

© 2008 by Editora Atlas S.A.

1ª e 2ª edições pela Editora Max Limonadi, 3. ed. 2008

Capa: Leandro Guerra

Composição: Criter - Serviços em Textos



Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Lopes, José Reinaldo de Lima

O direito na história : lições introdutórias / José Reinaldo de Lima Lopes. – 3. ed. – São Paulo : Atlas, 2008.

Bibliografia.

ISBN 978-85-224-5178-4

1. Direito – História I. Título.

08-05754

CDD-34(091)

Índice para catálogo sistemático:

1. Direito : História 34(091)

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS – É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio. A violação dos direitos de autor (Lei nº 9.610/98) é crime estabelecido pelo artigo 184 do Código Penal.

Depósito legal na Biblioteca Nacional conforme Decreto nº 1.825, de 20 de dezembro de 1907.

Impresso no Brasil/Printed in Brazil



Editora Atlas S.A.

Rua Conselheiro Nébias, 1384 (Campos Elísios)
01203-904 São Paulo (SP)

Tel.: (0__11) 3357-9144 (PABX)

www.EditoraAtlas.com.br

SUMÁRIO

Sobre a Terceira Edição, XI

- 1 Sobre a História do Direito: seus Métodos e Tarefas, 1
 - 1 A história e a história do direito, 2
 - 2 Questões de método na história do direito, 3
 - 3 As tarefas da história do direito, 8
 - 4 Propósitos, 12
- Referências, 14*
- 2 O Mundo Antigo, Grécia e Roma, 15
 - 1 O direito nos Impérios orientais, 16
 - 2 Grécia – a ruptura de uma *ilustração* no mundo antigo, 18
 - 2.1 As formas de resolução de controvérsias, 23
 - 2.2 A lei positiva – o centro do debate filosófico, 26
 - 3 Roma, 28
 - 3.1 Do período arcaico à idade clássica, 30
 - 3.2 O processo formular e o período clássico, 34
 - 3.3 *Cognitio extra ordinem*, 39

10

AS FONTES: CONSTITUIÇÃO, E CODIFICAÇÃO NO BRASIL DO SÉCULO XIX

A maioria dos franceses lucrava com a Revolução que suprimiu privilégios e direitos auferidos por uma casta favorecida. Aqui lei alguma consagrava a desigualdade; todos os abusos eram o resultado do interesse e dos caprichos dos homens poderosos e funcionários. Mas são estes homens que, no Brasil, foram os cabeças da Revolução. Não cuidavam senão em diminuir o poder do rei, aumentando o próprio, não pensando de modo algum nas classes inferiores. (Auguste de Saint-Hilaire, *Segunda viagem do Rio de Janeiro a Minas Gerais e a São Paulo*, apud Emília Viotti da Costa, 1994:53)

O século XIX abre-se sob o signo do absolutismo ilustrado e das revoluções americana e francesa. No caso português, a experiência de modernização iniciada por Pombal havia retrocedido, mas algumas iniciativas permaneceram, como a Junta do Novo Código, que deveria reformar a legislação portuguesa. As circunstâncias também impuseram a D. João VI que continuasse alguma atividade modernizadora, mesmo que pressionado pela Inglaterra. A abertura dos portos brasileiros (1808) e a criação do Reino Unido do Brasil (1815) foram feitas dentro do espírito modernizador e ainda absolutista. José da Silva Lisboa, mais tarde Visconde de Cairu, exemplifica bem esta modernização ainda autoritária. O príncipe D. João é um benfeitor de seu reino e amplificador da liberdade de negócios dos

súditos, mas é elogiado por Cairu por conter as perniciosas idéias democráticas e revolucionárias da França.

A Revolução do Porto, de 1820, terminou por acelerar o processo de mobilização pela independência, já que os brasileiros tiveram que eleger deputados às Cortes, deputados que logo se tornaram ativos no processo de autonomia nacional e que tiveram que confrontar o interesse dos portugueses dos dois lados do Atlântico em continuar controlando o grande comércio. Em adesão à Revolução do Porto, algumas cidades do Brasil constituiram também suas Juntas Governativas, de modo que se rompia a estrutura institucional anterior. Esta adesão individual de províncias e cidades ameaçava a unidade de um projeto nacional brasileiro, pois as províncias ligar-se-iam entre si por Lisboa, antes que por si mesmas ou pelo Rio de Janeiro. Naquele momento, misturavam-se reivindicações de ordens diferentes.

Do ponto de vista da cultura jurídica, o liberalismo – como doutrina econômica mais do que política – foi um elemento-chave no discurso dos brasileiros. Não se confundia, naturalmente, o liberalismo com a democracia. Ideais democráticos apareciam sob a forma republicana, como no caso da revolução pernambucana de 1817, estiveram também presentes na crise da Abdicação, ou Revolução de 7 de abril de 1831, como a chamaram os contemporâneos. De outra forma, o liberalismo inspirou uma carta de direitos que foi incorporada à Carta Constitucional de 1824, a Constituição do Império do Brasil. Mas a Carta aceitou a divisão entre cidadãos ativos e passivos, isto é, eleitores e não eleitores. O liberalismo da independência, diz-se, foi envolvido nos mesmos temas da autonomia nacional. A democracia radical foi em geral rejeitada, tanto por medo da instabilidade, que já marcara a sucessão de regimes da França e de certo modo também as lutas internas nas repúblicas latino-americanas, quanto pelo problema sempre presente da população escrava ou de libertos, mestiços e camadas populares em geral. O liberalismo da independência foi, por isso, sobretudo a luta contra o sistema colonial, contra os monopólios e estancos, o fisco, a antiga administração da justiça, e a administração portuguesa. Uniu também os que temiam o controle exclusivo por portugueses do grande comércio. Parte deste perfil explica-se pela vida da Corte, que transplantou para o Brasil diretamente tanto os organismos superiores do reino quanto os ocupantes portugueses desses cargos mais altos. Assim se forma o partido dos brasileiros, que abriga tanto monarquistas quanto republicanos, confundidos inicialmente sob a bandeira da autonomia.

Não se pode ignorar que na ausência de partidos organizados pública e democraticamente, são as sociedades mais ou menos secretas que abrigam as lideran-

ças políticas. Neste ponto encontra-se a maçonaria. Um clube, um comitê eleitoral, uma sociedade de amigos ou confrades, diante da inexistência de corpos representativos institucionalizados não poderia gerar propriamente partidos políticos modernos. Como se sabe, os partidos vão organizar-se ao longo do processo político da democracia liberal e, mais claramente ainda, com o movimento socialista da segunda metade do século. No Brasil, como em outras partes, a maçonaria faz as vezes do partido, mas com a limitação de todos os grupos fechados: a incapacidade – ou a impossibilidade – de ampliar o debate e configurar um espaço público democrático universal. Torna-se, assim, lugar adequado para o reformismo elitista, que apesar de anticlerical seria compatível com um reformismo progressista, ilustrado, nacionalista e católico, porque, ao fim e ao cabo, paternalista para com alguns e excludente para com os não iniciados.

Proclamada a Independência, dois sentidos da luta liberal se desenvolveram: (1) contra o regalismo de D. Pedro I, o seu chamado *absolutismo*, pela liberdade da oposição e (2) contra a centralização nacional, articulada por José Bonifácio em torno das províncias mais próximas da Corte (Rio de Janeiro, São Paulo e Minas Gerais) e pelo *federalismo*, demonstrando a disputa entre as oligarquias locais. Até 1823, Bahia e Pará haviam aderido às Cortes portuguesas e não ao Príncipe Regente: ali havia tropas portuguesas estacionadas, que só foram expulsas com ações bélicas. Assegurada a independência e a união das províncias, foi preciso dissolver a Constituinte (1823) para afastar os liberais radicais, que só voltaram com a abdição (1831).

O liberalismo brasileiro dividiu-se, pois, entre liberais *radicais* e liberais *moderados*. O processo de Independência, deslançado em 1821, pode-se dizer encerrado com a abdição em 1831. Os temores de uma reunião de Brasil e Portugal desapareceram com o afastamento de D. Pedro I. O reconhecimento da soberania brasileira já se dera internacionalmente e a atividade legislativa autônoma estava em andamento. Os eventos de 1831 obrigaram, porém, à divisão e antigos líderes liberais passaram a moderados. A divisão entre absolutistas e liberais cedeu passo à distinção entre moderados e exaltados (radicais), mais tarde consolidada entre conservadores e liberais. Exemplar destas mudanças foi Bernardino Pereira de Vasconcelos. Importante legislador e condutor político, em 1838 transforma-se em líder do Regresso:

“Fui liberal, diz à Câmara dos Deputados, então a liberdade era nova no país, estava nas aspirações de todos mas não nas leis, não nas idéias práticas; o poder era tudo; fui liberal. Hoje, porém, é diverso o aspecto da sociedade: os princípios democráticos tudo ganharam e muita coisa comprometeram; a sociedade

de que até então corria o risco pelo poder, corre agora risco pela desorganização e pela anarquia. Como então quis, quero hoje servi-la, quero salvá-la e por isso sou regressista. Não sou transfuga, não abandono a causa que defendi no dia do seu perigo, de sua fraqueza: deixo-a no dia que tão seguro é o seu triunfo que até o excesso a compromete”. Evaristo da Veiga, líder da Independência, diria: “Não temo que o Brasil se despoitize, temo que se anarquize, temo mais hoje os cortesãos da generalha que aqueles que cheiram as capras ao monarca.”

Os liberais *moderados* vieram finalmente a aceitar a monarquia e puderam sobreviver no regime imperial, alertando aqui e ali, como fizera Cipriano Barata durante a Conjuração Baiana (1798), contra o perigo “dessa canalha africana” às vezes incorporada às revoluções.

Materialmente, como era esse Brasil que precisava construir seu Estado e seu direito? O primeiro censo oficial foi feito apenas em 1872, mas alguns calculavam a população entre 4.396.132, em 1819, e 5 milhões em 1825. O censo de 1872 indicou 10.112.061 (PINTO, 1978:143). As maiores cidades eram, pela ordem, Rio de Janeiro (46,9 mil habitantes em 1803, 274,9 mil em 1873), Salvador (51 mil em 1807, 129 mil em 1873), Recife (25 mil em 1810, 116 mil em 1873), São Paulo (24 mil em 1803, 31 mil em 1873), São Luís (20,5 mil em 1810), Belém (12,5 mil em 1801). Vila Rica (Ouro Preto) havia chegado a 20 mil habitantes em 1740 e caíra para 7 mil em 1804. Vila Boa de Goiás (Goiás Velho) contava 9,4 mil, e Porto Alegre 6 mil. Trabalhava-se de um país rural, claro está. Segundo José Murilo de Carvalho (1996:84), as capitais concentravam apenas 8,49% da população brasileira. Rio, Salvador e Recife juntas tinham 50% desse número. A entrada de escravos crescera ano a ano até 1849 (de 1846 a 1849 entravam cerca de 50 mil escravos por ano). Em 1873, a população escrava concentrava-se em níveis mais altos nas províncias de Minas Gerais (21,5%), Rio de Janeiro (19,7%), Bahia (11,2%) e São Paulo (11%). Os números foram arredondados e extrairdos das seguintes fontes: José Murilo de Carvalho (1996); Boris Fausto (1994); Virgílio Noya Pinto (1978); Simon Schwartzman (1982a). No final do século, o Rio de Janeiro tinha 522 mil habitantes (em 1890).

O Brasil atravessa a primeira metade do século XIX dividido por conflitos e tentativas de secessão, muito especialmente o período da regência. Só após 1848 (Revolução Praieira), cessam as tentativas de revolta. Mesmo assim, considera-se que a centralização monárquica foi suficientemente forte para dar estabilidade ao país. Uma estabilidade que conseguiu adiar sempre algumas reformas importantes, dando afinal o ar da crise latente e crônica. As mais graves tensões vieram sempre à

tona de diversas formas. Juridicamente, estes conflitos manifestaram-se nos debates em torno dos poderes das províncias, na organização judiciária (Código do Processo e sua reforma), na disputa a respeito dos limites do Poder Moderador, na “questão servil” (abolição do tráfico e da escravidão), na definição da propriedade rural e demarcação de terras devolutas (Lei de Terras e Lei das Hipotecas), no problema da religião oficial de Estado (Questão Religiosa).

Inicialmente, tudo foi feito por uma geração de letrados formados em grande parte em Coimbra (no Primeiro Reinado). Só na segunda metade do século XIX aparecem juristas formados em Olinda ou em São Paulo. A cultura jurídica brasileira é a princípio a cultura de seus legisladores (LOPES, 2003).

