

JOSÉ REINALDO DE LIMA LOPES

O DIREITO NA HISTÓRIA

LIÇÕES INTRODUTÓRIAS

4ª EDIÇÃO

SÃO PAULO
EDITORA ATLAS S.A. - 2012

ção em 4.908!

m leis especiais. A Lei 54 – terá sido das mais dada pela Lei de Terras, os financistas que em-oteca os imóveis. O art. . No direito anterior, a pela tradição da coisa. nder que a transcrição riação) não é mera for- o da propriedade. É as- aquisição da proprie-otecas. Este é o mesmo cês (adotado em larga vada com o respectivo

sistema financeiro hi- a dar segurança aos fi- útir letras hipotecárias io mercado. Seriam as o podiam constituir-se ivam a falência, mas a rador da coroa perante rma voltada para a ati- go Comercial o regime npre civil.

11

AS INSTITUIÇÕES E A CULTURA JURÍDICA: BRASIL – SÉCULO XIX

Somos o único caso histórico de uma nacionalidade feita por uma teoria política. Vimos, de um salto, da homogeneidade da Colônia para um regime constitucional: dos alvarás para as leis. E ao entrarmos de improviso na órbita dos nossos destinos, fizemo-lo com um único equilíbrio possível naquela quadra: o equilíbrio dinâmico entre as aspirações populares e as tradições dinásticas. (Euclides da Cunha, *À margem da história*)

Há quinhentos anos que os juristas tomam parte em todos os movimentos da sociedade política europeia. Algumas vezes foram instrumentos das autoridades políticas, outras vezes fizeram daquelas autoridades instrumentos seus. [...] Homens que fizeram estudos especiais das leis e dali derivaram hábitos de ordem, um gosto pelas formalidades e um amor instintivo pela concatenação regrada de ideias são natural e fortemente opostos ao espírito revolucionário e às paixões da democracia. [...] Escondido no fundo do coração de um jurista encontram-se os gostos e hábitos da aristocracia. Compartilham sua preferência instintiva pela ordem e seu amor natural pelo formalismo; como ela, cultivam um grande desprezo pelo comportamento das multidões e secretamente desprezam o governo pelo povo. [...] Sempre que os nobres quiseram que os advogados dividissem com eles alguns de seus privilégios, as duas classes encontraram muitas coisas que facilitaram seu acordo e, por assim dizer, concluíram que pertencem à mesma família. (Alexis de Tocqueville, *A democracia na América*)

Fazer o país de alto a baixo era a tarefa dos legisladores brasileiros após 1822 e seguindo o modelo da codificação (LOPES, 2003). Ao contrário do que acontecera entre os alemães, no Brasil não houve um debate nacional sobre a necessidade ou não dos códigos. Na Alemanha, os códigos significavam a supressão do poder dos professores e dos estamentos tradicionais e preparavam um Estado nacional. Na França, a edição dos códigos representara a unificação jurídica do país, antes dividido entre duas tradições jurídicas: o direito costumeiro (ao norte) e o direito romano (ao sul) e a consolidação de ideais burgueses de propriedade e família (incluindo notáveis retrocessos em direção ao patriarcalismo). A própria Constituição brasileira, porém, dava por resolvido o assunto, porque mandara fazer os códigos.

O Estado nacional no Brasil nascia diretamente com o propósito reformador e a ordem antiga precisava de reforma e nascia dentro da tradição unitária do direito português. Os defensores do Antigo Regime entre nós já haviam perdido a disputa nos anos anteriores a 1824. O que se colocava em pauta era que espécie de nova ordem se desejava. De modo que os “construtores do Império” deveriam escolher o modelo de código a adotar; não precisavam cair no romantismo do direito pré-legislado do “espírito do povo”. Os dois primeiros códigos aprovados foram o Criminal e o do Processo Criminal. Em 1850 completaram-se reformas importantes e nesta leva veio o Código Comercial.

Esta concepção do papel do direito, como instrumento de poder e de reforma demonstra como a primeira geração de legisladores adotou sem problemas o estilo novo da lei. A linguagem voluntarista e impessoal, a ausência de motivos retoricamente reproduzidos nos artigos, o tom abstrato e imperativo. A legislação brasileira nasce moderna. E seus autores parecem convencidos de que com ela vão reformar o país, modernizando-o no limite da manutenção de uma parte da velha ordem. O direito brasileiro nasce idealista e modernizador.

A Constituição do Império foi fruto da sua época e de suas circunstâncias. Durou muito tempo e tinha certa flexibilidade, pois seu art. 178 havia determinado que apenas o que dizia respeito aos limites e atribuições dos poderes políticos e os direitos políticos e individuais era propriamente constitucional. Tudo o mais poderia ser alterado sem as formalidades da reforma constitucional. Mas era fruto dos tempos da restauração. Desde 1815, fim das guerras napoleônicas, observava-se na Europa a volta da monarquia e um freio às intenções revolucionárias. O constitucionalismo do período é contrário ao Antigo Regime, mas não é radical. Se a América Latina se inclina para a república, a Europa se inclina para a monarquia. O trono parece ser garantia de estabilidade.

Importante americano de independência republicana. A codificação diz respeito aos escravos e manter sob o controle como chegou vel fizesse c

Assim, passivos (o direitos civis). A monarquia estamental: lícitos a certificação compartilhados. Tocando o elemento da igualdade guiava-se dos conservadores só os negros igualitarismo favoreceu a outros. A garantia a nós dava na zia próxima to eram ind permitendo.

O Brasil visões administrativas (arts transformá- isso devem vincia). Se enquanto não seu juízo a

que “recebeu mui respeitosamente a resposta de S. M. Imperial” (art. 87). Ao contrário das províncias, algum poder é dado às câmaras municipais. Tanto assim que as eleições se fazem sob o controle das câmaras e que para suprir a legitimidade de uma Assembleia Constituinte, D. Pedro I remete o projeto de constituição aos municípios (vilas e cidades) para aprovação (e posterior “unânime aclamação dos povos”). A importância das câmaras (e dos poderes locais que sobre elas influíam ou mesmo que as constituíam) é revelada pela reforma a que são submetidas em 1828 (lei de 1º de outubro) junto com a qual se introduzem as regras do cargo de juiz de paz. É certo que o Ato Adicional (de 1834) tentará ampliar o poder das províncias, mas será interpretado por lei (Lei nº 105, de 1840) de forma outra vez restritiva.

1 As declarações de direitos e a Constituição

A Constituição garantia direitos civis a todos, mesmo que os direitos políticos fossem diferenciados. Nestes termos, a Constituição inseria-se na recente tradição de declarações de direitos. Esta tradição vem muito especialmente dos Estados Unidos e da França. Em junho de 1776, já no início do processo de independência das treze colônias, havia sido proclamada na Virgínia uma lista de direitos. É um documento fundador do novo Estado liberal: reconhece direitos inatos, que ao Estado compete apenas garantir, não instituir; o poder, dizia, reside no povo e os magistrados são apenas seus mandatários. Curiosamente, na *Declaração da Virgínia*, assim como na *Declaração de Independência* americana não se faz expressa menção ao *direito de propriedade*, pois esta parece decorrer da liberdade e esta sim precisa ser consagrada. O artigo primeiro da *Declaração da Virgínia* menciona que todos os homens têm direito inato à vida e à liberdade, “com os meios para adquirir e possuir propriedade e procurar obter felicidade e segurança”. A propriedade é instrumental à vida e à felicidade. No mesmo sentido, a *Declaração de Independência* de 4 de julho, redigida pelo virginiano Jefferson, também reconhece o direito à vida, à liberdade e à busca da felicidade. As pretensões igualitárias (mesmo numa colônia escravista como a Virgínia) insinuam-se no ideário da *Declaração*.

“O governo livre e as bênçãos da liberdade não podem ser preservados por nenhum povo sem um firme sentimento de justiça, moderação, temperança, frugalidade e virtude e sem um constante recurso aos princípios fundamentais. Só a razão e a convicção, não a força e a violência, podem prescrever a religião e as

obr
hor
me:

Em 179
aparecem as
Estados Uni
direitos). E
dispositivo c
saposamen
segurança d
detenções e
plausível ap
detenção ou
sobre as qua
guinte: “Nin
criminal, ne
devido procc
lar sem just:
logia” da lib
consistir na

Estes te
mais univer:
e, no caso da
com os texto
tição de Direi
antecedente
dermo. É ver
lações do so
jusnaturalist
Na petição c
mildemente
ponentes do
finalmente c
mites. É um
sões absolut
de dos seres
lordes, outr:

Imperial” (art. 87).
 câmaras municipais.
 câmaras e que para
 D. Pedro I remete o
 i) para aprovação (e
 ncia das câmaras (e
 ue as constituíam) é
 ei de 1º de outubro)
 juiz de paz. É certo
 das províncias, mas
 outra vez restritiva.

smo que os direitos
 ituição inseria-se na
 ão vem muito espe-
 le 1776, já no início
 sido proclamada na
 dor do novo Estado
 ete apenas garantir,
 istrados são apenas
 ínia, assim como na
 sa menção ao *direito*
 esta sim precisa ser
 a menciona que to-
 “com os meios para
 ade e segurança”. A
 esmo sentido, a *De-*
 irginiano Jefferson,
 sca da felicidade. As
 ita como a Virgínia)

ser preservados por ne-
 eração, temperança, fru-
 ícípios fundamentais. Só
 prescrever a religião e as

obrigações para com o Criador e a forma de as cumprir; por conseguinte, todos os homens têm igualmente direito ao livre culto da religião, de acordo com os ditames da sua consciência” (arts. 15 e 16).

Em 1791, em aditamento (emendas) à Constituição aprovada em 1787, aparecem as famosas dez primeiras emendas ao texto constitucional dos Estados Unidos, que se tornaram conhecidas como *Bill of Rights* (carta de direitos). Entre elas aparecem as Emendas nºs 4 e 5, esta última com um dispositivo conhecido como *takings clause*, cláusula da desapropriação ou desapossamento. Diz a Emenda nº 4: “Será garantido o direito dos cidadãos à segurança das suas pessoas, domicílio, documentos e bens contra buscas, detenções e apreensões arbitrárias, não podendo ser passadas, sem razão plausível apoiada em juramento ou compromisso de honra, ordens de busca, detenção ou apreensão que não especifiquem o local, as pessoas ou as coisas sobre as quais recaiam.” A cláusula da emenda nº 5 sobre propriedade é a seguinte: “Ninguém será forçado a testemunhar contra si próprio em processo criminal, nem privado da vida, liberdade da propriedade sem observância do devido processo legal. Não poderá haver requisição da propriedade particular sem justa indenização.” O que se destaca, pois, é uma espécie de “mitologia” da liberdade, em primeiro lugar, e de igualitarismo, que terminará por consistir na grande contradição da sociedade norte-americana.

Estes textos da Revolução Americana já apresentam um caráter bem mais universal (iniciam-se dizendo que os direitos ali elencados são inatos e, no caso da *Declaração da Virgínia*, são de todos os homens) em comparação com os textos anteriores da Revolução Inglesa. Citam-se normalmente a *Petição de Direitos* (de 1628) e a *Declaração de Direitos* (1689) dos ingleses como antecedentes da onda de declarações que formará o constitucionalismo moderno. É verdade, mas deve-se dizer que os textos são ainda restritos às relações do soberano inglês com seus súditos e não incorporam a linguagem jusnaturalista universal que se vê no texto redigido por Jefferson em 1776. Na petição de direitos, os lordes espirituais e temporais e os comuns, “humildemente lembram ao rei” as tradições inglesas de autonomia dos componentes do “povo” do reino (elencados por dignidade e função, incluindo finalmente os “homens livres”) e os deveres do rei de obedecer a certos limites. É um documento ainda ambíguo, pois se trata de limitar as pretensões absolutistas dos Stewart, mas não faz uma afirmação geral da liberdade dos seres humanos. A *Declaração* de 1689 já tem forma mais familiar: os lordes, outra vez, reunidos como “livres representantes da nação”, listam

os direitos e liberdades antigos da Inglaterra. O Parlamento, porém, ainda é visto como uma espécie de corte de justiça (como aliás até hoje na Inglaterra, a mais alta corte de justiça é um órgão do Parlamento, reunião dos *Law Lords*): “Para a reparação de todas as injustiças e melhoramentos, reforço e salvaguarda das leis, o Parlamento deve ser convocado com frequência.” As liberdades de que trata o texto são civis algumas (como a limitação na cobrança de impostos), políticas outras (como o direito de petição ao rei), mas em grande parte são relativas a relações entre rei e lordes (ou Parlamento). O direito de livre expressão é garantido em primeiro lugar nos debates parlamentares. O texto é ainda distante da criação de um Estado laico (como se garantirá nos Estados Unidos). Ele termina proibindo todos os católicos (que comungam da Sé e Igreja de Roma, ou professam religião papista) de herdarem o trono da Inglaterra, da Irlanda e de seus domínios e exerçam cargos públicos (exerçam poder, autoridade ou jurisdição régia).

A Revolução Francesa faz a sua solene *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão* em agosto de 1789. Os homens, principia ela, nascem livres e iguais em direitos e as distinções só podem fundar-se em utilidade comum. O art. 2º expressamente inclui entre os direitos naturais e imprescindíveis do homem a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão. Mas só a propriedade merece, no art. 17, a qualificação de direito inviolável e *sagrado*. A liberdade é definida como o poder de fazer tudo aquilo que não prejudique outrem e a liberdade de expressão (comunicação dos pensamentos e da opinião) é generalizada. Desaparece a vedação de acesso a cargos públicos por nascimento ou religião (art. 6º) e a liberdade religiosa é afirmada (art. 10º). A declaração não é considerada incompatível, ainda, com o regime monárquico, tanto que a Constituição de 1791 mantém a monarquia, embora abolindo a nobreza e a hereditariedade e venalidade dos cargos públicos.

A declaração de agosto de 1789, como visto, não significou que liberdade e igualdade viessem rapidamente. Muitos queriam que se mantivesse uma religião de Estado, o que afinal foi sendo afastado. Vale repetir aqui o célebre discurso, de 23 de dezembro de 1789, do Conde de Clermont-Tonnerre sobre os judeus e sua própria comunidade:

“Não há caminho intermediário possível: ou se admite uma religião nacional, e se submetem a ela todas as vossas leis, dando-lhe o poder temporal, e se excluem de vossa sociedade os homens que professam outra crença e, então, apagais o artigo da declaração de direitos (sobre liberdade religiosa), ou permitis que cada um tenha sua própria opinião religiosa e não excluís dos cargos públicos os que

fize
e d
de
leg
nã
um
pre

2 O Poder

A Const
de D. Pedro
competência
rador. Ao me
que garantia
civis gerais,
dependia
te da boa v
particulares
ganismos Ic
cialmente d
particulares
participação
restrita e ce
que acompa
das as const
século XIX
a americana
vam colégio
por escolha
sem esquece
“cidadãos at
renda sufici
sexo mascu
riam ter vo
Como fosse
fórmula fede
tral, enquan

ento, porém, ainda é até hoje na Inglaterra, reunião dos *Law* rramentos, reforço e com frequência.” As o a limitação na co- petição ao rei), mas es (ou Parlamento). gar nos debates par- Estado laico (como o todos os católicos religião papista) de únios e exerçam car- égia).

Direitos do Homem e do ascem livres e iguais de comum. O art. 2º cindíveis do homem opressão. Mas só a inviolável e *sagrado*. que não prejudique nsamentos e da opi- cargos públicos por firmada (art. 10º). A regime monárquico, embora abolindo a ícos.

ignificou que liber- que se mantivesse Vale repetir aqui o e de Clermont-Ton-

uma religião nacional, e temporal, e se excluem a e, então, apagais o ar-), ou permitis que cada cargos públicos os que

fizerem uso de tal faculdade [...]. Devemos recusar tudo aos judeus como nação e dar tudo aos judeus como indivíduos. Devemos retirar-lhes o reconhecimento de seus juizes; eles devem ter apenas os nossos juizes. Devemos recusar proteção legal à manutenção das assim chamadas leis de suas organizações judaicas; eles não devem ser autorizados a formar dentro do Estado nem um corpo político nem uma ordem. Devem ser cidadãos individuais. [...] Em resumo, senhores, o estado presumido de todos os residentes de um país é o de cidadãos.”

2 O Poder Moderador

A Constituição de 1824 foi relativamente original. Feita sob encomenda de D. Pedro I, criou um Estado centralizado e fortes poderes conservadores na competência do im- perador. Ao mesmo tempo que garantia liberdades civis gerais, o sistema dependia grandemen- te da boa vontade dos particulares e dos or- ganismos locais, espe- cialmente dos poderes particulares locais. A participação política era restrita e censitária, no que acompanhava to- das as constituições do século XIX – inclusive a americana – que cria- vam colégios eleitorais por escolhas indiretas sem esquecer que só os “cidadãos ativos” (com renda suficiente) e do sexo masculino pode- riam ter voz eleitoral. Como fosse rejeitada a fórmula federal, as províncias terminaram sendo repartições do governo cen- tral, enquanto se falava das câmaras como verdadeiros centros locais de de-

O Conselho de Estado teve papel importantíssimo no Segundo Reinado. Era ouvido todas as vezes que o Imperador fosse usar o Poder Moderador. Embora fosse consultivo, pois o Moderador só pertencia ao Imperador, dava fundadas razões para a tomada de decisão. No mais das vezes o Imperador acatava o que a maioria do Conselho decidisse. Casos típicos em que o Conselho se manifestava eram os de suspensão e remoção dos juizes, questionamento da constitucionalidade de leis provinciais, conflitos de atribuições entre autoridades administrativas e judiciárias. Eram casos em que um poder (o Moderador) intervinha em outro para garantir “os princípios constitucionais e liberais”. Além disso, o Conselho opinava sobre projetos de lei e regulamentos, sobre abusos de autoridades administrativas e judiciárias e sobre a interpretação dos regulamentos para o cumprimento das leis. Funcionava sobretudo nas suas quatro seções (Justiça, Guerra, Fazenda e Império) e suas decisões ajudaram a formar a alta cultura jurídica brasileira. A maioria de seus membros, vindos dos dois partidos, era de políticos cultos e experientes.

cisão. Nestes termos, forjou-se a tradição brasileira de municipalismo, com todos os defeitos que sobrevivem há quase dois séculos.

Duas de suas instituições foram objeto de longa polêmica entre os juristas do Império de modo especial, o Poder Moderador e o Conselho de Estado. Ambas tiveram um papel importante na estabilidade da política nacional, papel conservador de fato. Contra ambas, os liberais lutaram durante todo o Império: viam nelas sobrevivência de absolutismo monárquico e julgavam-nas dispensáveis e prejudiciais a um regime fundado na liberdade. Teoricamente, o Poder Moderador era uma invenção de Benjamin Constant, o político da restauração francesa e mentor da Constituição monárquica de 1814, após Napoleão. A Constituição do Império do Brasil definia-o como um quarto poder – ao lado do Executivo, do Legislativo e do Judiciário – na forma de um poder “neutro”. Os arts. 98 a 101 da Carta o instituíram: “O Poder Moderador é a chave de toda a organização Política, e é delegado privativamente ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação, e seu Primeiro Representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da Independência, equilíbrio, e harmonia dos mais Poderes Políticos.” Como força conservadora, competia ao Poder Moderador, isto é, ao imperador, nomear os senadores – que eram vitalícios –, sancionar as leis feitas pela Assembleia Geral, aprovar e suspender as resoluções dos Conselhos Provinciais, prorrogar ou adiar a Assembleia Geral, dissolvendo a Câmara dos Deputados e convocando outra, nomear e demitir Ministros de Estado, nomear os magistrados, conceder perdão e “moderar” as penas impostas aos réus, conceder anistia. Em resumo, o imperador achava-se “acima” de questões partidárias, e zelava pela Nação e pelo Estado. Como sua pessoa era “inviolável e sagrada”, não se sujeitava a responsabilidade alguma.

