

XIV CONGRESO DEL INSTITUTO INTERNACIONAL
DE HISTORIA DEL DERECHO INDIANO

DERECHO, INSTITUCIONES Y PROCESOS HISTÓRICOS

TOMO I

José de la Puente Brunke / Jorge Armando Guevara Gil
Editores

Capítulo 29



Derecho, Instituciones y Procesos Históricos

XIV Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano

Primera edición, agosto de 2008

Edición de José de la Puente Brunke y Jorge Armando Guevara Gil

© Instituto Riva-Agüero de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2008

Jirón Camaná 459, Lima 1

Teléfono: (51 1) 626-6600

Fax: (51 1) 626-6618

ira@pucp.edu.pe

www.pucp.edu.pe/ira

Publicación del Instituto Riva-Agüero N° 247

© Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2008

Av. Universitaria 1801, Lima 32 - Perú

Teléfono: (51 1) 626-2650

Fax: (51 1) 626-2913

feditor@pucp.edu.pe

www.pucp.edu.pe/publicaciones

Foto de cubierta: Estantería de la Dirección del Instituto Riva-Agüero (Lima)

Diseño de interiores y cubierta: Fondo Editorial

*Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio,
total o parcialmente, sin permiso expreso de los editores.*

ISBN Tomo I: 978-9972-42-857-9

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2008-09998

Impreso en el Perú - Printed in Peru

INOVAÇÃO LEGISLATIVA E UNIFICAÇÃO JURISPRUDENCIAL COMO INSTRUMENTO DE RACIONALIZAÇÃO NO BRASIL POMBALINO E PÓS-POMBALINO, 1750-1808 (O CASO DA JUSTIÇA E DO DIREITO)

Arno Wehling
Maria José Wehling

É bastante conhecida da historiografia a tendência à centralização política e à centralização administrativa, observável na maior parte dos estados europeus no século XVIII, particularmente a partir de meados da centúria.¹ Identificada, por alguns autores oitocentistas como exercício do «despotismo esclarecido», estas ações visavam, na sua forma extrema, «tudo nivelar ante o rei», na expressão de um historiador português.²

No caso da administração colonial do Brasil, a partir do consulado pombalino, iniciado em 1750 e até a instalação do governo metropolitano no Rio de Janeiro, em 1808, pode-se reconhecer esta tendência.

Os esforços para a centralização política evidenciaram-se com a transferência do governo vice-reinal para o Rio de Janeiro, em 1763 e a extinção do estado do Maranhão, em 1774. Se bem que tais atos políticos, por diferentes razões, a começar pelas dificuldades concretas das comunicações e pelo caráter de arquipélago que tomara a colonização portuguesa, não tivessem correspondido a uma efetiva centralização do poder público, ainda assim indicam a existência de uma vontade política neste sentido.³

¹ J. CASTELANO et al., *La pluma, la mitra y la espada, estudios de historia institucional en la edad moderna*, Madrid, M. Pons, 2000; Emmanuel Le Roy LADURIE, *L'Ancien Régime*, Paris, Puf, 1994; O Estado monárquico, São Paulo, Cia. Letras, 1994; Horst PIETTSCHMANN, *Die Staatliche Organisation des Kolonialen Iberoamerika*, Stuttgart, Klett-Cotta, 1980; Arno WEHLING, *Administração portuguesa no Brasil, 1777-1808*, Brasília, Funcep, 1986, «O funcionário colonial», in Mary del PRIORI, *Revisão do Paraíso*, Rio de Janeiro, Campus, 2000; Enrique MARTÍNEZ RUIZ, e Magdalena PAZZIS PI, *Instituciones de la España moderna*, Madrid, Actas, 1996; Ian KIENIEWICZ, et al., *Estructura y formas de poder en la historia*, Salamanca, US, 1991; Manuel FERNÁNDEZ ALVAREZ et al., *Pueblos, naciones y estudios en la historia*, Salamanca, US, 1994; Benjamín GONZÁLEZ ALONSO, *Sobre el estado y la administración de la Corona de Castilla en el Antiguo Régimen*, Madrid, Siglo XXI, 1981; Bernard BARBICHE, *Les institutions de la monarchie française à l'époque moderne*, Paris, PUF, 1999; Roland MOUSNIER, *Les institutions de la France sous la monarchie absolue*, Paris, PUF, 1996; Ronald ASCH e Heinz DUCHHARDT, *El absolutismo. Un mito*, Barcelona, Idea Books, 2000; Nicholas HENSHELL, *The Myth of Absolutism: Change and Continuity in Early Modern European Monarchy*, Londres, UOP, 1992.

² Antonio de Oliveira MARQUES, *História de Portugal*, Lisboa, Ágora, 1975, p. 375.

³ Arno WEHLING, *Administração portuguesa no Brasil, 1777-1808*, Brasília, Funcep, 1986, p. 10 ss; «A Bahia no contexto da administração ilustrada, 1750-1808», in *Anais do IV Congresso de História da Bahia*, Salvador, IHGB, 2001., vol. I, p. 249 ss.

Quanto à centralização administrativa, o estado português, na metrópole⁴ como no Brasil, procurou tomar medidas que traduziam idênticos interesses e preocupações, em diferentes setores.

No plano fazendário, procurou unificar políticas e práticas com a criação das juntas de fazenda das capitanias, que emulavam o centralizador Erário Régio criado em Portugal. Por diversas evidências, pode-se constatar a existência de um «cartesianismo fazendário» no mundo luso-brasileiro, de que foi o melhor exemplo —freqüentemente mais no plano das intenções do que no dos resultados— o Ministro Rodrigo de Sousa Coutinho, já no período pós-pombalino.⁵

No plano militar, às tentativas de organizar um exército profissional tanto na metrópole como na colônia juntaram-se os esforços para criar um sistema defensivo integrado, envolvendo milícias e ordenanças locais e tropa paga portuguesa.⁶

No plano da política religiosa, o regalismo efetivamente chegou ao Brasil neste período, aprofundando o Padroado tradicional e reinterpretando— o a favor de uma perspectiva estatista. A ação de governadores e vice-reis contra as ordens religiosas, além da mais notória expulsão dos jesuítas, deu o tom desta política em que o clero secular era visto como parte do funcionalismo público e o clero regular como simplesmente inútil.⁷

No plano mais geral do que se costumava chamar, à época, de «governo», muitas ações no âmbito da educação, da cultura, da saúde pública, da política indígena, da política fundiária e outras revelaram o afã já quase *burocrático* de impor à sociedade um modelo racionalizador.⁸

Finalmente, no âmbito de mais tradicional responsabilidade dos monarcas egresos da idade média, a distribuição da justiça aos súditos, evidenciou-se também uma fortíssima ação centralizadora, em que se mesclaram objetivos políticos e administrativos.