A primeira tarefa dos legisladores foi dotar o país de um quadro legal e institucional. Era preciso garantir as liberdades públicas escritas na carta de direitos do art. 179 da Carta Constitucional do Império, que por sua vez incorporava muito das declarações de direitos do final do século XVIII. Era preciso formar os quadros do Estado. Era necessário reformar as instituições do Antigo Regime: a justiça, o governo, a fazenda e a guerra. Em todos estes campos, houve alterações. Em todos eles as diferentes concepções políticas se enfrentaram. Os exemplos mais importantes, na primeira metade do século, foram os dois códigos promulgados: Criminal (1830) e do Processo Criminal (1832). Enquanto não se alterava a legislação, a Assembleia Constituinte pela Lei de 20 de outubro de 1823 mandou aplicar no país as leis, regimentos, alvarás e outras normas editadas pelos reis de Portugal até 1821. Entre elas, naturalmente, estavam as *Ordenações Filipinas* de 1603. Em 1824, a Carta Constitucional dispôs o seguinte sobre a codificação: “Organizar-se-á quanto antes um Código Civil, e Criminal, fundado nas sólidas bases da Justiça, e Equidade” (art. 179, XVIII).

1 A Constituição

A Independência tem lugar junto com o processo desencadeado em Portugal pela Revolução do Porto, de 1820. Muitos dos líderes da Independência haviam sido deputados brasileiros às Cortes convocadas em 1820. No Brasil, havia sido precedida pela revolução pernambucana de 1817, liderada por membros da magistratura, do clero, das classes superiores e fortemente reprimida. Seu tom republicano e autonomista tornava-a muito perigosa. Havia decretado uma constituição republicana provisoriamente (em março de 1817), que mantinha uma religião de

Estado (art. 23), mas reformava completamente a justiça (criando juízes eleitos popularmente) e estabelecia um governo parlamentar inspirado no *Diretório* francês (Executivo exercido por um Conselho). Recife foi cercada, tomada por tropas leais ao rei e iniciou-se um processo duro de repressão.

Os exemplos de revoluções bem-sucedidas eram basicamente o americano e o francês. O americano fixara-se num modelo republicano e fazia uma experiência nova de federalismo. O modelo francês era mais instável: havia produzido constituições monárquicas e republicanas. Com a restauração de 1815, fixara-se na monarquia mas não era exemplo de tranquilidade. A Espanha tinha a Constituição de Cádiz (19 de março de 1812), que se tornou o exemplo para as Cortes de 1820. Na América Latina, as novas nações eram todas republicanas. A Argentina atravessava um período de turbulência, no qual a questão federal – a relação entre as províncias e Buenos Aires – não se definia: poderia ser um exemplo, mas além de republicana e ainda instável, era a grande e potencial inimiga do Brasil por causa das questões do Rio da Prata. Os Estados Unidos eram um exemplo republicano e haviam introduzido na sua carta de direitos o Estado laico (Primeira Emenda), proibindo a existência de religião oficial e a criação de obstáculos ao livre exercício de qualquer religião. Isto, naturalmente, parecia inaceitável ao clero brasileiro, acostumado desde século ao patrocínio oficial do rei (regime do *padroado*). Como o clero era parte importante da elite letrada, sua presença precisava ser considerada. Além disso, monarquias estavam tradicionalmente associadas ao estabelecimento de religiões de Estado, seja na Europa católica, seja na Europa protestante. Em resumo, o Brasil precisava criar um modelo relativamente original. E foi mais ou menos o que aconteceu. Encilhes da Cunha chegou a dizer que o Brasil foi exemplo único de país que nasceu de uma teoria política.

Em 16 de fevereiro de 1822, já contando com o fim do Reino Unido, D. Pedro convocou um Conselho de Procuradores Gerais das Províncias que embora não fosse legislativo ou constituinte deveria examinar os grandes projetos de reformas administrativas que lhes fossem comunicados e propor as medidas e planos que parecessem mais urgentes e vantajosos ao bem do Reino Unido e do Brasil. É deste Conselho de Procuradores que sai a proposta de convocação da constituinte. Por decreto de 3 de junho de 1822 o Príncipe Regente mandou convocá-la. Em 19 de junho, baixa a Instrução para as eleições (nas paróquias). Afinal, será dissolvida em 12 de novembro de 1823. A proclamação do imperador, do dia seguinte à dissolução, mostra o *discurso da ordem* contra as tentativas dos radicais, liberais exaltados –

"As prisões agora feitas serão, pelos inimigos do Império, consideradas despóticas. Não são. Vós vedes, que são medidas de polícia, próprias para evitar a anarquia e poupar as vidas desses desgraçados, para que possam gozar ainda tranquilamente delas, e nós do sossego. Suas famílias serão protegidas pelo Governo. A salvação da pátria, que me está confiada, como Defensor Perpétuo do Brasil, e que é a suprema lei, assim o exige. Tende confiança em mim, assim como eu a tenho em vós, e vereis os nossos inimigos internos e externos suplicarem a nossa indulgência. União e mais união brasileiros, quem aderiu à nossa sagrada causa, quem jurou a Independência deste Império é brasileiro."

Em causa estavam os poderes do Executivo e do Imperador, o controle nacional das tropas, em suma, um modelo de Estado nacional. Os exaltados, segundo o Manifesto de 16 de novembro, haviam se tornado perigosamente dominantes (a facção que se havia feito preponderante) e romperiam as mínimas garantias da ordem pública.

Foi então elaborada a Carta Constitucional, outorgada em 11 de dezembro de 1823, mas jurada pelo Imperador em 25 de março de 1824. A Carta foi remetida, após o 11 de dezembro, a algumas Câmaras de Vilas para serem ouvidas sobre o projeto, substituindo-se essa manifestação à Assembleia Constituinte propriamente dita.

Em Recife, encontrou muita oposição, e Frei Caneca, revolucionário de 1817, fez um discurso exemplar dos debates políticos do tempo. O texto é um discurso que mistura análise e retórica típica dos letrados revolucionários.

"Uma constituição não é outra coisa que a ara do pacto social que fazem entre si os homens quando se ajuntam para viverem em reunião ou sociedade. Esta ara, portanto, deve conter a matéria sobre que se pactou, apresentando as relações em que ficam os que governam e os governados, pois que sem governo não pode existir sociedade. [...] Projeto de constituição é o rascunho desta ara, que ainda há de se tirar a limpo. [...] Portanto, o projeto oferecido por S. M. nada mais é do que apontamento das matérias, sobre que S. M. vai contrariar conosco" (CANECA, 1976:69).

Suas objeções ao projeto, declaradas à Câmara do Recife, são as seguintes. Em primeiro lugar, não havia determinação do território do Império, o que punha em risco a independência, já que D. Pedro poderia facilmente reunir Portugal e Brasil.

Ao dissolver a Constituinte, ao se ausentar da capital no dia 3 de maio (aniversário da instalação da assembleia) e ao dar uma festa em 31 de maio em homenagem ao aniversário de D. João, mostrava seu desprezo pela soberania do Brasil. Apontava também, a respeito, a contradição do próprio texto: de um lado o imperador juraria preservar a integridade do Brasil, por outro teria poderes – sem ouvir a assembleia geral – de ceder ou trocar o território do Império. A segunda crítica era dirigida ao caráter centralizador, que retirava das Províncias poderes de legislar sobre seu interesse, o que "as reduz a um império da China". A terceira série de críticas dizia respeito ao Poder Moderador: "invenção maquiavélica é a chave mestra da opressão da nação brasileira e o garrote mais forte da liberdade dos povos". Como o Senado seria vitalício, composto de senadores nomeados pelo imperador, e a Câmara eleitiva, mas sujeita a dissolução, diz Frei Caneca: "Eu não posso conceber como é possível, que a câmara dos deputados possa dar motivos para ser dissolvida, sem jamais poder dá-los a dos senadores. A qualidade de ser a dos deputados temporária, e vitalícia a dos senadores, não só é uma desigualdade que se refunde toda em aumentar os interesses do imperador, como é o meio de criar no Brasil, que felizmente não a tem, a classe da nobreza opressora dos povos." No mesmo espírito, "a suspensão da sanção imperial a qualquer lei formulada pela assembleia geral por duas legislaturas (art. 65) é inteiramente ruínoza à felicidade da nação, que pode muito bem depender de uma lei, que não deva admitir uma dilatação pelo menos de oito anos".

A América Latina tem este problema insolúvel de efetividade do "direito". Sobre o assunto ver, por exemplo, Jeanmaud (1984) e Garcia Villegas (1993).

Outros argumentos desqualificam a teoria política sob a qual se faz a outorga da Constituição: "É princípio conhecido pelas luzes do presente século [...] que a soberania [...] reside na nação essencialmente; e deste princípio nasce como primária a consequência que a mesma nação é quem se constitui, isto é, quem escolhe a forma de governo [...] Reclito que só a ação de escolher por si a matéria do pacto social, e dá-lo, como faz S. M., é um ato de soberania que ele não tem." Finalmente, faz menção à presença da armada que intimida a cidade:

"S. M. está tão persuadida que a única atribuição que tem sobre os povos é esta de poder da força, a quem outros chamam a última razão dos Estados, que nos manda jurar o projeto com um bloqueio à vista, fazendo-nos todas as hostilidades; por cujo motivo não se deve adotar nem jurar semelhante esboço de constituição, pois o juramento para ligar em consciência, e produzir

seu efeito, é indispensavelmente necessário ser dado em plena liberdade e sem a menor coação; e ninguém jamais obrou livremente obrigado da fome e com bocas de fogo nos peitos."

No discurso de Frei Caneca, já se encontram os temas que atravessarão o debate jurídico e político do Império: poder moderador e centralismo, soberania popular e representação política, entre outros. Afinal, algumas câmaras rejeitam o projeto. Em São Paulo, ele foi rejeitado pela de Itu, em Pernambuco pela de Recife e Olinda, o que logo a seguir desencadeou a *Confederação do Equador*.

O "projeto" ou "esboço", como o chama Frei Caneca, é finalmente jurado pelo imperador, "anuindo às representações dos povos", em 25 de março de 1824. O autor do projeto havia sido José Joaquim Carneiro de Campos, futuro Marquês de Caravala, aproveitando parte do projeto encaminhado pela Assembleia Constituinte mas também influenciado por Benjamin Constant (*Esquisses de Constitution*). É de Benjamin Constant que vem a inspiração para criar-se o quatro poderes: o Poder Moderador, completamente original porque até então todas as funções do Poder Moderador, nos diferentes países, foram dadas pela repartição de poderes e competência.

O Poder Moderador (art. 98 a 102) é definido como "a chave de toda 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 demais Poderes Políticos". O Imperador é, pois, ao mesmo tempo Chefe Supremo e Primeiro Representante da Nação, não dos grupos particulares, das vilas, das câmaras, das províncias, dos interesses facciosos, como se dizia. Ao contrário da doutrina federalista norte-americana, em que o melhor remédio para o facciosismo seria ampliar a competência e deixar ao Judiciário o arbitramento de certas disputas, o sistema brasileiro delega ao imperador uma representação não eleitoral dos interesses gerais e permanentes do todo (a nação) e não das partes (os partidos). Este poder incluía interferências no funcionamento do legislativo, seja nomeando os senadores vitalícios, seja sancionando (e vetando, claro) as leis aprovadas ou dissolvendo a Câmara dos Deputados e no Judiciário, nomeando os juizes ou suspendendo magistrados. O Poder Moderador não era defendido como um poder absoluto, mas como um remédio aos impasses do partidarismo, que se imaginavam inevitáveis na representação parlamentar. Era um remédio para a paralisia decisória ou para o predomínio de interesses particulares, mesmo que majoritários. Talvez se possa comparar este papel, que no

Brasil competia privativamente ao imperador, àquele desempenhado pela Suprema Corte norte-americana. O imperador acumulava ainda a chefia do Executivo (art. 102) exercida "pelos seus Ministros de Estado", pela qual provia cargos públicos, inclusive nomeando bispos e administrando os benefícios eclesásticos (cargos e rendas da Igreja oficial) e concedendo ou negando "benêfício aos decretos dos concílios e letras apostólicas, e quaisquer outras constituições eclesiásticas que não se opuserem à Constituição". Para fechar o círculo, o art. 99 previa que "a pessoa do Imperador é inviolável e sagrada: ele não está sujeito a responsabilidade alguma".

