

ISABEL - Texto nº 1 - Brasil Colônia

↳ Lopes, José Rinaldo Lima. O direito na história. SP: Max Lumenad, 2000.

TEXTO 1

02/08/17

6. As fontes do direito e as *Ordenações Filipinas*

No Brasil vigoram como leis gerais por toda nossa vida colonial as *Ordenações do Reino*, ou *Ordenações Filipinas*. Foram editadas em 1603 por Felipe II de Portugal tanto para reorganizar o direito régio português, quanto para agradar os portugueses. Como observam todos, as ordenações não foram inovadoras, restringindo-se especialmente a consolidar o que já havia nas *Ordenações Manuelinas* (de 1521) e na *Coleção de Leis Extravagantes* (obra de D. Duarte Nunes de Leão (aprovada em 1569). Antes delas, Portugal conheceu as *Ordenações Afonsinas* (1446?). Nas *Ordenações* a estrutura seguida parece ser a das *Decretais* de Gregório IX: divisão em cinco livros, cada livro contendo títulos e parágrafos. Os livros das *Decretais* dispunham respectivamente de matérias relativas ao juiz (*iudex*), ao processo (*iudicium*), ao clero, a matrimônio e a crimes (Cunha, 1995). As *Ordenações Filipinas* dispõem a respeito dos oficiais do rei no Livro I. O Livro II traz um conjunto de disposições sobre os estamentos privilegiados (nobreza, clero), fontes de direito, jurisdição e poderes, privilégios do rei, etc. O Livro III é essencialmente de caráter processual, embora seja ali que se encontrem as regras gerais sobre fontes, vigência das leis e coisas semelhantes, que auxiliavam o juiz no julgamento. O Livro IV traz muito do que hoje se considera matéria de direito civil, como as regras de contratos (compra e venda, sociedade, aluguéis e rendas da terra), relações entre servos e amos, aforamentos, censos, sesmarias, meações e parceria entre marido e mulher, empréstimos, mútuos, depósitos, fianças, doações, etc. O Livro V trata dos crimes e do processo penal.

Não se tratava de um código, no sentido moderno, mas de uma consolidação de direito real. As *Filipinas*, especialmente, são criticadas pelas

contradições e repetições, perfeitamente compreensíveis quando se sabe que nem pretendiam ser um código (não há partes gerais sobre atos, negócios, pessoas, etc.) nem desejava o rei castelhano impor novidades a Portugal, preferindo manter (consolidando) o que já havia. Daí o respeito à tradição e aos textos legislativos encontrados, que foram mantidos mesmo quando contraditórios, mesmo se levantada a hipótese de omissões e cochilos dos redatores...

As penas previstas nas *Ordenações Filipinas* consistiam no perdimento e confisco dos bens e nas multas, a prisão simples e prisão com trabalhos forçados, as galés temporárias ou perpétuas, o desterro (condenação de deixar o local do crime) e o degredo (condenação de residência obrigatória em certo lugar), o banimento ou exílio (degredo perpétuo), os açoites, a decepção de membro e as várias formas de pena de morte: morte simples (sem tortura), morte natural (forca), morte para sempre (com exposição do cadáver exposto na forca), morte atroz (com o cadáver esquartejado) e morte cruel (tortura prévia). Se as penas fossem infamantes, ou vis, a elas não poderiam ser submetidos alguns que gozavam de privilégios (os privilégios de fidalguia, de cavalaria, de doutorado em cânones ou leis, ou medicina, os juizes e os vereadores — *Ordenações Filipinas*, Livro V, Título 133, 3, ou outros previstos em diversos pontos — v.g. Livro V, Título 138).

Um dos importantes aspectos das *Ordenações* é o sistema de fontes que contém. No Livro III, Título 64 a regra é que os conflitos devem ser julgados segundo as *leis, estilos* ou *costumes* do reino para os casos ali previstos. Leis eram atos do príncipe; estilos eram os "costumes" da Casa de Suplicação, ou jurisprudência determinada e aceita pelo mais alto tribunal do reino. Os costumes eram muitos e variados, locais. Nos casos não previstos (casos de lacuna), aplicava-se o direito canônico se a matéria trazia pecado ou as leis imperiais, isto é, o direito romano, quando não era matéria de pecado. Na falta deste, valiam como regra as glosas de Acúrsio e finalmente as opiniões de Bártolo. Não era por acaso que os tribunais deviam ter não apenas as *Ordenações* mas o seu jogo de *Corpus Iuris Civilis* e de *Bártolos*. Em última instância, na falta de qualquer solução nestas fontes, o caso deveria ser remetido ao rei, que o "determinaria" e cuja decisão passava a valer como lei "para o desembargo" de outros feitos semelhantes (*Ordenações*, Livro III, Título 45, 2).

A disciplina das fontes de direito é reformada pela Lei de 18 de agosto de 1769, a *Lei da Boa Razão*. Ela proíbe o uso de Bártolo e Acúrsio, nos seguintes termos:

"Sendo certo, e hoje de nenhum douto ignorado, que Acúrsio e Bartholo, cujas auctoridades mandou seguir a mesma Ord. no parágrafo I do sobredito título, forão destituídos não só da instrução da História Romana, sem a qual não podião bem entender os textos que fizerão os assumptos dos

seus vastos escriptos; e não só do conhecimento da Philologia, e da bôa latinidade, em que fôrão concebidos os referidos textos; mas também das fundamentaes regras do Direito Natural, e Divino, que devião reger o espirito das Leis, sobre que escreverão. E sendo igualmente certo, que ou para supprirem aquellas luzes, que lhes faltavão; ou porque na falta dellas ficarão os seus juizos vagos, errantes, e sem boas razões a que se contrahissem; vierão a introduzir na Jurisprudencia (cujo character fôrão a verdade, e a simplicidade) as quasi innumeraveis questões metaphysicas, com que depois daquella Escola Bartholina se tem illaqueado, e confundido os direitos, e dominios dos litigantes intoleravelmente: mando que as glossas, e opiniões dos sobreditos Acúrsio, e Bartholo não possuão mais ser allegadas em Jufzo, nem seguidas na pratica dos Julgadores...”.

