Direito do Estado .com.br
O Direito Público da Cidadania

R e RE | Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado

Número 12 – dezembro/janeiro/fevereiro 2008 – Salvador – Bahia – Brasil - ISSN 1981-1888

O DIREITO NO BRASIL COLÔNIA

Luiz Viana Queiroz
Advogado,
Conselheiro OAB Seccional Bahia,
Professor de Direito Civil e Direito Eleitoral da
UCSal – Universidade Católica do Salvador.

Quinhentos e um anos depois de Cabral voltamos a nos encontrar em "Terras de Papagaios" com a esperança de que sejamos capazes de dizer mais do que repetir o que já disseram tantos sobre nós mesmos: somos o que somos porque multiformes nossas relações constitutivas.

Coube-me a tarefa de desvelar o direito que se aplicou no Brasil Colônia – árdua tarefa que me confiou o Professor Calmon de Passos pela sua generosidade, misturada à sua falsa noção de que possa eu dizer algo que já não seja tagarelar de juretê! De 1500 a 1822, na trama daquelas relações, pretendo percorrer o jurídico e o papel que nesse tempo desempenhou.

Não sendo arquiteto, gosto de imaginar a facilidade de seu ofício, cujos objetos de estudo se compõe de coisas e traços palpáveis, se comparados com o meu que, a par as instituições estatais que o aplicam, tem uma realidade impossível de sopesar com a palma da mão. O jurídico está sempre presente nas sociedades humanas, já nos ensinaram os romanos dos césares – *ubi societas ibi jus* -, mas não nos iludamos, no papel dos códigos e diários oficiais remanesce apenas o alfabeto frágil e evanescente, sobra daquilo que efetivamente é o direito. A justiça ou a injustiça, a licitude ou a ilicitude de uma conduta não decorrem de norma escrita neste ou naquele documento legislativo, mas sim de sua escritura no corpo social, com o gravame de que, assim como as tatuagens descartáveis tão em moda, podem ser calcadas ou decalcadas ao sabor das conveniências sociais, e, o que é pior, quase sempre, invisíveis a olho nu.

Apesar de nossas diferenças, talvez possamos aprender com arquitetos a enxergar através de seus objetos, em busca do nosso.

Boa parte da estrutura institucional do Brasil no período colonial restou na cidade alta, chamada Cidade Histórica de Porto Seguro. Lá, encontramos ao lado de um correr de pequenas casas, as ruínas do Colégio dos Jesuítas, a Igreja da Misericórdia, a Igreja de Nossa Senhora da Pena e a Casa de Câmara e Cadeia.

Os Jesuítas foram nossos primeiros pedagogos - era sua a responsabilidade pela educação.

A Santa Casa da Misericórdia nosso primeiro hospital - a saúde lhe pertencia, bem assim a assistência social.

Nossa Senhora da Pena – que tenha pena de todos nós! – era a igreja da freguesia, que curava os registros civis: nascimentos, casamentos e óbitos, quando a igreja e o estado ainda não estavam devidamente separados.

A Casa de Câmara e Cadeia, finalmente – ah!, finalmente o poder secular – legislava, julgava e prendia.

Todas possuem paredes especialmente resistentes, e estão construídas numa falésia escarpada de frente para o mar. Aliás, com uma das mais belas vistas disponíveis aos pobres-mortais do povo, antes que seja completamente privatizada pela sanha insana que veio do norte.

Edifícios e ruínas que nos ensinam mais que bibliotecas inteiras. Não se pode ser brasileiro sem conhecer Porto Seguro. Penso que alguns lugares não podemos deixar de ver e tocar, sob pena de comprometer nossa identidade brasílica. Porto Seguro é um deles; o panteão dos inconfidentes em Ouro Preto, outro; a Baía de Todos os Santos com seu umbigo o Forte do Mar, que está ameaçando ruir mas serve de palco para festas que embriagam e ajudam a esquecer sua ruína, um terceiro, entre tantos e tantos outros. Aprendamos, então, a ver e enxergar aquilo que somos nas obras que realizamos.

Mas aprendamos, também, a nos encontrar nas obras que não realizamos.

Na Cidade Alta de Porto Seguro está o padrão construtivo dos lusitanos, que para cá trouxeram sua cultura, inclusive seu direito. Mas ali, a referência dos verdadeiros donos da terra registra-se pela ausência, ou, se quisermos esmiuçar o olhar, na espessura das paredes dos edifícios, construídos para resistir às intempéries e aos bravos gentios.

Pensar o direito nessa Colônia de Portugal, de 1500 a 1822, exige, de início, uma marcação quase epistemológica – qual direito estaremos estudando?

Em São Raimundo Nonato, no Piauí, foram encontrados registros concretos da presença humana, através de ossadas de aproximadamente 10.000 anos, e, em camadas inferiores, abaixo dos achados mais diretos,

foram detectados “cinzeiros” e blocos de pedra que fizeram remontar a idade dos sítios habitados por humanos para 25.000 e até 43.000 anos. Há garantia total de que entre 3.000 e 6.000 anos alguns grupos ocuparam preferencialmente a costa[1].

Viemos, portanto, de um passado muito mais remoto que o indicado pelos festejos de 501 anos de descobrimento pelos caucasóides (portugueses) dessa terra que já era habitada por mongolóides (ameríndios), há mais de 40 mil anos.

