popular se organizou e se reproduziu sob o limiar da escrita". In: *Dialética da Colonização*. Op. cit., p. 25.

ção cultural da nova Colônia foi a solidificação da catequese católica e do ensino do humanismo escolástico, transplantada predominantemente pela Companhia de Jesus,²³ o que implicaria,

23 Quanto à ordem religiosa dos jesuítas, assinale Alfredo Bosi que: "empenhados na prática de uma Igreja supranacional, cumprem o projeto das missões junto aos índios. Essa possibilidade, aberta no início da colonização, quando era moeda corrente a idéia do papel cristianizador da expansão portuguesa, passaria depois a exercer-se apenas às margens ou nas folgas do sistema; enfim, a longo prazo sucumbirá sob a pressão dos bandeirantes e à força do Exército colonial. Aos jesuítas sobra a alternativa de ministrar educação humanística aos jovens provenientes de famílias abastadas". Op. cit., p. 25.

Entretanto, o papel da catequese pode ser interpretado como forma de "apaziguamento" ou "prelúdio da submissão", o que permitia a integração da mão-de-obra indígena para o reforço de uma ordem colonial servil e inescrupulosa. A ruptura violenta e a substituição do escravo índio pelo escravo negro como força de trabalho foi inevitável. Com efeito, a primazia "da conquista das almas da Companhia de Jesus era, como diz Euclides da Cunha, "eufemismo casuístico disfarçando o monopólio do braço indigena". Dai a luta que se travou entre o jesuíta e o colono, sobretudo no sul, logo no início da colonização, e no século XVII, no Maranhão e no Pará. (...) Dois tipos (...), aparentemente opostos mas integrados num idêntico sentido de ação, se defrontam na colônia. De um lado, o jesuíta, empenhado (...), na conquista espiritual e o aventureiro disposto à conquista da terra e dos bens materiais. (...) Coube ao aventureiro e ao jesuíta a fixação da cultura européia em nossa terra. Um, abriu caminhos, construiu aldeias, plantará cidades; o outro, modelará a inteligência brasileira. (...) Ai se esboça, talvez, uma contradição da nossa história, e, também, o antagonismo dos dois aspectos da cultura no Brasil." In: CRUZ COSTA, João. *Contribuição à História das Idéias no Brasil*. Rio de Janeiro: José Olympio, 1956, p. 50-55 e 438.

Acerea da trajetória dos jesuítas no país, o estudo clássico é o do Pe. Serafim Leite: *História da Companhia de Jesus no Brasil*. Lisboa/Rio de Janeiro: INL, 1949, 9 ts. Já para uma análise crítico-dessacralizadora das relações entre os jesuítas e os índios, consultar: NEVES, Luiz Felipe Baêta. *O Combate dos Soldados de Cristo na Terra dos Papagaios: Colonialismo e*

como reconhece Alberto Venâncio Filho, que "a cultura portuguesa nos séculos XVI e XVII e na primeira metade do século XVIII conservar-se-ia impermeável às transformações que se processavam no continente europeu após o Renascimento, com a expansão dos estudos científicos e a disseminação do método experimental".²⁴ A reconciliação de Portugal com a Europa se efetivaria com os precursos ensinamentos iluministas de Luís Antonio Verney (exponente teórico da modernidade lusa do século XVIII) e com a implementação das drásticas reformas do Marquês do Pombal. A renovação cultural pombalina que influenciaria ideologicamente a Colônia forneceria, segundo R. Faoro, "as bases para a modificação do Estado, restaurando a autoridade pública, fraca, corrupta e atrasada".²⁵ As inovações não alcançam as camadas populares e o absolutismo continua em vigor, só que agora um absolutismo esclarecido, num espectro cultural amplo e aberto que minimiza o "peso do ranço imobilista e jesuítico...".²⁶ Com efeito, as reformas pombalinas limitam largamente a jurisdição do clero (os jesuítas são expulsos de Portugal, em 1759), restringem os be-

Repressão Cultural. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1978; *Idem. Veira e a Imaginação Social Jesuítica - Maranhão e Grã-Pará no século XVIII*. Rio de Janeiro: Topbooks, 1987; GAMBINI, Roberto. *O Espelho Índio: os Jesuítas e a Destruição da Alina Indígena*. Rio de Janeiro: Espaço e Tempo, 1994; CUNHA, Luiz Antonio. *A Universidade Temporária: o Ensino Superior da Colônia à Era Vargas*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1980, p. 18-36.

- 24 VENÂNCIO FILHO, Alberto. *Das Arcadas ao Bacharelismo*. São Paulo: Perspectiva, 1977, p. 3 e 5.
- 25 FAORO, Raymundo. *Existe um Pensamento Político Brasileiro?* São Paulo: Ática, 1994, p. 40; VITA, Luis Washington. *Panorama da Filosofia no Brasil*. Porto Alegre: Globo, 1969, p. 32-34.
- 26 FAORO, Raymundo. Op. cit., 1994, p. 41-44.

nefícios da nobreza, incrementam o poder econômico da burguesia e impulsionam a reformulação do ensino e do modelo universitário (alcançando a Universidade de Coimbra).

Certamente que esse movimento renovador do iluminismo pombalino, centrado na abertura aos avanços científico-culturais, na reforma do ensino e da máquina administrativa, e na desestruturação da força jesuítica, favorece as condições para o advento do liberalismo português. Em fins do século XVIII e ao longo do século XIX, começam a chegar ao Brasil os ecos do ciclo de idéias representados pelo iluminismo pombalino e pelas primeiras manifestações do liberalismo engendrados na Metrópole lusitana.