A justiça, conforme se exercia nas monarquias dos séculos XVI e XVII, tem sido estudada pela historiografia mais recente, a partir de um esquema interpretativo que compreende um conjunto de «justiças», encimada pela real. Sob a forma de justiça concedida, mas correspondentes a uma multiplicidade de poderes concorrentes oriundos da Idade Média em diferentes regiões europeias, percebe-se a existência de uma *pluralidade de jurisdições*. Junto, e as vezes contra a justiça real, exerceu-se a justiça

⁴ José SUBTIL, «Os poderes do centro», in Antonio Manuel HESPANHA, *O Antigo Regime, História de Portugal* (José Matoso), Lisboa, Estampa, 1993, v. IV, p. 171.

⁵ André Mansuy Diniz SILVA, Introdução, in D. Rodrigo de Sousa COUTINHO, *Textos políticos, econômicos e financeiros, 1783-1811*, Lisboa, Banco de Portugal, 1993, v. I, p. XI.

⁶ Martinho de Melo e CASTRO, «Instruções ao vice-rei Luís de Vasconcelos e Sousa», in Francisco Adolfo VARNHAGEN, *História Geral do Brasil*, São Paulo, Melhoramentos, 1975, v. IV, p. 286; WEHLING [3], p. 187 ss.

⁷ ARNO WEHLING [3], p. 173.

⁸ *Ibidem*, p. 25 ss. e 73 ss. Sobre a questão do «governo» na América hispânica, cf. Ricardo ZORRAQUIN BECÚ, *La organización política argentina en el periodo hispánico*, Buenos Aires, Perrot, 1981, p. 52 ss.

senhorial, a justiça municipal e a justiça eclesiástica. Elas conviviam, ademais, com diferentes foros e privilégios que produziam a aquisição de direitos, os quais a justiça real não podia ignorar, sob pena de aproximar-se perigosamente da tirania.⁹

Correspondente a essa *pluralidade de justiças*, admite-se uma *pluralidade de direitos*, quer vistos sob o ângulo dos fortes, quer como normas aplicadas em suas respectivas esferas.¹⁰

Sem ignorar os esforços de afirmação da justiça real desde a Baixa Idade Média por meio de ordenações reais e a ação de corregedores judiciais, entre outras formas de atuação, é imperioso constatar a eficácia desta explicação relativizada da jurisdição do monarca, que reflete o próprio exercício de um poder relativo e não tão «absoluto» como a historiografia liberal havia imaginado.

Esse esquema explicativo, com alguns ajustes ditados pelas circunstâncias coloniais, pode ser sem dúvida aplicado ao Brasil dos séculos XVI a XVIII.

Ora, as ações centralizadoras efetivadas na Europa no século XVIII com o objetivo de enquadrar a multiplicidade de justiças e direitos, foram estendidas, pelo menos no mundo iberoamericano, às colônias. Com isso, no mundo luso-brasileiro, geraram conflitos e tensões cuja riqueza de situações tem sido pouco estudada até aqui.

1. O NOVO SENTIDO DA LEI

No Brasil pombalino e pós-pombalino (1750-1808) foram adotadas medidas em sintonia com a política metropolitana e com procedimentos semelhantes aos tomados em relação às demais colônias portuguesas. Um segundo Tribunal de apelação, instalado no Rio de Janeiro, em 1752 e a criação de novas Juntas de Justiça, representaram no nível institucional a tradução desta política da afirmação do poder real. No caso daquele, inclusive pelo exercício de atividades extra-jurisdicionais que o faziam ser, também, um órgão de governo, auxiliar direto do governador e, posteriormente, do vice-rei.¹¹

⁹ Arno WEHLING e Maria José WEHLING, «Atribuições e limites da justiça colonial», in Maria Beatriz Nizza da SILVA (ed.), *De Cabral a Pedro I — aspectos da colonização portuguesa no Brasil*, Porto, Universidade Portucalense, 2001, p. 247; Ph. SUEUR, *Histoire du droit public français*, Paris, PUF, 1989, v. II, p. 161 ss. Antonio Manuel HESPANHA, «Lei e justiça: história e prospectiva de um paradigma», in A. M. HESPANHA (ed.), *Justiça e litigiosidade: história e prospectiva*, Lisboa, FCB, 1993 p. 7ss.

¹⁰ SUEUR [9], v. I, p. 10ss.; R. C. von CAENAGEN, *Uma introdução histórica ao direito privado*, São Paulo, Martins Fontes, 1995, p. 39 ss.; VÍCTOR TAU ANZOÁTEGUI, *El poder de la costumbre*, Buenos Aires, IHD, 2001, p. 85 ss.

¹¹ Arno WEHLING e Maria José WEHLING, «As origens do Tribunal da Relação do Rio de Janeiro, in Anais da Reunião Anual da Sociedade Brasileira de Pesquisa Histórica, Curitiba, 1995, pp. 145ss; Arno WEHLING e Maria José WEHLING «Atividades políticas do Tribunal da Relação do Rio de Janeiro, *Anais da Reunião da Sociedade Brasileira de Pesquisa Histórica*, Curitiba, 1999, p. 250 ss.

Contudo, mais do que tais medidas, foi significativa a adoção de uma nova atitude das autoridades públicas ante a lei, que pode resumir-se no seu crescente primado ante as demais fontes do direito.