E se é verdade que o direito brasileiro é, em grande parte, hoje, uma construção pouco original decorrente, no direito privado do direito romano e do direito canônico, e no direito público constitucional do direito anglo-saxão, não podemos perder de vista que a atual Constituição Federal, pela primeira vez na história deste país, reconheceu e garantiu autonomia jurídica às comunidades indígenas.

Disso resulta uma dívida relevante dos estudiosos do direito no sentido de identificar o direito dos índios, ao lado dos direitos indígenas, seja na história de sua influência sobre o direito estatal, seja na sua atualidade nas comunidades indígenas remanescentes.

Denomino eu, há mais de dez anos, direitos indígenas aqueles reconhecidos pelo ordenamento jurídico estatal aos brasileiros descendentes dos grupos pré-colombianos, que habitavam o Brasil antes da era das navegações, em contraposição aos direitos dos índios, que são aqueles produzidos autonomamente por cada um dos povos indígenas que, hoje, vivem em nosso país.

Creio que é preciso reconhecer, com humildade, que se os juristas possuem competência para tratar dos direitos indígenas, falta-lhes habilitação para examinar os direitos dos índios.

Aliás, por isso mesmo, os tribunais brasileiros têm atribuído aos antropólogos a tarefa de periciar a identificação de terras indígenas.

Na Cidade Histórica de Porto Seguro estão as marcas do padrão construtivo, das instituições e do direito lusitano, mas lá não podemos encontrar vestígios dos direitos dos índios.

Na verdade, o mesmo se pode dizer em relação aos grupos de negróides que foram trasladados para o Brasil como escravos, que nem mesmo eram pessoas, à luz da Lusitânia, destituídas, portanto de direitos. A atual Constituição Federal não foi tão generosa com os descendentes dos escravos negros como o foi em relação aos índios, pois se àqueles reconheceu direitos originários à terra e aos costumes (art.231), a estes limitou-se a tombar todos os documentos e sítios detentores de reminiscências históricas dos

[1] AB’SABER, Aziz Nacib. “Incursões à pré-história da América tropical”, in: Viagem incompleta. A experiência brasileira (1500-2000). Formação: histórias. São Paulo, Editora SENAC São Paulo, 2000, p.38.

antigos quilombos (art.216, §5º). Aqui, também, marca-se o direito do Brasil Colônia pela ausência de reconhecimento de quaisquer direitos aos povos africanos e aos indivíduos deles integrantes.

Vejamos, então, um pouco do direito lusitano de 1500 a 1822 no Brasil, relacionando-o com a estrutura organizacional que se vê ainda hoje em Porto Seguro.

Três grandes compilações formavam a estrutura jurídica portuguesa. O primeiro a ordenar uma codificação foi D. João I, que reinou de 1385 a 1433. A elaboração atravessou o reinado de D. Duarte, a regência de D. Leonor, sendo promulgadas pelo recém-coroado Afonso V, que, apesar de nada ter contribuído para a obra, deu-lhe nome: Ordenações Afonsinas, que vigoraram de 1446 a 1521, ano em que D. Manoel promulgou a que levou seu nome: Ordenações Manoelinas, fruto da revisão das Afonsinas e da recompilação das lei extravagantes. Depois das Manoelinas, Duarte Nunes de Leão recompilou novas leis extravagantes, até 1569, publicação muito conhecida por Código Sebastiânico, apesar de não ter havido participação ativa de D. Sebastião. Uma nova revisão das Ordenações foi encomendada pelo rei Felipe II a grupo de juristas chefiado por Damião de Aguiar, que as apresentou e obteve aprovação, em 1595, somente impressa e entrada em vigor em 1605 com o nome de Ordenações Filipinas[2].

Estavam em vigor as leis portuguesas, quando da independência, em 1822, razão pela qual a Constituição do Império, de 1824, art.179, XVIII, determinou que se organizassem um Código Civil e um Criminal baseados na Justiça e na equidade, e o atual Código Civil, em seu último artigo, 1.807, revoga expressamente as Ordenações.

Assim, apesar da independência política, ocorrida em 7 de setembro de 1822, em matéria cível, até 1º de janeiro de 1917, o Brasil foi regido, salvo raras leis extravagantes, pelo direito português.

Não se pode perder de vista que a edição de normas não se dava como hoje, ainda mais na Colônia, onde sequer havia imprensa. Se, hoje, com a tecnologia que dispomos, o conhecimento das normas vigentes é apenas o início do processo de aplicação do direito, e todos os juristas delas dispõem com rapidez e facilidade, na Colônia o conhecimento da norma era o ponto de chegada da atividade do jurista. Daí as excepcionais dificuldades de aplicar o direito, e a sua natureza arbitrária e autoritária.

Se deixarmos de lado o Tratado de Tordesilhas, que bem poderia servir de documento inicial, até porque há fundados indícios de que o Álvares Cabral, chamado Pedro, não fora o primeiro lusitano a aqui chegar[3], o início da colonização esteve marcado por decisões políticas revestidas de forma jurídica. Em data anterior a 3 de outubro de 1502, D. Manoel I arrendou a Terra de

[2] CARRILLO, Carlos Alberto. Memória da justiça brasileira. Salvador, Tribunal de Justiça, 1997, pp.37-8.
[3] COUTO, Jorge. "A gênese do Brasil", in: Viagem incompleta. A experiência brasileira (1500-2000). Formação: histórias. São Paulo, Editora SENAC São Paulo, 2000, p.52.