Uma vez delineado ideologicamente o quadro sócio-econômico e político-cultural da estrutura colonial, passaremos a examinar o processo de formação e desenvolvimento do sistema jurídico.

2.2. A legislação colonizadora e o Direito Nativo

Na sua globalidade, a compreensão, quer da cultura brasileira, quer do próprio Direito, não foi produto da evolução linear e gradual de uma experiência comunitária, como ocorreu com a legislação de outros povos mais antigos. Na verdade, o processo colonizador, que representava o projeto da Metrópole, instala e impõe numa região habitada por populações indígenas toda uma tradição cultural alienígena e todo um sistema de legalidade "avançada" sob o ponto de vista do controle repressor e da efetividade formal.

O empreendimento do colonizador lusitano, caracterizando muito mais uma ocupação do que uma conquista, trazia consigo uma cultura considerada mais evoluída, herdeira de uma tradição jurídica milenária proveniente do Direito Romano.²⁷ O Direito

português, enquanto expressão maior do avanço legislativo na península ibérica, acabou constituindo-se na base quase que exclusiva do Direito pátrio.

Analisando as raízes culturais da legislação brasileira, escreve A. L. Machado Neto que, dos três grupos étnicos que constituíram nossa nacionalidade, somente a do colonizador luso trouxe influência dominante e definitiva à nossa formação jurídica. Se a contribuição dos indígenas foi relevante para a construção de nossa cultura, o mesmo não se pode dizer quanto à origem do Direito nacional, pois os nativos não conseguiram impor seus "mores" e suas leis, participando mais "na humilde condição de objeto do direito real", ou seja, objetos de proteção jurídica. Igualmente o negro, "para aqui trazido na condição de escravo, se sua presença é mais visível e assimilável no contexto cultural brasileiro, a sua própria condição servil e a desintegração cultural a que lhes impelia a imigração forçada a que se viam sujeitos, não lhes permitiu também pudessem competir com o luso na elaboração do Direito brasileiro".²⁸

O certo é que Portugal não teve outra saída senão buscar trabalhadores na África, diante da destruição dos povos nativos e da conseqüente carência da mão-de-obra agrícola. No entanto, os africanos não vieram como colonos livres, mas sim como escravos, forçados a trabalhar em fazendas e grandes plantações de cana-de-açúcar, sem nenhum direito e não podendo recompor suas organizações de origem. É nesse contexto colonial de economia de exportação e de estrutura social, constituída em grande parte por populações indígenas e por escravos africanos aliados do governo e sem direitos pessoais, que se deve perceber os primórdios de um Direito essencialmente particular, cuja fonte repousava na autori-

27 Cf. MACHADO NETO, A. L. *Sociologia Jurídica*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 307-310.

28 MACHADO NETO, A. L. *Op. cit.*, p. 309-310.

dade interna dos donatários, que administravam seus domínios como feudos particulares.²⁹

Como escreve Nelson W. Sodré, sendo empreendimento planejado que expressava uma necessidade nova, decorrente da expansão ultramarina, a colonização viu-se na contingência de criar um Direito especial para a direção e organização da própria atividade colonial.³⁰

O primeiro momento da colonização brasileira, que vai de 1520 a 1549, foi marcado por uma prática político-administrativa tipicamente feudal, designada como regime das Capitânias Hereditárias. Ao explicar a expressão "capitânias hereditárias", Walter V. do Nascimento assinala: "1) capitânias, de capitão indicando chefia, governança; 2) hereditárias, porque, inalienáveis, só se transmitiam por herança, e indivisíveis, porque o sucessor era apenas um único herdeiro, mediante o critério de exclusão e com vistas à legitimidade (preferência dos filhos legítimos), à idade (preferência do mais velho) e ao sexo (preferência aos varões)".³¹ As primeiras disposições legais desse período eram compostas pelas Cartas de Doação e pelos Forais. As Cartas de Doação e os Forais eram, no dizer de Isidoro Martins Júnior, a engrenagem do "... maquinismo inventado pela Metrópole para o povoamento e enriquecimento da possessão brasileira. As cartas de foral constituíam uma consequência e um complemento das doações; mas estas estabeleciam apenas a legitimidade da posse e os direitos e privilégios dos donatários, ao passo que aquelas eram um contrato enfiteutico, em virtude do qual se constituíam perpétuos tributários da coroa, e dos donatários capitães-mores, (...) que recebessem terras de sesma-