O fenômeno, geral na Europa ocidental e central, certamente traduziu o conjunto de transformações sociais, econômicas e intelectuais que hoje em dia recebem o rótulo genérico de «crise do Antigo Regime». Ela consistiu, basicamente, no paulatino alargamento da atuação da lei como fonte do direito e —não menos importante— emanação do poder real, em detrimento de seus concorrentes tradicionais: os costumes locais; as normas emitidas por outros «poderes», como os dos senhores e da Igreja; as doutrinas divergentes que refletiam interesses dominantes; e a jurisprudência dispersiva e conflitante.

O próprio conceito de lei sofreu mudança substancial em sua natureza. Antonio Manuel Hespanha,¹² para Portugal e Victor Tau Azoátegui,¹³ para o mundo hispano-americano, identificaram a lei dos séculos XVI e XVII com princípios gerais, freqüentemente oriundos de categorias extra-jurídicas, como as da teologia ou da filosofia política. Esses princípios, como destacado pelo segundo autor citado, aplicavam-se aos casos concretos, num processo classificado como *casuísmo*.

No século XVIII, embora com antecedentes que poderiam ser apontados no século anterior, como foi o caso de Domat e Leibnitz, o conceito de lei alterou-se semanticamente. A lei passou a ser concebida dentro de um sistema de leis, articuladas umas às outras e necessariamente compostas, harmonizadas e auto-equilibradas. Além disso, a lei passava a ser um elemento genérico e abstrato, não correspondendo ao caso particular, mas aplicando-se a todas as situações semelhantes.¹⁴

Em conseqüência, logicamente, as demais fontes, ou sejam os costumes, as normas setoriais (como as senhoriais, eclesiásticas e corporativas) e a jurisprudência empalideciam ante a norma geral, abstrata e sistêmica. Mesmo a doutrina, ainda tão considerada no início do século XVIII nos tribunais europeus, mostrar-se-ia sob tal ótica supérflua na medida que esse «cartesianismo jurídico» insuflava na norma clareza, concisão e abrangência, tornando a lei auto-evidente e portanto facilmente aplicável à luz das «idéias claras e distintas» que presidiam sua elaboração.

Como se afirma em um texto de fins do século XVIII, referido à América espanhola: «A lei justa e sua fiel observância são as únicas fontes, donde pode originar-se a felicidade verdadeira e constante de qualquer estado... A ordem ocorre nos Estados com a lei, a ordem faz-se respeitar pela justiça das leis».¹⁵

¹² Antonio Manuel HESPANHA, *Justiça e administração entre o Antigo Regime e a Revolução*, in A. M. HESPANHA [9], pp. 381 ss.

¹³ Victor TAU ANZOÁTEGUI, *Casuísmo y sistema*, Buenos Aires, Perrot, 1992, p. 358.

¹⁴ Arno WEHLING, *Pensamento político e elaboração constitucional – estudos de história das idéias políticas*, Rio de Janeiro, IHGB, 1994, p. 5 ss.

¹⁵ TAU ANZOÁTEGUI, [13], p. 366.

A expectativa de intelectuais e burocratas ilustrados era, portanto, que houvesse um sistema de leis abstratas e gerais, que essas leis fossem relativamente poucas e de fácil entendimento; e que se tornassem capazes de atuar como instrumentos de transformação da realidade social.

Esse programa racionalista e mais precisamente newtoniano de conceber a realidade, quer ontológica, quer epistemologicamente, fundamentava— se teoricamente no sucesso da investigação filosófica e científica do século XVII e refletia a «crise da consciência europeia» estudada por Paul Hazard, bem como o drástico reducionismo das relações sociais ao mundo natural e às suas supostas regularidades mecanicistas.¹⁶

Em Portugal —e por extensão no Brasil colonial— este influxo foi representado pela lei da Boa Razão, de 18 de agosto de 1769. Dez anos antes, porém, já se esboçavam os primeiros desígnios de um novo espírito legislativo.

A lei de 28 de junho de 1759, determinando que o ensino jurídico se pautasse pelo praticado nas «nações polidas da Europa» apontava neste sentido. No documento considerava-se necessário reduzir as discussões doutrinárias e «as discórdias provenientes da contrariedade de opiniões».¹⁷

A Lei da Boa Razão partia da primazia absoluta da vontade real, entendendo-a como fiel intérprete da vinculação da norma jurídica à própria natureza da realidade. O problema que procurava resolver estava claramente enunciado no preâmbulo: «as interpretações abusivas que ofendem a majestade das leis, desautorizam a reputação dos magistrados e tem perplexa a justiça dos litigantes, de sorte que no direito e domínio dos vassallos não possa haver aquela provável certeza, que só pode conservar entre eles o público sossego».¹⁸

O modelo a seguir era mencionado no próprio preâmbulo e repetia a lei de 1759: o «de todos as nações polidas da Europa». Buscava-se, por— tanto, o «aggionamento» de Portugal em relação aos estados do norte, no que o mundo jurídico nada mais faria senão acompanhar a tendência dos intelectuais ditos «afrancesados» de gerações anteriores.

Do ponto de vista das fontes, a marca da Lei da Boa Razão foi a franca hostilidade àquelas que concorriam com as leis emanadas do soberano: o excessivo doutrinarianismo, os abusos da jurisprudência, o uso considerado desmedido do direito comum.

Deve ser observado que não obstante o espírito da Lei da Boa Razão e de suas antecessoras corresponder à *Wetanschauung* da burocracia pombalina, ele não se extinguiu com a queda do marquês de Pombal em 1777. Pelo contrário, apesar de algumas

¹⁶ «Discutimos a questão de uma filosofia ‘pronaturalista’ da história», in Arno WEHLING, *A invenção da história — estudos sobre o historicismo*, Rio de Janeiro, 2001, p. 40 ss.

¹⁷ Antonio Delgado da SILVA, *Coleção da Legislação Portuguesa*, Lisboa, Mafrense, 1820 ss., v. I. Esse aspecto já foi destacado por Nuno Espinosa Gomes da SILVA, *História do direito português — fontes*, Lisboa, FCG, 1992, p. 248.