Em 1831, os liberais conseguiram a abdicação de D. Pedro I. No exercício da Regência, prepararam a reforma constitucional de 1834 (consagrada no Ato Adicional). Seu sucesso foi parcial, pois afinal não foram capazes de extinguir o Poder Moderador.

O imperador acumulava também as funções de chefe do Executivo (arts. 102 a 104), não confundidas com as do Poder Moderador. Como chefe do Executivo, exercia suas funções “pelos seus Ministros de Estado” e convocava anualmente a Assembleia Geral, nomeava bispos e concedia benefícios eclesiásticos (as rendas da Igreja), nomeava magistrados e comandantes militares, provia empregos públicos, dava ou negava beneplácito aos decretos canônicos (dos concílios e do papa), expedia decretos, enfim exercia os poderes gerais da Administração.

Das con-
respondeu a
rências. E er-
tivesse muita
melhantes à
rador, não se
der especial.
das monarqu
nais e repre
der moderaç
ao poder exe
• forma a parte
e que é exer
pela ação e d.
quia. É poré:
conveniente
e menos conf
nhum outro)
sobre seu exe
BUENO, 185
é quem evita
ção; todos os
rer nem uma
e reagem” (PI

O Poder I
facciosismo e
pos e interess
quase que na
geral? O pode
conservadore
jurista formac
Constituição do
texto de defes
riques de Sou
tuições europ
glaterra, Braz
de acordo, ou
unidade, sua :

municipalismo, com

olêmica entre os ju-
lor e o Conselho de
idade da política na-
erais lutaram duran-
tismo monárquico e
indado na liberdade.

Benjamin Constant,
ição monárquica de
rasil definia-o como
e do Judiciário – na
ta o instituíram: “O
ca, e é delegado pri-
ação, e seu Primeiro
nanutenção da Inde-
líticos.” Como força
imperador, nomear
itas pela Assembleia
os Provinciais, pror-
ira dos Deputados e
o, nomear os magis-
s aos réus, conceder
questões partidárias,
“inviolável e sagra-

. Pedro I. No exercí-
le 1834 (consagrada
ão foram capazes de

e do Executivo (arts.
dor. Como chefe do
le Estado” e convo-
concedia benefícios
e comandantes mi-
plácito aos decretos
enfim exercia os po-

Das constituições monárquicas do século XIX só a belga de 1831 correspondeu a um Estado estável e os brasileiros a ela faziam constantes referências. E embora o rei belga tivesse muitas atribuições semelhantes à do Poder Moderador, não se falava num poder especial. “Na maior parte das monarquias constitucionais e representativas o poder moderador está reunido ao poder executivo, de quem forma a parte a mais elevada, e que é exercida pela coroa, pela ação e direção da monarquia. É porém mais lógico e conveniente não confiá-lo, e menos confundi-lo, com nenhum outro poder, por isso mesmo que ele tem de inspecionar a todos, já sobre seu exercício próprio, já sobre suas relações recíprocas” (PIMENTA BUENO, 1857:205). Para seus defensores, “o exercício do poder moderador é quem evita nos perigos públicos o terrível dilema da ditadura ou da revolução; todos os atributos do monarca levam sua previdentes vistas a não querer nem uma nem outra dessas fatalidades, que quase sempre se entrelaçam e reagem” (PIMENTA BUENO, 1857:205).

O Poder Moderador é, deste ponto de vista, o único capaz de superar o facciosismo e a divisão natural dos outros poderes que representam os grupos e interesses particulares. No sistema representativo, as eleições geram quase que naturalmente os perigos da facção. Quem zelará pelo interesse geral? O poder moderador, poder neutro, dizem alguns constitucionalistas conservadores. Pimenta Bueno, conselheiro de Estado no segundo reinado, jurista formado na Academia de São Paulo, publicou em 1857 seu *Análise da Constituição do Império* defendendo o Poder Moderador; em 1864 surge outro texto de defesa da instituição, *Do Poder Moderador*, de Braz Florentino Henriques de Souza (formado no Recife). Também levando em conta as constituições europeias e os problemas da política, sobretudo na França e na Inglaterra, Braz Florentino explica: “Em resumo: ou os três poderes marcham de acordo, ou estão em divergência. No primeiro caso, eles formarão uma unidade, sua ação será absoluta, e poderão abusar do poder, tanto quanto

Quando se fala de partidos no século XIX no Brasil lembremos que a rigor o partido político contemporâneo só emerge como partido de massas e partido ideológico definido com o advento do socialismo e a ampliação do sufrágio. Logo, liberais e conservadores não eram partidos no sentido contemporâneo, pelo menos até a campanha republicana, a partir de 1870. Antes disso eram mais grupos de ação comum no Parlamento com muita liberdade e inconsistência.

um monarca, tanto quanto o povo mesmo. No segundo caso não haverá ação, os conflitos estorvarão o regular andamento dos negócios, o ciúme recíproco dos poderes obstará a que eles se entendam para fazer o bem. Haverá imobilidade ou anarquia” (SOUZA, 1978:34). Para este impasse, a solução reside no poder neutro, real, afastado das mesquinhas dos interesses de grupos: “É ele quem manda a todos com império: ao legislativo pelo veto, pelo adiamento da Assembleia-Geral; pela dissolução da câmara dos deputados; – ao executivo pela demissão dos ministros; – ao judicial pela suspensão dos magistrados, pelo perdão das penas, e pela anistia. É ele quem a todos dá, por esses meios, uma direção uniforme, quem a todos comunica os princípios de vida e ordem necessários à manutenção da sociedade; é dele, por isso mesmo, que se pode dizer com Tácito, muito melhor do que dizem os ingleses de sua revolução: *Res olim insociabiles miscuit IMPERIUM et libertatem*” (SOUZA, 1978:44).

A esta exaltação das virtudes do “quarto poder”, abraçada pelos conservadores de forma mais ou menos generosa, correspondia o ataque dos liberais. A “estabilidade” do regime brasileiro equivalia, segundo eles, à falta de liberdade nacional. O poder moderador, podendo interferir em todos os outros poderes do Estado, terminava por fazer e desfazer politicamente o que quisesse. Zacarias de Góes e Vasconcelos, em 1860, transforma em texto orgânico as críticas históricas dos liberais, anti-absolutistas e o título do livro é significativo: *Da natureza e limites do poder moderador*. Não podendo simplesmente extirpar da Constituição o poder moderador, o propósito de Zacarias é dar a ele uma interpretação compatível com um regime constitucional. Segundo ele, tal seria conseguido se realmente todos os atos do Poder Moderador referendados pelos ministros e pelos conselheiros

Para combater a magistratura, que se recusava a aplicar a lei – como já o fizera durante o Antigo Regime – os franceses criaram um Conselho de Estado que resolveria contenciosamente, fora do Judiciário, as controvérsias entre cidadãos e Poder Executivo, ou entre distintos órgãos do Executivo. Para impedir que a interpretação judicial anulasse as decisões do Parlamento (representante do “povo soberano”) criou-se o Tribunal de Cassação, como auxiliar do Legislativo, para cassar decisões judiciais contrárias à lei. Cassada a decisão, a controvérsia era devolvida ao judiciário para reapreciá-la de acordo com a interpretação legal dada pelos representantes do povo. Daí surgiu a tradição do contencioso administrativo e a não-existência de controle constitucional das leis pelo Judiciário em toda a Europa.

de Estado ge
Zacarias, o ir
referendado p
a assinatura c
ato que assin
ria por julgá-
Estado. Caso
liberal – não
estava a salv
agir sozinho,
conselho de r
gime constitu

Tobias Ba
ticas ao Con
narquia brasi
para ele nen
der moderad
nosso direito
dia política. I
um testemun
atraso em qu
pessoal da ob
ponto de part
blicistas bras
lamentarista
artigo da Con
Isto é apenas
em estado de
tuinte, a ques
ele, o grande
idealizado po
Restauração
to de suas pa
delas. “O par
mo um produ
tendo base n:
imaginação”

do caso não haverá negócios, o ciúme para fazer o bem. Para este impasse, a guinharias dos interseção: ao legislativo solução da câmara ministros; – ao judicial is, e pela anistia. É orme, quem a todos anutenção da sociedade, muito melhor *labiles miscuit IMPE-*

açada pelos conser-a o ataque dos libe-undo eles, à falta de rir em todos os ou-politicamente o que ansforma em texto

ra, que se recusava zera durante o An-criaram um Conse-a contenciosamen-ontrovérsias entre , ou entre distintos pedir que a interis decisões do Par-“povo soberano”) ção, como auxiliar decisões judiciais decisão, a contro-ciário para reapre-pretensão legal dada o. Daí surgiu a tran-nistrativo e a não-stitucional das leis ropa.

de Estado gerassem para eles responsabilidade. Resumindo o argumento de Zacarias, o imperador constitucional exerceria os atos do Poder Moderador referendado pelos conselheiros ou pelos ministros (nenhum ato vinha sem a assinatura de um ministro): ora, ou o ministro se achava de acordo com o ato que assinava ou, respeitosamente, diria ao imperador que não o assinaria por julgá-lo contrário à lei, à Constituição, ao interesse da nação ou do Estado. Caso assinasse, tornava-se responsável. Em suma, a interpretação liberal – não republicana – era de que realmente o monarca constitucional estava a salvo de responsabilidade, mas não seus ministros. E caso quisesse agir sozinho, absolutamente, contra o parecer do conselho de Estado ou do conselho de ministros, deveria fazê-lo de forma transparente, já que em regime constitucional, nenhum poder deveria ser absoluto.

Tobias Barreto polemiza com conservadores e liberais. Não poupa críticas ao Conselheiro Zacarias, que pretende dar a versão liberal da monarquia brasileira. Em primeiro lugar, afirma a inutilidade do debate, pois para ele nenhum dos lados enfrenta a fundo a questão. “A questão do poder moderador, a que se acham reduzidos quase todos os problemas do nosso direito público, serve hoje de alimento a muita ignorância e covardia política. Dir-se-ia que ela existe somente para dar à posteridade mais um testemunho, entre os muitos que devem convencê-la da pobreza e do atraso em que vivemos.” Para além das longas páginas de desqualificação pessoal da obra e do autor, Tobias Barreto toma o livro de Zacarias como ponto de partida para avançar sua ideia central: o erro fundamental dos publicistas brasileiros é crer que se pode transplantar para cá o governo parlamentarista dos ingleses. “A simples cópia de um princípio teórico em um artigo da Constituição não quer dizer que se tenha realizado ideia alguma. Isto é apenas passar de um livro para outro livro, sem que deixe de ficar em estado de pura teoria. Quer na obra de Constant, quer na do rei constituinte, a questão existe ainda para resolver-se” (BARRETO, 1977:97). Para ele, o grande equívoco dos juristas é não mostrar como o Poder Moderador idealizado por Benjamin Constant é fruto de circunstâncias particulares (a Restauração francesa) e como o regime parlamentar inglês é também fruto de suas particulares circunstâncias. O Brasil não reproduzia nenhuma delas. “O parlamentarismo é um produto da história: o constitucionalismo um produto do entendimento, da faculdade de criar conceitos, que não tendo base na experiência, são tão vazios e fúteis, como os produtos da imaginação” (BARRETO, 1977:108). Tobias, no entanto, pertence àquela

geração de 1870 que já se dá conta do idealismo dos juristas, cujas ideias, no entanto, só terão eco mais profundo no século seguinte.

O Poder Moderador foi sempre um enorme problema para as instituições brasileiras. Pretendia responder ao problema fundamental de todas as democracias, ou seja, como impedir que as maiorias eleitorais, passageiras e eventualmente pouco representativas, dominem o Estado de modo que eliminem as minorias. De outro lado, como impedir que minorias, também episódicas e passageiras, destruam o Estado quando se apossam dos cargos? Jon Elster classifica estes tradicionais problemas: num regime representativo, a maioria eleitoral pode manipular o sistema eleitoral para aumentar suas próprias chances de continuidade e reeleição; pode tentar superar a estrutura legal estabelecida para garantir seus próprios interesses (majoritários) ou uma paixão conjuntural; a maioria também é tentada a eliminar direitos das minorias de forma permanente; as maiorias populares podem estar sujeitas a paixões e impulsos, e assim por diante. O debate mais conhecido sobre o assunto é aquele dos Federalistas, nos quais se destaca o tema da facção. A solução americana para o facciosismo foi ampliar o espaço do debate, garantindo sempre mais a esfera pública. Por prática, mais do que por definição, a Suprema Corte tornou-se o árbitro político da disputa, tentando equilibrar interesses de maiorias e minorias. O sistema norte-americano de *checks and balances* foi, na verdade, um sistema de “soberania partilhada”: todos os três poderes partilham do poder soberano do Estado e é necessário o concurso dos três para o exercício da política. A França, com sua tradição de suspeita dos tribunais e do rei, optou por um modelo em que a Assembleia Nacional encarna a soberania popular, com certos limites vindos da divisão de funções, antes que da partição da soberania. O Poder Moderador, na teoria, era o árbitro dos outros poderes de Estado. Mas, como viram seus vários críticos, tornou-se um árbitro sem regras definidas.

A necessidade de um mecanismo externo às disputas eleitorais, mas ao mesmo tempo submetido à Constituição, requeria uma experiência ainda não disponível no início do século XIX. O Imperador brasileiro deveria ser a instituição adequada, mas o fato de ser irresponsável (e não apenas irresponsável perante o corpo eleitoral) abria as portas ao exercício pessoal do poder. D. Pedro I abusou dele, D. Pedro II foi mais comedido, mas ao fim sucumbiu à acusação de personalismo também.

Como o
ma dos outr
atos. A quei
Nabuco de A
discurso de
16 de julho c
conservador
Estado (órgã
mentarismo
ral” e logo a
superar as in

O impera
impasse na C
nistério, ao n
dizia Nabucc
sim confirma

“Seç
sobr
radc
lega
prin
não
ar li
culd
de s
Não
nos
ma
min
ria.

Só com c
este poder. E
estaduniden
rever a consi
mo os libera

ristas, cujas ideias,
inte.

lema para as insti-
ndamental de todas
eleitorais, passarei-
Estado de modo que
e minorias, também
apossam dos cargos?
regime representa-
eitoral para aumen-

ecanismo externo às
o mesmo tempo sub-
queria uma experiên-
no início do século
iro deveria ser a ins-
fato de ser *irrespon-
nsável perante o corpo*
exercício pessoal do
dele, D. Pedro II foi
m sucumbiu à acusa-
ção.

ate mais conhecido
e destaca o tema da
pliar o espaço do de-
ica, mais do que por
da disputa, tentan-
ma norte-americano
berania partilhada”:
Estado e é necessário
ça, com sua tradição
lo em que a Assem-
os limites vindos da
O Poder Moderador,
las, como viram seus
das.

Como o Poder Moderador pertencia ao imperador e como estava acima dos outros poderes, não havia responsabilidade institucional para seus atos. A queixa maior acabou sendo aquela exemplarmente feita por Tomás Nabuco de Araújo no célebre *discurso do sorites*, em 17 de julho de 1868. O discurso de Nabuco é provocado pela destituição do gabinete Zacarias. Em 16 de julho o imperador impusera à Câmara, de maioria liberal, um gabinete conservador (presidido por Caxias), aceitando a indicação do Conselho de Estado (órgão de sua nomeação). Rompia-se aí a esperança em um parlamentarismo brasileiro e a partir de então ganhou força o “novo partido liberal” e logo a seguir a ideia republicana, dada a impossibilidade visível de se superar as instituições monárquicas conservadoras da Constituição.

O imperador convocava alguém quando julgava que se estabelecerá algum impasse na Câmara, e este escolhido era encarregado de organizar novo ministério, ao mesmo tempo em que se dissolvia a representação. Não por acaso, dizia Nabuco, o novo partido escolhido para o Ministério sairia vencedor e assim confirmava-se a escolha do imperador. Dizia Nabuco no célebre discurso:

“Segundo os preceitos mais comezinhos do regime constitucional, os ministérios sobem por uma maioria, como hão de descer por outra maioria; o Poder Moderador não tem o direito de despachar ministros como despacha empregados, delegados e subdelegados de polícia; há de cingir-se, para organizar ministérios, ao princípio dominante do sistema representativo. Por sem dúvida, senhores, vós não podeis levar a tanto a atribuição que a Constituição confere à Coroa de nomear livremente os seus ministros; não podeis ir até o ponto de querer que nessa faculdade se envolva o direito de fazer política sem a intervenção nacional, o direito de substituir situações como lhe aprouver. Ora, dissei-me, não é isto uma farsa? Não é isto um verdadeiro absolutismo, no estado em que se acham as eleições no nosso país? Vede este *sorites* fatal, este *sorites* que acaba com a existência do sistema representativo: o Poder Moderador pode chamar a quem quiser para organizar ministérios; esta pessoa faz a eleição, porque há de fazê-la; esta eleição faz a maioria. Eis aí está o sistema representativo do nosso país!” (NABUCO, 1997:766)

Só com o advento da República o direito constitucional brasileiro abolirá este poder. Em parte, ele será transferido para o Judiciário, como no modelo estadunidense, que terá competência para arbitrar conflitos entre poderes e rever a constitucionalidade das leis. Enquanto durar o Império, nem mesmo os liberais estarão dispostos a uma solução destas: é que em boa parte,

o exemplo de monarquia constitucional que os atrai é a Inglaterra, e ali os atos do rei e do Parlamento não podem ser revogados por revisão judicial.

3 O Conselho de Estado

Era uma instituição característica da monarquia oitocentista e surgiu em toda a parte. Na França (Constituição de 1799) funcionou para “redigir os projetos de leis e os regulamentos de administração pública e resolver as dificuldades que surgissem nas matérias administrativas”. Como os tribunais judiciais estavam proibidos de citar os funcionários da administração para responder por seus atos, e não podiam imiscuir-se quer na feitura das leis, quer no Poder Executivo, o Conselho logo tornou-se um tribunal administrativo (resolvendo controvérsias), fonte do direito administrativo francês (RODRIGUES, 1978:19-26).