29 Cf. SHIRLEY, Robert Weaver. *Antropologia Jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 80.

30 Cf. SODRÉ, Nelson Werneck. Op. cit., p. 77.

31 In: *Lições de História do Direito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 210.

rias".³² Certamente, os forais eram documentos jurídicos, concedidos pela Monarquia, que indicavam direitos e deveres aos possuidores para receber tributos, proteger pessoas e bens da terra, aplicar penas aos delitos e contravenções, indicar o foro de julgamento e detenção. Com o fracasso da grande maioria das capitânias, tratou a Metrópole de dar à Colônia outra orientação administrativa designada como sistema de governadores-gerais. Surgiu, assim, a utilização de um certo número de prescrições decretadas em Portugal, reunindo desde Cartas de Doação e Forais das capitânias até Cartas-Régias, Alvarás, Regimentos dos governadores-gerais, legislação canônica, *ius Commune* e, finalmente, a mais importante compilação que veio unificar o Direito lusitano, as Ordenações Reais.³³ De fato, o Direito vigente no Brasil-Colônia foi transferência da legislação portuguesa contida nas compilações de leis e costumes conhecidos como Ordenações Reais, que englobavam as Ordenações Afonsinas (1446), as Ordenações Manuelinas (1521) e as Ordenações Filipinas (1603). Em geral, a legislação privada comum, fundada nessas Ordenações do Reino, era aplicada sem qualquer alteração em todo o território nacional. As Ordenações que não chegaram a ser códigos sistemáticos no sentido moderno, distribuíram as matérias em cinco livros: I. Cargos e atribuições públicas, civis e militares. II. Legislações referentes ao clero e à nobreza. III. Processo civil. IV. Direito Penal e Processo Penal: previa a pena de morte, tortura como meio para obter a confissão, mutilações, marcas de fogo, açoites, degredo etc. Concomi-

32 MARTINS JÚNIOR, Isidoro. *História do Direito Nacional*. 3. ed. Brasília: Depto. de Imprensa Nacional, 1979, p. 104.

33 Cf. SODRÉ, Nelson Werneck. Op. cit., p. 77; MACHADO NETO, A. L. Op. cit., p. 313-314; TRIPOLI, César. *História do Direito Brasileiro. Época Colonial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1936, v.1, p. 62-63, 80-81 e 95-96.

tanamente, a inadequação, no Brasil, de certas normas e preceitos de Direito Público que vigoravam em Portugal determinava a elaboração de uma legislação especial que regulasse a organização administrativa da Colônia.³⁴

Entretanto, a insuficiência das Ordenações para resolver todas as necessidades da Colônia tornava obrigatória a promulgação avulsa e independente de várias "Leis Extravagantes",³⁵ versando, sobretudo, sobre matérias comerciais (letra de câmbio, seguros, câmbio marítimo).

No século XVIII, com as reformas pombalinas, a grande mudança em matéria legislativa foi a "Lei da Boa Razão" (1769) que definiu regras centralizadoras e uniformes para interpretação e aplicação das leis, no caso de omissão, imprecisão ou lacuna. A "Lei da Boa Razão" minimizava a autoridade do Direito Romano, da glosa e dos arestos, dando "preferência e dignidade às leis pátrias e só recorrendo àquele direito, subsidiariamente, se estivesse de acordo com o direito natural e as leis das Nações Cristãs iluminadas e polidas, se em boa razão fossem fundadas".³⁶

34 Cf. MARTINS JÚNIOR, Isidoro. Op. cit., p. 63-84; MONTORO, André Franco. *Introdução à Ciência do Direito*. 20. ed. São Paulo: Ed. RT, 1991, p. 565-569; GUSMÃO, Paulo D. *Introdução ao Estudo do Direito*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 395-397; TRIPOLI, César. Op. cit., p. 56-82; *Ordenações Filipinas*. Livro V. Org. Sílvia H. Lara. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

35 Ver, neste sentido: TRIPOLI, César. Op. cit., p. 75.

36 VALLADÃO, Haroldo. *História do Direito, Principalmente do Direito Brasileiro*. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1980, p. 76; MARTINS JÚNIOR, Isidoro. Op. cit., p. 78-80; TRIPOLI, César. Op. cit., p. 154-155. Ainda sobre a Lei da Boa Razão, ver: GOMES, Orlando. *Raízes Históricas e Sociológicas do Código Civil Brasileiro*. Salvador: Livraria Progresso/Universidade da Bahia, 1958, p. 9-14; WEHLING, Arno e WEHLING, Maria José. "Cultura Jurídica e Julgados do Tribunal da Relação do Rio de Janeiro: a Invocação da Boa Razão e o Uso da Doutrina. Uma Anotação

Não resta dúvida de que o principal escopo dessa legislação era beneficiar, favorecer e defender os intentos políticos e econômicos da Metrópole. A experiência político-jurídica colonial reforçou uma realidade que se repetiria constantemente na história do Brasil: a dissociação entre a elite governante e a imensa massa da população. O governo português ultramar evidenciava pouca atenção na aplicação da legislação no interior do vasto espaço territorial, pois seu interesse maior era criar regras para assegurar o pagamento dos impostos e tributos aduaneiros, bem como estabelecer um ordenamento penal rigoroso para precaver-se de ameaças diretas à sua dominação. Como assinala Robert Shirley, Portugal "... não tencionava trazer justiça ao povo ou mesmo prestar os serviços mais elementares à sua colônia".³⁷ Numa administração de cunho neofeudal e patrimonialista, o Direito da elite agrária não era o Direito da maior parte da população, porém existia para proteger os interesses do governo real e manter o poder dos fazendeiros proprietários de terras.³⁸

O modelo jurídico hegemônico durante os primeiros dois séculos de colonização foi, por consequência, marcado pelos princípios e pelas diretrizes do Direito alienígena — segregador e discriminatório com relação à própria população nativa —, revelando, mais do que nunca as intenções e o comprometimento da estrutura elitista de poder. Nesse sentido, para Antonio C. Mendes, a subju-

gem". In: SILVA, Maria Beatriz Nizze da. *Cultura Portuguesa na Terra de Santa Cruz*. Lisboa: Estampa, 1995, p. 235-247; WEHLING, Arno. "Dualismo Ilustrado e Uniformização Legislativa; o Direito Comum nos Povos Pombalino e Pós-Pombalino". In: *Revista Ciências Humanas*. Rio de Janeiro, v. 20, nº 1, p. 143-159, jun. 1997.