¹⁸ Lei de 18 de agosto de 1769, in Cândido Mendes de ALMEIDA, *Auxiliar Jurídico*, Lisboa, FCG, 1985, v. II, p. 445 ss.

hesitações, essa nova normatividade impôs-se progressivamente, atestando que correspondia a um movimento reformista amplo e não apenas à vontade de um homem ou de uma corrente política.

2. AS AÇÕES

2.1 A inovação legislativa

A lei da Boa Razão pode ser considerada como o eixo dessa inovação legislativa, sem nenhum exagero. Não foi por outra razão que Baltasar da Silva Lisboa, então juiz de fora do Rio de Janeiro, nos autos de um processo considerou-a «lei maior do Reino».¹⁹ Ela receberia, assim, um status verdadeiramente constitucional, se constituição houvesse no mundo luso-brasileiro da época.

Aperfeiçoada em relação às leis anteriores desde 1759, ela espraiou sua influência para toda a ordem jurídica. Encontra-se esta influência em particular nas idas e vindas da legislação testamentária, na legislação pombalina referente aos morgadios e nas normas sobre o direito de propriedade, o direito das obrigações e o direito penal.

Podemos vê-la quer diretamente, como quando, à luz da doutrina da «boa razão», efetivamente se determinou a aplicação, por exemplo, das «leis marítimas, mercantis e costumes louváveis das nações mais ilustradas da Europa aos casos concretos».²⁰

Essa inovação legislativa, aliás, seria incompleta nos seus pretendidos efeitos se não subsidiasse, ela própria, os meios para restringir o doutrinário e a influência do direito comum e para promover, por meio dos assentos da Casa da Suplicação, a unificação jurisprudencial. E a Lei da Boa Razão o fez, bem como a legislação específica nos diferentes campos, inclusive aquela que modificou os Estatutos da Universidade de Coimbra e conseqüentemente o ensino jurídico em Portugal.²¹

A legislação inovadora efetivou-se de alto a baixo no estado português pombalino e pós-pombalino. Pode-se dizer que a convicção ilustrada do papel da lei e dos planos executados nos gabinetes governamentais para modificar a realidade social atingiu seu apogeu, no mundo luso-brasileiro, no pouco mais de meio século que medeou entre a ascensão de Pombal ao seu ministério e a chegada de D. João ao Brasil.

Ela não se restringiu estritamente ao mundo jurídico. A inovação legislativa explicitou-se de modo candente em diferentes campos de atuação do Estado.

Na economia, ela apareceu na reestruturação dos órgãos públicos fazendários, nas modificações tributárias e, sobretudo, nas diferentes políticas fomentistas levadas a

¹⁹ Processo Prior da Ordem do Carmo do Rio de Janeiro versus Juiz de Fora Baltasar da Silva Lisboa, Arquivo Nacional da Torre do Tombo, Feitos Findos, Brasil, cx. 283, m. 2, 4 e 30.

²⁰ Assento n. 340, Casa de Suplicação, in Cândido Mendes de ALMEIDA, [18], vol. I.

²¹ Arno WELHING e Maria José WEHLING, «Cultura jurídica e julgados do Tribunal da Relação do Rio de Janeiro: a invocação da Boa Razão e o uso da doutrina. Uma amostragem», in Maria Beatriz Nizza da SILVA, *Cultura portuguesa na Terra de Santa Cruz*, Lisboa, Estampa, 1995, p. 235 ss.

cabo neste meio século. Por tudo perpassava um ar pretendidamente racionalizador, profundamente hostil ao que era considerado o empirismo das práticas anteriores, daquilo que à época começava a ser chamado de «sistema mercantil» ou «mercantilismo». Passava— se a crer, às vezes, já sob influência fisiocrática e mesmo liberal, como ocorreu nas duas últimas do século XVIII, nos méritos do planejamento, da centralização e da ação fomentista do estado, variando esta em diferentes estratégias, como não existira no «mercantilismo clássico». ²²

Outros exemplos podem ser acrescidos.

As sucessivas normas que buscavam implementar práticas regalistas, com o objetivo de reafirmar o controle do estado sobre o clero secular e o clero regular, vistos, em especial este, como foco de resistência anti-estatal e entrave ao progresso econômico pela posse de propriedades improdutivas; as normas referentes à reforma educacional, com a introdução nos currículos dos cursos superiores de disciplinas e objetivos que aproximassem Portugal das transformações científicas e filosóficas correntes; e as normas propriamente administrativas, que buscavam, em alguns níveis da administração, profissionalizar e especializar os funcionários, tornando-os burocratas e rompendo com as antigas práticas prebendárias. ²³

Por outro lado, no plano do próprio direito ocorreu intensa produção legislativa, atestando a existência de um novo espírito jurídico, evidente nas áreas dos direitos das sucessões, de família, penal «econômico» das obrigações.

Alguns exemplos podem explicitar esta tendência.

No direito das sucessões a nova política tornou-se claramente evidente, tão logo a burocracia pombalina consolidou-se no poder. As razões que justificavam essa política e que continuaram válidas mesmo depois da saída do poder do marquês de Pombal, foram explicitadas em diferentes momentos. Na própria lei testamentária de 9 de setembro de 1769, no ápice do poder do ministro, afirmava-se: «Faço saber aos que esta Carta de lei virem, que sendo a sucessão ab intestato, pela qual se devolvem os bens aos parentes propínquos, agnados ou cognados, conforme a razão natural e aos ditames divinos [...] Sendo pelo contrário as sucessões testamentárias posteriores invenções do Direito das gentes: sendo as regras favoráveis às mesmas sucessões testamentárias axiomas mal entendidos». ²⁴

²² Arno WEHLING, «Fomentismo português em fins do século XVIII – doutrinas, mecanismos, e exemplificações», separata da *Revista do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro*, n. 316, 1977.