No Brasil, houve três conselhos (RODRIGUES, 1978). O primeiro foi o Conselho dos Procuradores Gerais das Províncias, convocado por D. Pedro em fevereiro de 1822. O segundo, criado na dissolução da Assembleia Constituinte (13 de novembro de 1823), foi incorporado pela carta de 1824 (arts. 137-144) e extinguiu-se com o Ato Adicional de 1834 (de revisão constitucional). O terceiro foi criado, já sem *status* constitucional, por lei ordinária (Lei nº 234, de 23 de setembro de 1841) e, junto com o Poder Moderador, era objeto de debate entre liberais e conservadores. O terceiro conselho

Um problema essencial do novo Estado era construir uma burocracia capaz de fazer chegar a influência do direito e da ordem burocrática em toda parte. Não foi um processo fácil e não teve grande sucesso. No âmbito do Judiciário tanto a eleição dos juizes de paz quanto a nomeação pelo imperador davam-se sobre pessoas que não tinham recursos patrimoniais (da máquina do Estado) e nem de poder (influência) suficientes em diversos casos. Maria Sylvia de Carvalho Franco (1997:116-156) insistiu neste aspecto descrevendo a “penúria” de meios do poder público e como o agente deste poder (idealmente um servidor público) inseria-se nos vínculos do seu próprio meio. Segundo ela, a tendência para a burocratização, que visava entre outras coisas libertar o Estado do interesse privado, tropeçava na situação da própria fraqueza do Estado. Era preciso burocratizar, mas os recursos para isto não existiam. Tanto administração (e fisco) quanto justiça padecem do mesmo mal. Como resultado, coisa pública e negócios privados nem sempre se distinguiram suficientemente (FRANCO, 1997:131).

atuou du
de polêm
conselho
projeto c
e eram ou
tência foi
administr

O Co
ao Poder
duas hip
ríamos ju
risdição
sobre de
Opinava
Geral e s

Era c
das inclu
que a con
aplicação
tava, os p
to, sem i

Os c
por este
Operava
mento n
Justiça e
duzindo
zenda e
ou outro
tos que e
nal admi
mo regul
conflitos
entre div
siásticas.
cisões ad
advogad
cio do pr

Inglaterra, e ali os
revisão judicial.

entista e surgiu em
ou para “redigir os
ica e resolver as di-
Como os tribunais
ministração para res-
eitura das leis, quer
unal administrativo
o francês (RODRI-

lo novo Estado era
capaz de fazer che-
o e da ordem buro-
io foi um processo
uccesso. No âmbito
io dos juízes de paz
imperador davam-
io tinham recursos
do Estado) e nem
ficientes em diver-
le Carvalho Franco
este aspecto descre-
os do poder público
ler (idealmente um
se nos vínculos do
lo ela, a tendência
visava entre outras
o interesse privado,
própria fraqueza do
ratizar, mas os re-
tiam. Tanto admi-
justiça padecem do
ado, coisa pública e
mpre se distingui-
NCO, 1997:131).

atuou durante todo o Segundo Império. Sua criação foi objeto de uma grande polêmica, pois alguns tiveram por inconstitucional uma lei que criava um conselho, extinto em 1834 por uma reforma constitucional. Mesmo assim o projeto converteu-se em lei, e os conselheiros seriam vitalícios, inamovíveis e eram ouvidos pelo imperador em casos de relevância. A defesa de sua existência foi feita pelo Visconde do Uruguai no seu importante *Ensaio de direito administrativo brasileiro*.

O Conselho de Estado era ouvido em questões que dissessem respeito ao Poder Moderador (art. 7º, 1º, da Lei nº 234) e também em pelo menos duas hipóteses que terminavam por interferir em controvérsias que hoje diríamos judiciais. O Conselho de Estado pronunciava-se: em “conflitos de jurisdição entre as autoridades administrativas e entre estas e as judiciárias”; sobre decretos, regulamentos e instruções “para a boa execução das leis”. Opinava ainda sobre propostas que o poder executivo enviasse à Assembleia Geral e sobre “abusos das autoridades eclesiásticas”.

Era com base nestas atribuições que o Conselho respondia a questões vindas inclusive dos juízes. Na dúvida sobre a interpretação das leis, era possível que a controvérsia chegasse ao Conselho em forma de *consulta*. Isto garantia a aplicação uniforme das leis e sua interpretação, limitando-se, como se acreditava, os poderes do juiz a simplesmente declarar a lei aplicável ao caso concreto, sem inovar nem criar. A resposta à consulta tomava a forma de um *Aviso*.

Os conselheiros eram vitalícios, escolhidos pelo imperador e também por este dispensados por tempo indefinido quando julgasse conveniente. Operava dividido em quatro seções, conforme seu regulamento (Regulamento nº 124, de 5 de fevereiro de 1842): (1) Negócios do Império, (2) da Justiça e Estrangeiros, (3) da Fazenda e (4) da Guerra e Marinha, reproduzindo a divisão clássica dos assuntos de Estado em governo, justiça, fazenda e guerra. Agia não contenciosamente, examinando as leis provinciais ou outros negócios, propondo leis, regulamentos e decretos para os assuntos que examinava. Mas também funcionava contenciosamente, como tribunal administrativo diríamos, conforme o disposto nos arts. 24 a 51 do mesmo regulamento. Uma parte deste contencioso administrativo lidava com conflitos de atribuições entre autoridades judiciárias e administrativas, ou entre diversas autoridades administrativas ou entre elas e autoridades eclesiásticas. O Conselho funcionava também como órgão de recurso para decisões administrativas contenciosas. Junto ao Conselho estavam habilitados advogados em número limitado, somente aos quais era autorizado o exercício do procuratório nos assuntos submetidos aos conselheiros.

Na edição das *Ordenações* organizada por Cândido Mendes, e muito utilizada no Segundo Reinado como verdadeiro orientador jurídico, encontram-se muitos destes avisos expedidos como respostas do Conselho de Estado em casos submetidos a juízes. Um caso exemplar diz respeito ao tratamento do escravo que havia testemunhado contra seu senhor. O vice-presidente da Província do Rio Grande do Sul encaminhou ao Conselho uma consulta sobre como proceder diante da crueldade vingativa do patrão. A resposta veio no Aviso nº 263, de 1852: não se poderia privá-lo do escravo, ou desapropriá-lo, pois o direito de propriedade era constitucionalmente garantido. Era possível apenas mandar o chefe de polícia acompanhar o caso se houvesse suspeita de maus-tratos excessivos da parte do senhor. Outro caso, também relativo a escravos, foi resolvido pelo Aviso nº 388, de 1855. A dúvida foi encaminhada pelo vice-presidente da Província de São Paulo. Um juiz de órfãos não sabia como decidir uma questão: um licitante fizera um lance para libertar os escravos de um inventário. O herdeiro estava ou não obrigado a aceitar o lance, sabendo que não era para a compra mas para a alforria dos escravos? A questão jurídica era, portanto, a seguinte: pode o escravo ser alforriado, contra a vontade do dono, desde que haja indenização? O problema era sério, pois se isto fosse possível não só os abolicionistas poderiam libertar escravos contra a vontade dos senhores, mas os próprios escravos poderiam chegar a compelir seus donos a aceitarem valores pela sua liberdade. No caso concreto, o Conselho resolveu que era possível aceitar o pagamento se o preço fosse maior ou igual ao que aparecesse na licitação. Mais tarde, pelo Aviso nº 480, de 1862, o Conselho teve que enfrentar outra vez a questão. Resolveu então que esta venda para a liberdade não

Até recentemente o Conselho de Estado era analisado em seu aspecto apenas político. Ele foi, porém, o grande órgão de controle de constitucionalidade do Império. Foi também o órgão de cúpula (de fato, embora talvez não de direito) do contencioso administrativo, funcionando como árbitro dos conflitos entre a administração em geral (governo) e a administração da justiça (judiciário). Essas funções foram exercidas em suas diversas Seções (Justiça, Império, Guerra e Fazenda). Examinei detidamente as decisões da Seção de Justiça e o papel jurídico do Conselho no meu *O Oráculo de Delfos* (2010). As atas do Conselho pleno encontram-se na página do Senado na rede de computadores (<www.senado.gov.br>) e as das diversas seções podem ser acessadas na Biblioteca Brasileira da Universidade de São Paulo (<www.brasiliana.usp.br>).

era jurídica. competia ac escravos qu aplicar a lei, o parecer a sobre a ana vos... (MEN

Ainda n ta de 1824 c térias não c “o que diz r reitos políti pode ser alt rias”. As for fazer o Ato mas de algu veria ser ex gozarem do se fez a refc de 12 de ag de 1831 (ab deu poderes lar sobre or ções, criação mesmo Ato Com o Regr nº 105, de 1 competência

4 A religi

A Consti Estado. Emb a católica nã como um rar de Estado. C des, não apei bém pelas fu.

era juridicamente aceitável, pois iria contra o direito de propriedade, e não competia ao poder executivo ampliar os casos em que o juiz podia alforriar escravos que pagassem o preço da avaliação em inventário. *Compete ao juiz aplicar a lei, e à Assembleia Geral fazê-la*, diz o aviso. Além do mais, ponderava o parecer aceito pelo imperador, os jurisconsultos ainda não se definiram sobre a analogia entre o direito de propriedade sobre coisas e sobre escravos... (MENDES DE ALMEIDA, 1870;1071 ss).

Ainda na esfera das instituições constitucionais vale lembrar que a Carta de 1824 distinguia em seu próprio texto matérias constitucionais e matérias não constitucionais. Segundo o art. 178 eram constitucionais apenas “o que diz respeito aos limites e atribuições dos poderes políticos e aos direitos políticos e individuais dos cidadãos. Tudo o que não é constitucional pode ser alterado sem as formalidades referidas, pelas legislaturas ordinárias”. As formalidades para a reforma constitucional – que serviram para se fazer o Ato Adicional de 1834 – consistiam em propor previamente reformas de algum ou alguns artigos. Caso aprovada a discussão da reforma, deveria ser expedida lei que determinaria eleição especial para os Deputados gozarem do direito de fazer as reformas (arts. 174 a 177). Foi assim que se fez a reforma de 1834, promulgada no famoso *Ato Adicional* (Lei nº 16, de 12 de agosto de 1834). O Ato Adicional (1834) seguiu-se à revolução de 1831 (abdicação de D. Pedro I) e incorporou parte dos projetos liberais: deu poderes mais amplos às Assembleias Provinciais (inclusive para legislar sobre organização judiciária, instrução pública, polícia, desapropriações, criação de empregos, prisões, suspensão de magistrados etc.). Foi o mesmo Ato Adicional que extinguiu o Conselho de Estado constitucional. Com o *Regresso*, o Ato Adicional foi interpretado restritivamente pela Lei nº 105, de 12 de maio de 1840, retirando a polícia judiciária do âmbito de competência das províncias e câmaras, entre outras coisas.

4 A religião de Estado

A Constituição do Império havia aceitado a existência de uma religião de Estado. Embora se admitisse a liberdade de consciência, as religiões que não a católica não poderiam ser exercidas em público. O clero católico era tratado como um ramo do funcionalismo público, e as rendas da Igreja eram matéria de Estado. Os padres dispunham de enorme influência política nas localidades, não apenas por serem frequentemente proprietários de terras, mas também pelas funções públicas que exerciam (registros civis e de terras que eram

uito utili-
ncontram-
de Estado
tratamento
sidente da
nsulta so-
posta veio

ado era
olítico.
contro-
rio. Foi
to, em-
encioso
árbitro
em ge-
justiça
ercidas
mpério,
damen-
e o pa-
Oráculo
o pleno
na rede
v.br>)
acessa-
rsidade
br>).

brigado a
forria dos
cravo ser
o? O pro-
tas pode-
ópios es-
s pela sua
el aceitar
na licita-
enfrentar
dade não

confiados às freguesias ou paróquias). Finalmente, conservava-se o instituto do *benelácito* régio: qualquer decisão de concílios ou constituições da Igreja dependiam, para ter vigência no Brasil, do acordo do governo. Não era uma grande originalidade brasileira, já que boa parte das monarquias europeias tinha sistema semelhante e, no caso do Brasil, tratava-se de prolongar no regime constitucional um sistema que já vigorava no período da colônia. Ora, na segunda metade do século XIX a Igreja católica ressentia-se desta subordinação formal aos poderes de Estado. A maior parte das monarquias constitucionais havia tomado, mesmo contra sua vontade, o caminho da liberalização política e o processo de urbanização e secularização da vida era inevitável. Em muitos lugares, as revoluções de caráter liberal confundiam-se com revoluções de caráter popular e socialistas. No ideário destas revoluções não era pequeno o anticlericalismo, visto ser a Igreja, um pouco em toda parte, grande proprietária de terras, de escravos (onde os havia), associada com os governos estabelecidos. A reação contra os ideais libertários do século XIX vingou no catolicismo sobretudo com o Concílio Vaticano I (1870): o resultado foi (a) um conservadorismo doutrinal, rejeitando fortemente os ideais modernos de liberdade, e (b) um esforço de diferenciação institucional, centralizando-se burocraticamente em Roma e mais ainda estabelecendo o dogma da infalibilidade papal, uma concentração pessoal de poder sem precedentes.

Já na primeira metade do século, o Padre Feijó era bastante crítico das doutrinas católicas. Era contra o ensino de dogmas da religião católica nas escolas elementares do Império “por não ser muito conforme à Constituição que tem considerado os princípios da tolerância”. Ensinar sim a moral cristã, mas os dogmas seriam assunto das paróquias... (SOUZA, 1978:109). Desenhava-se pois um conflito potencial entre interesses do Estado e interesses liberais, e a postura dogmática e autoritária de uma religião para quem “o erro não tem direitos”. O movimento ultramontano e conservador da segunda metade do século, procurando romanizar ainda mais as diversas igrejas, desencadearia novos problemas.

É neste clima que tem lugar no Brasil a Questão Religiosa. O bispo de Olinda, D. Fr. Vital Gonçalves de Oliveira, de 26 anos, formado na Europa, resolve impor um interdito a uma irmandade do Recife e excomungar os membros maçons da confraria, seguindo as determinações de Pio IX. Ora, estas determinações do papa e do Concílio não haviam sido submetidas ao governo imperial para *benelácito*. Diante do fato, a Irmandade do SS. Sacramento da Igreja de Santo Antônio apresentou um recurso à Coroa, na forma do Decreto 1.911, de 1857. O recurso foi encaminhado ao Conselho de Estado, que decidiu em 23 de maio de 1873 que o bispo havia excedido sua ju-

risdição (j
lares e só
que havia
ao recurso
prissem a de

D. Vit
gando mat
ministro d
zenda e Sc
cio a proce
ministro J
denúncia f
Justiça em
(*obstar o c*
também n
ção). Em 2
aceitou a c
Corte. Cur
de janeiro
gados espe
os senador
D. Vital foi
do conden

O que
sos de defe
os juristas,
ria de orde
a respeito
este sisten
consciênci
democráti
tabelaça o
e se garant
das religiõ
cialmente,

Poder
Estado: tu
rancia que
interesses

risdição (pois as irmandades eram não apenas religiosas mas também seculares e só a autoridade religiosa não poderia dissolvê-las ou interditar-las) e que havia feito uso de bulas pontifícias sem beneplácito. Deu-se provimento ao recurso e encaminhou-se o processo de volta a Recife para que se cumprisse a decisão, com um ofício dirigido ao bispo (em 12 de junho de 1873).

D. Vital recusou-se a tomar as providências no prazo dado (um mês), alegando matéria de consciência num ofício de 6 de julho de 1873 endereçado ao ministro de Estado do Império. Foi então pedido ao procurador da Coroa, Fazenda e Soberania Nacional que promovesse a acusação do bispo, dando início a processo penal. O pedido, de 27 de setembro de 1873, foi assinado pelo ministro João Alfredo Correa de Oliveira, em nome do próprio imperador. A denúncia foi apresentada pelo procurador da Coroa ao Supremo Tribunal de Justiça em 10 de outubro de 1873, pelo crime do art. 96 do Código Criminal (*obstar o cumprimento de determinações do Poder Moderador ou Executivo*), fazendo também menção ao art. 86 (*atentar contra a Constituição*) e art. 129 (*prevaricação*). Em 21 de novembro o bispo respondeu e em 12 de dezembro o Supremo aceitou a denúncia (despacho de pronúncia) mandando prendê-lo e trazê-lo à Corte. Cumprida a ordem de prisão, D. Vital chegou ao Rio de Janeiro em 13 de janeiro de 1874 e foi julgado em 21 de fevereiro. Serviram como seus advogados espontâneos, sem procuração, pois o bispo calou-se perante o tribunal, os senadores Zacarias de Góes e Vasconcelos e Cândido Mendes de Almeida. D. Vital foi condenado: foi o 163º funcionário julgado pelo Supremo, o segundo condenado e o primeiro a quem foi aplicada a pena.

O que importa notar neste caso é o estado da questão no país. Os discursos de defesa, a troca de ofícios, tudo confirma uma espécie de consenso entre os juristas, de que a monarquia tem por dever proteger a Igreja, como matéria de ordem pública. Nada de defesa do Estado laico, ou mesmo de dúvida a respeito da importância da ligação Estado-Igreja. Se alguém põe em dúvida este sistema é o próprio bispo, defendendo suas decisões como matéria de consciência. O liberalismo oitocentista e monárquico não é, definitivamente, democrático nem pluralista. Será preciso esperar a República, para que se estabeleça o fim da religião de Estado (Decreto 119 A, de 7 de janeiro de 1890) e se garanta o livre exercício de culto publicamente, com a ressalva, claro está, das religiões afro-brasileiras que continuarão sendo reprimidas policial e socialmente, refugiando-se na semiclandestinidadade por várias décadas.

Poder Moderador, Conselho de Estado, Senado vitalício, Religião de Estado: tudo somado mostra a face conservadora da monarquia. Tudo garantia que as classes subalternas e as elites não integradas diretamente nos interesses específicos do núcleo do poder não tivessem poder institucio-

nal suficiente para introduzir mudanças. As mudanças vinham no ritmo permitido pelo “paço imperial”.

5 O Poder Judiciário

A reforma do Judiciário começou de fato com o Código do Processo Criminal de 1832. Por ele foram extintos os cargos anteriores e o aparto judicial começou a tomar forma em torno dos cargos de juiz de paz, juiz municipal e juiz de direito na primeira instância. A segunda instância manteve-se com as Relações criadas antes da Independência e com um Supremo Tribunal de Justiça. O Conselho de Jurados (ou Tribunal do Júri), presidido pelos juízes de direito, tratava normalmente de todos os feitos criminais. Certo que antes da lei processual de 1832 duas medidas legislativas já haviam sido editadas para dar início à reforma: a lei de 18 de setembro de 1828, criando o Supremo Tribunal de Justiça, determinando-lhe as competências, a organização, o modo de escolher seus ministros e disciplinando o *recurso de revista*; e a lei ainda anterior, de 1827, dispondo sobre a eleição e as funções do *juiz de paz* (seguida da lei de 1828 que dava nova regulamentação às câmaras municipais em cujo âmbito territorial exercia sua competência o juiz de paz).

Os *juízes de paz* eram eleitos e não precisavam ser bacharéis em direito. A primeira disciplina do cargo surgiu com a Lei de 15 de outubro de 1827, seguida da Lei de 1º de outubro de 1828, que dava nova forma às câmaras municipais. Os cidadãos admitidos ao voto nas câmaras elegiam também os juízes de paz. A eleição era feita numa assembleia paroquial, recolhendo-se os votos de cada eleitor e remetendo-os para apuração na sede da cidade ou vila. Por esta lei, todas as tarefas judiciais já não se exerciam mais pelas câmaras. Apesar de os *juízes de paz* serem uma espécie de bandeira dos liberais, nem todos concordavam com a ampliação de seus poderes. Feijó, por exemplo, desacreditava de sua capacidade: “São incompatíveis com o estado de nossa instrução pública; nós vemos a inabilidade com que servem os juízes ordinários, os quais nada fazem sem o conselho do escrivão” (SOUZA, 1978:83). O Código do Processo Criminal de 1832 reorganizou a eleição e as competências do juiz de paz. Em geral ele ficou encarregado da instrução criminal, que adquiria caráter contraditório. A vítima (se o crime fosse particular) ou o promotor público (se o crime fosse público) apresentavam a queixa perante o juiz de paz, que dava início à “formação da culpa”, recolhendo provas, ouvindo o suspeito e preparando o sumário da culpa que seria apreciado pelo júri de acusação.