37 SHIRLEY, Robert W. Op. cit., p. 80.

38 *Ibidem*.

gação da população era praticamente completa, pois, "distribuída entre raros colonos livres e uma maioria de trabalhadores escravos, seus direitos estavam codificados no arbítrio dos donatários das capitâneas, que enfexavam em si a figura do único proprietário, do único responsável pelos castigos e pelas penas, chefe industrial e militar, distribuidor de sesmarias e de prêmios".³⁹

Desde o início da colonização, além da marginalização e do descaso pelas práticas costumeiras de um Direito nativo e informal, a ordem normativa oficial implementava, gradativamente, as condições necessárias para institucionalizar o projeto expansionista lusitano. A consolidação desse ordenamento formalista e dogmático está calcada doutrinariamente, num primeiro momento, no idealismo jusnaturalista; posteriormente, na exegese positivista. Cumpre ressaltar, nessa trajetória, que os traços reais de uma tradição subjacente de práticas jurídicas informais não-oficiais podem ser encontrados nas remotas comunidades de índios e negros do Brasil colonial. Sob tal prisma é essencial o resgate histórico de um pluralismo jurídico comunitário, localizado e propagado através das ações legais associativas no interior dos antigos "quilombos" de negros⁴⁰ e nas "reduções" indígenas⁴¹ sob a orientação jesuítica,

39 MENDES, Antonio C. Op. cit., p. 16.

40 Os "quilombos" se constituíram em pequenas comunidades rurais povoadas por escravos negros fugidos das fazendas que buscavam defender-se da dominação e repressão colonial. Eram organizados livremente e de forma auto-suficiente, baseados na ocupação da terra, na propriedade coletiva, na agricultura de subsistência e na luta armada. Para maior abrangência, consultar FREITAS, Décio. *Palmares: a Guerra dos Escravos*. 5. ed. Porto Alegre: Mercado Aberto, 1987; MOURA, Clóvis. *Os Quilombos e a Rebelião Negra*. 7. ed. São Paulo: Brasiliense, 1987.

41 Já as "reduções" consistiam em comunidades indígenas, muitas das quais apoiadas por padres jesuítas, onde as terras, a propriedade, os bens e os meios de produção eram compartilhados e assumidos em comum, fundados sobre as bases do coletivismo solidário. Observar a propósito: LUGON, C.

constituindo-se nas formas primárias e autênticas de um "Direito insurgente, eficaz, não-estatal".⁴²

Tais concepções desmentem o mito da centralização jurídica ocidental moderna, fundada na unicidade territorial de um Direito estatal e formal. A historiografia oficial em geral não reconhece a existência, no período anterior à colonização, de várias nações indígenas, cada qual com um Direito comunitário próprio, base de suas formas de procedimento no âmbito da propriedade, posse, família, sucessão, matrimônio e delito. Na verdade, a riqueza desses grupos indígenas revela-se na convivência com a pluralidade de valores culturais diversos, organizando suas modalidades de comportamento conforme disposições jurídicas "que nada têm a ver com o Direito Estatal, porque são a expressão de uma sociedade sem Estado, cujas formas de poder são legitimadas por mecanismos diferentes dos formais e legais do Estado".⁴³

A República "Comunista" Cristã dos Guaraniás, 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1977; BRUXEL, Arnaldo. *Os Trinta Povos Guaraniás*. 2. ed. Porto Alegre: EST/Novo Dimensiono, 1987; KERN, Arno Alvarez. *Missões: Uma Utopia Política*. Porto Alegre: Mercado Aberto, 1982.

42 ALFONSIN, Jacques Távora et alii. *Negros e Índios no Cativo da Terra*. Rio de Janeiro: AJUP/FASE, 1989, p. 20.

43 MARES DE SOUZA FILHO, Carlos F. "Índios e Direito: O Jogo Duro do Estado". In: *Negros e Índios no Cativo da Terra*. Rio de Janeiro: AJUP/FASE, p. 8, jun. 1989. Sobre a temática indígena projetada e relacionada com o mundo jurídico, observar: BEVILÁQUA, Clóvis. "Instituições e Costumes Jurídicos dos Indígenas Brasileiros ao Tempo da Conquista". In: SOUZA FILHO, Carlos Mares. *Textos Clássicos sobre o Direito e os Povos Indígenas*. Curitiba: Junia, 1994, p. 77-92; VON MARTIUS, Karl F. P. *O Estado do Direito entre os Autoctones do Brasil*. São Paulo: Edusp/Itaína, 1982; MENDES JUNIOR, João. *Os Indígenas do Brasil: seus Direitos Individuais e Políticos*. São Paulo: Typ. Hennes Irmaões, 1912; CUNHA, Mariana Carneiro. *Os Direitos do Índio. Ensaio e Documentos*. São Paulo:

Como adverte Carlos F. Marés, o reconhecimento de um direito não escrito entre as comunidades indígenas não é uma discussão contemporânea, pois tem suas origens nas invasões ibéricas em terras latino-americanas.⁴⁴ Tal polémica passa pelo questionamento da natureza humana, pela legitimidade e pela capacidade jurídica dos índios, levantadas por Francisco de Vitória, na Universidade de Salamanca (1539);⁴⁵ pela denúncia de Bartolomé de Las Casas em Valladolid (1547 a 1550) contra a sangrenta conquista espanhola e pela revelação do genocídio dos índios,⁴⁶ pela defesa eloqüente e pela proteção ardorosa dos indígenas (e em alguns momentos dos escravos negros) contra a cobiça dos colonizadores portugueses impetrada pelo Pe. Antonio Vieira, no Maranhão e na Bahia, na