²³ Para a América espanhola, José Maria MARILUZ URQUIJO, *El agente de la administración pública en Indias*, Buenos Aires, IIMD, 1998, p. 236 ss. Para o Brasil, Arno WEHLING e Maria José WEHLING, «O funcionário colonial», in Mary del PRIORE [1], p. 50 ss.

²⁴ Lei de 9 de setembro de 1769, in *Ordenações Filipinas, aditamentos*, Lisboa, FCG, 1985, L. IV, p. 1057.

Trze anos depois, já derrubado Pombal, José Veríssimo Álvares da Silva continuava defendendo este ponto de vista, consideradas as necessidades econômicas do país: «Os princípios do direito romano, que dão a cada um a liberdade de testar a seu arbítrio, as instituições dos morgados, as infinitas aquisições que as igrejas e mosteiros tinham feito, o uso do foro, que tinha feito inalienável tudo o que tinha o mínimo encargo de missas, tinham impedido a circulação à maior parte das terras do reino».²⁵

Em nome dessa preocupação, buscou-se inovar a legislação sucessória em duas frentes principais, o direito das sucessões em geral e a questão dos morgadios.

A lei sucessória de 27 de julho de 1765 legislou sobre a herança dos falecidos nos domínios ultramarinos; a lei de 25 de junho de 1766 pela primeira vez estimulou claramente a sucessão legítima e dificultou a testamentária; a lei de 9 de setembro de 1769 aperfeiçoou a anterior e procurou enfrentar os obstáculos jurídicos que os interesses contrariados pelo ato de 1766 antepunham à sua plena execução.

O problema da imobilização patrimonial, porém, somente seria cabalmente enfrentado com o controle dos morgadios e capelas. Assim, a lei de 3 de agosto de 1770 dispôs sobre o assunto, determinando a extinção dos morgadios inferiores a 200 mil réis na Estremadura e Alentejo e 100 mil réis nas demais regiões e determinando que novas instituições dependeriam da aprovação do Desembargo do Paço. As reações nos planos social e jurídico foram intensas e o governo recuou em algumas circunstâncias. Pressões e contra—pressões continuaram no período posterior à saída de Pombal (1777).

As situações de ação governamental e reação dos prejudicados podem ser acompanhadas pela evolução da legislação, dos assentos da Casa de Suplicação e dos acórdãos dos Tribunais da Relação da Bahia e do Rio de Janeiro, no caso do Brasil. Pode-se perceber, por essas fontes, o predomínio da corrente reformista, que apenas veria sua vitória final no século XIX, já no quadro do liberalismo constitucional.

No direito de família, a inovação legislativa obedeceu a um ritmo mais lento.

Ao contrário do direito das sucessões, não existiram, no direito da família, normas inovadoras com a força e a determinação daquele. Ocorreram sem dúvida intervenções, mas estas revestiram-se de caráter mais episódico e mesmo circunstancial, até porque parte dessa normatividade era compartilhada com o Direito Canônico.

As grandes seções do direito de família português eram as do direito comum, que por sua vez remetiam para o direito romano: casamento (efetivação, dissolução, interdição, impedimentos e regimes matrimoniais), estatuto jurídico de filhos e menores e situação jurídica da mulher.

²⁵ José Veríssimo Álvares da SILVA, «Memória histórica sobre a agricultura portuguesa», in *Memórias Econômicas da Academia Real das Ciências de Lisboa*, Lisboa, Banco de Portugal, v. V, 1991, p. 188.

Em todas essas seções pode-se constatar, ao longo do período pombalino e pós-pombalino, a força do direito anterior, com intervenções punctuais do novo espírito legislativo.

A lei de 17 de agosto de 1761 referia-se às legítimas e dotes das filhas das «casas principais» e combatia os gastos suntuários nos casamentos. Buscava-se eliminar as decisões conflitantes dos tribunais portugueses em relação àqueles aspectos. O assunto permaneceu em aberto, suscitando muitas reações, enfrentadas no decreto regulamentador de 4 de fevereiro de 1765.

Outra lei do período pombalino, de 19 de julho de 1775, procurou regulamentar os casamentos clandestinos, aumentando o grau de interferência dos magistrados reais.

Outras determinações orientaram-se em idêntico sentido, de modo que esse discreto impulso inovador pode ser encontrado em três aspectos principais: a reação à política até então tolerante face à filiação ilegítima, o fortalecimento da autoridade paterna e o fortalecimento da família, especialmente no que incide sobre a legislação testamentária. Esse último aspecto certamente tem muito a ver com a expectativa dos doutrinadores mercantilistas em relação ao papel da família como um núcleo de atividade produtiva. Como já se afirmou, verifica-se que tanto o direito de família como o sucessório, neste período, submeteram-se a orientação cujos fins eram claramente políticos, sociais e econômicos, traduzidos juridicamente nas atitudes e procedimentos de inovação legislativa. Há apenas a constatar a diferença de ritmos. Se quisermos utilizar a tipologia braudeliana, pode—remos dizer que o direito da sucessões obedeceu a um ritmo mais célere, conjuntural, por suas conseqüências econômicas mais imediatas, enquanto que o direito de família pautou-se por um ritmo estrutural, de longa duração, com inovações de menor monta e mais lentamente assimiladas, uma vez que envolviam transformações de natureza social e cultural.²⁶ No âmbito do direito das obrigações, as normas contidas nas Ordenações e na jurisprudência dos tribunais, foram submetidas igualmente a uma revisão iniciada como o marquês de Pombal. A idéia que presidiu a esta revisão foi a da necessidade de racionalizar e simplificar as normas, de modo a estimular as atividades econômicas e desembaraçar os empecilhos legais que os obstavam. Também aqui era invocado o espírito das modernas nações européias, sempre afirmando o papel eminente do estado na condução da sociedade.