Os juízes preferenciam os meios puros municipais municipais entregou a competência pelo imperial uma carreira profissional juízes de Império, e os cargos de de de do país. E forma normal barreiras

O conselheiro os cponder a s o crime e : cedia-se a o processo alguém?” Código reg

Como instância comodida existiram ro. Em 18 Goiás (Vil

O Sup 1828, com desembarcadas (art delitos qu empregados dos confli dição, já s também a

Os *juízes municipais* substituíam os juízes de direito nos termos, eram preferencialmente bacharéis (mas também advogados habilitados) e nomeados pelo presidente da Província. Segundo o Código de 1832 as Câmaras municipais preparavam listas, das quais o presidente escolhia o juiz municipal. A reforma (Lei de 3 de dezembro de 1841) suprimiu as listas e entregou sua nomeação ao imperador. A matéria civil em geral era da competência dos juízes municipais. Os *juízes de direito*, desde 1832 nomeados pelo imperador, eram vitalícios mas não inamovíveis. Não havia, portanto, uma carreira judicial completamente aberta: o ingresso na magistratura profissional dependia de nomeação do imperador. Depois de nomeados, os *juízes de direito* formavam praticamente um corpo estamental dentro do Império, gozando de vitaliciedade. Poderiam também candidatar-se a cargos de deputados provinciais ou gerais e sempre influíram na vida política do país. Eram eles que presidiam os julgamentos pelo júri, e o júri era a forma normal de julgamento dos processos criminais. Não havia rigorosas barreiras institucionais que isolassem magistratura e política.

O *conselho de jurados* reunia-se sob a presidência do juiz de direito para examinar os casos em duas fases. O Conselho de Pronúncia ou Acusação devia responder a seguinte questão: “Há neste processo suficiente esclarecimento sobre o crime e seu autor para proceder à acusação?” (art. 244). Caso negativo, procedia-se a uma nova instrução perante o Conselho, que então deveria “ratificar” o processo e responder a uma segunda pergunta: “Procede a acusação contra alguém?” (art. 248). Passava-se, depois, ao júri de julgamento ou sentença. O Código regulou, finalmente, o processo de *habeas corpus* (arts. 340-352).

Como o Brasil era um Estado unitário, não havia tribunais de segunda instância em todas as províncias, mas apenas aqueles necessários para a comodidade dos povos (art. 158 da Constituição). Deste modo, até 1873 existiram apenas as *Relações* de São Luís, Recife, Salvador e Rio de Janeiro. Em 1874 instalam-se outras em São Paulo, Porto Alegre, Ouro Preto, Goiás (Vila Boa), Cuiabá, Belém e Fortaleza.

O *Supremo Tribunal de Justiça*, organizado pela Lei de 18 de setembro de 1828, compunha-se de 17 ministros *letrados*, tirados por antiguidade dos desembargadores das Relações. As funções do Supremo eram bem determinadas (art. 164 da Constituição): conceder e negar revistas, conhecer dos delitos que cometessem seus ministros, desembargadores das Relações, empregados do corpo diplomático e presidentes de províncias, e conhecer dos conflitos de jurisdição entre as relações. Os outros conflitos de jurisdição, já se viu, seriam remetidos ao Conselho de Estado. Em 1851 passou também a sua jurisdição o julgamento dos bispos e arcebispos (Decreto nº

m no ritmo

rocesso Cri-
arto judicial
iz municipal
teve-se com
Tribunal de
pelos juízes
erto que an-
am sido edi-
8, criando o
as, a organi-
so de revista;
ções do juiz
âmaras mu-
iz de paz).

s em direito.
ro de 1827,
às câmaras
também os
colhendo-se
da cidade ou
ais pelas câ-
ira dos libe-
s. Feijó, por
om o estado
ervem os ju-
o” (SOUZA,
a eleição e
o da instru-
crime fosse
resentavam
ulpa”, reco-
ulpa que se-

609) e o Decreto nº 1911, de 28 de março de 1857, permitiu o “recurso à Coroa” nos casos de usurpação de jurisdição temporal.

A revista era o assunto mais importante do Supremo. O recurso de revista tinha natureza de cassação, como se fazia, aliás, também na França, em que o tribunal mais alto era chamado Tribunal de Cassação. Pimenta Bueno esclarece:

“O fim a que a parte tem em vista é que o supremo tribunal de justiça, atento a violação da lei, casse, anule o processo ou a sentença, que conseqüentemente mande retificar o processado, ou julgada de novo a causa” (BUENO, 1857:350). Além do pedido de revista pela parte, havia *a revista no só interesse da lei*: poderia ser pedida pelo procurador da coroa e soberania nacional para garantir o respeito, pelo judiciário, às decisões da Assembleia Geral, isto é, à lei. “O fim deste recurso”, diz Pimenta Bueno, “é de reivindicar o império e a dignidade da lei ofendida, não consentir que passe como lícito ou vigente um princípio ilegal, um arresto oposto à tese, ao preceito dela, de reprimir enfim o abuso do julgador”. Ele lembra, aliás, que a inspiração deste recurso está nas leis francesas. O Regulamento nº 737 de 1850 regulou a revista em matéria civil.

Os casos que admitiam a revista eram de *nulidade manifesta* ou *injustiça notória*. Nulidade manifesta consistia no não cumprimento da ordem do juízo; injustiça notória significava a violação dos preceitos legais. “Quando uma sentença manda diretamente o contrário do que a lei determina, dá-se uma rebelião aberta contra ela, que ofende gravemente a sociedade..”, dizia o Marquês de São Vicente. Mas também quando o tribunal ou juiz aplicava a lei de modo manifestamente errado era possível pedir a revista. O Supremo, aceitando o pedido de revista não fazia ele mesmo o julgamento: cassava a sentença e remetia os autos a outra corte (que não aquela que havia proferido a primeira decisão), para que fosse novamente julgado o caso. Era um recurso compatível com a ideia de submissão dos juízes à lei, num tempo em que se acreditava que era possível controlar o processo interpretativo e que a obediência às resoluções da Assembleia Geral era garantia de ordem

Como tribunal de cassação e de uniformização da jurisprudência, o Supremo foi muito criticado. Sua criação foi fruto de longa discussão e as tentativas de sua reforma também. Para uma história específica do Supremo monárquico remeto aos textos contidos no meu *Supremo Tribunal de Justiça do Império (1828-1880)*, de 2010, particularmente as contribuições de Andrea Slemian e Paulo M. Garcia Neto. Fiz também outra análise de sua criação em *Governo misto e abolição de privilégios*, também de 2010.

e liberdade de uma ou reunidos da recusa contrarias Brasil, a s constitui à Assembliação aos tri da constit

Os car nuaram pr priedade (de forma v pelos próp Brasil e n no século

Se o C em 1841 (instrução cutivo: era que delega tigar inqu a “jurisdiq 1871. Qua liberais e entre os ca da polícia co conside va da profi eletiva, e c do magistu poderem c do que dec judiciária, direitos de rio e conti uma Relaç cia e a com

e liberdade. Na França, o recurso de cassação mostrara-se necessário dentro de uma ordem que pressupunha a soberania popular (pelos representantes reunidos em assembleia legislativa). Também se fazia necessário em razão da recusa continuada dos tribunais de aplicarem as leis revolucionárias que contrariassem os costumes e tradições jurídicas secularmente aceitos. No Brasil, a soberania popular não se havia introduzido claramente no texto constitucional: mas é certo que, seguindo o espírito da época, fora atribuído à Assembleia Geral fazer as leis e *interpretá-las* (art. 15). Delegar a interpretação aos tribunais parecia inconstitucional. Mesmo porque a revisão judicial da constitucionalidade das leis não existia.

Os *cartórios* continuaram existindo e os cargos e ofícios de justiça continuaram privatizados. Em 1827, a lei proibiu que fossem tratados como propriedade (Lei de 11 de outubro de 1827), mas continuavam a ser providos de forma vitalícia e o costume foi que se nomeassem os sucessores indicados pelos próprios serventuários. O cartório é a grande figura na vida forense do Brasil e num país de grande número de analfabetos como era o nosso caso no século XIX, a necessidade do escrivão e do tabelião parecia insuperável.

Se o Código do Processo Criminal foi nitidamente liberal, sua *reforma em 1841* (Lei de 3 de dezembro de 1841) foi nitidamente conservadora. A instrução criminal passou do poder judiciário eleito (juízes de paz) ao executivo: eram os chefes de polícia nomeados pelo presidente da Província que delegavam suas funções a delegados de polícia no interior para investigar inquisitorialmente os crimes. Juiz de paz e juiz municipal perderam a “jurisdição policial”. Uma *segunda reforma* judiciária veio a ter lugar em 1871. Quando foi debatida, alguns pontos centrais foram levantados pelos liberais e pelos conservadores reformistas: criação de incompatibilidades entre os cargos da magistratura e os cargos eletivos, controle dos poderes da polícia (ampliação do *habeas corpus*), entre outras. O Conselheiro Nabuco considerava ainda fundamentais medidas que não vieram em 1871. Falava da profissionalização completa da magistratura, com incompatibilidade eletiva, e de um sistema de nomeação que impusesse treinamento prévio do magistrado. Exigia também “a supressão da anomalia que consiste em poderem os tribunais revisores decidir, em matéria de direito, o contrário do que decide o Supremo Tribunal de Justiça, invertida assim a hierarquia judiciária, e provindo daí a incoerência da jurisprudência, a incerteza dos direitos do cidadão, e a fraqueza do império da lei, aplicada por motivo vário e contraditório” (NABUCO, 1997:869). Reclamava ainda a criação de uma Relação em cada província, a vitaliciedade para toda a primeira instância e a competência judicial para formação da culpa.

iformiza-
foi muito
longa dis-
orma tam-
do Supre-
contidos
do Império
mente as
Paulo M.
análise de
ção de pri-

no tribunal
a sentença,
da de novo
parte, havia
da coroa e
decisões da
nta Bueno,
nsentir que
osto à tese,
mbra, aliás,
ento nº 737

ou *injusti-*
a ordem do
s. “Quando
nina, dá-se
de..”, dizia
z aplicava a
) Supremo,
) cassava a
avia profe-
so. Era um
um tempo
pretativo e
a de ordem

Estrutura judicial no Império

Órgão	Supremo Tribunal de Justiça	Tribunais da Relação	Juiz de Direito e Jurados (Comarcas)	Juiz Municipal (Termos)	Juiz de Paz (Distritos)
Criação	Lei de 18 de setembro de 1828.	Procederam do regime colonial (Salvador, Rio, S. Luís, Recife). Em 1874, criadas mais sete Relações.	Constituição (art. 151) e Código do Processo Criminal.	Código do Processo Criminal.	Lei de 15 de outubro de 1827 e Código do Processo Criminal.
Principal função	Revista e processos previstos na Constituição e em leis especiais.	Segunda instância em geral, julgar revistas enviadas pelo STJ.	Juiz de direito: presidir os júris.	Substituir os juizes de direito.	Conciliar nos casos civis e presidir a instrução penal (contraditória) nos casos criminais.
Nomeação	Imperador, tirados das Relações por antiguidade.	Pelo imperador.	Pelo imperador, entre bacharéis em direito, eram vitalícios, mas removíveis; os jurados eram eleitos entre os que podiam ser eleitores.	Pelo Presidente da Província, por listas tiradas das Câmaras municipais, entre bacharéis em direito ou "advogados hábeis", por três anos, exerciam jurisdição policial.	Eleito pelas Câmaras municipais.
Lei de 3 de dezembro de 1841 (Lei da Reforma do Processo)			Art. 95 – abole o 1 ^a Conselho de Jurados (júri de pronúncia).	Perdem a atividade policial para o chefe de polícia; passam a ser nomeados pelo imperador por quatro anos. Assumem a jurisdição penal que antes era do juiz de paz. Assumem funções que eram do júri de pronúncia.	Perdem a função de instruir presidir a instrução penal (em favor do delegado de polícia, nomeado pelo chefe de polícia da Província).
Lei nº 2.033, de 20 de setembro de 1871				Vedou à polícia a "formação de culpa", mas continuou baseada no inquérito (não contraditório). Ampliou o <i>habeas corpus</i> .	Organizou o inquérito policial.

6 A culh

6.1 O q

O que havia publ
As leis era
ginal na C
câmaras
das de dai
risprudênc
1813 e 184
Gazeta dos
Janeiro. O
jurisprudê
curta, fora
Tribunais (Judiciária (do Foro (1 soras fora: prudência da em 186 pelo Insti Advogado: ca (em São 1862). De particular te, publica tir de 187 são magist apresentaç época: a ju gime havia

6 A cultura jurídica

6.1 O que se disputa em juízo

O que se discutia e como se discutia em juízo? Até a década de 1870, não havia publicação regular e estável de periódico jurídico relevante no Brasil. As leis eram publicadas remetendo-se cópias para as câmaras, guardado original na Coleção de Leis. As câmaras ficavam encarregadas de dar publicidade. A jurisprudência é limitada. Entre 1813 e 1846, publicou-se uma *Gazeta dos Tribunais*, no Rio de Janeiro. Outras publicações de jurisprudência, todas de vida curta, foram *Nova Gazeta dos Tribunais* (1848-1849), *Gazeta Judiciária* (1852-1854), *Crônica do Foro* (1859). Mais promissoras foram a *Revista de Jurisprudência e Legislação* (iniciada em 1862 no Rio de Janeiro pelo Instituto da Ordem dos Advogados), e a *Revista Jurídica* (em São Paulo, a partir de 1862). De forma continuada, particular e não oficialmente, publica-se *O Direito* a partir de 1873. Contém legislação, doutrina e jurisprudência e seus editores são magistrados, um advogado do Conselho de Estado e um advogado. Sua apresentação, porém, é muito cautelosa e representativa do pensamento da época: a jurisprudência não pode usurpar o papel da lei, como no Antigo Regime havia frequentemente acontecido. Estamos em pleno século XIX:

“Como bons exemplos de serem imitados, e não como leis, às quais absolutamente se deva obedecer, faremos publicar os julgados de nossos tribunais; não só aqueles que pela justiça de suas decisões fazem conhecer a sabedoria de seus autores, demonstram escrupulosa aplicação das leis aos casos ocorrentes, estabelecem e firmam a jurisprudência, senão também os que, não sendo dignos de serem

A aprovação do Código Comercial foi um fator importante para retardar a edição do Código Civil, como previam alguns senadores no debate sobre o estatuto mercantil. Ele modernizou grandemente o direito brasileiro, e tratou do que era realmente importante para a economia do Império, o comércio de longo curso (de importação e exportação), os contratos bancários e mercantis, os direitos de garantia (penhor e hipoteca). Sua aprovação era de interesse dos comerciantes do Rio de Janeiro e foi objeto de grande controvérsia, pois os não comerciantes, especialmente os fazendeiros (os industriais da lavoura, como se dizia) ficariam sujeitos a suas regras por realizarem grande parte de seus negócios com intermediários comerciantes, os comissários de café (cf. LOPES, 2006).

1. Ovinha.	Organizou o inquérito policial.
Pr. Ovinha.	Vedou a polícia a “formação de culpa”, mas continuou baseada no inquérito (não contraditório). Ampliou o <i>habeas corpus</i> .
Lei nº 2.033, de 20 de setembro de 1871	

imitados, por lhes faltarem esses requisitos, mereceram a justa e severa crítica, de que os faremos acompanhar” (*O Direito*, 1873, vol. 1, p. 2).

Já no último quarto do século XIX, é verdade que a jurisprudência nada tinha a dizer em acréscimo à lei? De fato, o que se vê em alguns julgados é o uso da cultura jurídica para aplicar a lei adaptando-a. Neste sentido nota-se, por exemplo, a hesitação em termos de tratamento de escravos, o alargamento do conceito de propriedade, o uso das *Ordenações Filipinas* já temperado pela percepção burguesa de seus institutos.

A cultura jurídica forense tem um estilo muito diferente do atual. Os acórdãos tendem a ser curtos, breves e os arrazoados forenses, bem como as próprias decisões, não se alongam em citações. Cita-se a lei, argumenta-se em torno da lei, mas também um pouco da doutrina. E quem são os doutrinadores utilizados? Como parte dos casos ainda cai sob o domínio das *Ordenações*, citam-se os portugueses: Pascoal de Mello Freire, os praxistas e Corrêa Telles em matéria civil.

É compreensível, pois estes autores, mas especialmente Mello Freire, eram recomendados como obras de consulta nos cursos jurídicos. Mello Freire era um importante (talvez o mais importante) jurista do final do século XVIII em Portugal. Tanto como legislador, quanto como doutrinador, era homem do iluminismo. Como legislador, havia sido um dos mais ativos membros da Junta do Novo Código, nomeada por Da. Maria I para reformar as *Ordenações* e terminou produzindo praticamente um código penal novo, mesmo que com o tempo o Novo Código não tenha sido promulgado. Como doutrinador havia posto ordem na legislação portuguesa expondo-a no monumental trabalho das *Instituições do direito civil português público e privado* (direito civil tomado como direito nacional, em oposição ao direito natural ou das gentes), publicado em 1789. Já que parte das *Ordenações Filipinas* continuava em vigor, era natural que se tomasse como guia um intérprete ilustrado como Mello Freire, que havia posto ordem e sistema nas fontes e que as submetia à cultura iluminista.

A matéria que domina a jurisprudência, como não poderia deixar de ser, é o assunto das classes possuidoras: heranças, compras e vendas de terras, forma de tratamento de escravos, negócios societários e circulação de mercadorias e títulos. Não é por acaso que o Código Comercial tornou-se tão importante no Império: ele ajudava a interpretar as *Ordenações* em muitos pontos em que não as havia expressamente revogado. Um caso exemplar foi julgado em Recurso Revista (nº 8.391, de 1873). Nele discutia-se a proprie-

dade de apó
e Hypothec
da pelo Trib
foi no senti
cínio usado
aos contrat
ao autor a a

Outras
a substituiç
sociedade a
cantil para
nham conti
casos de su
se concentr
ridos de mo

Chamar
em princípi
dos incapaze
(1) em que
dentemente
são da legit
de todas as
-tratos. Os
sa ou “indú.
consciência
(1871) pare
-se os casos

Em 187
nhor de escr
rolina, castiç
a polícia. O
tatou ofensa
local resolve
que os castig
gitimidade d
direito de da
seu senhor),
se ofendido c

dade de apólices da dívida pública, que haviam sido vendidas ao Banco Rural e Hypothecario. A decisão de primeira instância, sucessivamente confirmada pelo Tribunal de Comércio da Corte e pelo Supremo Tribunal, em revista, foi no sentido de atribuir às apólices a condição de propriedade, e o raciocínio usado foi tomar o art. 121 do Código Comercial, que mandava aplicar aos contratos comerciais as regras de direito civil e, por analogia, conceder ao autor a ação real de reivindicação.

Outras questões frequentes diziam respeito a falências e concordatas e a substituição de sócios, seja por herdeiros, seja por outros sócios. Como a sociedade anônima ainda não era a forma mais frequente de associação mercantil para pequenos e médios comerciantes, as sociedades de pessoa punham continuamente o problema diante dos tribunais. Não poucos eram os casos de sucessões e heranças, típicos também de um país em que a riqueza se concentrava em “empresas familiares”, ou seja, fazendas e negócios geridos de modo mais ou menos patriarcal.

Chamam também a atenção os casos relacionados aos escravos, que em princípio sujeitavam-se à jurisdição dos *juízes de órfãos* (ou seja, juízes dos *incapazes*). Duas questões se colocavam com cada vez mais frequência: (1) em que casos poderia haver emancipação (alforria) de negros independentemente da vontade de seus senhores ou dos sucessores, até a discussão da legitimidade de sua inclusão entre os “bens do evento”, ao lado de todas as coisas deixadas pelo autor da herança, e (2) casos de maus-tratos. Os escravos eram parte importante do capital de qualquer empresa ou “indústria” (a atividade rural era chamada de indústria também). A consciência antiescravista, no entanto, crescia e após a Lei do Ventre Livre (1871) parecia continuar crescendo. Sem negar a escravidão, ampliavam-se os casos em que se pretendia proteger os escravos.