Brasiliense, 1987; COMISSÃO PRO-ÍNDIO/SP. *O Índio e a Cidadania*. São Paulo: Brasiliense, 1983; SANTOS, Sílvio Coelho dos (org.) *O Índio Perante o Direito*. Florianópolis: Ed. da UFSC, 1982; COLAÇO, Thais Luzia. "Incapacidade Indígena. Tíquete Religiosa e Vedação do Direito Gitaní Pré-colonial nas Missões Jesuítas". Curitiba: Jurná, 1999.

44 Cf. MARÉS DE SOUZA FILHO, Carlos F. Op. cit., p. 7. Para exposição mais completa, consultar: WOLKMER, Antonio Carlos (org.). *Direito e Justiça na América Indígena: da Conquista à Colonização*. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 1998.

45 Ver: VITÓRIA, Francisco de. *Doctrina sobre los Indios*. Salamanca: San Sebastian, 1992; *Idem*. *Os Índios e o Direito da Guerra*. Itú: UNIJUI, 2006. Constatar: LAS CASAS, Frei Bartolomé de. *O Paraíso Destruido. Brevisíssima Relação da Destruição das Índias*. 5. ed. Porto Alegre: L & PM, 1991. Sobre o tema, ver: BRUIJ, Héctor Hernan. *Bartolomé de las Casas e a Simulação dos Vencidos*. Campinas: Unicamp: São Paulo: Iluminuras, 1995; DUSSEL, Enrique. *1492: o Encobrimento do Outro (a origem do "mito da modernidade")*. Petrópolis: Vozes, 1993; LEON-PORTILHA, Miguel. *A Conquista da América Latina Vista pelos Índios*. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 1991; TODOROV, Tzvetan. *A Conquista da América. A Questão do Outro*. São Paulo: Martins Fontes, 1993; JOSAPHAT, Frei Carlos. *Las Casas: Todos os Direitos para Todos*. São Paulo: Loyola, 2000.

metade do século XVII. Entretanto, a ação catequista "protetora", dúbia e limitada de Antonio Vieira, ou mesmo de Manuel da Nóbrega, nem sempre irá estender-se à escravidão africana, encarada, por vezes, como de utilização necessária e providencial. Ora, ainda que os jesuítas se interessassem muito pela libertação dos índios, certamente "nada fizeram em favor dos negros africanos, os quais continuaram, durante mais de três séculos, a sofrer o jugo da escravidão. Desse modo, não foi considerada comum a sorte dos índios e a dos negros africanos, no Brasil (...)"⁴⁷.

Naturalmente, a legalidade oficial imposta pelos colonizadores nunca reconheceu devidamente como Direito as práticas tribais espontâneas que organizaram e ainda continuam mantendo vivas algumas dessas sociedades sobreviventes de "povos sem escrita". Vale dizer que o máximo que a justiça estatal admitiu, desde o período colonial, foi conceber o Direito indígena como uma experiência costumeira de caráter secundário. Autores como João

47 In: TRIFOLI, César. Op. cit., p. 108-109. Para melhor compreensão da postura de Antonio Vieira em defesa do direito dos índios, ver: VIEIRA, Pe. Antonio. *Escritos Instrumentais sobre os Índios*. São Paulo: Loyola/EDUC, 1992. Igualmente: BOSI, Alfredo. *Dialética da Colonização*. São Paulo: Companhia das Letras, 1992, p. 119-148; HOORNAERT, Eduardo. "Teologia e Ação Pastoral em Antonio Vieira SJ: 1652-1661". In: *História da Teologia na América Latina*. São Paulo: Paulinas, 1981, p. 63-74; MEIHY, José Carlos Sebe Bom. "Vieira: a Catequese segundo os Sermões". In: *Anais do X Simposio Nacional de Estudos Missionários*. UNIJUI - Campus Santa Rosa, 1994, p. 250-260; VILELA, Magno. *Uma Questão de Igualdade: Antonio Vieira e a Escravidão Negra na Bahia do Século XVII*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1997. Sobre aspectos da política colonialista dos portugueses acerca dos indígenas brasileiros, ver: THOMAS, Georg. *Política Indigenista dos Portugueses no Brasil, 1500-1640*. São Paulo: Loyola, 1982; CUNHA, Manuela Carneiro. Op. cit., p. 53-101, 103-117; ALMEIDA, Rita Heloisa de. *O Direitório dos Índios: um Projeto de Civilização no Brasil do Século XVIII*. Brasília: UnB, 1997.