Geralmente emitidas sob a forma de alvarás, as normas pombalinas na matéria incidiram sobre juros (1757), prazos de arrendamento de terra (1757), apólices e negócios fiduciários (1771), prisão por dívidas (1774), doações (1775) e contratos de emprazamento de terrenos para edificação (1776). Observe-se que, além das normas de direito material, esses alvarás legislaram sobre os procedimentos processuais que

²⁶ ARNO WEHLING e MARIA JOSÉ WEHLING, «Racionalismo ilustrado e prática jurídica colonial — o direito das sucessões no Brasil, 1750-1808», in FELICIANO BARRIOS, *Derecho y administración pública en las Indias hispánicas*, Cuenca, Universidad de Castilla-La Mancha, 2002, p. 1837 ss.

deveriam ser seguidos, em ambos os casos renovando dispositivos das Ordenações ou de leis extravagantes anteriores.

O destino dessas normas, posteriormente à queda de Pombal, seguiu as demais. Após um período de reação, que envolvem a sua rejeição pura e simples ou algum tipo de transação, elas acabaram por ser efetivamente incorporadas ao universo jurídico luso-brasileiro, uma vez que foram extensamente aplicadas no então mais importante domínio ultramarino de Portugal.²⁷

Se comparado com os direitos anteriormente mencionados, o direito penal foi o campo onde mais fortemente se revelou o conflito entre o tradicional e o moderno, o mundo do Antigo Regime e o da Ilustração.

A inovação legislativa neste âmbito, sobretudo nos períodos pombalino, e pós-pombalino, concentrou-se nos aspectos novos que as transformações econômicas impunham. Assim, quando foram liquidadas as companhias pombalina, como a portuguesa das Vinhas do Alto Douro ou as de comércio criadas para o Brasil (Pernambuco e Paraíba, Grão Pará e Maranhão), verificou-se a insuficiência das normas penais tradicionais, que existiam para uma sociedade pré-industrial, no enfrentamento de situações inéditas, que envolviam práticas comerciais e financeiras muito mais sofisticadas.

Faltavam tipos penais, para usarmos expressão da dogmática jurídica posterior, que enquadrassem os comportamentos surgidos às normas de direito.²⁸

No caso das companhias de comércio, os processos de liquidação transcorreriam em Portugal, e as normas criadas praticamente ad hoc foram encaminhadas às duas Relações brasileiras então existentes, para aplicação nos processos referentes às práticas comerciais, considerado o problema da inexistência de institutos na legislação anterior ou no direito comum.

No espectro mais amplo do conjunto do direito penal, não há dúvida sobre a insatisfação de burocratas e juristas pombalinos e pós-pombalinos em relação às próprias bases do Livro V das Ordenações Filipinas.²⁹ Entretanto, exceto os aspectos mencionados, que poderiam prefigurar um «direito penal econômico»,³⁰ e o notório esforço de ampliação do poder estatal por meio do reforço de uma legislação preventiva às insurreições, não chegou a existir uma inovação legislativa de influência ilustrada no direito penal português. Houve, sim, atividade doutrinária neste sentido, bem como a comissão, atribuída a Pascoal de Melo Freire, para a primeira codificação penal do país, já concebida em moldes ilustrados. Esta, porém, não saiu do papel,

²⁷ Arno WEHLING e Maria José WEHLING, «O direito das obrigações no contexto pombalino e pós-pombalino», in *Anais da Reunião Anual da Sociedade Brasileira de Pesquisa Histórica*, Curitiba, 1999, p. 157 ss.

²⁸ Arno WEHLING e Maria José WEHLING, «Atuação penal do Tribunal da Relação do Rio de Janeiro», in *Anais da Reunião Anual da Sociedade Brasileira de Pesquisa Histórica*, Curitiba, 2001, p. 183 ss.

²⁹ Antonio Manuel HESPANHA, «Da 'justitia' à 'disciplina'». Textos, poder e política penal no Antigo Regime, in *Hespanha* [12], p. 287 ss.

³⁰ Antonio Braz de OLIVEIRA, «Memória Jurídica», in *Devassa a que mandou proceder Sua Majestade...*, Lisboa, Biblioteca Nacional, 1983, p. XVII.

correspondendo a um aggrionamento da doutrina portuguesa na matéria, sem que chegasse a possuir força de lei.

Indicativo claro das novas preocupações é a determinação da Lei da Boa Razão,³¹ na qual são pela primeira vez na história da legislação portuguesa distintos os planos do crime e do pecado, revogando-se assim s Ordenações quando estabeleciam ³²que nos casos omissos da lei, estilo ou costume do reino, sendo matéria de pecado, fosse utilizado o Direito Canônico: «E supondo-se com erro manifesto... que no fôro externo dos meus tribunais e da magistratura temporal, se pode conhecer dos pecados, que só pertencem privativa e exclusivamente ao fôro interior e à espiritualidade da Igreja [...] declarando, como por esta declaro, que aos meus sobreditos tribunais e ministros seculares não toca o conhecimento dos pecados, mas sim e tão somente o dos delitos».³³

Uma análise dos quinze principais instrumentos legislativos que modificavam as Ordenações no campo penal no período 1750-1808, demonstra que nada menos que nove reforçavam a autoridade real, voltando-se contra os seus críticos e/ou os «perturbadores da ordem pública», inclusive pela sumarização dos itens processuais, o que atesta, num primeiro momento, a política ofensiva de reforço do absolutismo no clima do «despotismo esclarecido» e, num segundo, a atitude defensiva em relação às ameaças representadas pelas seqüelas da revolução Francesa e pelo clima de insatisfação reinante no Brasil.

As ações – a reação ao doutrinário

A reação ao excessivo uso da doutrina nos processos judiciais, ocorrida em diferentes países europeus no século XVIII, foi particularmente forte no Portugal pombalino.

Em tese, as principais críticas visavam combater o que era considerado o abuso das interpretações doutrinárias do direito comum, o excessivo logicismo dos arrazoados advocatícios e das sentenças judiciais e o conseqüente formalismo imperante no direito. Na prática, debitava-se à doutrina o estímulo à postergação das decisões judiciais, a admissão e a justificação de firulas processuais, o encarecimento desnecessário das custas judiciais e o excesso de decisões contraditórias. Em nome do «sistema» os novos teóricos do direito buscavam derrubar o «casuísmo» até então imperante racionalizador, ou seja, a aplicação de princípios gerais, jurídicos e extra-jurídicos (como os teológicos, por exemplo) aos casos concretos. A lei da Boa Razão determinava expressamente sanções aos advogados que elaborassem «raciocínios frívolos e ordenados mais a implicar com sofismas... do que a demonstrar por elas a justiça das partes».³⁴

³¹ Em seu §12.