Em 1874, foi ao tribunal, no Maranhão, um caso significativo. Um senhor de escravos, Raymundo José Lamaner Vianna, castigou sua escrava Carolina, castigos corporais, como se costumava. A escrava fugiu e procurou a polícia. O chefe de polícia mandou fazer exame de corpo de delito e constatou ofensas físicas, que não deixariam mutilação. O promotor de justiça local resolveu apresentar queixa contra o senhor da escrava. Este respondeu que os castigos físicos moderados eram completamente legais e arguiu a ilegitimidade do promotor para processá-lo. Segundo ele, o escravo não tinha direito de dar queixa alguma contra qualquer pessoa (muito menos contra seu senhor), e competia sim ao senhor apresentar queixa contra quem tivesse ofendido o escravo. Invocava a seu favor o art. 72 do Código do Processo

Criminal. O juiz rejeitou tal defesa com os seguintes argumentos: “Exigir como princípio que em todo caso só o senhor pode dar queixa pelo escravo, seria deixar o escravo exposto a grandes atentados. Seria uma iniquidade: o defloramento, o furto do pecúlio, e outros ficariam impunes, toda vez que pelo próprio senhor fossem praticados. Ao caso vertente, pois, me parece de todo aplicável a doutrina do art. 73: se há ente miserável, é o miserável escravo, que é vítima da tirania de seu senhor.” O art. 73 obrigava o promotor de justiça a apresentar queixa quando a vítima fosse pessoa miserável, mas de modo geral, o Código Criminal dava à própria vítima o direito de queixa e o início da ação penal. Por Aviso de 1853, o Conselho de Estado havia interpretado que o escravo, tendo por si o seu senhor, não era pessoa miserável a quem os promotores estivessem obrigados a defender. No caso, porém, quando o ofensor é o próprio senhor, conclui o juiz que o escravo é naturalmente miserável. A Relação do Maranhão manifesta-se a favor do entendimento do juiz (*O Direito*, 1875:341-355).

6.2 Os juristas

Os magistrados desempenharam sempre um papel político duplamente importante, pois era-lhes permitido candidatar-se a deputado e terminavam sendo também legisladores. Enquanto juízes, na esfera local, estavam em função carregada de matizes políticos, pois deviam ser indicados pelo Imperador e sua indicação dependia de algum contato político (um apadrinhamento) e ao mesmo tempo passavam a dever lealdade a quem os nomeara, ao governo imperial. Também poderiam candidatar-se a cargos de deputado, e por isso a carreira política no Império começava frequentemente num cargo judicial (cf. LEAL, 1978:181-200 e KOERNER, 1997:39-80). A primeira geração veio toda de Coimbra. A primeira turma de bacharéis brasileiros formou-se em 1831 e foi fornecendo quadros para o Estado. Pimenta Bueno, o Marquês de São Vicente, foi desta primeira turma em São Paulo.

O estilo dos juristas refletia as influências estrangeiras, francesas e inglesas sobretudo no debate político e de direito público (constitucional e administrativo). No direito privado, a influência do utilitarismo inglês era grande entre os comercialistas e os contatos com a Inglaterra frequentes. O Brasil era o país latino-americano em que mais se concentravam os investimentos ingleses no começo do século XIX, investimentos em dívida pública, títulos em geral, comércio e mais tarde participação em alguns empreendimentos, tais como seguros, bancos, estradas de ferro. Desta convivência sur-

giam práti
reito civil
não edita
resolver a
gras sobre
dem nova
1915, ant
cação do
ao aval pr
ênica da c
para os eu
tada para
como pou

Havia
pouco na
provisiona

A tud
no país er
vam apen
a massa d
bres, que
Estado. N
território
incluída n
dígenas. F
que fosse
pois, ao p
era em gr
tigos. De
militares e
após 1850
tradiciona

Comc
da justiça,
torno dist
tar com of
e mais do
ções de fo

giam práticas comerciais compatíveis com o comércio internacional. No direito civil, sobreviviam as *Ordenações*. Até no período republicano, enquanto não editado o Código Civil, a fonte legislativa invocada era o Livro IV e para resolver algumas questões também o Livro III (já que ali se achavam as regras sobre a prova dos atos e negócios). Às vezes, era preciso misturar a ordem nova do comércio com a ordem velha das *Ordenações*. Em pleno ano de 1915, antes portanto da entrada em vigor do código civil, discutia-se a aplicação do "benefício Veleiano", contido nas *Ordenações* (Livro IV, Título 16) ao aval prestado pela mulher do devedor... É notável de toda maneira a influência da doutrina alemã entre os privatistas. Mais notável ainda, porque já para os europeus a doutrina alemã era considerada conceitualista: transplantada para o Brasil, tornava o direito um objeto de conhecimento de poucos, como poucos eram os que formavam as "classes superiores" do país.

Havia muitos leigos, isto é, não bacharéis em direito, que agiam um pouco nas comarcas de interior como advogados, pois era costume serem *provisionados*, receberem provisões para exercer a advocacia.

A tudo isto somava-se o fato essencial: a presença do Estado e do direito no país era muito desigual, geográfica e socialmente. O Estado e a lei chegavam apenas lentamente a certos pontos e a certos grupos. Há, naturalmente, a massa de escravos, ao lado da qual existe a massa dos homens livres e pobres, que não podem ser eleitos e, portanto, não chegam eles mesmos ao Estado. No Brasil, quando se organiza o Estado nacional as fronteiras do território já estão praticamente definidas; a terra, bem ou mal, já está toda incluída no sistema legal. Existe ainda o problema de vários territórios indígenas. Reconhecia-se que os índios eram titulares de suas terras, a menos que fossem devolutas (tivessem sido perdidas por guerras justas e viessem, pois, ao patrimônio da Coroa). O Oeste Paulista, a começar de Campinas, era em grande parte terra de índios, como se pode ver nos mapas mais antigos. De modo que há, ainda no século XIX no Brasil, algumas incursões militares em territórios indígenas a título de defesa dos ocupantes brancos e após 1850 sobretudo, parece acontecer uma espécie de corrida sobre terras tradicionalmente indígenas (CUNHA, 1992:19-23).

Como fazer chegar a lei em todos os lugares? O grande debate em torno da justiça, que se trava especialmente entre liberais e conservadores, gira em torno disto. Para os liberais, organizar a justiça descentralizadamente, contar com oficiais eleitos. Para os conservadores, centralizar a máquina judicial e mais do que isto, transferir para a polícia, nomeada pelo Executivo, funções de formação de culpa (no inquérito policial), tarefas quase-processuais

"Exigir
scravo,
dade: o
vez que
rece de
ível es-
omotor
el, mas
queixa
avia in-
miserá-
porém,
natural-
ntendi-

amente
termi-
l, esta-
dicados
co (um
uem os
rgos de
emente
-80). A
éis bra-
'imenta
Paulo.

as e in-
cional e
glês era
ntes. O
investi-
ública,
reendi-
cia sur-

ou quase-judiciais. Nas sucessivas reformas de 1841 e 1871, firmou-se esta última tradição, que não foi alterada pela República, antes serviu bem à política estadualizada. Afinal, as palavras de Tocqueville a respeito dos juristas e seu espírito naturalmente conservador podem ser aplicadas de modo geral ao caso do século XIX no Brasil.

6.3 Cursos jurídicos

Separados de Portugal, os brasileiros perderam o único centro de cultura do mundo de língua portuguesa, a Universidade de Coimbra. A primeira geração de legisladores brasileiros formara-se lá: mas como prover o Estado de quadros? Os colégios dos jesuítas, que antes de sua expulsão haviam sido centros de ensino (um ensino não ilustrado, certamente), haviam desaparecido. Foi então preciso criar os cursos jurídicos entre nós, o que terminou sendo feito pela Carta de Lei de 11 de agosto de 1827.

Os cursos de fato forneceram os quadros mais importantes do Estado imperial. Dados recolhidos por José Murilo de Carvalho mostram que entre os Ministros de Estado de 1831 a 1853, mais de 45% deles eram magistrados; somados aos advogados, chegaram a ser mais de 60% em alguns períodos (CARVALHO, 1996:91). Entre os conselheiros de Estado o percentual foi ainda maior. Em geral, os magistrados dominaram as legislaturas conservadoras, que por seu turno foram sempre capazes de introduzir reformas significativas. Além disso, dado o número limitado de postos de juízes e de advogados, grande número de bacharéis buscava o emprego público em qualquer área da administração: “a burocracia, vocação de todos...”, na frase feliz de Joaquim Nabuco.

Buscando seu próprio curso, no entanto, o Brasil reproduziria em grande parte o enfoque adotado em Coimbra (apesar da opinião contrária de alguns) e isto também é compreensível. A reforma pombalina de 1772 pretendia-se ilustrada, capaz de trazer uma racionalidade moderna, dedutivista e sistemática o quanto possível, mas não era nem democrática e nem liberal, o que vinha bem a calhar no Brasil escravocrata. Se nos recordamos da reforma pombalina de 1772, as coincidências entre nós e eles não são poucas. Em primeiro lugar, foi introduzida a exposição sistemática (*método sintético demonstrativo*) das matérias, pela sua ordem naturalmente dedutiva, abandonadas as questões escolásticas. Os cursos jurídicos brasileiros também deviam ser assim. As disciplinas também tiveram algo em comum. Os cursos brasilei-

ros teria
Natural,
(2) no se
que havi
disciplin
Direito (o
(4) o qu
rítimo; (o
Prática c
mesmos
ou prepa
Assembl
o liberali
alunos ti
tórica, fi

O Vi
rado em
sua prop
estudos
feitas pe
ra. Mello
(seus liv
1789), q
mendava
néccio (o
tico (nã
consulta
criminal,
mador e
ca, domi
Princípios
Economia
noção de

Hou
longo do
saram a c
nas nova
(no quin

ros teriam as seguintes cadeiras (art. 1º da Lei): (1) no primeiro ano: Direito Natural, Público, Constituição do Império, Direito das Gentes e Diplomacia; (2) no segundo ano: as mesmas cadeiras, com Direito Público Eclesiástico (já que havia religião de Estado e as relações entre Estado e Igreja precisavam de disciplina pública, inclusive regendo o direito de família); (3) no terceiro ano: Direito Civil Pátrio, Direito Prático Criminal e Teoria do Processo Criminal; (4) o quarto ano compreendia Direito Civil Pátrio, Direito Mercantil e Marítimo; (5) o quinto ano encerrava o curso com Economia Política e Teoria e Prática do Processo adotado pelas leis do Império. Os professores teriam os mesmos vencimentos dos desembargadores e mesmas honras, escolheriam ou preparariam compêndios, que seriam aprovados pela Congregação e pela Assembleia Geral e o governo os imprimiria. Em geral, os textos aceitavam o liberalismo ultramoderado do *status quo*. Para a matrícula, exigia-se que os alunos tivessem no mínimo 15 anos de idade e soubessem francês, latim, retórica, filosofia (racional e moral) e geometria.

O Visconde de Cachoeira (Luís José de Carvalho e Melo) havia preparado em 1825 uns Estatutos para as academias e um programa. Embora sua proposta não tivesse se transformado em lei, suas indicações para os estudos foram aceitas como regulamento dos cursos. As recomendações feitas por ele mostram o que foi introduzido na cultura jurídica brasileira. Mello Freire é recomendado em duas disciplinas: tanto no direito civil (seus livros sobre pessoas, coisas e obrigações contidos nas *Instituições* de 1789), quanto no direito constitucional. Quanto ao direito natural, recomendava-se tomar no curso as obras de Grócio e Pufendorf, além de Heineccio (que também se adotava em Coimbra). O direito público eclesiástico (não o direito canônico propriamente dito) deveria ter como obra de consulta outra vez Mello Freire (*De iuris principio circa sacra*). No direito criminal, recomendavam-se os iluministas Filangieri, Beccaria, e o reformador e utilitarista Bentham. No direito comercial e na economia política, dominava o brasileiro José da Silva Lisboa (Visconde de Cairu) com os *Princípios de direito mercantil* (publicado em Lisboa entre 1798 e 1804) e a *Economia política*, ao lado de Adam Smith, Ricardo e Malthus. Isto dá uma noção de como eram formados nossos homens públicos, a elite imperial.

Houve pelo menos duas reformas importantes nos cursos jurídicos ao longo do século. Uma delas, em 1854 (Decreto nº 1.386): os cursos passaram a chamar-se Faculdades de Direito e foram introduzidas duas disciplinas novas, o Direito Romano (no primeiro ano) e Direito Administrativo (no quinto ano). Neste mesmo ano, transferiu-se o curso de Olinda para

Recife. A segunda mudança importante foi a de 1879, a chamada reforma do “ensino livre”. Além das faculdades oficiais poderiam ser criadas outras, “faculdades livres”, desde que obedecendo regras estabelecidas para as oficiais (quanto a currículo e titulação). As faculdades foram divididas em dois cursos (ou duas seções): ciências jurídicas e ciências sociais, com currículos diferentes. O curso de ciências jurídicas abrangia direito natural, romano, constitucional, eclesiástico, civil, comercial, criminal e as respectivas práticas de processo, além da medicina legal. Ciências sociais deveriam contemplar direito natural, público universal, constitucional, eclesiástico, das gentes, diplomacia e história dos tratados, direito administrativo, economia política, ciência da administração e higiene pública. A frequência dos alunos passou a ser livre também. O ensino seria também livre para os professores, e o propósito era ampliar os debates. O sistema foi alterado em 1885 e a obrigatoriedade de frequência às aulas voltou, mas os temas do ensino livre continuaram a ser discutidos até depois de proclamada a República (VENÂNCIO FILHO, 1982:221-222).

O modelo coimbrão, a partir de certa altura, começou a ser contrastado com os outros paradigmas europeus, sobretudo a universidade francesa e a alemã. Das faculdades alemãs dizia-se que eram não tanto “estabelecimentos de instrução, como oficinas da ciência. Na Alemanha, há uma regra sempre presente do espírito do estudante: – quem não está disposto a guardar o mais religioso silêncio durante três quartos de hora deve abster-se de penetrar em um destes santuários da ciência que se chamam anfiteatros ou salas de uma universidade, para não perturbar o trabalho dos que ouvem e meditam. [...] Quão diversos são os hábitos dos professores e estudantes italianos!” (RAMALHO; LESSA; MONTEIRO; SOUZA, 1897:183).

Não era muito barato estudar direito seja em Olinda seja em São Paulo. Cobrava-se pela matrícula, os alunos deveriam prover sua subsistência nas cidades para onde iam, e pagar cursos preparatórios ou repetidores das lições. Assim é que se formou a elite do Império e os juristas da segunda metade do século saíram destas duas escolas. Importante é notar que a cultura jurídica do Império, embora erudita, não é acadêmica propriamente. Isto significa que as grandes obras e os grandes nomes do direito não se dedicarão ao ensino. O ensino, a rigor, depende do compêndio, não das obras teóricas dos juristas deslocados para a corte, onde exercem funções de Estado (no Conselho de Estado, como advogados, magistrados ou deputados etc.). As academias de Olinda e São Paulo fornecem os juristas, mas não vão reter os mais célebres. Da faculdade de São Paulo saem,

por exem-
te), na pr
Agostinh
siliense (
Conselhe
liano Tav
gusto Tei
Tobias Ba
logo que
serão pel
seus taler
te Teixeir

Antes
ajudado a
te Pereira
como legi
dade do lí
marinha, c
livre com

O est
no início
so Crimi
em 1850
Civis de T
expor teo
guns casc

Casos
de São Vi
bos foram
jurídicas
tuição do
da Carta
ções de se
Ensaio sob
lugar a er
constituci
norte-am
ressa. Zac

por exemplo, José Antônio Pimenta Bueno (futuro Marquês de São Vicente), na primeira turma (1831), teórico do direito público e constitucional, Agostinho Marques Perdigão Malheiros (turma de 1848), Américo Brasileiro (turma de 1855), Paulino José Soares de Sousa (o Conselheiro), Conselheiro Lafayette Rodrigues Pereira (turma de 1857, civilista), Aureliano Tavares Bastos, entre outros. Da escola de Olinda e Recife saem Augusto Teixeira de Freitas, Zacarias de Góes e Vasconcelos, Braz Florentino, Tobias Barreto, criativo e genial, entre muitos outros. Desta lista, nota-se logo que todos são atraídos pela Corte. Os que não se destacam na política serão pelo menos advogados habilitados junto ao Conselho de Estado onde seus talentos podem ser reconhecidos e aproveitados, como exemplarmente Teixeira de Freitas e Perdigão Malheiros.

Antes da geração de brasileiros, os bacharelados em Coimbra haviam ajudado a moldar o Império. Bernardo Pereira de Vasconcelos, José Clemente Pereira, José da Silva Lisboa, o Visconde de Cairu, haviam contribuído ou como legisladores, ou – no caso de Cairu sobretudo – introduzindo a novidade do liberalismo e do utilitarismo. Os *Princípios de direito mercantil e leis de marinha*, de 1798, de Cairu, tornam-se um clássico, em que ao princípio do livre comércio ele associa um monarquismo conservador nítido.

O estilo da cultura jurídica é muito particular. A legislação fundamental no início é a Constituição de 1824, o Código Criminal e o Código do Processo Criminal. O direito mercantil e o direito civil não têm códigos. Apenas em 1850 virá o Código Comercial e em 1857 aparecerá a *Consolidação das Leis Civis* de Teixeira de Freitas. Os grandes autores são obrigados inicialmente a expor teoricamente questões do dia a dia do foro e da administração em alguns casos; em outros, podem sistematizar a originalidade do Brasil.

Casos paradigmáticos são os de José Antônio Pimenta Bueno, Marquês de São Vicente, e Paulino José Soares de Sousa, o Visconde do Uruguai. Ambos foram estadistas e políticos ao mesmo tempo em que produziram obras jurídicas exemplares de seu tempo. *Direito público brasileiro e análise da constituição do império*, de Pimenta Bueno, data de 1857, analisa não apenas o texto da Carta de 1824 mas também as teorias políticas que o sustentam e as razões de ser de cada instituto. O Visconde do Uruguai publica em 1862 o seu *Ensaio sobre o direito administrativo*. O que mostram estes textos? Em primeiro lugar a erudição de seus autores, que acompanham vivamente o movimento constitucionalista do século XIX em toda a parte: autores e textos europeus, norte-americanos, latino-americanos, tudo parecem conhecer e tudo interessa. Zacarias de Góes e Vasconcelos, baiano formado em Olinda em 1837,

escreveu em 1862 *Da natureza e limites do Poder Moderador*. Líder dos liberais, seu livro tornou-se a interpretação mais reconhecida da oposição ao *poder pessoal* do imperador. Contraria a perspectiva tanto do Marquês de São Vicente quanto do Visconde do Uruguai, que haviam dado interpretações regalistas ou conservadoras, segundo seus críticos. São Vicente, Uruguai e Zacarias são homens de Estado, não acadêmicos, e seus textos são grandes polêmicas políticas em primeiro lugar, a despeito do estilo sistemático de expor.