Bernardino Gonzaga admitem uma justiça penal indígena, no tempo do descobrimento, ainda que seja impossível estabelecer um único direito criminal, gerado por uma fonte superior em face das diversidades existentes entre os incontáveis grupos indígenas (inexistência de homogeneidade até mesmo em nações nativas maiores, como a dos tupis), tampouco pode-se reconhecer qualquer influência dessas práticas penais sobre o Direito dos conquistadores lusitanos.⁴⁸ De qualquer modo, outra especificidade a ressaltar é que, como assinala Carlos F. Marés, se a legalidade "de cada uma das nações indígenas é o resultado de uma cultura aceita e professada por todos os habitantes igualmente, inclusive na aceitação das diferenças, o Direito Estatal Brasileiro é fruto de uma sociedade profundamente dividida, onde a dominação de uns pelos outros é o primado principal, e o individualismo, o marcante traço característico".⁴⁹

É nesse período que merece destaque a experiência, em terras da bacia platina (Paraguai, Argentina e Brasil), durante os séculos XVII e XVIII, do sistema comunal missioneiro de posse da terra (junção de práticas político-legais européias com o solidarismo das reduções indígenas), utilizado e incentivado pelos "padres jesuítas espanhóis aos povos guaranis aí reduzidos. Foi um coletivismo indígena de bases municipais, surgido e desenvolvido graças à autonomia com que, nessa área, incidiu a legislação da Coroa de Castela sobre uma realidade nativa suficientemente respeitada".⁵⁰

48 Cf. GONZAGA, João Bernardino. *O Direito Penal Indígena: A época do descobrimento do Brasil*. São Paulo: Max Limonad, s/d., p. 11-15.

49 MARES SOUZA FILHO, Carlos F. Op. cit., p. 9.

50 RUSCHEL, Ruy Ruben. "O Direito de Propriedade dos Índios Missioneiros". In: *Veritas*. Porto Alegre: PUC, v. 33, nº 153, p. 107, março 1994. Para aprofundar o estudo da questão indígena nas missões jesuíticas, consultar: KERN, Arno. *Missões: Uma Utopia Política*. Porto Alegre: Mercado Aberto, 1982; FLORES, Moacyr. *Colonialismo e Missões Jesuíticas*. Por-

Nesse contexto histórico, como breve ilustração, menciona-se o comentário de A. Bruxel de que toda a estrutura de controle e punição nas Missões, distintamente da justiça de tradição européia, "não castigava na proporção do delito, para o restabelecimento da justiça lesada (justiça punitiva), mas na medida em que o exigia a recuperação do delinqüente (justiça medicinal). Alcançada a correção, indultava-se o réu".⁵¹

Vale, nesse contexto, outra referência extensa mas não menos ilustrativa sobre o sistema de controle social e sobre a organização da Justiça missioneira, trazida pelo historiador Arno A. Kern, que destaca: "nas Missões da Província Jesuítica do Paraguai, o Código Penal estava inserido no Livro de Ordens, onde se registravam todas as determinações que emanavam quer das autoridades da Companhia de Jesus, quer das próprias da administração espanhola. O Código Penal proibía as punições privadas, pois o castigo deveria servir como exemplo aos demais e assim também se impediam os excessos. O pior crime que se poderia cometer, o homicídio, era punido com prisão perpétua, não havendo pena de morte. Cada crime tinha estipulada a pena, não podendo jamais ser aumentada, mas somente diminuída, pois eram levadas em conta as boas disposições do culpado.

As crianças eram punidas por um máximo de quatro ou cinco açoites, de acordo com a idade, aplicados por quem estivesse no controle de sua atividade. As mulheres só podiam ser punidas por

to Alegre: EST/CHRS, 1983; QUEVEDO, Julio. *As Missões: Crise e Redefinição*. São Paulo: Ática, 1993; HAUBERT, Maxime. *Índios e Jesuítas no Tempo das Missões*. São Paulo: Companhia das Letras/Círculo do Livro, 1990.

um máximo de vinte açoites, sendo a sentença sempre executada por outra mulher para evitar violência nos golpes. As mulheres grávidas estavam isentas de castigo. Para os homens, as penas podiam ser maiores, mas jamais ultrapassavam vinte e cinco chicotadas diárias, mesmo se a pena fosse superior a isso.

As referências a prisões nas Missões são inexistentes, ou se referem a prisões domiciliares. (...) Seguindo os costumes espanhóis, que jamais permitiam a punição de autoridades em praça pública, os caciques também não sofriam esta pena. Os culpados jamais eram acorrentados ou algemados, seus casos eram sempre estudados e as testemunhas ouvidas e acareadas. A punição usual nas Missões era a reprimenda. Ocorria também, em casos muito extremos, o ostracismo de certos criminosos para Missões longínquas e mesmo o banimento.

O fato de ser a punição sempre pública e aplicada pelos próprios índios limitava a possibilidade de abusos e excessos na aplicação das penas. (...) O sistema penal nunca foi rigoroso em excesso, o que foi extraordinário para uma época em que as punições, mesmo na Europa, eram ainda violentas. A coercitividade era, assim, mínima, e durante um século e meio não fizeram os guaranis nenhuma revolta contra os jesuítas, enquanto no mesmo período as reações contra os encomendeiros foram violentas e freqüentes (...). Só um sistema penal não-rigoroso pode explicar como apenas dois padres podiam controlar uma Missão inteira. A disciplina, como bem salientou Sargent, era mais rigorosa do ponto de vista coletivo, social, do que individualmente, quando era pouco exigente⁵².