Santa Cruz a uma associação de mercadores, com duração de três anos, monopólio da exploração do território, estando à sua frente Fernão de Loronha.

Em janeiro de 1504, o rei português procedeu à primeira doação efetuada pela monarquia em território americano, concedendo a Fernão de Loronha a Ilha de São João (atual Fernando de Noronha), pelo prazo de duas vidas, com a obrigação de povoá-la e aproveitá-la economicamente, mediante pagamento anual do quarto e do dízimo dos rendimentos obtidos, excetuando-se as matérias-primas tintureiras, drogas e especiarias, que ficavam reservadas para a Coroa. Em 1513, Jorge Lopes Bixorda, grande armador, detinha a exclusividade do comércio da árvore tintureira por prazos e condições desconhecidas[4].

A experiência proporcionada pela viagem de 1501-1502 comandada por Gonçalo Coelho revelou que era pouco rentável cortar e armazenar o pau-brasil ao longo da permanência dos navios no ancoradouro, e, por isso, resolveu-se implantar o sistema de benfeitorias, sendo a primeira em 1504, no Cabo Frio, e, após sucessivas viagens, os portugueses exploraram, em 10 anos, até 1514, o longo trecho do litoral compreendido entre Cananéia e o rio de Santa Maria (Prata)[5].

A partir dos finais da década de 20 dos Quinhentos, D. João III resolveu iniciar a colonização do Brasil adotando três modelos diferentes: 1) o primeiro de exclusividade régia (1530-1533), com recursos próprios, que se demonstrou excessivamente caro; 2) o segundo, modelo de exclusividade particular (1534-1548), insuficiente pela falta de recurso materiais e humanos dos donatários e passível de abuso; e c) o terceiro, sistema misto, a partir de 1548, que articulava forte empenho militar, econômico e judicial da Coroa com a manutenção das capitanias-donatárias. Com isso foram transportados para o Brasil diversas instituições estatais portuguesas com seus órgãos governamentais e atuação naqueles domínios[6].

A estratégia lusitana de consolidação e ampliação da América portuguesa assentou-se, do ponto de vista geopolítico, em um tripé: a) a Bahia como sede do Governo Geral – região central da época. (Não se pode perder de vista que Salvador foi a mais importante cidade comercial do hemisfério sul do mundo durante séculos, tendo em vista a sua localização privilegiada para as rotas marítimas entre a Europa e o Oriente); b) fundação de São Paulo como cunha para a penetração no interior; e c) criação da cidade de São Sebastião do Rio de Janeiro, para manter o controle da Baía da Guanabara e controlar o fluxo entre o norte e o sul, sobretudo entre a Bahia e São Paulo[7].

Paulatinamente, a exploração do pau-brasil foi sendo substituída pela introdução da cultura da cana-de-açúcar, a partir da experiências das Ilhas

[4] idem, p.57.

[5] idem p.38
[6] idem 60-61.
[7] Idem p.62.

atlânticas, especialmente a de Madeira, que rapidamente se alastrou. A instalação do Governo Geral encontrou 5 engenhos funcionando; em 1584 já eram 118, e em 1623, 350[8].

Esse tipo de agricultura de exportação originou uma estrutura fundiária caracterizada pela grande propriedade, diferentemente dos engenhos da Madeira, que se caracterizava pela média e pequena propriedade[9], e pelo recurso intensivo à mão-de-obra escrava, inicialmente indígena e, a partir de meados do séc. XVI, negra, que criou um fluxo Metrópole-Brasil-África, novamente de maneira diferente da Madeira, onde um número restrito de engenhos correspondia um número amplo de lavradores de cana, que não se podiam evidentemente se dar ao luxo de usar em larga escala a mão-de-obra escrava[10]. Esse tipo de estrutura econômica gerou uma sociedade dominada por um restrito número de senhores de engenho em que a massa da população era formada de escravos, verificando-se um setor intermédio pouco numeroso – lavradores, mercadores, artesãos[11].

É interessante observar que o engenho constitui, inicialmente, na prolongação da loja, do comércio e da vida urbana[12], e que os artesãos foram pouco a pouco sendo admitidos ora em moradias nos próprios engenhos mais distantes, ora nas vilas, como assalariados, com uma evidente mobilidade social[13].

Nesse contexto, o senhor de engenho possuía um poder extraordinário. Sobre os escravos de vida e morte, e sobre as mulheres e filhos de uma potestade – *pater familiae* – também quase absoluto, regido pelas Ordenações portuguesas.

Não se pode, no entanto, desprezar o papel feminino nessa história. Primeiro a mulher indígena, que nos primórdios, teve papel decisivo nos contatos interétnicos, na medida em que, contribuiu, pela sua significação como representante das funções domésticas e principal força produtiva no sustento tribal, um instrumento de desorganização social e conseqüente transferência da propriedade dos meios de produção das sociedades nativas para a emergente sociedade colonial, conforme assegura JORGE COUTO[14].

Por outro lado, GILBERTO FREYRE já anotara que nos primeiros tempos da colonização a mulher gozara de uma liberdade maior de ação,

---

[8] CARRILLO, Carlos Alberto. Memória da justiça brasileira. Salvador, Tribunal de Justiça, 1997, p.62.
[9] MELLO, Evaldo Cabral. "Uma nova Lusitânia", in: Viagem incompleta. A experiência brasileira (1500-2000). Formação: histórias. São Paulo, Editora SENAC São Paulo, 2000, p.76.