O debate teórico, na segunda metade do século (a geração de 1870, da chamada *Ilustração Brasileira*), mostra a necessidade de superar o jusnaturalismo tradicionalista que imperava. A alternativa que se apresenta é a *ciência*: aqui, como em quase toda parte, o que passa a vigorar são formas de *naturalismo*, como diz Wieacker. A crítica de Tobias Barreto (1839-1889) aos juristas acomodados é severa:

“Um médico filósofo parece coisa mais tolerável aos olhos da gente *sensata* do que um bacharel em direito. Parece que este só deve se ocupar do que diz respeito ao *Corpus Iuris*. Se ousa um instante olhar por cima dos muros destas velhas e hediondas prisões, chamadas Corrêa Telles, Lobão, Gouveia Pinto, etc., ai dele, que vai ser punido por tamanho desatino! O menos que lhe podem fazer é considerá-lo uma espécie de renegado da nobre ciência do *jus in re* e *jus ad rem*, com todo o seu acompanhamento de *embargos*, *arestos* e *agravos*, expressões duras e bárbaras, que estão para a linguagem culta dos tempos atuais, como o velho *xenxém* para a moeda de ouro corrente. Como quer que seja, a verdade é que o pobre bacharel limitado aos seus chamados conhecimentos jurídicos sabe menos das necessidades e tendências do mundo moderno, sente menos a infinitude dos progressos humanos, do que pode ver de céu azul um preso através das grades do calabouço. E o que há de mais interessante, é que bem poucos conhecem a estreiteza do terreno que pisam. Muitos entendem que o ponto culminante da sabedoria está em discriminar os efeitos da apelação, em falar no devolutivo e no imperativo, etc., etc., e outras quejandas questiúnculas forenses. [...] Se o leitor inteligente pertence à classe, há de ter-se encontrado alguma vez com colegas, aliás cercados de nomeada, os quais em conversação, tomando de repente um certo ar de profundidade, lhe tenham interpelado: *Doutor, você o que pensa sobre este ponto?* E quando é de se esperar que o ponto seja uma questão do século, uma questão política ou social, religiosa ou filosófica, eis que o nobre interpelante continua: *o agravo de petição é cabível em tal caso ou é o de instrumento?* São desta natureza os problemas inquietantes do espírito de uma classe de homens cultos! [...] Alguns ficam logo tão cheios de si, que se fazem distinguir por certo *chiado* na expressão, dando a todos os plurais uma desinência em x: os *princípios*, os *direitos*, os *embargos*... [...] E a propósito,

Tobia
a compre
Para comj
xar o ide
ro lugar
mais acab
tava cons
aguardava
nas camp
1977:21-6
valeceu, r
qualquer
cisa ser m
acreditava
ria france

No di
Teixeira d
tado, escre
mília, duas
publicou e
um volum
em vigor r
de legislaç
Philipino, c
ristas. Na
com outro
trabalho d
co às dout

lembro-me de um fato. Em certo círculo, onde por acaso estava um sertanejo, falava-se dos homens mais salientes a época, e dizia-se que Victor Hugo era um dos maiores vultos, um gênio extraordinário, uma cabeça estupenda... *Mas não é capaz, grita o campônio, de tocar o baiano, na viola, como Chiquinho, meu primo.* Ora, pois, *mutatis mutandis*, há perfeita analogia: *sabe filosofia, mas não sabe chicana: é um grande poeta, mas não toca viola.* (...) Duas coisas existem no Brasil que precisam escrever a crítica de si mesmas, reconhecer os seus defeitos, a fim de dar-lhes remédio. São elas o *liberalismo* e o *bacharelismo*" (BARRETO, 1977:288-289).

Tobias Barreto rejeitava o jusnaturalismo tradicionalista e propunha a compreensão do direito como um fenômeno histórico, cultural, social. Para compreender o Brasil e para dotá-lo de instituições, era preciso deixar o idealismo dos tipos puros de legislação e investigar em primeiro lugar a natureza de nossa sociedade. Tobias Barreto foi o exemplar mais acabado da Escola do Recife, naqueles anos em que o Estado estava consolidado, a unidade nacional garantida, mas grandes problemas aguardavam a solução. Paradoxalmente, Tobias Barreto não se engajou nas campanhas políticas da Abolição ou da República (MORAES FILHO, 1977:21-63): tudo levaria a crer que eram suas naturais inclinações. Prevaleceu, no entanto, sua vontade de pesquisar a verdade das coisas. De qualquer maneira, ele expressa esta convicção antiidealista: o jurista precisa ser mais do que um rábula. Germanófilo e francófobo, dizem dele, acreditava que os brasileiros estavam demais imbuídos da cultura literária francesa e pouco sabiam da filosofia rigorosa dos alemães.

No direito privado, destacam-se Cândido Mendes de Almeida, Augusto Teixeira de Freitas e o Conselheiro Lafayette. O último, conselheiro de Estado, escreveu já avançado o século XIX seu *Direito das coisas e direitos de família*, duas obras de dogmática de atualização. Cândido Mendes de Almeida publicou em 1870 a edição clássica das *Ordenações Filipinas*, acompanhada de um volume chamado *Auxiliar jurídico*. A edição recolhe não só o que estava em vigor nos cinco livros das *Ordenações* mas o texto integral, acompanhado de legislação extravagante portuguesa e brasileira. Conhecido como *Código Philipino*, o trabalho serviu a todos os que atuavam no foro e a todos os juristas. Na falta de Código Civil, os comentários de doutrina, as discussões com outros autores e as explicações dos textos e suas remissões deram ao trabalho de Cândido Mendes um caráter único. Somava-se o interesse prático às doutrinas sobre os institutos. Recentemente, quando se quis reeditar

as *Ordenações* em uma publicação histórica, foi a edição de Cândido Mendes de Almeida que se impôs como a melhor e foi reimpressa em fac-símile.

O maior dos privatistas é sem dúvida Teixeira de Freitas. Sua *Consolidação das leis civis* torna-se referência obrigatória. A "Introdução" ali contida é um exemplo da cultura jurídica oitocentista e da originalidade do autor. Ao mesmo tempo que reproduz em termos gerais as grandes preocupações do século, Teixeira de Freitas procura dar uma ordem universal e compreensível ao material que recolhe. Não pode legislar: a *Consolidação* não era um código, era apenas uma ordem que se desejava pôr no caos legislativo do direito privado. Era um trabalho prévio ao do código e serviria para saber o que, afinal, estava em vigor. Mas a ordem que Teixeira de Freitas impõe ao material, justificada longamente na Introdução, revela uma teoria geral do direito privado própria e original. O seu texto, como o de Cândido Mendes, servia de guia oficial para o uso das *Ordenações*. Aliás, havia sido publicado com a autorização do governo e desempenhava um papel quase legislativo de fato. Em 1860 publica seu *Esboço de Código Civil*, de mais de 4.000 artigos. Era, segundo ele, trabalho de preparação para o projeto de Código Civil, do qual estava encarregado. O *Esboço* não teve o mesmo sucesso prático que a *Consolidação*. Não recolhia o direito posto, mas propunha um novo direito. Era eruditíssimo o trabalho, mas Teixeira de Freitas era mais homem de gabinete do que outra coisa, e a vida do foro podia continuar andando com as *Ordenações*, com a *Consolidação*, com os comentários dos mais práticos, com o apoio do Código Comercial.

Em resumo, até 1870 aproximadamente, as Faculdades de Direito não foram centros de debates. A vida cultural jurídica dava-se no foro ou na Corte. Quando o debate se acende, trata-se já de uma geração que virá, finalmente, fazer a República. As queixas contra os cursos foram muitas, como a falta de frequência dos professores, as fraudes nas listas de presença dos alunos, o dogmatismo e o tradicionalismo nas disciplinas. Os juristas desenvolvem, quando querem, uma espécie de autodidatismo, formam suas próprias bibliotecas. Tudo muito compatível com uma sociedade aristocrática, em que o espaço público da discussão das ideias e da cultura é quase que exclusivamente o salão, a casa particular, o espaço doméstico. Para que uma biblioteca universitária bem dotada se os juristas que estudam são tão poucos e podem formar cada um a sua própria biblioteca? E para que debater academicamente se o cargo de professor é um cargo público, cuja ocupação depende de redes pessoais de conhecimento nos centros de poder exteriores à academia? E para que muito estudo, se afinal o compêndio do curso

precisa se
de certas
não quest
zer conviv
transporta

7 A esc

No mo
dental, a d
derna disti
dução, ela
de produ
mais forte
forma, con
cariam ins
escavidão,
praticamer
gos da Esc
liberdade n
te na bula
natural dos
ao longo d
reinado de
1647, e no
serviço que
ralmente qu
são não usu
aceita. Em
meses por
salários foi
poder para
acumulava
gime. Em 1
e o mesmo
assunto dão
ordem real

o Mendes
símile.

Consolida-
contida é
autor. Ao
pações do
ompreen-
io era um
slativo do
ra saber o
impõe ao
a geral do
o Mendes,
publicado
legislati-
de 4.000
de Códic-
o sucesso
ounha um
s era mais
continuar
ários dos

ireito não
ou na Cor-
virá, final-
tas, como
sença dos
tas desen-
suas pró-
stocrática,
quase que
t que uma
o tão pou-
te debater
ocupação
r exterior-
o do curso

precisa ser aprovado por outros? O resultado é a sobrevivência continuada de certas teses e tendências tradicionalistas: como por exemplo a aceitação não questionada do direito natural domesticado do século XIX, capaz de fazer conviver a Constituição com o escravismo e com uma religião de Estado, transportando para o direito tabus cujo desrespeito leva à reprovação.

7 A escravidão

No momento em que a servidão estava desaparecendo na Europa Ocidental, a descoberta da América revitalizaria a escravidão. A escravidão moderna distingue-se da antiga por algumas marcas: quanto ao regime de produção, ela se insere no pacto colonial de produção das grandes fazendas de produtos de exportação. Quanto aos sujeitos da escravidão sua marca mais forte será a exclusividade étnica: negros africanos e indígenas. Desta forma, como observará mais tarde Tocqueville, as marcas da escravidão ficariam inscritas em grupos sociais determinados. Os primeiros sujeitos da escravidão, os índios, foram logo protegidos – teoricamente, nem sempre praticamente – por esforços dos missionários. O debate dos juristas teólogos da Escola de Salamanca no século XVI é em grande parte em torno da liberdade natural dos índios. O próprio papa Paulo III afirmava solenemente na bula *Veritas Ipsa*, de 1537, que a ninguém era lícito turbar a liberdade natural dos indígenas. César Tripoli fornece uma longa lista de fontes que ao longo do tempo haviam tratado da escravidão dos índios no Brasil. No reinado de D. João IV, havia sido reafirmada a liberdade dos indígenas em 1647, e no mesmo ano, em 12 de dezembro, foi regulamentada a taxa de serviço que lhes seria devida quando se fizesse uso de seu trabalho. Naturalmente que o pagamento do trabalho do índio já é uma forma de submissão não usual para os “naturalmente livres” segundo a teologia oficialmente aceita. Em 29 de setembro de 1649, outra ordenação concedeu-lhes quatro meses por ano para trabalhar em sua própria cultura. Nova disciplina de salários foi fixada em 1656, e se concedeu ao Tribunal da Relação da Bahia poder para regular a matéria. Nota-se aqui mais um sinal de que o Tribunal acumulava funções judiciais e administrativas, coisa normal no Antigo Regime. Em 1680, novo alvará revigora a proibição de captura dos indígenas, e o mesmo se repete em 1691. Tantas repetições de alvarás e leis sobre o assunto dão bem a ideia da inefetividade das medidas e da impotência da ordem real em certos assuntos nesta terra.

No Estado do Maranhão (separado do Estado do Brasil entre 1621 e 1751), tampouco faltaram leis: a dos Resgates (17 de outubro de 1653), a de 9 de abril de 1655, criando a Junta das Missões. Mesmo assim, é sintomático que em 1755 o Marquês de Pombal seja obrigado a mandar cumprir com rigor os alvarás e leis anteriores sobre a liberdade dos índios com o fim de conseguir um mercado suficientemente atrativo para os escravos africanos trazidos pela Companhia Geral de Comércio do Grão-Pará e Maranhão. Em outras palavras, a despeito das muitas ordens, a falta de instrumentos de aplicação tornava-as letra morta.

Nota-se que, após a restauração (1640), cresce o esforço para declarar a liberdade dos indígenas. Muitas variáveis estão aí presentes, mas uma delas não é de ser desprezada: era preciso atrair os indígenas para a América portuguesa e impedir que fossem aldeados nos territórios espanhóis, ou seja, território da potência em guerra contra Portugal. Uma preocupação explícita de povoamento do território também é atribuída a Pombal, que vê na proteção dos índios um meio de simultaneamente lutar contra os jesuítas, promover o comércio de escravos africanos e, estimulando a miscigenação e a reprodução dos colonos com os indígenas, ampliar o número de súditos do império (cf. MAXWELL, 1997:53).

A questão indígena não parecia ainda resolvida nem mesmo no início da República, em pleno século XX. João Mendes Júnior faz uma série célebre de conferências sobre o tema (MENDES JÚNIOR, 1912) tratando especialmente dos direitos individuais e de propriedade sobre suas terras. Lembra que desde 1831, com a Lei de 27 de outubro (da Regência), haviam sido suspensas as cartas régias de 1808 autorizando as guerras aos índios de São Paulo e Minas Gerais e haviam os índios sido colocados sob a jurisdição dos juízes de órfãos. A lei deixava de legitimar guerras nas quais pudessem os vencidos (indígenas) ser feitos servos dos vencedores e expressamente desonerava os índios da servidão (art. 3º). Em argumentos que lembravam aqueles expostos por Francisco de Vitória séculos antes, João Mendes Júnior defendia que a posse dos indígenas não estava sujeita às formalidades da lei de terras, pois era originária e não tinha forma de ocupação recente. Sendo originária, distinguia-se da posse para cultivo que a lei pretendia disciplinar. Segundo ele a posse para cultivo, sim, precisava de legitimidade, mas a dos índios era congênita: os indígenas não tinham simples posse, mas um título imediato de domínio (MENDES JÚNIOR, 1912:59).

A escravidão dos africanos, porém, era sempre um instituto admitido. Apesar dos esforços argumentativos de Joaquim Nabuco durante a campa-

nha abolição, este debate serviram para pôde bem ser o, que garantir eram legitimamente s

A escravidão inglesa a situação e dente, tal e Não custa l expulsão de Um trabalho menos com o operário p exemplo. Di nho da situa

Ao cont em que jun nam decre revolucionária nambucana Severiano M mória sobre a foi seguida, sugerindo o va seu discu o aumentar infame como tolerar a exi cer sua grad de todo este dos escravos o tráfico e p liberdade e t

nha abolicionista, dizendo que a Constituição não abria espaço para ela, o debate do abolicionismo mesmo travou-se também em termos jurídicos. É este debate que nos interessa aqui: os argumentos de caráter jurídico que serviram para abolicionistas e antiabolicionistas. O centro da discussão pode bem ser localizado no art. 179, parágrafo 22, da Constituição do Império, que garantia o *direito de propriedade*. Dizia-se que os senhores de escravos eram legítimos proprietários e que a abolição significava simplesmente desapropriar sem indenizar, o que era inconstitucional.

A escravidão era um problema evidente para todos, agravado pela pressão inglesa no sentido de aboli-la. Certo que os ingleses haviam sido grandes traficantes, introduzindo escravos em suas colônias americanas. Agora, a situação era distinta. Angolanos pensaram em juntar-se ao Brasil independente, tal era a influência de brasileiros (portugueses) na costa da África. Não custa lembrar, porém, que na Inglaterra da Revolução Industrial e da expulsão dos camponeses das terras a situação dos operários era precária. Um trabalhador livre talvez custasse menos ao patrão do que o escravo, pelo menos como custo corrente e como investimento. Quando desnecessário, o operário poderia ser dispensado sem qualquer direito a alimentação, por exemplo. Dickens na literatura, Tocqueville e Marx na política, dão testemunho da situação de miséria que se via em Londres (CASTEL, 1995:217 ss).

Ao contrário da independência da maioria dos países latino-americanos, em que junto com a proclamação de autonomia e soberania nacional, vinham decretos de libertação de escravos, no Brasil mesmo os movimentos revolucionários agiam com grande cautela sobre o assunto. A revolução pernambucana de 1817 propunha uma abolição lenta e gradual. Em 1821, João Severiano Maciel da Costa, futuro Marquês de Queluz, publicava uma *Memória sobre a necessidade de abolir a introdução de escravos africanos no Brasil*, que foi seguida, em 1823, pela de José Bonifácio para a Assembleia Constituinte, sugerindo o fim do tráfico e a progressiva emancipação. O Andrada terminava seu discurso à Constituinte dizendo: “O mal está feito, senhores, mas não o aumentemos cada vez mais, ainda é tempo de emendar a mão. Acabado o infame comércio da escravatura, já que somos forçados pela razão política a tolerar a existência dos atuais escravos, cumpre em primeiro lugar favorecer sua gradual emancipação. E antes que consigamos ver o nosso país livre de todo este cancro, e que levará tempo, desde já abrandemos o sofrimento dos escravos” (SALGADO, 1988:70). Sua proposta era abolir imediatamente o tráfico e progressivamente a escravidão, de modo a adaptar os escravos à liberdade e transformá-los em cidadãos ativos. Os escravos doentes seriam

tratados pelos seus senhores; os escravos forros ficariam ainda cinco anos a serviço do antigo dono; os negros forros que não tivessem ofício receberiam uma sesmaria pequena do Estado. Outras medidas propostas incluíam aceitar o testemunho dos escravos em juízo (não, porém, contra seu senhor) e desobrigação da escrava grávida de prestar certos serviços.

No período seguinte, Feijó também tentava sua reforma. É de sua iniciativa a proibição do tráfico de escravos. Mas via que a lei não se aplicava e em 1839 dizia em discurso: “O tráfico dos africanos é hoje tão extenso, são tantos os comprometidos, está tão arraigado, que o magistrado que pretendesse hoje executar a lei, seria infalivelmente vítima do seu zelo: tal aconteceria a quem quisesse fazer uso das medidas que proponho, a não ser fortemente apoiado de todas as autoridades” (SOUZA, 1978:285).

Uma lista simples de algumas ordens, alvarás e leis pode mostrar brevemente como evoluíra a situação dos escravos africanos. Em 1524, lei aboliu as marcas de ferro no rosto dos escravos, que passaram a ser feitas nas espáduas. No Brasil, porém, em 1741 as marcas de ferro no rosto dos quilombolas foram novamente introduzidas (marcava-se um *F* de *fujão*). Em princípio, a Constituição de 1824, no art. 179, parágrafo 19, havia proibido as marcas de ferro, mas o Código Criminal de 1830 previa a pena de açoite para os escravos (art. 60): “Se o réu for escravo, e incorrer em pena, que não seja a capital, ou de galés, será condenado na de açoites, e depois de os sofrer, será entregue a seu senhor, que se obrigará a trazê-lo com um ferro pelo tempo e maneira que o juiz designar. O número de açoites será fixado na sentença, e o escravo não poderá levar por dia mais de 50.” Só em 28 de outubro de 1886 será revogado este dispositivo.

Após a aprovação da Lei do Ventre Livre (1871), o censo de 1872 indicava uma população brasileira de 9.930.000 habitantes. Entre os escravos, o índice de analfabetismo era de 99,9% e entre os livres era de 80%. Neste mesmo ano, havia 15% de escravos no total da população; 43% dos habitantes do Império eram libertos ou livres de origem africana (da população de origem africana – negros e mulatos – 73% eram libertos ou livres). Entre os alforriados, 64% eram mulheres (FAUSTO, 1994:226).