³² Livro III, título 64.

³³ Lei de 18 de agosto 1769, §12.

³⁴ *Ibidem*, §7.

A mesma lei, em seu §13, voltava-se especificamente contra o uso de Bártolo e Acúrcio, mencionados como fontes nas Ordenações e nos regimentos da Casa da Suplicação e dos tribunais da Relação, inclusive no do Tribunal do Rio de Janeiro, criado pouco antes, em 1751 e instalado em 1752. O novo espírito declarava-se desta forma: «Mando que as glosas e opiniões dos sobreditos Acúrcio e Bártolo não possam ser alegados em juízo, nem seguidas na prática dos julgadores; e que antes muito pelo contrário em um e outro caso sejam sempre as suas razões, acima declaradas, e não a autoridade daqueles, ou de outros semelhantes doutores da mesma Escola, as que hajam de decidir no Foro».³⁵

Semelhante esforço da burocracia pombalina terminou por desembocar nos planos para o estabelecimento de novas ordenações ou mesmo códigos, como já ocorria em outros estados europeus. Sobre o tema da atribuição desta responsabilidade a Pascoal de Melo Freire e os seus resultados, a historiografia jurídica portuguesa e brasileira já se debruçou em diferentes ocasiões.

Os resultados atestam, sobretudo, não obstante as propostas não terem sido transformados em lei, a fundamentação doutrinária que, tanto no direito civil como no direito penal, passava a caracterizar os esforços da renovação legislativa.

As ações: a hostilidade ao direito comum

A Lei da Boa Razão, em seu §9, observava que o uso das «leis imperiais» «se tem tomado por pretexto [...] que nas alegações e decisões se vão pondo em esquecimento as leis pátrias, fazendo-se uso somente da dos romanos».³⁶

Com efeito, as Ordenações haviam admitido o uso, como fonte subsidiária, do chamado direito comum. No entanto, o seu uso alargado, atendendo a diferentes interesses —desde as dilações processuais até a interpretação considerada excessivamente favorável à liberdade de testar— acabou por gerar uma reação em parte considerável dos juristas à época da Ilustração.

Assim, a burocracia pombalina criticou o direito comum como um traço arcaizante, herança da sociedade medieval e contra ele brandiu a «boa razão», entendida num misto de tradição aristotélico-tomista e direito racional do norte da Europa, combinação até agora ainda não cabalmente definida pela historiografia. Aliás, a grande discussão neste campo que desde fins do século XVIII envolve defensores e opositores do caráter antiromanista ou não da Lei da Boa Razão, bem como da continuidade ou ruptura da presença do direito comum após as leis pombalinas e a reforma da Universidade de Coimbra, não pode circunscrever-se às idas e vindas da legislação.

³⁵ *Ibidem*, §13.

³⁶ *Ibidem*, §9.

É preciso considerar o «direito vivo», o direito praticado nos tribunais, para melhor encaminhar o assunto.³⁷

Enquanto isso, pode-se afirmar que, no plano da legislação, foi evidente a preocupação pombalina em hostilizar o direito comum, entendido como uma das fontes dos males do estado e da sociedade portuguesa. As leis e o estatuto da Universidade não o baniram, no sentido de que o tenham taxativamente proibido; mas é inegável que procuraram circunscrevê-lo de modo rigoroso, limitando-o pela *boa razão*.

Por outro lado, a reação dos interessados, prejudicados pelas reformas, fez-se sentir também neste plano, obrigando a recuos na legislação, acentuados após a queda de Pombal. Que, porém, não se tenha regressado plenamente à situação anterior de ampla influência do direito comum, provam-no direta e indiretamente várias situações. Dentre elas, o alvará de 30 de janeiro de 1802, pelo qual se reafirmava o seu caráter subsidiário, «sendo fundado na Boa Razão» e o alvará de 16 de janeiro de 1805, que retirou a primazia do direito romano no currículo do curso jurídico de Coimbra, embora a sua reforma datasse de 1772.

As ações: os esforços pela uniformização jurisprudencial

A consciência de que era necessário um esforço complementar em apoio à nova legislação expandiu-se rapidamente na burocracia pombalina. Pareceu desde logo evidente que não bastava a enunciação clara da lei para que os fins visados fossem atingidos: as diferentes instâncias judiciais deveriam também aplicá-las de modo uniforme. Esse o papel, primordial, atribuído aos assentos da Casa da Suplicação.

A preocupação não era uma inovação pombalina, sequer do racionalismo ilustrado. Ela pode ser rastreada em momentos anteriores da justiça portuguesa, encontrando-se já nas Ordenações Manuelinas. Entretanto, foi sem dúvida no período posterior a 1750 que ela se exprimiu de modo cabal e, sobretudo, continuado.

A estratégia utilizada foi a de reforçar o disposto nas Ordenações Filipinas.³⁸ Aí se determinava que aos desembargadores da Casa da Suplicação caberia, convocados especialmente pelo Regedor, dirimir dúvidas porventura existentes, fixando entendimentos e eliminando controvérsias. Proibia-se, sob pena de suspensão, que os magistrados decidissem posteriormente em sentido contrário.

A Lei da Boa Razão, em seu §8, determinou em consequência a extensão a essas Relações do poder uniformizador da Casa da Suplicação:

Mando que, dos assentos, que sobre as inteligências das leis forem tomados em observância destas nas sobreditas Relações subalternas; ou seja por efeito das glosas dos Chanceleres; ou seja por dúvidas dos Ministros; ou seja por controvérsias

³⁷ O que se começou a fazer em Arno WEHLING e Maria José WEHLING, [21], *passim*.