[10] idem.
[11] COUTO, Jorge. "A gênese do Brasil", in: Viagem incompleta. A experiência brasileira (1500-2000). Formação: histórias. São Paulo, Editora SENAC São Paulo, 2000, p.62-3.

[12] idem p.79.
[13] ibidem p.80.
[14] idem, p.65.

posteriormente reprimida pela ruralização da vida colonial, inclusive a restrições ao seu deslocamento, que se fazia em andores ou redes[15]. Além disso, nunca é demais destacar, como já fizera o mestre pernambucano, a importância da mulher negra na economia sexual dos engenhos[16].

Esse sistema de colonização portuguesa adotou, basicamente, um sistema jurídico em relação à terras, que passaram todas ao domínio público da Coroa, adquiridas por fato jurídico de direito internacional. A propriedade privada foi instituída pela Coroa Portuguesa mediante doações, reguladas pelas Ordenações do reino, àqueles que aqui aportaram, estimulando-os a ocupar e desbravar a terra descoberta, embora não fosse transferido o domínio pleno das Capitanias. Os capitães recebiam da Coroa como patrimônio uma área de dez léguas, chamada sesmaria, isenta de qualquer tributo, e as cinqüenta léguas restantes seriam do reino. Os capitães donatários poderiam doar essa terras a quem pretendesse cultivá-las, sob pena de vê-las retornar à Coroa. Assim, as terras devolutas eram doadas a particulares e pelo não-uso podiam ser restituídas à Coroa[17]. Vigorou esse sistema até 17 de julho de 1822[18].

Os bens púbicos podiam ser classificados em: a) bem reais, reguengos ou realengos, que pertenciam ao rei, integrando o patrimônio real; b) os bens da Coroa, que também integravam o patrimônio real, exceto os que se destinavam ao sustento do rei e das pessoas das Corte; c) os bens fiscais, oriundos de impostos, foros, direitos, confiscos, multas; e d) os direitos reais, consistentes no poder de conferir cargos, fazer nomeações receber impostos e contribuições[19].

Se o Brasil se iniciou com um arrendamento, a chegada do Governo Geral de Tomé de Souza foi precedida de uma querela jurídica, entre os herdeiros do donatário da Bahia, Francisco Pereira Coutinho, e a Coroa, que só terminaria em 1576, por sentença da Casa de Suplicação, que ordenou fosse pago pela metade de área equivalente ao nosso atual território baiano, a irrisória quantia de 400$000 réis, equivalente a um ano do salário do governador[20].

A Casa de Suplicação era um Tribunal diretamente ligado ao poder real, que, além das suas funções especificamente judiciárias conhecia das petições de mercês, perdões e quaisquer outras solicitações ao rei, exceto nas referentes à fazenda pública, ao patrimônio da Coroa, aos crimes alheios à sua competência e às obras e contas dos conselhos. Em 1521 era formado por vinte desembargadores, que funcionavam divididos em uma mesa grande e duas mesas. De suas decisões cabia recurso para o Desembargo do Paço, que

[15] ibidem, p.82-3.
[16] FREYRE, Gilberto. Casa Grande & Senzala. 39ª ed., Rio de Janeiro, Record, 2000, p. 343.
[17] DINIZ, Maria Helena. Sistemas de registros de imóveis. São Paulo, Saraiva, 1997, p.16.
[18] idem
[19] CIRNE LIMA *apud* JOSE CRETELLA JUNIOR. Tratado do domínio público. Rio de Janeiro, Forense, 1984, p.289
[20] CARRILLO, Carlos Alberto. Memória da justiça brasileira. Salvador, Tribunal de Justiça, 1997, p.43

se reunia diariamente e toda sexta-feira despachada com o Vice-rei – qualquer semelhança atual não é mera coincidência -, exercendo funções consultivas e judiciais, estas em grau de recurso, ou em questões que por causa de foros especiais superavam a alçada da Casa de Suplicação e os conflitos de jurisdição entre ela e a Casa do Cível, com sede em Lisboa. Também funcionava em Goa a Relação da Índia. Em 1582 a Casa do Cível foi extinta e criada uma nova Relação, no Porto[21].

Tomé de Souza chegou com diversas missões, entre as quais, recuperar o controle da administração da justiça. Se algumas capitanias estavam anarquizadas e destruídas, outras, ainda ativas, como a mais antiga de São Vicente, conservavam as instituições e prerrogativas exercitadas desde sua criação. Martim Afonso de Souza, capitão mor, tinha alçada para julgar, no cível e no crime, até a pena de morte, inclusive, só cabendo recurso se o réu fosse fidalgo. Para auxiliá-lo podia nomear tabeliães e oficiais de justiça. Com a fundação da vila e a constituição da Câmara, o julgamento em primeira instância ficou por conta dos juizes ordinários e de vintena, conservando o capitão a decisão, em grau de recurso[22].

Já em Pernambuco, desde a doação a Duarte Coelho, em 1534, o capitão poderia nomear o ouvidor que cuidava dos negócios da justiça, com jurisdição em primeira instância, nas áreas próximas da sede da capitania e, em segunda, nas mais afastadas, com alçada no cível até cem mil réus e no crime até a morte, cabendo recurso aos fidalgos, salvo para os crimes de heresia, traição, sodomia e falsificação, considerados tão infamantes que extinguiam todo título ou prerrogativa[23].