7.1 O debate jurídico

A fala do senador Cândido Mendes de Almeida, de 26 de setembro de 1871, sobre o trabalho servil, é significativa do estado da questão na época

ca (MENDE Império, qu assim a ind propriedade vidão, ou tra 1823 havia al emancipa Antes da ab fáceis de re: sor necessár havia criado sabendas do

No Bras lidades, ou s via castigos de pecúlios e to no Brasil, vembro de 1 fico se torna ficavam mai: conde de São a pedido da há escravos da sem inde uma, conclu dade *recaia* s lance de eru escavidão, e autores que dos índios (e que a lei adr Ora, se os ci promessas d va-se, para el tima, preciso portugueses compras ilícit

ca (MENDES DE ALMEIDA 1982: 274-305). Inicia-se pela Constituição do Império, que no art. 179, parágrafo 22, diz ele, não distingue propriedades, assim a indenização prévia e justa é necessária mesmo quando se trata da propriedade de escravos. Depois, faz uma longa e erudita história da escravidão, ou trabalho servil, como se dizia na época. A Lei de 20 de outubro de 1823 havia criado os Conselhos Gerais das Províncias e proposto a gradual emancipação dos escravos. O Ato Adicional, de 1834, não alterava isto. Antes da abolição total havia condições imediatas de libertação, que eram fáceis de realizar. Era possível libertar os escravos de heranças sem sucessor necessário, ou aplicar eficazmente o Alvará de 10 de março de 1682 que havia criado a *prescrição* de cinco anos a favor dos que viviam em liberdade e sabendas do seu senhor.

No Brasil, continuava o senador, a escravidão encontrou certas facilidades, ou seja, era “amena” em alguns casos: entre os beneditinos não havia castigos corporais, facilitava-se o casamento entre escravos, a formação de pecúlios etc. O senhor em geral que não autorizasse o pecúlio era malvisto no Brasil, dizia. De fato, a brandura desaparecera com a Lei de 7 de novembro de 1831 (sobre o tráfico). O ensino cristão caíra e depois que o tráfico se tornara ilegal, a superstição dos africanos cresceu muito, os islâmicos ficavam mais dispostos à rebelião. Dizia ainda não aceitar a doutrina do Visconde de São Vicente (Pimenta Bueno, conselheiro de Estado que preparara a pedido da Coroa o projeto do ventre livre), de que por direito natural não há escravos e, pois, a sua propriedade seria ilegítima, podendo ser suprimida sem indenização. A propriedade do escravo é respeitável como qualquer uma, concluiu. Salvando suas convicções cristãs, esclarecia que a propriedade *recaía* sobre o trabalho do homem, não sobre o homem mesmo. Num lance de erudição, lembrava que todos os jusnaturalistas haviam aceitado a escravidão, entre eles Grócio e Pufendorf. Quanto aos argumentos de vários autores que citavam a legislação portuguesa que proibira o trabalho servil dos índios (alvará de 1º de abril de 1680 e de 6 de junho de 1755), era claro que a lei admitia a escravidão, e só a proibira por questão de conveniência. Ora, se os cidadãos donos de escravos empregaram seus capitais, aceitaram promessas do legislador, como privá-los de indenização? Nitidamente, tratava-se, para ele, de um direito adquirido. A introdução dos escravos fora legítima, preciso era respeitá-la na sua abolição. Vale lembrar que os traficantes portugueses formaram uma oligarquia-burguesia comercial, financiando as compras ilícitas com juros altíssimos, alegando riscos da importação, procu-

ra crescente etc. A ameaça da abolição era vista como um golpe a mais sobre o capital dos que já haviam aplicado tanto.

Mesmo Portugal, que havia extinguido a escravidão, fizera-o de forma gradual: em 1641 foi a vez dos islamitas, em 1755 dos índios, em 1773 dos negros africanos quando ingressassem no território do reino (Europa). Isto tinha sua razão, pois afinal fora o próprio infante D. Henrique que, em 1442, mandara vir os primeiros africanos. O tráfico foi monopólio da Coroa. Foi D. João III quem em 1525 deu a Diogo Leite dez escravos para trazê-los ao Brasil, e em 1549 mandara Tomé de Sousa dar escravos aos colonos da Bahia, com facilidade de desconto no ordenado. A Lei de 1570, sobre a liberdade dos índios e dos japoneses, obtida pela Companhia de Jesus, não se referia aos africanos. O Alvará de 1680 foi mandado cumprir rigorosamente pelo Alvará de 6 de julho de 1755. Por quê? Porque o Marquês queria traficar escravos, por meio da Companhia de Comércio do Grão-Pará e Maranhão, cuja criação é do dia seguinte (7 de julho). Ele incentivou o tráfico negreiro. Com os privilégios da Companhia e a aplicação rigorosa da lei de 1680, o preço dos índios subiria. Ora, em 1750 os colonos do Maranhão haviam fundado uma Companhia para ir buscar negros na África. Que fez Pombal? Proibiu todo comércio de negros exceto pela Companhia do Grão-Pará e Maranhão (art. 30 dos Estatutos). Mesmo a bula de Bento XIV, de 1741, reconhecendo a liberdade natural de todos os homens só foi cumprida quanto aos índios, conforme ordem de 8 de maio de 1758. A história de oficialismo do tráfico dava, portanto, aos senhores legítimos títulos e legítima expectativa de direito. Mesmo nos Estados Unidos da América a liberdade fora progressiva. Primeiro, foi dada aos nascituros, posteriormente os proprietários do Norte venderam seus escravos aos Estados do Sul. Foi assim que ela acabou no Connecticut em 1784, em Rhode Island em 1786, em New York em 1799, em Nova Jersey em 1804. Emancipação simultânea (de nascidos e nascituros) houve em Massachusetts (1781), New Hampshire (1792), Vermont (1793) e Maine (1819).

É claro, portanto, que o argumento de Cândido Mendes de Almeida está fundamentado, do ponto de vista jurídico, no direito à indenização prévia, já que a propriedade era adquirida legitimamente. Trata-se de um argumento dos mais fortes na história do Brasil: claro que uma sociedade desigual incorpora as diferenças sociais e pessoais sob a forma do direito adquirido e as tentativas de transformação ou reforma sempre encontram no ato jurídico perfeito um obstáculo.

Contra este raciocínio volta-se Perdigão Malheiro, no seu estudo *A Escravidão no Brasil*. O argumento central diz que a indenização só tem lugar

quando o do escravo escravo p ser um de ROS, 194 de direito vidão não de equida de uma si nhecimen prio traba proprieda argument tham, arg ralisava a

Outra (1988): er gado ilícito dos os esc não fosse direito, ab licionistas

mais sobre

o de forma
 1 1773 dos
 ropa). Isto
 , em 1442,
 roa. Foi D.
 s ao Brasil,
 Bahia, com
 ide dos ín-
 ia aos afri-
 Alvará de
 ramos, por
 riação é do
 privilégios
 idios subi-
 ompanhia
 mércio de
 os Estatu-
 de natural
 rdem de 8
 to, aos se-
 os Estados
 a aos nas-
 cravos aos
 em Rhode
 Emancipa-
 ts (1781),

Almeida
 denização
 -se de um
 sociedade
 do direito
 ncontram

udo A Es-
 tem lugar

quando o poder desapropriante vai conservar ou usar a coisa. Ora, no caso do escravo, dizia, não se tratava disto. O Estado não iria conservá-lo como escravo para si, mas libertá-lo. O problema jurídico deixava, portanto, de ser um de propriedade, para transformar-se em um de liberdade (MALHEIROS, 1944, tomo I, 121). A escravidão não era nem de direito natural, nem de direito eterno, nem de direito divino, mas de direito positivo. Se a escravidão não era de direito natural, a indenização devida não era de rigor mas de equidade. O direito de ter escravos, acrescentava ele, era uma tolerância de uma situação (por motivos especiais de ordem pública) antes que o reconhecimento de um direito natural (como seria a propriedade fruto do próprio trabalho). Estava, portanto, sujeita “a condição implícita de ser uma propriedade resolúvel”, enquanto a lei o permitisse. Um pouco na linha dos argumentos de José Bonifácio, e invocando explicitamente o utilitarista Bentham, argumentou que a conveniência da escravidão era nenhuma, pois paralisava a produção e alimentava uma classe de parasitas econômicos.

Outra linha de argumentos tomava a forma dada por Joaquim Nabuco (1988): em primeiro lugar a maioria dos escravos existentes no país havia chegado ilicitamente, pois desde 1831 a lei que proibira o tráfico declarara livres todos os escravos chegados ilegalmente. Dizia Joaquim Nabuco que, embora a lei não fosse executada, não fora tampouco abolida, pois não se ousava, em nosso direito, abolir liberdades (1988:105). De fato, os números davam razão aos abolicionistas. Os dados da importação (ilegal) eram os seguintes (PINTO, 1978):

Ano	Escravos entrados
1845	19.453
1846	50.325
1847	56.172
1848	60.000
1849	54.000
1850	23.000
1851	3.278
1852	700
1854	512

De outro lado, a escravidão era uma lacuna completa no ordenamento jurídico, segundo Nabuco: a Constituição não falava de escravos, havia cidadãos, havia estrangeiros, mas onde estavam os escravos? Eram uma classe sem direito algum: “Está assim uma nação livre, filha da Revolução e dos Direitos do Homem, obrigada a empregar os seus juizes, a sua polícia, se preciso for o seu exército e a sua armada, para forçar homens, mulheres e crianças a trabalhar noite e dia sem salário” (NABUCO, 1988:124). A tais argumentos jurídicos (normativos), que implicavam hierarquizar liberdade e propriedade, somavam-se os argumentos de ordem social e política (empírico-utilitários). Onde ficaria o bom e brando senhor de escravos quando os duzentos negros de sua fazenda se recusassem a trabalhar? Só poderia optar entre abandoná-los ou subjugá-los com castigos. A escravidão era um mal social, que atrasava o progresso, influía perversamente na população, tornava inviável uma nação que valorizasse o trabalho livre, concluía Nabuco.

No processo de abolição, os dois marcos mais importantes talvez tenham sido a Lei de 4 de setembro de 1850 (Lei Eusébio de Queirós) e a Lei de 28 de setembro de 1871 (Lei do Ventre Livre). A lei de 1850 mostra como a eficácia social das leis era problemática no Brasil. Desde 1831, o tráfico havia sido considerado pirataria, mas não era de fato reprimido. Havia no Brasil “umas costas largas” nas quais podiam chegar navios negreiros mesmo fora dos portos mais importantes e urbanizados. Tratava-se, em suma, da lei “para inglês ver”, isto é, para dar uma satisfação formal à Inglaterra com quem se firmara o tratado de comércio e de abolição do tráfico em 1826. Um dos instrumentos importantes usados na *Lei Eusébio de Queirós* de 1850 foi distinguir dois delinquentes diferentes e para cada um deles aplicar um processo distinto: os compradores submetiam-se a um júri popular (conselho de jurados) que significava, nas palavras de Murilo de Carvalho (1996:274), “na prática, anistiá-los e quase legalizar a propriedade dos escravos importados desde aquela data [1831]”. Já os traficantes submeter-se-iam à Auditoria da Marinha. Em uma sociedade escravocrata, entregar os fazendeiros ao julgamento de seus pares equivalia a não lhes aplicar a lei. Mas dado o interesse da Coroa no fim do tráfico, submeter traficantes a tribunal administrativo tinha outro efeito. Por outro lado, a própria economia do tráfico tornara-se insustentável: com o aumento do preço dos escravos, entre outras razões pelos perigos do apresamento dos navios, os fazendeiros estavam aos poucos, como se dizia na época, enriquecendo os traficantes, hipotecando suas terras e caindo na insolvência.

A Lei do
que a propri
isso, manda
ção de 600\$1
Para a inder
anos, vencer
filho da escr
zação algum
até o ano de
alforriou por

Uma pe
grandes mar.
damente – d
inúmeros ar
tos civis. Me
que conviver
mente, Tocqi

“O I
dos
gar
dos,
mais
mes
disti
origi
peus

E a revol
seu territóric
1794, voltou
nas colônias

No final
do Nordeste
contra), enqu
contra, 12 a
cravidão em
Minas Gerais

A *Lei do Ventre Livre* respeitava em parte a noção advogada por muitos de que a propriedade do escravo era, afinal de contas, um direito adquirido. Por isso, mandava que o Tesouro Imperial pagasse aos senhores uma indenização de 600\$000 por filho de escrava chegado aos 8 anos entregue ao Estado. Para a indenização, o Tesouro emitiria títulos de renda resgatáveis em 30 anos, vencendo juros de 6% ao ano. Outra opção do senhor era conservar o filho da escrava até os 21 anos completos, caso em que não haveria indenização alguma. Pouquíssimos foram os ingênuos entregues ao governo (188 até o ano de 1885): a maioria dos senhores conservou seus escravos ou os alforriou por conta própria (CARVALHO, 1996:293).

Uma perspectiva liberal, revolucionária, esclarecida, capaz de fazer grandes manifestações em defesa da liberdade individual, conviveu incomodamente – do ponto de vista teórico – com a escravidão. Mas armou-se de inúmeros argumentos para racionalizar esta *universalização restrita* dos direitos civis. Mesmo a Revolução Americana e a Revolução Francesa tiveram que conviver com esta espécie de contradição. Sem argumentar normativamente, Tocqueville declara com todas as letras:

“O perigo mais formidável ameaçando o futuro dos Estados Unidos é a presença dos negros no seu território. Seja qual for o ângulo do qual se disponha a investigar os obstáculos presentes ou os perigos futuros colocados para os Estados Unidos, quase sempre se encontra este fato fundamental. [...] Na antiguidade, a coisa mais difícil era alterar as leis; no mundo moderno, coisa difícil é mudar os costumes, e nossa dificuldade começa onde a deles terminava. [...] O escravo moderno distingue-se de seu senhor não só pela falta de liberdade, mas também pela sua origem. Pode-se libertar o negro, mas não se pode evitar que ele encare os europeus como estranhos” (TOCQUEVILLE, 1988:340-341).

E a revolucionária e civilizadora França, depois de abolir a escravidão em seu território e nas colônias, por decreto da Convenção de 4 de fevereiro de 1794, voltou atrás em 1802, revigorando tanto a escravidão quanto o tráfico nas colônias e pondo fim à igualdade de direitos.

No final do processo brasileiro, votando a lei de 1888, os deputados do Nordeste foram os que mais votaram a favor da abolição (39 a favor, 6 contra), enquanto os do Centro-Sul votaram majoritariamente contra (30 contra, 12 a favor). De fato, o Ceará já havia abolido unilateralmente a escravidão em 1884, enquanto o maior número de escravos concentrava-se em Minas Gerais e no Rio de Janeiro.

8 A propriedade da terra

A propriedade da terra tornou-se uma questão fundamental no direito brasileiro e esteve durante o século XIX associada a dois outros problemas: o da escravidão e o da imigração, ou seja, à mão de obra. A base para a história territorial do Brasil pode ser encontrada na obra de Ruy Cirne Lima (LIMA, 1988) e, mais recentemente, de Fernando Sodero (1990). Durante muito tempo, o caráter feudal da propriedade agrária foi centro de debates. Izidoro Martins Jr. sustentava a tese do feudalismo brasileiro. Marcelo Caetano (1992:524-527) reconhece que as doações feitas durante a expansão atlântica tiveram nítido caráter senhorial, eram doações de senhorios. Mais tarde, outros se detiveram não tanto em afirmar que o Brasil conheceu o feudalismo, mas que conheceu formas de exercício de poder político com base na propriedade territorial, formas como a do coronelismo ou do mandonismo local. Inegável é que o latifúndio foi desde sempre um problema nacional e que longinquamente nasceu sob a forma do exercício de direitos de propriedade do ponto de vista econômico e político.

A sociedade brasileira começa a formar-se sobre uma base essencialmente agrária. Na origem de nosso sistema jurídico encontramos primeiramente a união entre propriedade fundiária e poder político. Em segundo lugar, uma atividade agrícola de exportação, inserida na formação do capitalismo moderno. Em terceiro lugar, a exploração da mão de obra escrava num período em que na Europa ocidental o regime de servidão era praticamente extinto. Finalmente, em razão da falta de qualquer contrapoder ou controle, o exercício de poderes arbitrários, exclusivos e individualistas por parte dos grandes proprietários.

São elementos de fato presentes e no entanto contraditórios, na medida em que têm lógicas distintas. (1) Se o arcabouço jurídico tem alguma coisa de feudal, como compatibilizá-lo com poderes absolutos, exclusivos e individualistas sobre a terra? O sistema feudal é um sistema de poderes em cascata, que se limitam reciprocamente. Na medida em que no Brasil o regime é transplantado do alto, de cima para baixo, não há contrapoderes locais ou corporativos que impeçam o senhor (de engenho ou de gado) de transformar-se num pequeno monarca absoluto. (2) Se o arcabouço jurídico era feudal, como fazer entrar nele o trabalho escravo, que não gozava das *garantias* do camponês medieval, tais como o cultivo independente de uma parte do solo, a inamovibilidade da terra etc.? (3) Se o arcabouço jurídico era realmente feudal, como integrá-lo à produção para o mercado exportador, para

o mercado in-
tura social e
liberalismo c
ilimitada, e s
político dos ;

Inicialme
Portugal para
o abandono
riedade da
por isso os n
ples de comp
dico portugu
Do ponto de
possibilidade
exercício da j
entre o donai
ção. Já foi vis
capitanias. D
para a export
a da terra e a
colonial, vale
dais”, inserir

Segundo
propriedade d
o fato de que
governadores;
sesmarias por
601, a *Lei de T*
advento da Le
e com o Códig
introduzindo c

8.1 As sesm

A criação
Fernando I est
gatoriamente

o mercado internacional? O resultado destas lógicas diversas foi uma estrutura social e jurídica com dificuldade para absorver de fato as exigências do liberalismo do século XIX, pervertido aqui numa justificação da propriedade ilimitada, e sobretudo associada ao exercício quase que despótico do poder político dos proprietários.

Inicialmente, transplanta-se no papel o sistema das sesmarias usado em Portugal para o cultivo das terras e estabelecimento dos camponeses, contra o abandono de terras antes cultivadas. Era claro que naquele tempo a propriedade da terra diferenciava-se da propriedade dos bens de uso pessoal, por isso os negócios imobiliários jamais eram tratados como negócios simples de compra e venda ou troca e exigiam regras especiais. O esquema jurídico português, no entanto, inseriu-se na América em uma nova realidade. Do ponto de vista *social*, teve de ser aplicado a imensas e vastas regiões sem possibilidade de presença efetiva da autoridade régia, terreno fácil para o exercício da justiça privada. Do ponto de vista político, cresceu a confusão entre o donatário (de terras, capitânias ou sesmarias) e o poder de jurisdição. Já foi visto antes, que os capitães-donatários tinham jurisdição em suas capitânias. Do ponto de vista *econômico*, a terra era essencialmente produtora para a exportação do açúcar. O senhor brasileiro deteria duas propriedades: a da terra e a do escravo (capital) e as aplicaria para obter lucro, no comércio colonial, vale dizer internacional. Por mais que as instituições fossem “feudais”, inseriram-se na “indústria” da lavoura.

Segundo Sodero, podem-se distinguir no Brasil três grandes regimes de propriedade das terras: o das sesmarias, entre 1500 e 1822, atentando-se para o fato de que as doações de sesmarias foram da competência dos capitães ou governadores; o da posse, desde 1822, quando se suspendem as doações de sesmarias por decreto de 17 de julho, até setembro de 1850, data da Lei nº 601, a *Lei de Terras*; finalmente, o regime que se completa formalmente com o advento da Lei Geral de Hipotecas (de 1864, alterando a Lei nº 317, de 1843) e com o Código Civil (1916), que mudam os serviços de registros públicos, introduzindo o princípio da transferência da propriedade pela transcrição.