A Lei teve um impacto grande, mas não se impôs completamente o abandono do direito romano. Este continuaria a ser guardado (sem recurso a Acúrsio e Bártolo, como visto) pela *boa razão* dele, como dizia a *Ordenação* de 1603. Mas a lei nova vai definir o critério de boa razão que passará a ser aceite. Esta boa razão, diz a Lei de 1769, deve ser a que “consiste nos primitivos princípios que contém verdades essenciais, intrínsecas e inalteráveis, que a ética dos mesmos romanos havia estabelecido, e que os *direitos natural e divino* formalizaram para servirem de regras morais e civis entre o cristianismo: ou aquela boa razão que se funda nas outras regras, que de universal consentimento estabeleceu o direito das gentes para a direção e governo de todas as nações civilizadas; ou aquela boa razão que se estabelece nas leis políticas, econômicas, mercantis e marítimas que as mesmas nações cristãs têm promulgado com manifestas utilidades para o sossego público...”. Logo, o direito romano passava agora pelo filtro da modernidade e da razão moderna, jusnaturalista ou utilitarista conforme o caso. Ainda em 1812, quando se criou o Tribunal da Relação de São Luís (Alvará de 13 de maio de 1812) mandou-se prover a corte com um “Corpo de Direito Romano”.

A modernização desejada pela Lei de 1769 teve ainda outros alvos. Em primeiro lugar quanto aos costumes: passou-se a exigir que fosse também conforme à *boa razão*, que não contrariasse o direito pátrio (tentava-se aqui retirar legitimidade da *dessuetudo*, costume que revoga a lei) e que fosse antigo de pelo menos 100 anos. Os estilos da corte foram declarados como aqueles aprovados pela Casa de Suplicação (tribunal superior às relações do Porto, Bahia, Índia e Rio de Janeiro). O item 7 da Lei destacava que se haviam introduzido abusos na interpretação dos textos e tais interpretações dos advogados consistiam ordinariamente em “racionários frívolos e ordenados mais a implicar com sofismas as verdadeiras disposições das leis, do que a demonstrar por elas a justiça das partes”.

Tentava-se pôr uma nova ordem, sob a custódia do poder central e segundo novos critérios interpretativos.

Considerando-se que até 1769, quando por lei de 14 de agosto (*Lei da Boa Razão*) o sistema de fontes é alterado, o costume é uma fonte plenamente reconhecida, é claro que no Brasil os julgamentos dependeram sempre e em grande parte de tais costumes. Por outro lado, aplicaram-se aqui também muitas regras especiais. Assim no que diz respeito a esmarias a legislação para o Brasil foi especial. O mesmo no que diz respeito a relações entre senhores e servos (escravos), tanto para o caso dos índios quanto para o dos negros. A abolição da escravidão na metrópole (1773) não se aplicava ao Brasil, por exemplo. Além disso, é bom lembrar que muitos processos não tinham *figura de juízo*, eram informais, verbais, decididos por juízes eleitos nas Câmaras, que não precisavam (em certos casos) fundamentar sentenças nem dá-las por escrito (*Ordenações*, Livro I, título 65, 73).

Apesar de toda a riqueza de cargos, funções, normas, regimentos e regulação que aparecem nos documentos, impõe-se a pergunta: tudo isto efetivamente valeu, teve eficácia? Duas coisas merecem ser lembradas diante desta espécie de pergunta: a primeira diz respeito ao sentido de direito e legalidade que vigorou no Antigo Regime, a segunda ao poder ou poderes realmente existentes na sociedade brasileira.

Quanto ao primeiro ponto, é claro que a legalidade é diversa da nossa, não porque faltassem normas, mas pelo quadro dentro do qual se exercia. O Estado era jurisdicional, como já dito. A atividade de dizer o direito, segundo regras doutrinárias, costumeiras e legais era a primeira tarefa do poder, como dizem os historiadores do direito já citados anteriormente. Hespanha narra um episódio característico da mentalidade pré-liberal com relação à lei. “O influente valido de D. João V recomendava rispidamente ao desembargador Inácio da Costa Quintela: ‘Sua Magestade manda advertir V. M., que as leis são feitas com muito vagar e socego, e nunca devem ser executadas com aceleração; e que nos casos crimes sempre ameaçam mais do que na realidade mandam [...] porque o legislador he mais empenhado na conservação dos Vassallos do que no castigo da Justiça, e não quer que os ministros procurem achar nas leis mais rigor que ellas impõem’” (Hespanha, 1993:316). O rei é mais pastor e pai do que senhor e mandante.

Este mesmo sentido pode ser bem apreciado na própria lei que mandou fazer as *Ordenações*, datada de 5 de junho de 1595. Como em geral na legislação antiga, a “exposição de motivos”, os “consideranda” fazem parte do próprio texto da lei. A lei é fundamentada e seu mandamento, que só vem depois de um longo intróito justificador, diz o seguinte em determinado trecho: “E assim como a justiça é virtude, não para si, mas para outrem, por aproveitar some àqueles a que se faz, dando-se-lhes o seu, e fazendo-os bem viver, aos bons como prêmios, e aos maus com temor das