No mesmo ano da chegada, em 1549, o primeiro ouvidor geral, Pero Borges, iniciou sua primeira correição pelo litoral baiano, até Ilhéus, Porto Seguro e São Vicente. Em 1552 foi a vez do próprio Tomé de Souza sair em inspeção, acompanhado do seu ouvidor geral, Pero Borges e do provedor mor Antonio Cardoso de Barros. Logo após, foi sugerido ao rei a unificação da ouvidoria e da provedoria, realizada no governo de Duarte da Costa, em pessoa de Pero Borges[24].

Já em 1564 se declarava a insuficiência da ouvidoria geral para a administração da justiça em todo o Brasil. Em 1588, Felipe II criou um Tribunal e embarcou para o Brasil os primeiros desembargadores, que aqui não chegaram por má condição da navegação, tendo retornado a Portugal após rápida permanência em São Domingos. O rei morreu em 1598 sem ver funcionar o tribunal que criara à imagem da Casa de Suplicação[25].

Em 1604 a administração das colônias portuguesas mudou radicalmente, centralizada no Conselho da índia, para o qual se dirigiam todas

[21] idem, p.40.
[22] ibidem, p.44.
[23] idem.
[24] Ibidem, p.48.
[25] idem.

as correspondências destinadas ao rei. Foi Diogo Botelho, que não era lá nenhum paradigma de virtuoso, quem lembrou ao Conselho a necessidade de criar um tribunal no Brasil, que foi regimentado, em 7 de março de 1609, sob o título de Relação do Brasil, suprimido pelos espanhóis, em 1626 e restaurado pelo governo de Lisboa, em 1652[26].

Parece que estamos marcados até hoje por esses primeiros 109 anos sem um tribunal de justiça!

Em 1609 a Justiça devia ser onipotente e exemplar. Prerrogativa inicial dos reis e senhores feudais, foi, paulatinamente, sendo delegada para funcionários especialmente treinados, mantendo, deliberadamente, um aspecto sobre-humano quase inatingível nas roupas especiais e solenes dos magistrados, na ausência de cores, na proibição de visitar, casar, tomar afilhados e até – pasmemos todos – de divulgar as razões das suas decisões, que não precisavam explicar a ninguém[27]. Os juizes dos nossos tribunais superiores ainda costumam tentar reeditar normas desse tipo – ah, como é difícil conseguir liminares fundamentadas nos altos escalões de Brasília! Quanto mais alto o tribunal, menores as explicações das decisões!

E tudo isso para julgar crimes e aplicar penas que se faziam sentido em seu tempo, nos gera profunda interrogação. Era comum a aplicação de pena de morte em casos que consideraríamos leves, como furtar “meio marco de prata” ou “dormir com mulher casada”[28]. Este último despiciendo no Brasil de ontem e de hoje.

Existiam vários graus de punição, sendo o mais comum a forca, pena infamante que para certas pessoas qualificadas poderia ser substituída pela decapitação. Em casos mais graves deveria o corpo do executado restar na forca até apodrecer. Delitos contra a Igreja, como heresia ou contra o próprio corpo, considerado sagrado, como o incesto, a sodomia ou relação sexual com animais, poderiam ser punidos com o fogo – até tornar-se em pó para que nunca de seu corpo ou sepultura possa haver memória, sendo o réu previamente estrangulado, se arrependido ou converso, ou queimado vivo, se pertinaz. A essas penas se acrescentavam a infâmia dos descendentes[29].

Havia mais um grau de pena de morte – morte natural cruelmente, lenta e por meio de torturas, reservada aos réus de lesa-majestade[30].

É uma pena que, hoje, não possamos condenar a morte natural desse tipo aos que vêm cometendo crimes de lesa-pátria vendendo o país por dois tostões às nações ditas amigas.

---

[26] MAXIMILIANO, Carlos. Comentários à Constituição brasileira. 2ª ed., Rio de Janeiro, Jacintho Ribeiro dos Santos, 1923, pp.10-3.
[27] CARRILLO, Carlos Alberto. Memória da justiça brasileira. 2ª ed., Salvador, Tribunal de Justiça da Bahia, 1997, p.77.
[28] idem.
[29] Idem, p.80.
[30] Ibidem.

Aos que escapavam da pena de morte reservava-se o degredo ou a expulsão da comarca, que poderia ser aumentado pelo degredo em trabalhos forçados nas embarcações[31].

Eram comuns os castigos físicos, especialmente, flagelação, executada publicamente nos pelourinhos, que eram erguidos como símbolo de autoridade, nas cidades e vilas. O público apreciava particularmente as mutilações diversas, tais como marcas de ferro quente ou decepação de orelhas e mãos com uma dupla finalidade: escarmentar os culpados e identificá-los[32].

A tortura também era admitida como meio suasório nos interrogatórios.

Na Bahia com certeza há vestígios da forca, na rua que leva seu nome, e do pelourinho, que perambulou pela praça Municipal, Terreiro de Jesus, e na hoje praça Castro Alves[33].

Cumpre, ainda, referir à influência dos holandeses de Nassau, metidos pelas bandas de Pernambuco. Ali, introduziram o regime municipal holandês, as câmaras de escabinos, escolhidos pelos homens bons da terra. Um dos membros daquela corporação, o esculteto, administrava os serviços e dirigia a policia do município. Esse sistema original, modificado e desenvolvido prevaleceu até 1889, denominando-se o chefe da administração municipal de Presidente da Câmara. Nassau criou também uma assembléia legislativa, que, embora com poderes restritos, foi a primeira da América do Sul[34].