8.1 As sesmarias

A criação das sesmarias data de 26 de junho de 1375, quando o rei D. Fernando I estabelece lei *drástica e violenta*: a terra não cultivada seria obrigatoriamente cedida a quem quisesse e pudesse lavrá-la. A origem da lei

encontra-se na crise provocada em Portugal pela tragédia demográfica que fora a peste negra (1348-1350) e que contribuíra para despovoar os campos. O resultado da lei era a concentração de terras nas mãos de quem já tivesse o cabedal para explorá-las, ou seja, nobres e grandes lavradores (SARAIVA, 1991:117). As tarefas de redistribuição das terras abandonadas incumbiriam a “sesmeiros”. Mais tarde, no Brasil, sesmeiros seriam chamados os donatários ou beneficiários de sesmarias. A instituição permaneceu e foi incorporada na ordenação do Livro IV título 81, das *Ordenações Afonsinas* e também nas *Filipinas* (de 1603), no mesmo Livro IV, Título 43.

No caso do Brasil, as sesmarias pretendiam ser um fomento para a ocupação e exploração da terra, dadas a quem tivesse o capital e a capacidade para explorá-las. Sesmarias eram, pois, doações de terra cujo domínio emite pertenceria à Coroa. A mesma política de fomento observava-se na ordem de ceder ferramentas a quem viesse ao Brasil (alvará de 1516). O regimento de Martim Afonso de Sousa (novembro de 1530) autorizava-o a dar glebas de terra para cultivo e criação. Não se tratava, como no caso do território de Portugal, de retomar terras que haviam antes pertencido a outros súditos, mas de simplesmente dar terras recém-descobertas. As sesmarias eram perfeitamente compatíveis com o regime das capitânicas hereditárias, ou donatárias, que por sua vez eram vastíssimos latifúndios em que os capitães eram particulares com poderes de jurisdição e administração, recebendo uma renda na forma de tributos (redízimas). Aplicado ao Brasil, o regime das sesmarias (como dadas de terra) significou que se davam extensões enormes aos homens que não as podiam lavrar. A despeito das proibições (cada um deveria receber apenas uma dada) somavam-se umas às outras, e alguns recebiam mais de uma sesmaria e não as habitavam. A isto, acrescentava-se a doação de várias sesmarias a diferentes membros de uma mesma família e temos aí a origem dos clãs oligárquicos de que fala Oliveira Vianna. Os beneficiários recebiam mais de uma sesmaria e, naturalmente, não as habitavam, ocupavam ou lavravam todas.

O poder régio agia através destes senhores donatários, mas era incapaz de controlá-los. O titular da Capitania era encarregado, por sua conta, de governar, administrar, defender e arrecadar as rendas do rei e suas, ou seja, detinha os tradicionais poderes majestáticos da justiça, guerra e fazenda. Expedia forais para criação de vilas, dava sesmarias, e designava seu próprio ouvidor. O donatário recebia a redízima (sobre a dízima devida ao rei), foro (fixo) de moendas e engenhos do território, vintena do rendimento líquido do pau-brasil.

No reg
cultores. A
cravos, ser
como simp
plo, no eng
grande sen
tempo mui
vamente nã
João Franc
nha gaúche

O enge
veira Vianr
vel, segund
eram grand
ou nos seus
o regime m
dadeiro ant
-se formas
passagem,
“função des

Neste s
tado por nc

“N
nã
bi
so
cia
qu
pra
pa
ra
[...
mu
pe
te
o q
ate

No regime assim constituído, distinguiram-se logo duas sortes de agricultores. Aquele que conseguisse montar sua indústria, com engenho e escravos, seria capaz de conseguir mais dadas de terras; aquele que ficasse como simples lavrador submetia-se a ter que moer seu açúcar, por exemplo, no engenho do senhor seu vizinho, entregando-lhe 50% da moagem. O grande senhor também arrendava suas terras a lavradores menores. Com o tempo muitos sesmeiros viviam de receber a renda de terras que eles efetivamente não haviam ocupado. Este sistema leva à observação do Brigadeiro João Francisco Róscio, em 1781, lamentando que ainda que toda a campanha gaúcha estivesse vazia, todos os campos tinham senhorios.

O engenho (baseado nas concessões de sesmarias) é chamado por Oliveira Vianna de autarquia econômica (VIANNA, 1987:99), e foi responsável, segundo ele, pelo desenvolvimento do *apoliticismo da plebe*. As sesmarias eram grandes como províncias, ou eram acumuladas no mesmo proprietário ou nos seus familiares. Como centros de produção e poder, concorriam com o regime municipalista que oficialmente a Coroa desejava promover, em verdadeiro antagonismo, de modo que as cidades, onde poderiam desenvolver-se formas de integração livres do poder familiar, foram apenas “pontos de passagem, de pouso e aprovisionamento de utilidades e vitualhas”, dada a “função desintegradora dos grandes domínios” (VIANNA, 1987:105).

Neste sentido, vale a pena lembrar este efeito dispersivo, conforme relatado por nosso primeiro historiador:

“Nem um homem nesta terra é repúblico, nem zela ou trata do bem comum, senão cada um do bem particular. Não notei eu isto tanto quanto o vi notar a um bispo de Tucumán da ordem de São Domingos, que por algumas destas terras passou pera a corte. Era grande canonista, homem de bom entendimento e prudência e assim ia mui rico. Notava as coisas e via que mandava comprar um frangão, quatro ovos e um peixe pera comer e nada lhe traziam, porque não se achava na praça nem no açougue e, se mandava pedir as ditas coisas e outras muitas às casas particulares, lhas mandavam. Então disse o bispo: verdadeiramente que nesta terra andam as coisas trocadas, porque toda ela não é república, sendo-o cada casa. [...] E assim é que, estando as casas dos ricos (ainda que seja à custa alheia, pois muitos devem quanto têm) providas de todo o necessário, porque têm escravos, pescadores e caçadores que lhes trazem a carne e o peixe, pipas de vinho e de azeite que compram por junto, nas vilas muitas vezes se não acha isto de venda. Pois o que é fontes, pontes, caminhos e outras coisas públicas é uma piedade, porque, atendo-se uns aos outros, nenhum as faz, ainda que bebam água suja e se molhem

ao passar dos rios ou se orvalhem pelos caminhos, e tudo isto vem de não tratarem do que há cá de ficar, senão do que hão de levar para o reino” (VICENTE DO SALVADOR, 1975:58).

Pela lei, deveria haver limites à concessão das sesmarias: um limite territorial máximo, conforme a capacidade do donatário, e que variou muitas vezes ao longo dos séculos de colonização; um limite funcional, pois a terra abandonada deveria em tese voltar à Coroa para redistribuição. Os limites territoriais foram de 4 léguas de comprimento por 1 de largura, pela Carta Régia de 27 de dezembro de 1695, diminuídos no ano seguinte para 3 léguas. Com o tempo, tendo em vista os abusos, passou-se a exigir a *confirmação* da doação pela Coroa (Carta Régia de 4 de novembro de 1698). Mais tarde, passou-se à exigência da *demarcação judicial* (Carta Régia de 3 de março de 1704). Finalmente, foi proibida a confirmação sem que houvesse demarcação (decreto de 20 de outubro de 1753).

Para consolidar a legislação relativa ao Brasil, surgiu a *Lei das Sesmarias*, pelo Alvará de 5 de outubro de 1795. O alvará dispunha: (a) não poderia ser dada sesmaria a quem já tivesse alguma outra; (b) proibia a doação para estrangeiros; (c) proibia que as religiões (ordens religiosas) as recebessem em sucessão; (d) determinava áreas máximas e medição obrigatória até um ano após a dada, demarcação em até dois anos bem como a obrigatoriedade de abrir caminhos, águas públicas etc.; (e) instituía dois registros para os títulos de sesmarias, um nas Juntas de Fazenda (para áreas rurais) e outro nas Câmaras Municipais (para os urbanos). Como tantas outras leis anteriores, o alvará terminou por não ser aplicado e foi suspenso no ano seguinte (decreto de 10 de dezembro de 1796), só a pretexto, que se repetiria constantemente na história do Brasil, de que não havia recursos materiais nem humanos para fazê-lo cumprir. O sistema foi extinto oficialmente em Resolução de Consulta da Mesa do Desembargo do Paço de 17 de julho de 1822, pelo Príncipe Regente, até que houvesse decisão da Constituinte.

8.2 Posse

Proibidas as doações de sesmarias, a posse ou ocupação pura e simples foi seu substituto natural. Como lembra Sodero, no regime das sesmarias o sesmeiro recebe o título e vai tomar posse da terra; no regime de posse, o

posseiro tra
título antec

José Bor
amplo da cc
e rentável. E
nacionais, m
proposta de
esta apresen
do Brasil. Se
voreciam a ;
que todas as
alegavam po
ras devoluta
utilizado pa
riam obrigad
como espaç

8.3 Lei de

A reform
mitigada. An
tornou-se m
propunha se
o ano de 185
tantes haviar
sos jurídicos
do Processo
experimental
consolidar a
é que se com
Civil, Lei de
pério etc. Ne
tuações do p
demarcadas e
não demarca
ocupação, qu

posseiro trabalha a terra e depois tenta receber o título. Assim, num caso o título antecede a ocupação efetiva, no outro dá-se o contrário.

José Bonifácio já se preocupava com a questão dentro do quadro mais amplo da consolidação nacional que exigia um regime produtivo ordenado e rentável. Ele não apenas agia nas grandes linhas das instituições políticas nacionais, mas apresentava duas propostas importantes, desde 1821: uma proposta de reforma geral do regime de terras e de abolição da escravidão, esta apresentada à Assembleia Geral Constituinte e Legislativa do Império do Brasil. Segundo ele, no que dizia respeito às terras, as sesmarias não favoreciam a agricultura (concentraram terras sem frutos). Propunha, pois, que todas as terras não cultivadas voltassem aos bens nacionais. Dos que alegavam posse, só a conservariam da zona propriamente cultivada. As terras devolutas seriam vendidas em lotes pequenos e o fundo ali obtido seria utilizado para incentivo da agricultura. Os compradores destas terras seriam obrigados a conservar matas (reserva de energia e carvão vegetal), bem como espaços de vias públicas e futuras vilas.

8.3 *Lei de Terras*

A reforma, efetivamente, só viria em 1850 e mesmo assim relativamente mitigada. Antes disso, durante o primeiro reinado e a regência, muita coisa tornou-se mais urgente para uma revolução de independência que não se propunha ser uma revolução social. Quando olhamos para a história jurídica o ano de 1850 é efetivamente um marco. Antes dele, os fatos mais importantes haviam sido a outorga da Constituição, em 1824, a criação dos cursos jurídicos em 1827, a edição do Código Criminal em 1830 e do Código do Processo Criminal em 1831. Depois veio a Regência e o seu período de experimentação quase republicana, segundo alguns, com a tarefa urgente de consolidar a unidade do Império. Após a última revolução (1848, a Praieira) é que se começa a segunda etapa de institucionalização: projetos de Código Civil, Lei de Terras, Código Comercial, comentários à Constituição do Império etc. Neste meio-tempo, as terras brasileiras achavam-se em várias situações do ponto de vista legal: havia sesmarias concedidas e confirmadas, demarcadas e utilizadas, que eram a minoria; havia sesmarias concedidas, não demarcadas; havia glebas de simples posse; e, finalmente, glebas sem ocupação, que seriam revertidas ao Império (*terras devolutas*).

Não se pode confundir a posse de que se fala nesta época com a pequena posse do lavrador pobre. Posse havia também de inúmeras terras novas que se aplicavam na lavoura do café. Algumas destas terras estavam no Rio de Janeiro, seja no vale do Paraíba, seja no caminho para Minas Gerais. No que hoje é o Estado de São Paulo, por exemplo, as terras a partir da capital já eram o "oeste" paulista. Assim, a regularização da posse interessava a grandes fazendeiros. Isto explica quem promovia a lei de terras. José Murilo de Carvalho chama a atenção para o fato de que a tentativa de reformar o regime de terras partia sobretudo dos cafeicultores fluminenses. O problema era ao mesmo tempo regularizar o regime das terras e preparar o fim da escravidão, atraindo colonos estrangeiros que trabalhassem livremente e com alguma esperança de se tornar proprietários. A lei de terras começou a ser gestada em 1843, por projeto de Bernardo Pereira de Vasconcelos, que o havia preparado como membro do Conselho de Estado (Seção dos Negócios do Império) e foi apresentado à Câmara pelo gabinete conservador. Antes disso, já se havia feito uma primeira alteração no sistema pela Lei nº 317, do Registro Geral de Hipotecas (de 1843). As terras começavam a servir de garantias para empréstimos, inclusive para compra de escravos. Incentivos à colonização também se iniciaram em 1848 com a Lei nº 514.

A Lei de Terras foi aprovada modificando pontos essenciais do projeto de Bernardo Pereira de Vasconcelos. Dois deles eram fundamentais: haveria limites territoriais para as posses serem reconhecidas e seria criado um imposto territorial de 1\$500 por meio quarto de légua em quadra e aquelas terras cujo imposto não fosse recolhido por três anos contínuos voltariam à propriedade da Coroa, para venda. A Lei nº 601, de 18 de setembro de 1850, a *Lei de Terras*, dispôs o seguinte: (a) proibiu a concessão gratuita de sesmarias; (b) definiu as terras devolutas, que seriam adquiridas mediante compra feita à Coroa em hasta pública; (c) ordenou o despejo de quem fizesse derubadas ou queimadas (para evitar que se alegasse posse recente e sem cultivo); (d) definiu como *terras devolutas* as que não tivessem uso público, nem título legítimo de particular, nem houvessem sido dadas em sesmarias reválidas, bem como as que não tivessem posse legítima. As posses mansas e com cultura então existentes seriam legitimadas. A legitimação poderia ser feita levando documentos de posse ao Registro de Hipotecas. Ao mesmo tempo, a lei ordenou a discriminação de terras públicas por iniciativa do governo. Criou-se também em cada freguesia ou paróquia (repartições administrativas eclesiásticas, que serviam também de repartições públicas num Estado que tinha religião oficial) um registro de títulos de terras, que ficou conhecido como *Registro do Vigário*, no qual os possuidores declaravam a sua posse ao vigário em cada Freguesia.

O art. deamento jurídico da derada pel aldeados r

A lei f decreto de reito), dele existência c todos eles tado pelos possuidore do decreto assim a bu que até hōj cas) ficou s riam pagar

Qual c dos debate (1994:141) que a terra formar-se regime de c vimos, pel título legít vem não sé te em merc cialmente l (VIOTTI D so democr veio dos pl de Terras c direito agr substantiva instrument a Lei de Te tização da sistema de

O art. 12 da lei mandava o governo reservar terras devolutas para o aldeamento de indígenas. Começou assim um debate novo sobre o estatuto jurídico da posse originária dos índios. Teria ela sido revogada ou desconsiderada pela nova Lei? Ou seria aplicável o artigo apenas no caso dos índios aldeados novos?

A lei foi regulamentada pelo Decreto 1.318, em 30 de janeiro de 1854. O decreto de regulamentação mandava que juízes (de paz, municipais e de direito), delegados e subdelegados informassem aos presidentes de Províncias a existência de posses sujeitas a revalidação em suas respectivas jurisdições. Ora, todos eles eram agentes de poder, eleitos ou indicados, e o processo foi dificultado pelos interesses a que se ligavam seus adversários ou aliados. Os pequenos possuidores raramente poderiam influenciar no cumprimento da lei. O art. 91 do decreto impunha aos vigários abrir registro de títulos de posse e começava assim a burocratização de um sistema que veio gerar a grilagem e a falsificação que até hoje conhecemos em tantas partes. A venda de terras devolutas (públicas) ficou sujeita a preços mínimos (fixados pelo governo) que nem todos poderiam pagar e foi mesmo facultado realizar a venda fora de hasta pública.

Qual o sentido da Lei de Terras, a quem beneficiou, quem participou dos debates que precederam sua edição? Segundo Emília Viotti da Costa (1994:141), a Lei de Terras é significativa da transição de um sistema em que a terra deixa de ser domínio da Coroa e título de prestígio para transformar-se no que é modernamente, apropriável como mercadoria. Como o regime de sesmarias impusera ou a *doação* (título legítimo, conseguido, como vimos, pelos grandes senhores) ou a *ocupação* pura e simples (que não dava título legítimo e era praticada eventualmente pelos colonos), a Lei de Terras vem não só modernizar o domínio da terra (transformando-a definitivamente em mercadoria, permitindo a hipoteca e o crédito modernos) como especialmente legitimar grandes ocupações, tais como as dos fazendeiros de café (VIOTTI DA COSTA, 1994:145-146) e não simplesmente permitir um acesso democrático à terra por parte de quem quer que fosse. A defesa do projeto veio dos plantadores de café de Minas, Rio e São Paulo. Neste sentido, a Lei de Terras confirma aquilo que James Holston aponta como característica do direito agrário e fundiário no Brasil: produzir complexidade procedimental e substantiva insolúvel, que termina por legalizar a grilagem, tornando-se um instrumento de desordem calculada (HOLSTON, 1991:695). Nestes termos, a Lei de Terras, sancionada no auge do Segundo Reinado, não é a democratização da terra brasileira, mas o seu *cercamento*, isto é, o estabelecimento do sistema de propriedade em evolução, exclusivista e mercantil.

O resultado da lei foi mínimo no que diz respeito a separar terras privadas e terras públicas (devolutas). José Murilo de Carvalho noticia os muitos relatórios dos Ministros do Império sobre o assunto, “um contínuo reafirmar das frustrações dos ministros e dos funcionários das repartições encarregadas de executar a lei frente aos obstáculos de vária natureza”. Sem o imposto territorial, sem penas adequadas e fortes, a lei não se cumpriu. Não é à toa que hoje, no Brasil, ainda se encontrem conflitos de terras sobre áreas jamais devidamente regularizadas e não só em terras novas, na fronteira agrícola como se diz, mas em regiões de ocupação já secular.

Os dados a seguir, tirados da pesquisa de José Murilo de Carvalho, mostram bem o problema essencial do Estado brasileiro, ou seja, sua incapacidade de aplicar universal e igualmente as leis aprovadas. Em 1855 apenas dez províncias tinham dados imprecisos sobre as terras devolutas. A Repartição Geral de Terras Públicas, encarregada das demarcações, foi extinta em 1861 e a Diretoria que a substituiu, em 1863, contava com 10 funcionários na Corte e 25 no resto do País, 14 engenheiros em 11 províncias e 17 juizes comissários. As sucessivas prorrogações de prazo para registro e regularização, segundo o relatório do ministro em 1875, faziam crer aos fazendeiros que “nunca seriam privados de suas terras”. Aos poucos, reconheceu-se que a lei era letra morta, que os “proprietários” tratavam os agentes do governo como espoliadores. O próprio registro do vigário era pouco confiável, ou porque os vigários eram eles mesmos proprietários, ou porque a Igreja era uma das grandes proprietárias. Em resumo, sem fazer cumprir a lei, o Brasil não conseguiu rivalizar com outros países que se abriam à imigração estrangeira: a qualidade das terras dos Estados Unidos era melhor, a escravidão havia sido abolida (logo não havia a concorrência de dois regimes de trabalho no campo) e a facilidade de aquisição era muito maior. O relatório do ministro, de 1869, resumia: “A história da imigração no Brasil compõe-se de uma longa série de tentativas, todas mais ou menos abortadas” (CARVALHO, 1996:303-325).

Do
INC

“Vivenc
vida civ
Ascend
na pen
te. Iludi
copistas
tornam
cias da
de viver
grantes
los...” (

1 Institu:

A Repú
lugar, a fede
e introduz u
ção judiciári
República se
ram reorgan
dica continu