Na verdade, os jesuítas se constituíram, ao mesmo tempo, em juízes e em tribunais superiores das causas indígenas, no interior das reduções. Tendo em vista que as Missões eram parte da Coroa Espanhola, a legislação aplicada nas reduções eram as Leis das Índias. A insuficiência ou inadequação das Leis das Índias na resolução de casos concretos, facultava-se aos jesuítas da América, por concessão do Papa Paulo III, a elaboração de estatutos ou normas para suprir essa falta. Assim, como escreve B. Fernández Herrero, os jesuítas elaboraram regras específicas "para a sua circunstância local e estas normas que compuseram o corpo legislativo das reduções foram recolhidas no Livro de Ordens que cada padre devia ter em sua redução, e que, seguindo-o, não daria lugar para improvisações que fizessem diferentes os sistemas administrativos de cada povo, com vistas a alcançar uma uniformidade (...)"⁵³.

Mas o tema da justiça e da legalidade paralela durante a colonização não abarca apenas os esforços de ocupação indígena, pois o projeto escravista senhorial de negação do "outro" integra também a coerção despersonalizada, a violência física e a discriminação social da cultura negra. Desde o século XVII, a elite dominante e seus letrados servís buscaram justificar, sob o aspecto religioso, moral e jurídico, um projeto cristão-colonialista, colocando em relevo a legitimidade da escravidão e a fundamentação de normas que institucionalizassem o controle. Daí a resposta das massas negras engajadas na resistência à escravidão. Neste aspecto, assinala Alfredo Bosi, que "a alternativa para o escravo não era, em princípio, a passagem para um regime assalariado, mas a fuga para os quilombos. Lei, trabalho e opressão são correlatos sob o escravismo colonial. Nos casos de alforria, que se tornam menos ratos a partir do apogeu das minas, a alternativa para o escravo passou a

52 KERN, Arno A. Op. cit., p. 57-59. Para maior detalhamento no estudo do Direito e da Justiça na experiência das reduções guaraníticas, examinar: HERRERO, Beatriz Fernández. *La Utopía de América: Teoría, Leyes, Experimentos*. Barcelona: Anthropos, 1992; CHASE-SARDI, Miguel. *El Derecho Consuetudinario Indígena y su Bibliografía Antropológica en el Paraguay*. Asunción: Biblioteca Paraguaya de Antropología, 1990.

53 HERRERO, Beatriz Fernández. Op. cit., p. 322-323. Sobre o Livro de Ordens, observar: LUGON, Clóvis. *A República "Comunista" Cristã dos Guaranis*, p. 92-95.

ser a mera vida de subsistência como posseiro em sítios marginais, ou a condição subalterna de agregado que subsistiu ainda depois da abolição do cativo. De qualquer modo, ser negro livre era sempre sinônimo de dependência.⁵⁴ Essa luta pela libertação alcança seu momento mais expressivo, portanto, nos quilombos do sudeste do Brasil, entre os séculos XVII e XVIII. Tal forma de estrutura político-econômica que teve em Palmares o melhor exemplo de organização, florescimento e resistência, enquanto regime comunitário, manteve-se com base na agricultura e na criação de animais de subsistência. Assim, os negros de Palmares, tornando-se auto-suficientes e criando formas de defesa e sobrevivência ao escravismo colonial, desenvolveram práticas de convivência respaldadas no igualitarismo e na participação comunitária, diminuindo possíveis procedimentos causadores de atritos e confrontos sociais por meio da utilização de um pluralismo legal consuetudinário africano. O fato real é que os quilombos, no relato de um estudioso do assunto, “ao repudiar o sistema de latifúndio dos sesmeiros, adotaram a forma do uso útil de pequenos tratos, roçados, base econômica da família livre; (...) o excedente da produção era dado ao Estado, como contribuição para a riqueza social e defesa do sistema; (...) a solidriedade e a cooperação eram praticadas desde o início dos quilombos, que deve remontar aos princípios do século XVII; (...) a sociedade livre era regida por leis consagradas pelos usos e costumes; (...) não existiam vadios nem exploradores nos quilombos,

54 BOSI, Alfredo. Op. cit., p. 24. Para a análise da resistência negra, da luta organizada e dos processos criminais resultantes da escravidão, examinar: MACHADO, Maria Helena P. T. *Crime e Escravidão: Trabalho, Luta e Resistência nas Lavouras Paulistas - 1830-1888*. São Paulo: Brasiliense, 1987; GRUNBERG, Keila. *Libertação - A Lei da Ambigüidade: As Ações de Liberdade da Corte de Apelação do Rio de Janeiro. Século XIX*. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994; CHALHOUB, Sidney. *Visões da Liberdade. Uma História das Últimas Décadas da Escravidão na Corte*. São Paulo: Companhia das Letras, 1990; REIS, João José. *Rebelião Escrava no Brasil: a História do Levante dos Malês (1835)*. São Paulo: Brasiliense, 1986.

mas, sim, uma ativa fiscalização como sói acontecer nas sociedades que se formam no meio de lutas, contra formas ultrapassadas de relações de produção (...).⁵⁵