As Câmaras Municiais não tinham todas a princípio as mesmas atribuições. Dava-lhes o governo de Lisboa ora uma ora outra prerrogativa ou honra, conforme lhe caíam em graça; o decreto referia-se a determinada edilidade e não ao conjunto das corporações locais[35]. Por sua vez foi cada uma alargando abusiva e gradativamente seu poder: até funções judiciarias se arrogaram. Foram no século XVIII reduzidas ao seu legitimo papel, tornando-se coletividades administrativas municipais com atribuições restritas[36].

Havia uma preocupação lusitana de regulamentar tudo. Preceituava, por exemplo, a Lei de 18 de abril de 1570 que “pessoa alguma não poderá comer nem dar a comer à sua mesa mais que um assado e um cosido, e um picado ou desfeito, ou arroz ou cuscuz, e nenhum doce como manjar branco, bolos de rodilha, ovos mexidos, etc”[37]. Ainda bem que nossas avós não cumpriram o riscado, mas parece que boa parte da burocracia brasileira, ainda sonha em legislar tudo, até mesmo nossos feriados.

---

[31] Idem.
[32] Ibidem.
[33] Memoria
[34] MAXIMILIANO, Carlos. Comentários à Constituição brasileira. 2ª ed., Rio de Janeiro, Jacintho Ribeiro dos Santos, 1923, p.10.
[35] Idem, p.13.
[36] Ibidem.
[37] Idem, p.10.

Outra Lei de 16 de junho de 1570 proibia que se cobrassem juros ao dinheiro[38]. Essa uma proibição que não agradou aos judeus, e, até hoje, qualquer tentativa de limitação de juros obtém de pronto a oposição do Supremo. Aqui, uma observação: os judeus acabaram exercendo funções fundamentais para a economia ao especializar-se na atividade financeira vedada aos grupos sociais da elite. Os nobres não podiam exercer outras funções além, daquelas que lhes estavam reservadas – a carreira militar ou administrativa, bem como o senhorio. Mesmo após a conversão forçada ao cristianismo os judeus mantiveram sua função dinamizadora da economia[39], mas foram expulsos em 1654 e ajudaram a implantar a indústria açucareira em Barbados e na Jamaica.

Segundo ANTONIO PAIM, são muito convincentes os indicadores de que a Inquisição tivera papel preponderante na desorganização do empreendimento açucareiro no Brasil. D. Luís da Cunha, nos séculos XVII para XVIII, por exemplo, denuncia a preferência pela perseguição aos senhores de engenho brasileiros[40]. A pregação dos moralistas da Contra-Reforma no séc. XVIII se incumbiu de difundir no seio da elite a mais vigorosa condenação da riqueza, consolidando nossa opção pela pobreza, uma das mais sólidas tradições da cultura brasileira[41].

Desde a expulsão do holandeses, parece que na Colônia se marcou uma tendência pronunciada e constante para a independência, para a forma republicana de governo e para o regime federativo[42]. A guerra dos Emboabas, por exemplo, prometia prolongar-se quando a Carta Regia de 3 de novembro de 1709 concedeu anistia ampla aos combatentes e criou a Capitania de São Paulo e Minas independente da do Rio de Janeiro. Para CARLOS MAXIMILIANO, descentralizar e perdoar foram sempre, no Brasil, meios seguros de restabelecer a paz[43].

Em uma território com a dimensão o Brasil, só a autonomia das direções locais torna possível governos eficazes. Portugal instituiu um poder central relativamente estável com órgãos harmônicos entre si, a tudo semelhante ao presidencialismo dos Estados Unidos da América do Norte. Mas os abusos e a prepotência tornaram o convívio com os prepostos de Lisboa insustentável. Exemplo disso está na cumulação de cargos públicos – a Carta Regia de 6 de maio de 1623, o Alvará de 8 de janeiro de 1627, o Decreto de 28 de julho de 1668, os Decretos de 21 de setembro de 1677 e 18 de julho de 1681, a Carta Regia de 6 de agosto de 1682 e os Decretos de 3 de setembro de 1683, de 30 de março de 1686, de 29 de fevereiro de 1688 e de 19 de novembro de 1701, proibiam que a mesma pessoa tivesse mais de um oficio, ou emprego, e

[38] Ibidem, p.9.
[39] PAIM, Antonio. Momentos decisivos da história do Brasil. São Paulo, Martins Fontes, 2000, p.50.
[40] idem p.51.
[41] Idem
[42] MAXIMILIANO, Carlos. Comentários à Constituição brasileira. 2ª ed., Rio de Janeiro, Jacintho Ribeiro dos Santos, 1923, p.10.

[43] Idem, p.11.

vencesse mais de um ordenado. Continuaram, no entanto, as acumulações remuneradas, pelos protegidos dos poderosos, que percebiam os vencimentos de quatro e mais cargos púbicos[44].

No século XVIII foram tomadas atitudes para dificultar a libertação do Brasil. Mataram-lhe a industria e tornaram o comercio monopólio da metrópole. O Alvará de 5 de janeiro de 1785 proibia manufatura do ouro, da prata, seda, linho e lã. A cada ato de força para jugular a independência, reforçava-se o ideal inconfidente[45].