A este arcabouço monárquico, que sempre desagradou algumas correntes liberais que sobreviveram à crise da Regência, somava-se a limitação dos eleitores ao universo dos homens livres, com renda superior a cem mil réis, derivada de bens de raiz, indústria, comércio ou emprego, excluídos os menores de 25 anos, os filhos que vivessem na companhia dos pais, os criados de servir e os religiosos (de ordens religiosas conventuais). Além disso, as eleições eram indiretas (art. 90-97): "a massa dos cidadãos ativos" elegeria em Assembleias paroquiais os eleitores da Província e estes elegeriam os representantes (deputados gerais ou provinciais). Para ser escolhido como eleitor (ou seja, escolher os deputados), era preciso ter renda de duzentos mil réis e não ser liberto (ou seja, só os livres de nascimento) nem estar pronunciado criminalmente (em querela ou devassa, isto é, queixa particular ou denúncia pública). Para ser deputado, os limites também aumentavam: só os que tivessem 400 mil réis de renda eram elegíveis, e se excluíam os brasileiros naturalizados e os não-católicos. Assim, por diversos graus, se dividiam os cidadãos entre ativos (eleitores) e passivos (não eleitores). E entre os eleitores dividiam-se por renda, condição social e origem nacional os que votavam e os que podiam ser votados.

Em troca destas limitações da participação política, todos os brasileiros (excluídos os escravos) gozavam da cidadania passiva com as garantias da carta de direitos do art. 179 da Constituição, que se compreende dentro de uma sociedade oligárquica e patriarcal, na qual os Conselhos de Jurados, ou júris populares, por exemplo, seriam formados apenas pelos eleitores e tenderiam majoritariamente a reproduzir em suas sentenças os mesmos constrangimentos sociais e autoritarismo que se viam em toda parte.

A aplicação da lei seria sempre um problema na história brasileira. Quando Feijó é convidado a assumir a pasta da Justiça na Primeira Regência Trina, impõe um programa que os regentes assinam, conforme relata Otávio Tarquínio de Sousa. Inclui o seguinte:

“As leis são, a meu ver, ineficazes, e o processo incapaz de por ele conseguir-se o fim desejado; mas a experiência desencanará os legisladores, salvará o governo da responsabilidade moral, e o habilitará para propor medidas salutarres que removam todos os embaraços. [...] Como o governo livre é aquele em que as leis imperam, eu as farei executar mui restrita e religiosamente, sejam quais forem os clamores, que possam resultar de sua pontual execução; não só porque esse é o dever do executor, como por esperar que depois de algum tempo cessado o clamor dos queixosos, a nação abençoe os que cooperaram para a sua prosperidade” (SOLSA, 1972:35).

O esforço de Feijó, considerado autoritarismo mais ou menos definido no seu temperamento pessoal, não chegou a bom termo.

2 O Código Criminal

O Código Criminal – promulgado em 16 de dezembro de 1830 – precisava ser feito para revogar o Livro V das *Ordenações*, ainda em vigor de forma geral. Alguns princípios gerais de política penal já estavam definidos no mesmo art. 179 da Constituição do Império: abolição de açoites, tortura, marca de ferro quente e “demais penas cruéis”; a personalidade das penas (nenhuma pena passaria da pessoa do delinquente, abolido o confisco e a infâmia hereditária); as cadeias deveriam ser “seguras, limpas e bem arejadas, havendo diversas casas para separação dos Réus, conforme suas circunstâncias e natureza dos seus crimes”.

Curiosamente, devido ao caráter excessivamente rigoroso do Livro V das *Ordenações* o resultado vinha sendo o oposto do esperado. A lei excessivamente rigorosa provocava nos juizes um desejo de mitigá-la. Afinal, terminava-se com uma crescente impunidade. O depoimento de Carneiro de Campos na Assembleia, transcrito por Aurelino Leal (1922: 1143), é significativo: “O Código antigo era monstrosamente cruel, era inexequível, e por essa razão é que muitas vezes os criminosos ficam impunes. [...] Eu estive na Relação, vi muitas vezes que em regra era ‘morra por ele’ e nós nos lançávamos, portanto, num sistema oposto de que resultava uma espécie de arbitrariedade nos juizes.” A letra rigorosa e aterrorizadora da lei oculta frequentemente, numa sociedade de longa tradição leniente, um regime de hipocrisia que favorece a impunidade e, como diz Carneiro de Campos, a arbitrariedade, isto é, a aplicação conforme o gosto do julgador e a pessoa do réu. Problema que até hoje

existe entre nós, chamado por José Eduardo Faria de “aplicação seletiva da lei”, chamado por Wanderley Guilherme dos Santos de “justiça lotérica”.

O projeto do Código Criminal foi elaborado por Bernardo Pereira de Vasconcelos e havia sido precedido de um esboço (Bases do Código Criminal) apresentado por José Clemente Pereira em 1826. Clemente Pereira era magistrado letrado, bacharel em Direito, e servira como desembargador juiz de fora na Câmara do Rio de Janeiro. Seu projeto era como uma compilação ordenada do direito vigente, enquanto o de Vasconcelos era propriamente um código, inspirado explicitamente no Código Penal austríaco de 1803 (BRAVO LIRA, 2004), e elaborado de forma original. Um grande debate deu-se em torno da manutenção da *pena de morte* e de *galés*. Para alguns, a pena de morte era incompatível com a Constituição. Rebouças disse que o Estado tinha uma religião, a católica, à qual repugnava o derramamento de sangue. Além disso, o art. 179 havia proibido penas cruéis, e nada mais cruel do que a morte. A pena, dizia-se, devia fundar-se na utilidade pública e matar alguém era injustificável deste ponto de vista, argumento caro aos liberais utilitaristas. Por maioria, terminaram sendo aprovadas as duas. Um resumo deste debate encontra-se em Aurelino Leal (1922). O fato é que D. Pedro II comutou todas as penas de morte a partir de 1855 depois do erro judiciário sobre Manuel da Mota Coqueiro.

O Código tivera inspiração nas mesmas fontes da Constituição de 1824, isto é, o iluminismo penal do século XVIII, que já dera o Projeto de Código Criminal de 1786, de Pascoal de Mello Freire em Portugal, e também em 1786 o Código da Toscana (de Pedro Leopoldo). Inspirou-se também no Código Penal francês de 1810. Sua grande inspiração foi, porém, o Código Austríaco de 1803, promulgado pelo imperador Francisco, pai de Da. Leopoldina. Foi o primeiro código penal da América Latina e veio a ser traduzido para o francês como exemplar do novo direito penal a ser desenvolvido em nações civilizadas. Só foi revogado com o código de 1890 (republicano). Serviu, mais tarde, de modelo para o Código penal espanhol de 1848, um de cujos autores, Francisco Pacheco, confessava que a estrutura e arte da lei brasileira servira de guia para seu trabalho (BRAVO LIRA, 2004).

O estilo é-nos familiar e escapa àquele das *Ordenações*, casuístico a nossos olhos. Abre-se com uma parte geral sobre os crimes e as penas. O Título I define de forma abstrata o crime, os “crimes justificáveis”, o criminoso, as circunstâncias agravantes e atenuantes. A satisfação (indenização) da vítima também é objeto do Código. As penas, definidas no Título II, incluem penas de morte, galés, prisão com trabalhos, prisão simples, banimento, degredo, desterro, privação de direitos políticos, perda

de emprego público, multas. O banimento era expulsão do território do Império, com privação dos direitos de cidadão (a volta ao Império submeteria o réu a prisão perpétua). O degredo consistia na obrigação de residência em local determinado. O desterro obrigava a não entrar nos termos do local do delito ou de residência da vítima. Pena de galés obrigava o condenado a trabalhar em obras públicas, “de com calceta no pé e corrente de ferro”. Degredo e desterro controlavam-se pela ação dos juizes de paz, pois cada novo morador de um certo termo deveria reportar-se ao respectivo juizado de paz, que averiguava sua situação. Como aos juizes de paz competia também dar os *termos de bem viver* e zelar para que não houvesse vadios nas suas respectivas jurisdições, era assim – e não pelos documentos – que se tentava conservar a ordem. Naturalmente que pela extensão do território e pelo interesse de inimigos políticos, muita gente vivia se ocultando aqui e ali nas áreas menos povoadas do imenso território do Império.

Os crimes dividiam-se em públicos ou privados, conforme a vítima. Eram públicos os crimes contra a existência do império, contra o livre exercício dos poderes políticos, contra o livre gozo dos direitos políticos dos cidadãos, contra a segurança interna do império e a tranquilidade pública, contra a boa ordem e administração pública, contra o tesouro e a propriedade pública. Eram particulares os delitos contra a liberdade individual, contra a segurança individual (incluindo o homicídio – art. 192 – e contra a honra – art. 219), contra a propriedade (furto, *v.g.*), contra a pessoa e contra a propriedade (roubo). Uma última parte definia os crimes policiais, isto é, contra normas de polícia administrativa, tais como as posturas sanitárias das cidades e províncias.

Apesar de todo o empenho em dar ao país um Código liberal, é claro que o direito penal de uma sociedade desigual conservou as desigualdades. Assim é que o art. 60 conservou para os escravos a pena de açoites, expressamente extinta pela Constituição. A prática continuou a aceitar que era justificável o crime praticado pelo marido contra a mulher adúltera, pois o art. 14, § 2º, do Código Criminal dispunha que não haveria punição para o delito praticado “em defesa da própria pessoa, ou de seus direitos”, incluindo *liberdade, honra, vida e fortuna* pessoais. Justificavam-se assim muitos casos de vingança ou violência. Foram abolidos os crimes imaginários, e assim desapareceram do Código Criminal, expressamente, coisas como a feitiçaria ou a sodomia. Os delitos de opinião foram reduzidos ao “abuso de liberdade de comunicar os pensamentos” (punidos os impressores, os editores, os autores, os vendedores ou distribuidores e os que comunicassem a mais de quinze pessoas os escritos). Mas conservavam-se, como crimes policiais, celebrar cultos de outra

religião que não a católica (do Eitado), em edifícios com forma de templo ou publicamente, assim como abusar ou zombar de culto estabelecido no Império (arts. 276 e 277). Também eram crimes policiais propagar dourinas que destruíssem as verdades fundamentais da existência de Deus (art. 278), ou ofender evidentemente a moral pública (art. 279), ou “praticar qualquer ação, que na opinião pública seja considerada como evidentemente ofensiva da moral, e bons costumes, sendo em lugar público” (art. 280). A aplicação do Código ficava na competência do Conselho de Jurados (tribunal do júri) de modo que se reproduziu – debaixo do liberalismo da letra da lei – o pensamento e a moralidade dos grupos de onde provinham os jurados, em geral mais patriarcalistas e conservadores. Basta lembrar que a capacidade para ser jurado era a mesma capacidade exigida para ser eleitor: só os cidadãos ativos poderiam participar desta função considerada política.

3 O Código do Processo Criminal

O Código do Processo Criminal é a grande vitória legislativa dos liberais, logo após a abdição de D. Pedro I. Promulgado em 1832, o Código do Processo Criminal, projeto de Manuel Alves Branco, segundo Visconde de Caravelas, altera substancialmente o direito brasileiro. Põe fim, praticamente, ao sistema judicial antigo, introduz novidades completas, trazidas da Inglaterra, especificamente o Conselho de Jurados (tribunal do júri) e o recurso de *habeas-corpus*, inexistentes na tradição do direito continental. A investigação criminal das *Filipinas*, a *devassa*, de tom inquisitorial, desaparece e é substituída por um juizado de instrução, de perfil contraditório, sob a direção do juiz de paz, leigo e eleito.

O Código divide-se em duas partes. A primeira reorganiza a justiça criminal. Nela, o art. 8º extingue as ouvidorias de comarca, juizes de fora, juizes ordinários e toda outra jurisdição criminal que não fosse a do Senado (prevista na Constituição), do Supremo Tribunal de Justiça, das Relações, dos juizes militares (em crimes puramente militares) e eclesiástica (em matérias puramente espirituais). A justiça disciplinada no Código do Processo passa a contar basicamente com juizes de direito, juizes municipais, juizes de paz, promotores de justiça e jurados. Em grau de recurso, haveria Juntas de Paz ou as Relações. Art. 1874, houve apenas quatro Tribunais da Relação: Bahia (desde 1652), Rio de Janeiro (desde 1751), São Luís (de 1812) e Recife (de 1821). Para o Supremo Tribunal, havia apenas o recurso de revista. A estrutura judicial definida no Código do Processo Criminal serviria também

para justiça civil. O Código também incorporou a publicidade de todas as audiências, embora tenha conservado muito destacado o papel dos escrivães. De fato, além da definição dos cargos judiciais e do promotor, existe previsão especial sobre os escrivães e oficiais de justiça, sua escolha e competências. Antes do Código, em 1828, havia sido alterada por lei a "propriedade dos cargos de fazenda e justiça".