³⁸ *Ordenações Filipinas*, Livro I, tít. 5, §5.

entre os advogados; haja recurso à Casa da Suplicação, para nela na presença do Regedor se aprovarem ou reprova rem os sobreditos assentos por efeitos das contas, que deles devem dar os Chanceleres das respectivas Relações.³⁹

Os assentos e acórdãos dos tribunais inferiores somente poderiam ser registrados nos respectivos livros após a anuência da Suplicação, a fim de «se ficarem observando nelas como leis gerais e impreteríveis».⁴⁰

Em seus comentários à Lei da Boa Razão o jurista Correia Teles opina que os assentos anteriores à lei de 1769 e que não tivessem sido confirmados pela Casa da Suplicação, perderiam seu vigor, já que contrariavam «um direito majestático imprescritível».⁴¹ Pelos indícios disponíveis, parece ter sido esta, também, a interpretação dominante após a promulgação da Lei da Boa Razão, em Portugal como no Brasil.

O exame dos assentos compendiados pelo jurista Cândido Mendes de Almeida entre 1769 e 1797 permite identificar a força da preocupação vinculante. De um total de 60 assentos, estabeleceu-se a seguinte proporção:

Assentos resultantes da ação da uniformização jurisprudencial

Influência direta da Lei da Boa Razão	28
Influência indireta da Lei da Boa Razão	32
Total	60

Fonte: Cândido Mendes de Almeida, *Auxiliar Jurídico*, vol. I, passim.

Entre os 28 assentos resultantes desta ação, alguns aplicavam a própria Lei da Boa Razão e outros interpretavam a legislação complementar, como as leis testamentárias (inclusive o decreto de 17 de julho de 1778, pós-pombalino) e a lei do Morgadios, de 3 de agosto de 1770.

Assentos elaborados sob a influência direta da Lei da Boa Razão

	Lei da Boa Razão	Leis Testamentárias	Lei dos Morgadios
Assento Nº	340, 345, 368, 372, 376, 377	338, 341, 343, 344, 348, 349, 353, 356, 361, 366, 367, 369, 378, 379, 395, 396	350, 354, 355, 374, 389
Total	7	16	5

Fonte: Cândido Mendes de Almeida, *Auxiliar Jurídico*, vol. I, passim.

³⁹ Lei de 18 de agosto de 1769, §8.

⁴⁰ *Idem.*

⁴¹ José Homem Correia TELES, «Comentário», in Cândido Mendes de ALMEIDA [18], vol. II, p. 453.

É fora de dúvida, portanto, a existência de um consistente, sistemático e contínuo esforço pela uniformização jurisprudencial centralizado na Casa da Suplicação. Esse esforço, por sua vez, foi corolário do intenso trabalho legislativo, que buscava racionalizar o estado português no figurino das «nações civilizadas da Europa».

As conclusões que podem ser fixadas sobre o significado efetivo dessa política racionalizadora para transformar ou não o estado e a sociedade portuguesa —seu objetivo declarado— são as seguintes:

1. A ação racionalizadora e centralizadora fez-se, não sobre a massa social amorfa ou um estado de modelo despótico oriental, mas sobre uma rede complexa de relações solidamente estabelecidas ao longo de séculos. As estruturas do Antigo Regime, sociais e de poder, receberam o impacto racionalizador, muitas vezes justificado por um retorno à tradição da qual ter-se-iam desgarrado as normas jurídicas; e o receberam com reservas mais ou menos fortes. Imaginar, como já se fez na historiografia, que essas reservas transformaram— se em reação apenas com a queda do marquês de Pombal, é um equívoco. A reação caracterizou-se, em muitos casos, já sob o domínio pombalino, e não foi simplesmente reprimida ou ignorada: as questões foram efetivamente negociadas e em várias situações houve claros recuos do governo. Os exemplos são vários, no âmbito do direito das sucessões, de família, das obrigações ou no direito penal, como se verificou.

Mais ainda: o processo repetiu-se, após o breve hiato da Vivadeira, com a burocracia pós-pombalina (cujos representantes muitas vezes simplesmente vinham do regime anterior ou concordavam com suas premissas ideológicas, senão com seus métodos), aparecendo o mesmo movimento de ação estatal, reação social e eventual recuo da administração.

Deste modo, em vez de uma explicação que considere a ação pombalina e a reação pós-pombalina após a Vivadeira, que teria provocado o retorno ao *statu quo ante*, uma outra surge como mais pertinente: *ação* (pombalina e pós-pombalina), de índole racionalizadora ilustrada; reação de setores tradicionais, privilégios e direitos adquiridos feridos; transação, com concessões do poder público e, simultaneamente, recuo de interesses setoriais e corporativos, sem que ocorresse sua eliminação.

2. Pode-se, assim, concluir que do ponto de vista dos objetivos da inovação legislativa pretendida pela elite já burocrática do estado português, inclusive no Brasil colonial, houve um claro predomínio da ação reformista ao longo de todo o período entre 1750 (ascensão do novo rei D. José I e do futuro marquês de Pombal) e 1808 (transferência da Corte de Lisboa para o Rio de Janeiro), que a curta reação anti-pombalina da Vivadeira não foi capaz de reverter. Esta ação, entretanto, teve seus limites no mundo jurídico porque

fatores estranhos a ele assim o determinaram: a permanência da sociedade estamental, do estado fundamentado em prebendas, graças e mercês, da economia pré-industrial. Somente quando sobreviveram as transformações do liberalismo constitucional, na metrópole como no Brasil, é que efetivamente reestruturou-se, na base do constitucionalismo, a ordem jurídica. 3. De qualquer modo, não é certamente desprezível o resultado reformista dessa inovação legislativa, já que apontou para alguns aspectos que continuariam na ordem do dia social, política e institucional pelos dois séculos seguintes no Brasil: o reforço ao papel legislativo do estado (depois, já no constitucionalismo, exercido por uma seção específica dele), uma crescente dissociação entre a atividade administrativa e a atividade política do estado e o ímpeto racionalizador que se estendeu tanto à esfera pública deste como à esfera privada, num esforço sistematizador pela regulação jurídica das relações sociais até então desconhecido na cultura do Ocidente.