Napoleão Bonaparte transformou essa história, obrigando o traslado para o Brasil da Corte de D. João VI. Em 28 de janeiro de 1808 os portos foram abertos às nações amigas – para a mais amiga delas, a inglesa, é verdade, mas isso firmou a emancipação comercial do Brasil. Decreto de 1º de abril de 1808 revogou aquele Alvará de 5 de janeiro de 1785, liberando a manufatura de ouro, prata, seda, algodão, linho e lã. Com a chegada da Família real foi fundada a Impressão regia, tipografia da Gazeta do Rio, jornal oficial, embrião do jornalismo brasileiro, que demonstra que nossa imprensa sempre esteve de mãos dadas, ou quem sabe atacadas, com o Governo. Foi montada uma fábrica de pólvora, incentivada a extração de minérios, mormente de ferro. Em 23 de novembro de 1816 o comercio de cabotagem tornou-se monopólio dos brasileiro – exclusividade que se justificava por sua relevância para a economia e para a segurança. Tal monopólio caiu na recente Emenda Constitucional nº7, de 15 de agosto de 1995. Os interesses da economia e da segurança nacionais mudaram muito em nossos tempos de globalização imperialista[46].

Iniciou-se novo modelo de colonização, tornando o imigrante estrangeiro proprietário da terra, com o que se fundou Nova Friburgo no Rio de Janeiro[47].

O Alvará de 12 de outubro de 1808 criou o primeiro banco nacional com a faculdade de emitir papel moeda de curso forçado[48]. (Depois da doação dos bancos estaduais para as instituições financeiras internacionais e nacionais, em breve veremos sucumbir o Banco do Brasil.)

Em 22 de dezembro de 1815 foi assinado com a Inglaterra tratado internacional que limitou o tráfico negreiro. A Carta regia de 16 de dezembro do mesmo ano elevou o Brasil à categoria de reino, juntamente com Portugal e Algarves[49]. Nos setes seguintes anos os eventos se sucederam até a independência, em 1822, e a Constituição do Império, em 1824.

Em 24 de agosto de 1820, estourou a revolta dos portugueses na Cidade do Porto, exigindo que as Cortes se reunissem e que se tornasse constitucional a monarquia. O Pará aderiu logo e jurou a Constituição que a

[44] Idem p.12.
[45] Ibidem, p.13.
[46] Idem, pp.13-4.
[47] Idem, p.14.
[48] Ibidem, p.15.
[49] Idem.

assembléia portuguesa aprovasse, sendo seguido pela Bahia. Pretendeu D. João conceder reformas parciais e mandar seu filho Pedro a Portugal. Amotinou-se o povo brasileiro no Largo do Rocio, hoje Praça Tiradentes, no Rio de Janeiro, em 24 de fevereiro de 1821. Em nome do pai perguntou o Príncipe à multidão o que queria. Informado, voltou ao Palácio real de São Cristóvão, de onde regressou ao largo do Rocio, mostrando, exultante, o decreto assinado pelo rei que aprovava a Constituição que se fizesse em Portugal, e a tornava extensiva ao Brasil. Estava deflagrado um movimento incontrolável. Logo depois recomeçou a agitação liberal, clamando, inclusive, por república. O rei, sem apoio e sem pulso, regressou a Portugal. Novos motins explodiram no Rio de Janeiro e forçaram-no a adotar a Constituição espanhola de 1812, até que se elaborasse a portuguesa. A 22 de abril D. Pedro foi nomeado Regente do Brasil e a 26 a família real embarcou para Lisboa[50].

O Príncipe Regente mandou confeccionar o orçamento da receita e despesa, a primeira vez que isso se fazia no Brasil, e isentou de ônus tributário o comercio das províncias de uma com a outras[51], embrião da imunidade recíproca dos entes federativos.

Decreto de 19 de maio de 1821 proibiu que os fiscais tomassem aos particulares os objetos de que careciam, sem prévio acordo com eles, nem garantias de pagamento[52], gênese da desapropriação mediante justo preço. Outro decreto no mesmo dia firmou a liberdade de venda e providenciou o pagamento pontual àqueles que cedem de boa vontade os que fosse necessário ao serviço público[53]. Nossos administradores precisavam ouvir a voz do Príncipe Regente e dela não se esquecer.

Foi abolida a censura à imprensa, pelo Decreto de 23 de maio de 1821. Proibiram-se, através do Decreto do mesmo dia, as prisões sem mandado do juiz criminal da comarca, salvo caso de flagrante delito[54].

A pressa liberal do Regente, no entanto, não foi capaz de conter a vontade régia. No mês de junho chegaram notícias contraditórias: haviam sido juradas em Lisboa as bases da Constituição, mas a Lei de 24 de abril de 1821 fracionava o aparelho administrativo brasileiro, tornando todos os governos provinciais independentes do que se exercia sob as ordens de D. Pedro, e sujeitos somente aos tribunais e autoridades de Portugal. Dois decretos de 29 de setembro do mesmo ano suprimiram os tribunais do Rio de Janeiro e ordenaram ao Príncipe Regente que fosse aprimorar sua educação na França, Espanha e Inglaterra[55]. Era demais! A indignação tomou conta dos brasileiros!

Oito mil assinaturas, número estonteante para a época, se considerarmos o número percentualmente pequeno de alfabetizados,

[50] Idem, pp.16-7.
[51] Ibidem, p.17.
[52] Idem.
[53] Ibidem, p.18.
[54] Idem.
[55] Idem.

prestigiaram a representação burilada por Frei Francisco de Sampaio: "o navio que reconduzisse o Príncipe real, apareceria no Tejo com o pavilhão da independência do Brasil"[56]. A ameaça foi o protogrito do Ipiranga!