Os *Juizes de Direito* eram nomeados pelo imperador e atuavam na Comarca. Sua função principal era presidir o Conselho de Jurados e "aplicar a lei aos fatos" (art. 46). Substituíam os juizes de fora, eram vitalícios (perpétuos) e deviam ser bacharéis em direito, com prática de um ano no foro. Presidiam os dois júris, o de acusação e de sentença. Os *Juizes Municipais* seriam nomeados pelos presidentes de Província, entre os indicados em listas triplices feitas pelas Câmaras Municipais, por três anos, entre pessoas bem conceituadas. Ou eram formados em direito ou advogados hábeis. Nem todos os advogados eram formados em direito, pois as Relações, na falta de bacharéis, poderiam "passar provisão" para quem soubesse a prática forense (daí os "provisionados"). Substituíam os juizes de direito e não eram vitalícios (nomeados por três anos). Sua base territorial era um termo, dentro da comarca, no qual davam execução às sentenças e exerciam a "jurisdição policial". As *Juntas de Paz* compunham-se de cinco juizes de paz, recebiam recursos dos juizes de paz. *Juizes de Paz* tinham funções de polícia e de jurisdição no processo sumário (crimes policiais contra as posturas municipais e crimes cuja pena máxima fosse seis meses de prisão ou 100\$000 de multa). Eram cargos eletivos criados em 1828 (Lei das Câmaras, de 1º de outubro), que se renovavam a cada ano (art. 10). Principalmente, tiveram função investigativa, como juizes de instrução (arts. 12 e 77). Os promotores públicos eram também nomeados pelos presidentes de províncias por três anos, entre os que poderiam ser jurados, a partir também de listas feitas pelas Câmaras.

A segunda parte do Código dispunha sobre o processo em geral (prescrição, audiências, suspeições, recusações, queixa, denúncia, citação, prova, acareação, confrontação, interrogatório, fianças etc.). O processo poderia ser sumário ou ordinário. Eram sumários os processos da competência do juiz de paz, o que incluía a "formação da culpa", ou seja, a instrução das queixas. O processo ordinário era de competência do Conselho de Jurados, tanto na fase de denúncia (aceitação ou não da queixa) quanto na de julgamento. O Conselho de Jurados era presidido pelo juiz de direito. O primeiro conselho de jurados (júri de acusação ou de pronúncia) compunha-se de 23 membros. O júri de sentença tinha 12 jurados. A Constituição (art. 91) dera direito de voto apenas aos homens livres – excluídos, pois, escravos e mulheres – e ainda com as seguintes restrições: deviam ter mais de 25 anos, não

ser filhos-famílias vivendo com seus pais, nem criados de servir, nem religiosos, e deveriam comprovar renda líquida anual de cem mil réis, por bens de raiz, indústria, comércio ou empregos. Dividira os cidadãos em ativos (os eleitores) e passivos (que gozavam das liberdades civis previstas no art. 179). O mesmo vai ser aplicado aos jurados: ser jurado era ter participação ativa em um dos ramos do Estado. Por isso, o Código de Processo previu (art. 23): "Podem ser jurados todos os cidadãos que podem ser eleitores, sendo de reconhecido bom senso e probidade. Excepcionam-se os senadores, deputados, conselheiros, ministros de Estado, bispos, magistrados, oficiais de justiça, juizes eclesiásticos, vigários, presidentes, secretários de governo das províncias, comandantes das armas e dos corpos de 1ª linha."

No caso do processo ordinário, a queixa da vítima (nos crimes particulares, art. 72) ou a denúncia do Promotor Público (arts. 73 a 75) fazia-se ou ao juiz de paz, ou ao Supremo, Relações e Câmaras legislativas nos casos de sua jurisdição originária constitucional. O juiz de paz, "formada a culpa", isto é, terminada a instrução, ou julgava o caso, se fosse de sua alçada, ou o remetia ao juiz de direito, que presidiria os dois Conselhos de Jurados (art. 228). 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 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).

Desaparecida a devassa e dadas tantas atribuições ao juiz de paz eleito, o Código favorecia nitidamente as intenções descentralizadoras dos liberais e viera no bojo das reformas que culminariam com o Ato Adicional de 1834 (revisão constitucional). Era também um ataque à elite judicial que se vinha formando na Corte e em toda parte no Brasil. Os magistrados, além dos advogados, foram sempre um grupo importante na política imperial. Muitos magistrados candidataram-se a deputado e assim havia na Câmara, em 1850, 34 juizes de direito e 8 desembargadores dentre 111 deputados. O sistema de júri e de juizes de paz, aprovado durante a Regência, não iria sobreviver-lhe.

Na onda do Regresso, dois dos seus mais importantes e cultos líderes, Bernardo Pereira de Vasconcelos e Paulino José Soares de Sousa, Visconde do Uruguai, promoveram a reforma do Código, afinal aprovada pela Lei de 3 de dezembro de 1841. Era o resultado da reação dos conservadores, já expressa na Lei nº 105, de 12

de maio de 1840 (Lei de Interpretação do Ato Adicional) e na Lei nº 234, de 23 de novembro de 1841, que havia restabelecido o Conselho de Estado. Os problemas do juzado de paz foram muitos. Armitage diz:

"Tanto as municipalidades quanto os juizes de paz eram, em virtude de suas eleições, os representantes de um partido. Nos casos em que este partido estava de acordo com o governo, ia tudo bem, ainda que a administração se via sempre obrigada a tratar estas autoridades com a maior delicadeza e atenção, sem o que não se devia esperar que indivíduo algum servisse um emprego gratuitamente; e nos casos contrários, em que o partido oposto era mais forte, a autoridade do governo tornava-se pouco mais do que nominal: em vão promulgava os seus editos, não eram obedecidos" (*apud* LEAL, 1978:190).

A justiça estava, como sempre, no centro de uma disputa em torno do modelo de Estado. A reviravolta conservadora alterou substancialmente o quadro.

A lei de 3 de dezembro de 1841, reformando o Código de Processo, esvaziou as atribuições do juiz de paz. A reforma foi *centralizadora e policializante*. O imperador passava a nomear o chefe da polícia na Corte e nas províncias, escolhidos dentre desembargadores e juizes de direito. Os chefes de polícia seriam auxiliados por delegados e assumiam funções dos juizes de paz, não apenas fazendo o inquérito como também dando as sentenças de pronúncia em certos crimes, já que o art. 95 da lei aboliu o júri de acusação. Desde então a instrução criminal passou a ser matéria de polícia. As províncias, que pelo Ato Adicional haviam adquirido competências em matéria policial, perderam-nas pela lei de interpretação. O sistema manteve-se até a reforma de 1871 (Lei nº 2.033, de 20 de setembro de 1871, o *Novo Código de Processo Criminal*) que criou o *inquérito policial*. A nomeação de juizes municipais e promotores passou a ser feita diretamente pelo imperador, sem oitiva das Câmaras. Os juizes municipais serviriam por quatro anos, podendo ser reconduzidos, e os promotores serviriam pelo tempo que conviesse.

As queixas contra o Código de 1832 tinham várias procedências. Honório Hermeto Carneiro Leão, o Marquês do Paraná, dizia:

"Julgo do meu dever declarar francamente que o novo Código tem defeitos graves, que necessitam correção. [...] As melhores teorias da jurisprudência criminal da Inglaterra e dos Estados Unidos eram conhecidas dos autores do código, mas não posso deixar de dizer que a aplicação ao nosso país não foi feliz. Usou-se de formas tão absolutas, que parece que se supôs que nós

éramos um povo novo, que não tínhamos leis, que não tínhamos juizes, nem processos pendentes" (*apud* SOUSA, 1972:211).

4 Código Comercial

Em 1850, aprova-se o Código Comercial, fruto de um projeto de José Antônio Lisboa, Inácio Ratton, Lourenço Westin, Guilherme Midossi, comerciantes. Influências liberais e utilitaristas estavam já um pouco na cabeça de muitos. Mas o comércio era ainda incipiente em algumas práticas. O Código Comercial vinha pôr fim a muita coisa que existia em função das *Ordenações*. Vivia também no bojo das reformas que se faziam em outras áreas, especialmente a Lei de Terras e a Lei Eusébio de Queirós, que poria fim ao tráfico. Novos horizontes se abriam para os capitais que poderiam ser liberados do tráfico (LOPES, 2006). Poderiam ser investidos em outras coisas, conceder crédito com garantia hipotecária e organizar-se em sociedades. O Barão de Mauá, Irineu Evangelista de Sousa, está envolvido no projeto e o vê como instrumento de modernização.

O Código servirá em parte de direito privado comum enquanto não surgir o Código Civil. Se lemos os autores da época, todos eles quando chegam a determinados temas tratados nas *Ordenações*, Livro IV, começam a fazer referências ao Código Comercial. Uma obra reeditada é o livro do Visconde de Cairu, *Princípios de direito mercantil*. Publicado décadas antes do Código Comercial conservou, no entanto, influência e prestígio, servindo de instrumento de interpretação e trabalho para os advogados e juizes. O Código propriamente divide-se em três partes: (1) do comércio em geral; (2) do comércio marítimo; (3) das quebras. Na primeira parte, trata da qualidade de comerciante (pois ainda se fala do direito comercial como um direito especial de profissionais do comércio), das praças de comércio, dos auxiliares (corretores, guarda-livros etc.), dos banqueiros; em seguida trata dos contratos mer-

O recurso de revista existia originalmente nas *Ordenações Filipinas* (Livro III, Título 95) na forma de um pedido de "gratificação especial". Não era uma apelação, mas um pedido ao rei para que fosse reexaminada a causa por falsidade de provas ou por peita do juiz. Tratava-se de uma regalia (privilegio do rei) de interferir afim no processo judicial e era usada como instrumento de controle. Era, porém, difícil de ser obtida. Num certo sentido, equivalia a uma advocatória, como o *writ of error* ou o *writ of certiorari* do direito inglês. Aliás, até hoje a Suprema Corte dos Estados Unidos decide as grandes controvérsias por *certiorari*. Não há propriamente recurso para ela, mas um pedido de revisão, que ela aceita se achar relevante.

canis, com uma parte introdutória incluindo regras de interpretação e disposições gerais sobre os negócios mercantis. Estas, diz o Código, convivem com as regras do direito civil, mas é o Código Comercial quem empresta a linguagem abstrata e sistemática do século XIX ao universo do direito brasileiro. Ali se encontram as nuances sinteticamente resumidas as disposições sobre a maneira de interpretar os acordos e muita outra coisa. Dentro dos contratos mercantis, acha-se a disciplina das garantias (fiança, penhor, hipoteca). A hipoteca será tratada em lei especial em 1864, separando-se do direito mercantil.

Nesta mesma primeira parte, a disciplina das sociedades é original. A sociedade anônima ou companhia ainda depende de autorização governamental para ser estabelecida, justamente porque dissemina o capital de *risco*. Havia muitas histórias de títulos de sociedade anônima colocados em diversas praças do mundo cujos resultados haviam sido desastrosos para os investidores menos avisados. Ao mesmo tempo, a separação de patrimônio entre sociedade e sócios, que a anônima permitia, era a exceção, não a regra. Surgiam dúvidas sobre os limites de responsabilidade da companhia. O Regulamento nº 737, de 1850, previa, nas formas de execução, verdadeiros casos de prisão civil por dívida. Em 1873, houve um caso rumoroso na Corte. Uma companhia estrangeira – a *Queen Insurance*, com sede em Liverpool, Inglaterra – havia sido obrigada a pagar um sinistro de 80:000\$000. O agente da companhia fugiu para a Europa e deixou no Rio de Janeiro um simples gerente, que não encontrou em caixa mais do que alguns mil-réis. O juiz do feito expediu mandado de prisão contra o gerente e o Supremo negou-lhe *habeas corpus*. Foi então feita uma consulta à Seção de Justiça do Conselho de Estado sobre a exata compreensão do Regulamento nº 737 e das responsabilidades das companhias. A conclusão do Conselho reconheceu que o gerente não respondia pessoalmente pela dívida, que era da própria companhia, como dispunha o art. 299 do Código Comercial. Por causa disso, a detenção pessoal prevista no Regulamento nº 737 não tinha lugar. Mesmo sendo “questão que pertence à jurisprudentia dos tribunais” e declarando o parecer do Conselho que “é o poder judiciário competente para corrigir este julgado”, concluiu o aviso que a prisão do gerente era “evidentemente injusta, mas a injustiça não podia proceder de dúvidas sobre a verdadeira inteligência do art. 525 do Decreto nº 737, senão do desprezo e violação de suas disposições expressas”. Começava a impor-se, nesta segunda metade do século XIX, a figura da *pessoa jurídica*, pela qual o fundo comum dos sócios passava a ser tratado como um terceiro em relação aos sócios e a seus prepostos mesmos.