55

MOURA, Clovis. Op. cit., p. 38-39. *Vide* ainda: ROCHA, Osvaldo de Alencar. “O Negro e a Posse da Terra no Brasil”. In: *Negros e Índios no Caiçeiro da Terra*, p. 48; VAINFAS, Ronaldo. *Ideologia & Escravidão: Os Letrados e a Sociedade Escravista no Brasil Colonial*. Petrópolis: Vozes, 1986; ROCHA, Manoel Ribeiro. “Etiópe Resgatado”. In: SUESS, Paulo (ed.). Petrópolis: Vozes, 1992; GORENDER, Jacob. *A Escravidão Reabituada*. 2. ed. São Paulo: África, 1991. Interessante observar o descalço das autoridades coloniais e a inexistência de uma legislação oficial reguladora das condições, garantias e direitos dos escravos negros. A esse respeito, escreve César Tripoli (op. cit., p. 110-144) que realmente a legislação só se preocupou com sua importação: “De fato, foi em virtude do Alvará de 29 de março de 1559 que os senhores de engenhos, no Brasil, ficaram autorizados a mandar vir escravos de S. Tomé, com licença do Governador-Geral. (...) Não há vestígio, depois do Alvará de 1559, de qualquer lei com referência aos negros africanos, cuja importação foi sempre aumentando. Afirma-se que, durante o século XVII, entraram no Brasil cerca de quarenta mil negros africanos por ano. Foi somente nos últimos vinte anos do dito século que se tratou deles na legislação. Os seus inestimáveis serviços nunca mereceram a consideração dos governadores e muito menos da Metrópole; e a Metrópole acordou, quando os negros constituiram um Estado com a implantação da República dos Palmares, e procurou então obter pelas vias legislativas o que as expedições militares não tinham podido conseguir. De fato, foi expedido o Alvará de 10 de março de 1682, determinando várias providências para chamar os quilombos ao trabalho dos engenhos e das propriedades agrícolas, de onde haviam fugido, e assegurando-lhes a prescrição do domínio dos senhores, no prazo de cinco anos, a contar do dia em que voltassem ao convívio do povo. Em 1687, ainda, foram ajustadas condições entre o governador de Pernambuco e o paulista Domingos Jorge Velho, para conquistar e destruir os negros levantados dos Palmares”. Oportuna é também a releitura crítica da condição do negro escravo frente à legislação oficial em: SILVA, Dimas Salustiano da. “Direito Insurgente do Negro no Brasil: Perspectivas e Limites no Direito Oficial”. In: CHAGAS, S. D. (org.). *Lições de Direito*

Na busca da real historicidade das instituições, o avanço pelo cenário de uma legalidade autóctone, como se constatou, também possibilita contemplar o lado da oficialidade. De fato, importa reconhecer o papel desempenhado pelos operadores hegemônicos da justiça oficial, considerando a estrutura econômica marcada por práticas mercantilistas e escravistas, bem como por uma montagem político-administrativa semifeudal, patrimonialista e elitista, cuja dinâmica histórica nega o direito do "outro" (o filho nativo da terra) para incorporar e impor o Direito alienígena colonizador. Assim, para que esse ordenamento colonial funcionasse formalmente, foi necessário um aparato institucionalizado composto de atores profissionais (juizes, ouvidores, escrivães) e instâncias processuais (Administração da Justiça, Tribunal da Relação, Casa da Suplicação etc.). Daí a obrigatoriedade de se examinar, na etapa seguinte, a organização, a competência e os integrantes da Justiça Colonial.

2.3. A administração da justiça e os operadores jurídicos

Para entender a dinâmica da administração da justiça no período colonial, impõe-se descrever seu quadro organizacional como um todo, razão pela qual se ressalta a constituição e a competência das instâncias jurisdicionais importadas, bem como o recrutamento, o comportamento, as funções e influências políticas dos magistrados na sociedade, enquanto operadores jurídicos.

Analisando o primeiro aspecto, cabe caracterizar que a administração da justiça, no período das capitânicas hereditárias, estava

Civil Alternativa. São Paulo: Acadêmica, 1994, p. 57-71; FREITAS, Décio. *Escravidão de Índios e Negros no Brasil*. Porto Alegre: EST/JCP, 1980; WEHLING, Arno. "O Escravo ante a Lei Civil e a Lei Penal no Império (1822-1871)". In: WOLKMER, Antonio C. (org.) *Fundamentos de História do Direito*. 2. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 373-395.

entregue aos senhores donatários que, como possuidores soberanos da terra, exerciam as funções de administradores, chefes militares e juizes. Assim, os donatários, detendo os mais amplos poderes para organizar seus domínios, exerciam diretamente a jurisdição civil e criminal, podendo nomear um ouvidor (bem como tabelhões, meirinhos e escrivães) para essas funções específicas, diminuindo, assim, "os conflitos de interesses e direitos entre os habitantes da capitania".⁵⁶

A situação modificou-se consideravelmente com o advento dos governadores-gerais, evoluindo para a criação de uma justiça colonial e para a formação de uma pequena burocracia composta por um grupo de agentes profissionais. Isso foi possível na medida em que as antigas capitânicas se transformaram em espécie de províncias unificadas pela autoridade do mandatário-representante da Metrópole. Tornou-se mais fácil com a reforma político-administrativa impor um sistema de jurisdição centralizadora controlada pela legislação da Coroa.

Por orientação das Cartas de Doação, a primeira autoridade da Justiça Colonial foi o cargo particular de ouvidor, designado e subordinado aos donatários das capitânicas por um prazo renovável de três anos. Tratava-se, numa primeira fase, de meros representantes judiciais dos donatários com competência sobre ações cíveis e criminais.

Mais tarde, em 1549, com a implantação do primeiro governo-geral (Tomé de Souza) e com o alargamento das responsabilidades burocráticas e fiscais, os primitivos ouvidores passaram a ser ouvidores-gerais com maiores poderes e com mais independência em relação à administração política, diminuindo, com isso, os poderes dos donatários de fazer justiça. Neste sentido, Stuart B. Schwartz escreve que o estabelecimento da função de ouvidor-ge-

56 MARTINS JÚNIOR, Isidoro. Op. cit., p. 125.