Os outros tipos de sociedade disciplinados com muita clareza (arts. 300 a 353) é que eram a regra: em todos eles havia sempre um elemento de responsabilidade do sócio com seu patrimônio pessoal. A sociedade por quotas de responsabilidade limitada não existe; será criada apenas em 1919. Enquanto no âmbito do direito civil a sociedade ainda é praticamente uma comunhão, no comercial ela já se mostra como pessoa jurídica no sentido mais moderno.

Este movimento para a definição das sociedades como pessoas jurídicas e pela responsabilidade limitada dos sócios era geral nesta segunda metade do século XIX. A companhia ou sociedade anônima havia sido aceita no Código de Comércio francês, de 1807. No entanto, ainda era uma sobrevivente das companhias privilegiadas das empresas coloniais. Neste sentido, o privilégio da responsabilidade limitada lembrava os privilégios das companhias monopolistas. Para explorar mais eficientemente a relação colonial, as potências marítimas, como Inglaterra, Holanda e Portugal haviam criado companhias com o privilégio de responsabilidade limitada, monopólio de certos produtos e capital representado por ações, ou seja, títulos transferíveis. Depois de um debate no período revolucionário, a França napoleônica aceitou as sociedades anônimas, como modelo possível de sociedade. Mas seu caráter de privilégio continuava evidente, pois todos os outros tipos sociais conservavam responsabilidade – ainda que subsidiária – dos sócios. A identificação de uma pessoa jurídica – com direitos próprios de propriedade e capacidade de agir judicialmente autonomamente – forneceu, segundo Galgano (1984), a justificativa ideológica que transformava um privilégio concedido aos capitalistas em algo “natural”, pertencente a qualquer pessoa: os direitos civis de propriedade e liberdade de contratar passam para as associações de capitalistas. Segundo ele, esta novidade reporta-se a Savigny e Gierke, que “descobrem” a personalidade jurídica moderna. O caráter privilegiado das sociedades anônimas também foi objeto de longo debate na Inglaterra, até que se generalizasse a “incorporação” para as companhias que não fossem monopolistas ou criadas pela Coroa ou pelo Parlamento (ATYAH, 1988).

Muito cedo alterou-se também a disciplina dos juros. De forma geral, eram proibidos no direito anterior (*Ordenações*, Livro IV, Título 67). Aceitavam-se em alguns casos, especialmente quando havia indenização por pactos, promessas ou contratos não cumpridos. Era lícito também cobrar juros em contratos de câmbio, sendo aplicável, em caso de dívida, o direito canônico. No entanto, por lei de 24 de outubro de 1832, foi autorizada toda a cobrança dos juros desde que convenções e provados por escrito (escritura pública ou particular). Segundo alguns autores, era o início da ruína dos murúrios. Alguns ainda discutiam a aplicação

nos contratos de empréstimo de dinheiro a juros ou outros contratos “usurários” (vendas a crédito, em geral) da *lesão enorme ou enormíssima*. De qualquer maneira, segundo Cândido Mendes, o Brasil foi a primeira nação civilizada a aceitar integralmente a doutrina utilitarista de Bentham a favor da usura.

5 Regulamento nº 737, de 1850 – o Processo Civil

Como pôr em andamento a lei comercial? Foi preciso organizar os tribunais de comércio e nels dar uma nova ordem ao processo. O ministro da Justiça, Eusébio de Queirós, poucos meses depois de sancionado o Código expediu o Decreto n. 737 (25 de novembro de 1850). Conhecido como Regulamento nº 737, serviu de fato como Código de Processo Civil do Império. Vigorou até na Primeira República. Só o Código de Processo Civil de 1939 foi capaz de substituí-lo completamente.

5.1 O direito anterior: as Ordenações

Até 1850, ressalvado o processo criminal, o regime processual ainda era o das *Ordenações Filipi-*

A ciência jurídica alemã do século XIX teve a pretensão de superar o jusnaturalismo vindo do século XVIII. De um lado afirmava a historicidade do direito, dando origem a diversas correntes de caráter sociológico. De outro lado, insistia na necessidade de esquemas ou modelos abstratos de compreensão das relações jurídicas, dando nascimento ao conceitualismo (uma jurisprudência dos conceitos) e ao formalismo. Com os avanços que se faziam na história natural (biologia), é recorrente a analogia entre direito e sociedade e organismos e formas vivas. Assim como se podiam compreender e estudar os seres vivos, classificando-os e descobrindo as leis naturais da evolução, tentou-se descobrir leis de evolução dos sistemas jurídicos. Essa espécie de naturalismo encontra-se exemplarmente no maior jurista alemão do século XIX, Rudolf von Jhering (1818-1892), que começa sua carreira adepto do conceitualismo classificatório, uma espécie de taxonomia jurídica, e termina com uma visão social quase funcionalista-biológica. Mas não se pode falar do século XIX sem mencionar Friedrich Karl von Savigny (1779-1861), que acreditava no papel dominante a ser desempenhado por professores de direito na vida jurídica de uma nação. A ciência jurídica, capaz de destilar da prática histórica e costumeira uma sintese sistemática e racionalmente explicável e transmissível passava a ser o único saber jurídico verdadeiro. Ambos, Savigny e Jhering, eram romanistas, já que o direito romano era comum a toda a Alemanha antes da unificação política (de 1871).

nas. Distinguiam-se duas formas básicas de processo: um sumário (verbal, sem de longa, sem figura de juízo) e um ordinário.

No sistema das *Ordenações*, os juizes ordinários (das câmaras, *Ordenações* Livro I, Título 65, 73) eram eleitos e não letrados. Em vários casos, decidiam informalmente, sem apelação, nem agravo, e “verbalmente, sem sobre isso fazer processo” ou tinham competência para “bem e verdadeiramente conhecer e determinar verbalmente as contendas, que forem entre os moradores da dita aldeia, de quantia até 100 réis”. Nos lugares que passassem de 200 vizinhos (*Ordenações* Livro I, Título 65, 7), teriam jurisdição nos móveis até 600 réis, sem apelação nem agravo e nos bens de raiz até 400 réis. Se a causa fosse de móveis até 400 réis, ouviam as partes e verbalmente decidiam, sem processo, e o tabelião fazia protocolo de como condenaram ou absolveram. O *Assento* (da decisão) custava até 7 réis, e a execução fazia-se por *alvará*, que custaria oito réis. Acima disso, tudo seria escrito pelo tabelião e a sentença seria por ele assinada. Além dos processos de pequena monta, podiam processar-se *sem figura de juízo*, ou seja, *sumariamente*, as *ações de força nova* (esbulho possessório dentro de ano e dia, *Ordenações* Livro III, Título 43), na tradição do *interdictio unde vi*. Sem figura de juízo queria dizer sem delonga e sem contraditório. Sobre bens de raiz de qualquer quantia, procedia-se sob a *forma do juízo*, isto é, conforme o Livro III das *Ordenações*.

No Livro III das *Ordenações*, as matérias processuais eram cheias de repetições, pois tratava-se de uma simples compilação. Distinguiam-se as questões preliminares em *exceções peremptórias* e *dilatorias* (*Ordenações* Livro III, Título 20, 15 e 16). “E querendo o réu, antes de oferecer contrariedade, embargar o processo e ser a demanda contestada com alguma das seguintes exceções peremptórias, sentença, transação, juramento, paga, quitação, prescrição, e bem assim quaisquer outras, que concluem o autor não ter aução, oferecendo-se logo prova dentro de dez dias, poderá vir com ella ao tempo que lhe foi assinado para contrariar.” “E parecendo ao Juiz que o autor não pode ter aução, absolverá o réu.” As *exceções peremptórias* apareciam outra vez definidas mais adiante (Livro III, Título 50): “Excepção peremptoria se chama aquella, que põe fim a todo negocio principal, assi como sentença, transação, juramento, prescrição, paga, quitação e todas aquellas, que nascem das convenças feitas sobre algum crime, ou injuria, ou outra qualquer aução famosa. E bem assi quaisquer outras, que concluem o autor não ter per Direito aução, para demandar.” Exceções dilatorias (Livro III, Título 49) não punham fim à lide. Apenas impediam que aquele processo específico prosseguisse. “As exceções dilatorias são em trez maneiras”, dizia o texto filipino: (a) con-

tra a pessoa do autor...; (b) contra a jurisdição do juiz...; (c) contra o processo, por exemplo quando se alega moratória, condição etc.

Obrigação de fundamentar as sentenças existia no direito português (embora não existisse em toda parte antes da Revolução Francesa):

"E para as partes sabermos se lhes convém *appellar*, ou agravar das sentenças diffinitivas, ou vir com embargos a ellas, e aos juizes da mói alçada entenderem melhor os fundamentos, por que os juizes inferiores se movem a condenar, ou absolver, mandamos que todos os nossos Desembargadores, e quaesquer outros julgadores, ora sejam Letrados, ora o não sejam, declarem especificadamente em suas sentenças diffinitivas, assim na primeira instancia, como no caso da *appellação* ou agravo, ou revista, as causas em que se fundam a condenar, ou absolver, ou a confirmar, ou revogar" (*Ordenações* Livro III, Título 66, 7).

Parece que tal norma não foi cumprida a rigor, pois o governo imperial, em Portaria de 31 de março de 1824, manda aplicar a ordenação, inclusive por causa dos princípios liberais da Constituição, como diz Cândido Mendes de Almeida (1870: 669).

Obrigação também de julgar conforme os autos e conforme a prova dos autos constava no *Código Filipino* (*Ordenações*, Livro II, Título 63): "Para que se abstraiem as demandas com guarda do direito e justiça das partes, mandamos que os julgadores julguem, e determinem os feitos *segundo a verdade, que pelos processos for provada e sabida*, ou per confissão da parte, não julgando mais do pedido pelo autor." O mesmo sentido tem a Ordenação do Livro III, Título 66: a sentença definitiva deveria julgar conforme os autos, "segundo se achar allegado e provado de huma parte e da outra, *ainda que lhe a consciência dicte outra coisa*, e elle saiba a verdade de ser em contrário do que no feito fôr provado; porque somente ao Príncipe, que não reconhece superior, he outorgado per Direito, que julgue segundo sua consciencia, não curando de allegações, ou provas em contrario, feitas pelas partes, por quanto he sobre a Lei, e o Direito não presume, que se haja de corromper por affeição". Assim, o principio da legalidade se expressa na restrição ao poder do juiz, embora não ao poder do soberano (que julga pela lei, mas se quiser e precisar também julga *da lei*, ou dispensa seu cumprimento). Ele não deveria ser juiz de consciência, mas de direito. O julgador poderia, entretanto, mandar juntar prova de que tivesse conhecimento sem as partes requererem (Livro III, Título 66).

O Livro III também definia os casos de sentença nula (*que per Direito he nenhuma*, *Ordenações* Livro III, Título 75). Eram decisões dadas em processos sem citação da parte, ou *contra sentença dada*, ou dadas por peita, preço ou falsa prova, por juiz incompetente, contra direito expresso (e a ordenação cita um exemplo, quando o juiz aceitasse que o menor de 14 anos pudesse fazer testamento ou servir de testemunha, ou algo semelhante).

O processo deveria sempre começar com o apelo do juiz à conciliação das partes (*Ordenações*, Livro III, Título 20, 1): "E no começo da demanda dirá o Juiz a ambas as partes, que antes que façam despesas, e se sigam entre elles os odios e dissensões, se devem concordar, e não gastar suas fazendas por seguirem suas vontades, porque o vencimento da causa sempre he duvidoso."

5.2 O novo direito

O Código do Processo Criminal havia já determinado alguma novidade em termos de processo civil. O Título Único sobre a administração da justiça civil com 27 artigos realizava algumas reformas. O artigo 14, por exemplo, reduziu todos os agravos ao agravo nos autos do processo: qualquer decisão não definitiva poderia ser agravada e deste agravo o juízo de apelação apenas tomaria conhecimento como preliminar. A apelação era o único recurso permitido da sentença definitiva (o *recurso de revista* era uma cassação). A fase postulatoria se consumava com a contestação, não havendo mais réplicas nem trélicas. Foram abolidos os inquiridores. Quando o processo criminal foi reformado em 1841 pelos conservadores (Lei nº 261), muita coisa voltou atrás: foram restabelecidos os agravos, as réplicas e trélicas.

O Regulamento nº 737 não alterou tão substancialmente o processo. Apenas lhe deu ordem e sistematicidade de exposição. Muitas das disposições vistas acima vão ser encontradas no Regulamento. Divide-se em três grandes partes. A primeira diz respeito ao processo comercial em geral (até a sentença); a segunda trata das execuções e a terceira dos recursos.

A primeira parte (Do processo comercial) conserva a tradição vinda das *Decretais* de Gregório IX, tratando do juízo e do juiz, da aplicação da lei comercial, do conflito de leis, da competência, e outros dispositivos. O Título II da Parte I regula a "Ordem do juízo", ou seja, o *processo ordinário* geral. Segue em grande parte a *Ordem das Filipinas*, tratando da conciliação (abolida em 1890), citação, do foro competente, da ação ordinária (ou seja, todas as não sumárias, espe-

ciais, ou executivas), das exceções (de incompetência, suspeição, ilegitimidade, litispendência e coisa julgada), da contestação, reconvenção, autoria (chamamento a juízo), oposição, assistência, das provas e presunções legais (entre as quais a coisa julgada) e presunções comuns (o que ordinariamente acontece), prova dos costumes, alegações finais, e sentenças definitivas (o art. 232 repete a obrigação de o juiz dar fundamentos). O Título III disciplina as *ações sumárias* (para recebimento de valores como despedida de tripulação, aluguéis etc.). O processo sumário deveria ter uma só audiência e seguiria para sentença (conclusão). O juiz poderia de ofício inquirir e pedir diligências, mas os depoimentos, a menos que a parte pedisse, seriam resumidos e não por extenso (art. 243). *Ações especiais* compunham o Título IV. Elas se iniciavam com a designação do prazo de dez dias para o réu pagar ou alegar sua defesa em embargos: por elas tentava-se receber o devido por notas promissórias, contratos, instrumentos líquidos, bem como depósito, penhor, soldadas (vencidas), seguros etc.

O Título VII dizia respeito aos processos preparatórios, como embargo ou arresto, detenção pessoal (formas de coação, ou de prisão civil por dívida, quando se suspeitava que o devedor tinha a intenção de ausentar-se sem pagar dívida etc.), exibição de livros e coisas, vendas judiciais (bens embargados de fácil deterioração), protestos (inclusive de letras de câmbio) etc. O Título VIII organizava o juízo arbitral.

A Parte II tratava da execução, e a Parte III dos recursos (embargos, apelações, agravos), das nulidades do processo e da sentença e do recurso próprio no caso de nulidade, isto é, o recurso de revista. Havia inicialmente duas hipóteses de revista: *nulidade manifesta* ou *injustiça notória* da sentença. A revista consistia no pedido de anulação da sentença. A sentença era nula (art. 680) se fosse dada por juiz incompetente, suspeito, peitado ou subornado; se fosse proferida contra expressa disposição de lei (a ilegalidade dos motivos não se confundia com a ilegalidade do dispositivo), fundada em instrumento falso ou dada em processo nulo (em que faltasse citação ou proferida quando já houvesse coisa julgada, ou sem o voto de um juiz que obrigatoriamente devesse votar). A *injustiça notória* consistia em violar expressamente o direito pátrio, cerceamento ou negativa de defesa ou não recebimento de agravo. Mas o Decreto nº 737 ia além e estabelecia os casos de nulidade dos contratos mercantis (art. 682). Terminava com um Título Único com disposições gerais (sobre advogados e procuradores, entre outras).

O Recurso de Revista vinculou-se, no plano político, à jurisdição do Supremo Tribunal de Justiça. Fora inicialmente disciplinado pela Lei de 18 de setembro de 1828, a mesma que criara o Supremo. Dispunha o art. 6º: “As revistas somente serão concedidas nas causas cíveis e crimes, quando se verificar hum dos dois casos: *manifesta nulidade* ou *injustiça notória* nas sentenças proferidas em todos os Juízos em ultima instancia” (grifamos). O processo no Supremo recebia ou não a concessão da revista. Se fosse concedida, os autos seriam remetidos a uma Relação designada pelo Tribunal, “tendo em vista a comodidade das partes”, mas sempre para uma corte diferente daquela que havia pronunciado a sentença a ser revista. Feita a revista, o tribunal revisor enviava os autos diretamente para o juízo de origem. A revista era, portanto, um juízo de *cassação*.

De modo geral, o Regulamento de 1850 criou uma cultura e manteve grande parte da cultura antiga. Manteve, por exemplo, os juramentos entre os meios de prova admissíveis em alguns casos e as testemunhas em grande número (podiam ser chamadas até 56 testemunhas, o normal era chamar entre 15 e 20). Elas eram inquiridas por cartas de inquirição, depositavam-se as perguntas em cartório com antecipação. As partes mesmas faziam a “audiência”, o termo era lavrado pelo escrivão e os juízes pouco compareciam. Mantivera-se um regime de provas legais (plenas e reducias). Importantíssimo na cultura jurídica foi determinar-se que cada ação correspondia a um título diferente, como visto acima (freteamento, seguro, salário), o que resultou no formalismo processual, que já se herdara dos antigos.

Uma das obras que serviram de guia prática dos juristas foi a *Doutrina das ações*, de José Homem Corrêa Telles, adaptada ao foro brasileiro por Teixeira de Freitas. Publicada inicialmente em Lisboa, em 1819, era uma análise das diversas ações existentes, cada uma com o seu nome e seu objeto. As ações se distinguem em ações de Estado, ou prejudiciais (sobre a liberdade, o estado de família e a nacionalidade), ações reais e pessoais. Distinguiam-se quanto à finalidade (repressórias, penais ou mistas). Falava-se das ações populares (legitimando qualquer do povo), e nas ações segundo sua forma (ordinárias, sumárias, executivas). Cada direito ou cada obrigação deveria ser objeto de uma ação específica. Esta mentalidade é que Ascarelli encontra ainda na sua estadia no Brasil nos anos 40, pois a reforma do sistema só se iniciou em 1939, em pleno Estado Novo.

O processo tem um objetivo político reconhecido pelos legisladores. Ele não se desliga da própria organização da magistratura que é ao mesmo tempo um poder de Estado e um instrumento social. Os liberais desejavam ampliar a participação dos

poderes locais no procedimento, por isso defenderam juízes leigos (juízes de paz e jurados), os conservadores descrejavam disciplinar tais poderes submetendo-os ao centro. A reforma do processo visa sistematizar o mar de preceitos, mas não quer ainda democratizar acesso à justiça.

6 As leis civis

Embora mandado fazer pela Constituição, o Código Civil nunca chegou a ser editado. Seria dispensável? Não era essencial para uma sociedade que se organizava sob a filosofia do constitucionalismo? É muito provável que o Brasil tenha vivido sem o código por um conjunto particular de razões. Em primeiro lugar, lembramos que na França os códigos desempenharam dois papéis fundamentais: de um lado, foram a outorga aos "cidadãos" de uma carta de direitos privados certos e claros. O Código Civil dos franceses cumpriu um papel cultural e político básico: independentemente das flutuações da conjuntura política e das reformas constitucionais, o direito civil garantia estabilidade à vida privada, vida do mercado e da propriedade, assim como à organização familiar burguesa. Por outro lado, serviria, como se viu, para superar a grande divisão da França em dois territórios: o norte de direito romano e o sul de direito romano comum.

No Brasil, esta segunda tarefa era dispensável, pois a vigência secular do direito português dera unidade ao país. Quanto ao primeiro ponto, os brasileiros tiveram para substituir o código alguns outros instrumentos, inclusive o Código Comercial, leis especiais sobre alguns assuntos relevantes, os doutrinadores e comentaristas. O Código Comercial, a partir de 1850, servia para um uso pelo menos análogo¹⁰ e como subsídio de interpretação, já moderna, para os contratos, ou para as garantias, como viesse a lei geral das hipotecas de 1864, foi o Código Comercial que forneceu critérios de entendimento e aplicação desta área (LOPES, 2006).

Enquanto não se fazia o código civil, Eusébio de Queirós propôs que se adotasse o *Digesto Português* de José Homem Corrêa Telles (PONTES DE MIRANDA, 1981:79). A obra de José Homem Corrêa Telles, de 1835, era preparatória do Código Civil português que afinal se editou em 1867. Tratava-se de um texto que reduzia à unidade, em forma de texto meio doutrinal meio legislativo, a confusão de leis de direito privado. Outro português frequentemente citado era Coelho da Rocha (*Instituições de direito civil português*, de 1848). Fazia sentido usar os textos destes portugueses, visto que as *Ordenações* continuavam em vigor aqui entre nós. Mesmo

assim, embora ao longo do século XIX os dois autores fossem bastante divulgados e conhecidos, não se aceitou a proposta de oficializá-los.

Cessadas as turbulências da primeira metade do século, houve o tempo suficiente para se pensar no Código Civil. Mais ainda, com o crescimento dos negócios do café, com novas fazendas, com a perspectiva do fim do tráfico negreiro e a liberação de capitais para investimento, construção de ferrovias, enfim, com o novo clima econômico que parecia desenharse, já convinha organizar a vida privada. Mas o código, como sabemos, só viria em 1916. O que houve foi uma organização do direito civil independentemente de uma lei geral. Nisto, coube um papel fundamental a Augusto Teixeira de Freitas.

Em 1855, firmou-se um contrato do governo imperial com Teixeira de Freitas. Pelo contrato, antes de se fazer o código civil, deveria ser organizada uma *consolidação das leis civis*. E esta foi a primeira tarefa de Teixeira de Freitas. Ora, dominavam na época dois modelos jurídicos no direito privado de tradição europeia continental. O primeiro era o francês: um código civil simples, voltado para o cidadão comum. O segundo era o modelo alemão: a “ciência do direito” de estilo pandectístico, o direito dos professores (*Professorenrecht*) voltado para a precisão da linguagem conceitual, afastada do senso comum do leigo. Esta ciência do direito não produzia um código: não havia nem mesmo um Estado nacional alemão e não houvera uma revolução burguesa. Observaram Marx e Engels a respeito da filosofia alemã do século XIX: “Naturalmente, num país como a Alemanha, onde não ocorre senão um desenvolvimento histórico miserável, estes desenvolvimentos intelectuais, estas trivialidades glorificadas e ineficazes, servem naturalmente de substitutos para a ausência de desenvolvimento histórico: incrustam-se e têm que ser combatidos” (MARX; ENGELS, 1979:65-66). Assim era o direito: na falta de capacidade da burguesia de fazê-lo pelo Estado, fazia-o pela doutrina. Objetivo dos alemães era a precisão conceitual, a generalidade e a abstração, que criavam a possibilidade de aprendizado (e ensino) abstrato.

Ora, o Código Civil francês (de 1804) havia feito época no início do século. Mas já era criticado quanto a sua técnica, sua excessiva simplicidade. Dividia-se em apenas três livros. O Livro I (artigos 1 a 515) tratava das pessoas. O Livro II (artigos 516 a 710) disciplinava de modo compreensivo o direito das coisas (Dos bens e das coisas) e das transferências de propriedade. Finalmente, o Livro III (artigos 711 a 1.281) lidava com as diferentes formas de aquisição da propriedade, inclusive regime de bens entre cônjuges, contratos, delitos, direitos reais de garantia, prescrição.

Reproduzia ainda um esquema utilizado por Domat e doutrinas de Pothier. Minha coisa havia ficado de fora e foi a jurisprudência do final do século XIX especialmente que desenvolveu a disciplina das obrigações oriundas de delitos, a teoria do enriquecimento sem causa e do abuso de direito. Cumpria o Código uma função política: permitir ao cidadão comum conhecer seus direitos e deveres com facilidade. Até o seu formato de livro de bolso tornou-se clássico. O modelo fora adotado também pela Sardenha, pelo Reino das Duas Sicílias, pela Luisitânia (Estrados Unidos), pelo Ducado de Baden (Alemanha), pelos Cantões de Vaud e Friburgo (Suíça), entre outros.

Teixeira de Freitas rejeitou o modelo francês. Ele era um erudito e profundo conhecedor da “ciência jurídica” que se fazia na Alemanha.

Terminou sendo, por isso mesmo, muito original. Conclui sua *Consolidação das Leis Civis* obtendo aprovação do governo em 1858 (pelo parecer da comissão revisora composta do Visconde de Uruguai, José Tomás Nabuco de Araújo e Caetano Alberto Soares). A *Consolidação* obedeceu à seguinte divisão das matérias: uma parte geral sobre as pessoas e as coisas; uma parte especial dividida em dois livros, o primeiro sobre os direitos pessoais, incluindo as relações pessoais em função da família e as relações derivadas dos contratos e dos atos ilícitos (espulho e dano), o segundo tratando dos direitos reais, inclusive a matéria de sucessões, e direitos reais de garantia.

Pode-se dizer que os projetos de Teixeira de Freitas têm um fundo burguês e ao mesmo tempo aceitam alguma forma de direito natural, ou seja, certa concepção do que é razoável e racional em direito. Mas ele é sobretudo um romanista dos novos tempos. Quer organizar tudo sob um sistema conceitual, como haviam feito os membros da *escola histórica*. Tudo é sistema e o direito, como se dirá mais tarde do Código Civil alemão, deveria ser uma máquina de operar e produzir conceitos jurídicos.

A *Consolidação* logo transformou-se em texto de referência obrigatória. Ela passou a conter, sem repetições e de forma compreensível para os contemporâneos, todo o direito vigente, ou seja, conservando essencialmente o que de direito privado sobrevivia das *Ordenações Filipinas*. Ao mesmo tempo, como diz o autor na célebre *Introdução* que escreveu, já se poderia considerar revogado tudo aquilo que era incompatível com o regime constitucional. O texto da *Consolidação* continha as disposições legais consolidadas, mais as notas e os comentários de Teixeira de Freitas, explicando por que e como se encontrava tal texto como norma válida, como deveria ser entendido e assim por diante. Na ausência do Código Civil, o texto formou os juristas do Império.

O desejo de perificação ia dificultando o trabalho, e em 1865 ele deu a público um novo esboço, que passa a conter um *Título Preliminar* (sobre o lugar e do tempo dos atos e conflito de leis). Este título – que engloba coisas hoje previstas na Lei de Introdução ao Código Civil – antecedia a *Parte Geral* e a *Parte Especial*. Esta passava a conter um livro sobre os direitos (aquisição, exercício, conservação, extinção), antes do livro III (dos direitos pessoais).

Uma simples comparação entre o projeto de Teixeira de Freitas e o esquema afinal adotado pelo Código Civil alemão de 1896 (em vigor em 1900) mostra as semelhanças. De fato, o código alemão contém praticamente as mesmas partes e divisões propostas pelo brasileiro. Abre-se com uma Parte Geral (*Allgemeiner Teil*), sobre pessoas, fatos, atos (nulidades, vícios da vontade) e prescrição. Segue-se o Livro II, das obrigações (obrigações em geral, contratos, delitos e responsabilidade extracontratual), o Livro III (direito das coisas, incluindo posse e propriedade, aquisição e transferência, direitos reais sobre coisas alheias, direitos reais de garantia), o Livro IV (direito de família, contendo matéria de matrimônio, pátrio poder, alimentos, regime de bens entre cônjuges) e finalmente o Livro V (das sucessões). E também, afinal, o modelo que será adotado pelo Código Civil brasileiro de 1916.

Os projetos de Teixeira de Freitas terminaram por ser abandonados pelo governo. Durante o Império houve ainda os projetos de Nabuco de Araújo (1872) e Joaquim Felício dos Santos (1878). Mas nenhum conseguiu a influência do projeto de Teixeira de Freitas. Não só no Brasil foi grande sua influência: a codificação argentina de 1869-1871 deve muito a ele, como reconhece o autor do Código argentino, Dalmacio Vélez Sarsfield. E, segundo alguns, até mesmo os alemães tomaram conhecimento da obra do brasileiro (MEIRA, 1992:319).

Muitas questões importantes não se encontravam totalmente solucionadas no direito civil. Por exemplo, o tema das *pessoas jurídicas* ainda era tratado de modo tradicional. Na *Consolidação*, fala-se das pessoas coletivas (art. 40): mas ali fala-se de cidades, vilas, câmaras, concelhos, confrarias, prior e convento, marido e mulher, irmãos em uma herança e outras semelhantes. É muito mais uma lista de pessoas de direito público e de casos de comunhão do que da pessoa jurídica que se tornou comum no capitalismo, a sociedade. De fato, a sociedade, tratada nos arts. 742 a 766, é o contrato antes de mais nada, e contrato bilateral. Imediatamente, a nota ao tema observa que se aplica às sociedades civis o Código Comercial, mas cada sócio só responde por sua parte.

Em tema de contratos, a *Consolidação* ainda aceita a *lesão* (arts. 359 e 360, art. 560 na compra e venda) quando houver engano em mais da metade do justo

prego. Trara-se de instituto tradicional, perfeitamente compatível com um regime contratual em que a validade do negócio depende de sua justiça, e em nome de tal justiça, pode-se alegar o prego justo de uma coisa (*commun estimação*, ou na falta desta algum critério definido em lei, como a renda de tantos anos de um imóvel). O comprador, no caso de lesão, fica obrigado a restituir a coisa ou a pagar o prego justo. No que diz respeito à responsabilidade civil, o tema que dominará a grande parte do século XX, a *Consolidação* é bastante restrita. O art. 798 retoma as disposições do Código Criminal, sobre os danos e composição de danos. Sob o título de *Dano e Esbulho* o texto dispõe sobre a transmissão do dever de indenizar e do direito à indenização aos herdeiros.

Terminada esta primeira tarefa, foi ele encarregado de preparar o esboço do Código Civil. Começou então, a partir de 1858, um trabalho que se sofisticava cada vez mais. O primeiro esboço apresentado continha também uma parte geral e uma parte especial. Na parte geral, um livro único dispunha sobre pessoas, bens e fatos. Na parte especial, o Código iria dividir-se em três livros: o Livro II sobre os direitos pessoais, o Livro III sobre os direitos reais e o Livro IV com disposições comuns a direitos pessoais e reais. O Livro II continha disposições classificadas em três seções: I – Direitos Pessoais em Geral (obrigações, respectivos objetos – da, fazer e não fazer –, alternativas, facultativas, indivisíveis, cláusula penal, extinção das obrigações); II – Direitos Pessoais nas relações de família (casamento, paternidade, maternidade, filiação, obrigações dos parentes, adoção, tutela, curatela); III – Direitos Pessoais nas relações civis (contratos, não-contratos – fiança legal, judicial, gestos Reais, divórcio, em três seções: I – Direitos Reais em Geral – sua natureza, modos de aquisição, efeitos, extinção; II – Direitos reais sobre coisas próprias – do- mínio, condomínio; III – Direitos reais sobre coisas alheias – usufruto, enfiteuse, uso, habitação, servidões. Finalmente, o Livro IV dispunha sobre herança, concurso de credores, prescrição.

A “Tábua Sinética” do *Esboço de Código Civil* apresentava antes da Parte Geral um Título Preliminar com dois capítulos: do lugar e do tempo. Eram temas hoje inseridos em nossa Lei de Introdução e que já eram contemplados no Código Civil francês (título preliminar). A matéria dizia respeito à aplicação das leis, seus respectivos âmbitos de validade, sua retroatividade em geral. Tratava igualmente do conflito de leis (aplicação de lei estrangeira) e contagem de prazo.

No esboço, que é já um projeto de Código, Teixeira de Freitas sente-se à vontade para defender sua própria teoria ou doutrina com respeito à pessoa de

existência ideal, como por ele defendido. Justifica sua doutrina e dá sua própria classificação das pessoas (arts. 273 e seguintes): pessoas jurídicas de existência necessária (o povo do Império, o Estado, as Províncias, os Municípios, a Coroa, a Igreja Católica, se nacionais), e pessoas jurídicas de existência possível (estabelecimentos de utilidade pública, corporações instituídas para fins públicos – como as ordens e as confrarias com patrimônio –, sociedades anônimas e em comandita por ações, uma vez autorizadas). Estas são tratadas como pessoas públicas. Ao lado delas, aparecem as pessoas jurídicas privadas, de existência possível, que seriam as sociedades civis ou comerciais de caráter contratual, heranças jacentes, representações voluntárias por procuradores, representações necessárias. As pessoas jurídicas, diz o art. 284, são tratadas como incapazes perpétuas e só atuam pelo “ministério de seus representantes”, como aliás diziam os medievais a respeito das corporações.

No direito das obrigações, o *Esboço* adota a doutrina da convenção, exigindo-se sempre o consentimento, ainda nos contratos unilaterais e benéficos (art. 1.833). Os contratos em espécie contemplados no *Esboço* são: a compra e venda, a troca, a doação, a cessão de créditos, o empréstimo de consumo (mútuo), contratos aleatórios (jogo, aposta, sorte), locação, empréstimo de uso (comodato), depósito, locação de serviços, mandato, sociedade, fiança. Apesar de incluído entre os contratos aleatórios, o seguro (art. 2.271) é apenas mencionado e não desenvolvido, fazendo o artigo remissão ao Código de Comércio quanto à disciplina do seguro marítimo.

A *Consolidação* resultara em 1.333 artigos, e o *Esboço* em 4.908!

Diversas instituições relevantes foram tratadas em leis especiais. A *Lei das Hipotecas* – Lei nº 1.237, de 24 de setembro de 1864 – terá sido das mais importantes. Não tendo surtido efeito a reforma tentada pela Lei de Terras, era preciso de qualquer maneira dar alguma garantia aos financistas que emprestavam dinheiro a fazendeiros e tomavam em hipoteca os imóveis. O art. 8º da lei introduziu entre nós o sistema da *transcrição*. No direito anterior, a compra e venda por si não gerava domínio, a não ser pela tradição da coisa. No caso dos imóveis, a partir de 1864 passa-se a entender que a transcrição corresponde a uma tradição solene. O registro (transcrição) não é mera formalidade para dar publicidade a terceiros, é constitutivo da propriedade. É assim que o Conselheiro Lafayette, escrevendo sobre a aquisição da propriedade no Brasil, interpreta os efeitos desta lei das hipotecas. Este é o mesmo regime abstrato dos alemães, oposto ao regime francês (adorado em larga parte

na Europa), em que a compra e venda, comprovada com o respectivo instrumento, gera domínio.

É nesta mesma lei de 1864 que se organiza um sistema financeiro hipotecário, por assim dizer. A lei cria a transcrição para dar segurança aos financeiros. Compara-se poderiam ser criadas para emitir letras hipotecárias – sobre hipotecas regulares – e negociar tais letras no mercado. Seriam as *societades de crédito real*. Lidando com o mercado, não podiam constituir-se sem autorização do governo. Também não se sujeitavam a falência, mas a um pedido de *liquidação forçada*, de iniciativa do procurador da coroa perante o juiz do cível. A despeito de ser claramente uma norma voltada para a atividade financeira, a lei retira completamente do Código Comercial o regime de hipotecas, dizendo que o direito de hipotecas é sempre 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 Colômbia 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, *A 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 idéias 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 segundo 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 estramentos 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 que no parece ser garantia de estabilidade.

Importante também lembrar que ao contrário dos outros países latino-americanos, que aboliram a escravidão junto com seus respectivos processos de independência, a escravidão no Brasil era um grande embaraço à forma republicana. Os revolucionários de 1817 no Recife fizeram logo uma proclamação dizendo que garantiriam o direito de propriedade, particularmente sobre os escravos. A solução constitucional brasileira serviria também para isto: manter sob controle, debaixo de um sistema estável, a “canalha africana”, como chegaram a dizer alguns. O grande temor era o de que um sistema instável fizesse o Brasil degenerar em uma guerra civil como a que se vira no Haiti.

Assim, a Constituição cala sobre os escravos, mas garante aos cidadãos passivos (os que não gozavam do direito de votar ou de serem votados) os direitos civis de liberdade, propriedade e segurança de suas vidas e bens. A monarquia garantiria ainda, mesmo que sem caráter hereditário, formas estramentais de divisão social, tais como a nobreza titulada, privilégios vitalícios a certos grupos (os senadores, os conselheiros de Estado etc.). O Brasil compartilhava com os Estados Unidos o grande problema dos negros escravos. Tocqueville havia notado que na América do Norte os negros eram o elemento disfuncional do sistema, pois, dentro de uma sociedade em geral igualitária, eles eram os diferentes e os discriminados. O Brasil distinguia-se dos Estados Unidos muito especialmente na falta de igualitarismo: conservando, pelo regime monárquico, formas de diferenciação social, não só os negros eram um grande problema, mas também não se estimulava um igualitarismo generalizado nas práticas sociais. O próprio sistema jurídico favoreceu a preservação de alguns privilégios, e encarregou-se de promover outros. A magistratura tornou-se uma espécie de corpo privilegiado, que garantia a mobilidade social de alguns homens livres e talentosos, mas que lhes dava mobilidade à medida que os nobilitava, por assim dizer, e os fazia próximos do poder imperial, seja por sua nomeação (os juizes de direito eram indicados pelo imperador), seja pela projeção social que se seguia, permitindo-lhes concorrer a eleições.

O Brasil imperial será um Estado unitário. As províncias são meras divisões administrativas do mesmo governo e Estado e embora tenham Conselhos (arts. 71 a 89) elas dependem ou de atos da Assembleia Geral (para transformá-las em leis, quando necessário), ou de atos do Executivo (e por isso devem remeter o assunto ao Executivo imperial pelo Presidente da Província). Se o imperador julgar cabível, mandará executar a decisão, senão, enquanto não estiver reunida a Assembleia Geral, declarará que “suspende seu juízo a respeito daquele negócio” e o Conselho provincial responderá 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 1^a 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 obrigações para com o Criador e a forma de as cumprir; por conse-

guinte, 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 nº 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 garantiria 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 excludis dos cargos públicos os que fizeram 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 judiciais; 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 imperador. Ao mesmo tempo que garantia liberdades civis gerais, o sistema dependia grandemente da boa vontade dos particulares e dos organismos locais, especialmente dos poderes particulares locais. A participação política era restrita e censitária, no que acompanhava todas as constituições do século XIX – inclusive a americana – que criavam colégios eleitorais por escolhas indiretas sem esquecer que só os "cidadãos ativos" (com renda suficiente) e do sexo masculino poderiam ter voz eleitoral. Como fosse rejeitada a fórmula federal, as províncias terminaram sendo repartições do governo central, enquanto se falava das câmaras como verdadeiros centros locais de decisão. 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 polémica entre os

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 acarava 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 sobre tudo 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.

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 nella 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 “neuro”. 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), expedía decretos, enfim exercia os poderes gerais da Administração.

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 é

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 providentes 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 um monarca, tanto quanto o povo mesmo. No segundo caso não haverá ação, os conflitos estorvarão o regular andamento dos negócios, o cume 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 câ-

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.

mara 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, tornava por fazer e desfazer politicamente o que quisesse. Zacarias de Góes e Vasconcelos, em 1860, transforma em texto orgânico as críticas históricas dos liberais, antiabsolutistas 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 comparável com um regime constitucional. Segundo ele, tal seria conseguido se realmente todos os atos do Poder Moderador referendados pelos ministros e pelos conselheiros 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, respectivamente, 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 minis-

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.

tos. 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 positividade 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 idéia 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 idéia 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 idéias, 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 suprir a estrutura legal estabelecida para garantir seus próprios interesses (majorita-

rios) 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.

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 sortites*, 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 idéia republicana, dada a impossibilidade visível de se superar as instituições monárquicas conservadoras da Constituição.

O imperador convocava alguém quando julgava que se estabeleceria 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 comecinhos do regime constitucional, os ministros 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

duvida, 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, dizei-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 *sortites* fatal, este *sortites* 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 atuou durante todo o Segundo Império. Sua criação foi objeto de uma grande polémica, 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 instituições “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 juizes. Na dúvida sobre a interpretação das leis, era possível que a consultoria 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 di-

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) insiste 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, nopeçava na situação da própria frequência 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).

vidido 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 contentiosamente, examinando as leis provinciais ou outros negócios, propondo leis, regulamentos e decretos para os assuntos que examinava. Mas também funcionava contentiosamente, 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 juizes. 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 compeli-los 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.

Resolheu então que esta venda para a liberdade não 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 juristas 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 freqüentemente proprietários de terras, mas também pelas funções públi-

cas que exerciam (registros civis e de terras que eram confiados às freguesias ou paróquias). Finalmente, conservava-se o instituto do beneditino 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 européias 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 ressenou-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 liberais do século XIX vingou no carolicismo 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 *beneditino*. 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 en-

caminhado ao Conselho de Estado, que decidiu em 23 de maio de 1873 que o bispo havia excedido sua jurisdição (pois as irmandades eram não apenas religiosas mas também seculares e só a autoridade religiosa não poderia dissolvê-las ou interdi-las) e que havia feito uso de bulas pontifícias sem benéfico. 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 clas-

ses subalternas e as elites não integradas diretamente nos interesses específicos do núcleo do poder não tivessem poder institucional 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 aparato 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 juizes 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 *juizes 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 juizes 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 juizes 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 incomparáveis com o estado de nossa instrução pública; nós vemos a inutilidade com que servem os juizes ordinários, os quais nada fazem sem o conselho do escrivão” (SOLZA, 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 *juizes municipais* substituíam os juizes de direito nos termos, eram preferencialmente bachareis (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 juizes municipais. Os *juizes 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 juizes 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 à 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 à 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 revisas, 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 Esta-

do. Em 1851 passou também a sua jurisdição o julgamento dos bispos e arcebispos (Decreto nº 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 consequentemente 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 júri; 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 idéia de submissão dos juizes 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 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

Gerar 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 (juizes 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 jurisprudentia, a incerteza dos direitos do cidadão, e a fragueza 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.

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 1º Conselho de Jurados (júri de pronúncia).	Perdem a atividade policial para o <i>chefe de polícia</i> ; 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 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 *Novas Gazetas 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 freqüentemente acontecido. Estranhos 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 occorren-tes, estabelecem e firmam a jurisprudência, senão também os que, não sendo dignos de serem imitados, por

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).

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 acordãos 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 D. 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 propriedade de apólices da dívida pública, que haviam sido ven-

didas 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 o 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 *juizes de ofícios* (ou seja, juizes 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) “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 iniqüidade: o defforamento, o furto do pedúlio, 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 juizes, 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. Primeira turma, 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 surgiam 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 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 reproduziu em grande parte o enfoque adotado em Coimbra (apesar da opinião contrária de alguns) e isto também é compreensível. A reforma pomalina 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 recordarmos da reforma pomalina 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

brasileiros teriam as seguintes cadeiras (art. 1.^o 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 Estruturos 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 Heinécio (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 n.^o 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 po-

deriam 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. [...] Quanto 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 dedicaram 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 reter os mais célebres. Da faculdade de São Paulo saem, 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 Conselhei-

ro), 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, citativo 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 sobrepujando – 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 Vi-

cente 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 polémicas 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 jusrrealismo tradicionalista que imperava. A alternativa que se apresenta é a *tiênica*: aqui, como em quase toda parte, o que passa a vigorar são formas de *naturalismo*, como diz Wieceker. 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 Corréa Telles, Lobão, Gouveia Pinto, etc., ai dele, que vai ser punido por ramanho desatinado! O menos que lhe podem fazer é considerá-lo uma espécie de renegado da nobre ciência do *ius in re* e *ius ad rem*, com todo o seu acompanhamento de *embargos*, *arrestos* e *agravos*, expressões duras e bárbaras, que estão para a linguagem culta dos tempos atuais, como o velho *xenxên* 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 arrastado 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 queijandas quejuntículas 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, lembro-me de um fato. Em certo círculo, onde por acaso estava um setranejo, falava-se dos homens mais salientes a época, e dizia-se que Victor Hugo era um dos maiores vultos, um gênio extraordinário, uma cabeça estrupenda... *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 chiana: é um grande poeta, mas não toca viola.* (...) Duss 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 jusraturalismo 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 levava 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 antidealista: o jurista precisa ser mais do que um rábula. Germanófilo e francófilo, 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 Philibino*, 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 reticências 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 descejava pôr no caos legislativo do direito privado. Era um trabalho prévio ao 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 idéias 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 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 Toquéville, 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 Trípoli 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 idéia da ineffectividade das medidas e da importância da ordem real em certos assuntos nesta terra.

No Estrado 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. Lembrava que desde 1831, com a Lei de 27 de outubro (da Regência), haviam sido suspensas as cartastregas de 1808 autorizando as guerras aos índios de São Paulo e Minas Gerais e haviam os índios sido colocados sob a jurisdição dos juizes 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 campanha 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 abolir-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 fortes ficariam ainda cinco anos a serviço do antigo dono; os negros fortes que não tivessem ofício receberiam uma semearia 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 compromeitos, 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 evoluiu 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 *fújão*). 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 livres ou livres de origem africana (da população de origem africana – negros e mulatos – 73% eram liberos 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 (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 *precrição* de cinco anos a favor dos que viviam em liberdade a 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 substituição 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 *rezaia* sobre o trabalho do homem, não sobre o homem mesmo. Num lance de erudição, lembrava que todos os jansenistas 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 proibia 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-burguesa comercial, financiando as compras ilícitas com juros altíssimos, alegando riscos da importação, procura 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,

cujas criação é do dia seguinte (7 de julho). Ele incentivou o tráfico negro. 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 poder desapropriante vai conservar ou usar a coisa. Ora, no caso do escravo, dizia, não se tratava disso. 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). Estrava, 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 proibia 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: “Estrá assim uma nação livre, filha da Revolução e dos Direitos do Homem, obrigada a empregar os seus juizes, a sua policia, 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 operar entre abandoná-los ou subjugá-los com castigos. A escravidão era um mal social, que atrasava o progresso, infligia perversamente na população, tornava inviável uma nação que valorizasse o trabalho livre, concluía Nabuco.

No processo de abolição, os dois marcos mais importantes talvez renham 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, anistia-los e quase legalizar a propriedade dos escravos importados desde aquela data [1831]”. Já os traficantes submetem-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 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 incomodadamente – 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 encaixe 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, votou 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 Cinne 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 mando, e mesmo 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 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 sobre tudo 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, capitanias ou sesmarias) e o poder de jurisdição. Já foi visto antes, que os capitães-donatários tinham jurisdição em suas capitanias. Do ponto de vista econômico, a terra era essencialmente produtora para a exportação do açúcar. O senhor brasileiro detinha 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", inscreveram-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, atenuando-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 contribuiu 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 (SARAIYA, 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 eminente 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 Martin 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 capitania 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 (redizimas). Aplicado ao Brasil, o regime das sesmarias (como dadas de terra) significou que se davam extensões enormes aos homens que não as podiam lavar. 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 redizima (sobre a dizima devida ao rei), foro (fixo) de moendas e engenhos do território, vinhana do rendimento líquido do pau-brasil.

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 submergia-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 *apoltismo 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 "ponos de passagem, de pouso e aprovisionamento de utilidades e virtualhas", 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: verdadeira mente 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) instituiu 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 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 renável. 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 Cód-

go 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 "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 derrubadas 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 revalidadas, bem como as que não tivessem posse legítima. As posses manhas 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 eclesásticas, 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. 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 juizes (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 vinhos, 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 aces-

so 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 *cerceamento*, 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 juízes 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).

12

DO SÉCULO XIX AO SÉCULO XX: INOVAÇÕES REPUBLICANAS

“Vivendo quatrocentos anos no litoral vastíssimo, em que palejam reflexos da vida civilizada, tivemos de improviso, como herança inesperada, a República. Ascendemos, de choffe, arrebatados na caudal dos ideais modernos, deixando na penumbra secular em que jazem, no âmago do país, um terço da nossa gente. Iludidos por uma civilização de empréstimos; respingando, em faina cega de copistas, tudo o que de melhor existe nos códigos orgânicos de outras nações, tornamos, revolucionariamente, fugindo ao transigir mais ligeiro com as exigências da nossa própria nacionalidade, mais fundo o contraste entre o nosso modo de viver e o daqueles rudes patícios mais estranhos nesta terra do que os imigrantes da Europa. Porque não no-los sepára um mar, separam-no-los três séculos...” (Euclides da Cunha, *Os sertões*)

1 Instituições e cultura na Primeira República (1889-1930)

A República altera substancialmente algumas instituições. Em primeiro lugar, a federalização rompe com a tradicional unidade de fontes legislativas e introduz uma política estadual legitimada pela Constituição. A organização judiciária e o processo tornam-se matéria estadual e durante a Primeira República serão