A 9 de janeiro de 1822 aquela representação foi entregue ao Regente, que entre o chamado do rei e o do povo, resolveu ficar[57]!

A 16 de fevereiro de 1822 o Príncipe convocou os procuradores das Províncias para o auxiliar e aconselhar. Era pouco. Queriam todos uma constituição luso-brasileira, inclusive as Câmaras e seus procuradores. Acedeu o Príncipe, e convocou uma assembléia, em 3 de junho de 1822, com nítida feição revolucionária. Foram inúmeros os atos baixados por Portugal para evitar a marcha dos acontecimentos, todos rechaçados pelo Regente. Até a explosão do 7 de setembro, à margem do Rio Ipiranga, ao receber decretos reais que revogavam a convocação dos procuradores gerais[58]. Era tarde demais. Diz-se que Pedro, naquele local, teria arrancado do chapéu os distintivos de sua nacionalidade portuguesa e lançado o já mitológico independência ou morte. Em 3 de maio de 1823 instalou-se a Assembléias Nacional Constituinte, que, infelizmente, foi cercada pelo mesmo orador do Ipiranga com tropas militares e por ele dissolvida, para outorgar nossa Constituição Imperial de 1824, a primeira, que resultou de um ato de força e não de um ato consensual.

Parece que a atitude do Regente marcou a memória brasileira para sempre. São incontáveis os políticos de nossa terra que, dizendo-se liberais e democratas, fecharam o Congresso, exilaram adversários, fecharam partidos políticos, e, mais recentemente, invadiram campus universitários e bateram em professores e estudantes desarmados.

Em todos esse episódio de força, o direito sucumbiu à espada.

Penso que, agora, podemos voltar à Cidade Alta de Porto de Seguro e entender a Colônia, como o fez JOSÉ HONÓRIO RODRIGUES: "não houve ruptura do regime colonial, que sobreviveu com o absolutismo do regime imperial, com a legislação arcaica, com a relativa imobilidade administrativa, com a alienação das elites, com a fragilidade da conjuntura e a estabilidade da estrutura, imutável e incapaz de atender às necessidades nacionais. O período colonial e sua sobrevivência determinaram todo o subdesenvolvimento posterior"[59].

Na Colônia o direito esteve a serviço do empreendimento capitalista da Metrópole. Na esfera pública: seja na regulamentação da distribuição das terras e da legitimação da escravidão, seja na organização administrativa do serviço público, concentrando todo o poder nas mãos do rei e de seus

[56] Ibidem.
[57] Idem.
[58] Idem, p.19.
[59] MOTA, Carlos Guilherme. Viagem incompleta. A experiência brasileira (1500-2000). Formação histórica. São Paulo, Editora SENAC São Paulo, 2000, p.192.

delegados; e, na esfera particular, manteve a estrutura hierarquizada da família e das relações pessoais portuguesas que estavam lastreadas no direito romano ou no direito canônico, fazendo o senhor de engenho um verdadeiro morgado. O direito servia, portanto, para concentrar o poder público no rei e o poder privado nos senhores do açúcar.

Com esse quadro talvez possamos entender um pouco mais a invisível presença do jurídico na vida das pessoas que habitavam a terra brasílica no período colonial. O justo ou o injusto, o lícito ou o ilícito, resultaram de uma estrutura produtiva específica e sua conseqüente configuração social. Se a mais não cheguei, culpem o Professor Calmon de Passos, que teimoso,- com a teimosia dos gênios!-, submeteu vocês todos ao enfado de um papagaio que apenas sabe repetir com graça menor o que já disseram alhures, mas, ao menos,- se é que isso é virtude nos dias de hoje-, tem orgulho das cores tropicais de suas penas verde-amarelas.

Referência Bibliográfica deste Trabalho:

Conforme a NBR 6023:2002, da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

QUEIROZ, Luiz Viana. O Direito no Brasil Colônia. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 12, dezembro/janeiro/fevereiro, 2008. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>. Acesso em: xx de xxxxxx de xxxx

Observações:

1) Substituir "x" na referência bibliográfica por dados da data de efetivo acesso ao texto.

2) A RERE - Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado - possui registro de Número Internacional Normalizado para Publicações Seriadas (*International Standard Serial Numbe*r), indicador necessário para referência dos artigos em algumas bases de dados acadêmicas: ISSN 1981-1888

3) Envie artigos, ensaios e contribuição para a Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado, acompanhados de foto digital, para o e-mail: rere@direitodoestado.com.br

4) A RERE divulga exclusivamente trabalhos de professores de direito público, economistas e administradores. Os textos podem ser inéditos ou já publicados, de qualquer extensão, mas devem ser encaminhados em formato word, fonte arial, corpo 12, espaçamento simples, com indicação na abertura do título do trabalho da qualificação do autor, constando ainda na qualificação a instituição universitária a que se vincula o autor.

5) Assine gratuitamente notificações das novas edições da RERE – Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado por e-mail: http://www.feedburner.com/fb/a/emailverifySubmit?feedId=873323

6) Assine o feed da RERE – Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado através do link: http://feeds.feedburner.com/DireitoDoEstado-RevistaEletronicaDaReformaDoEstado

Publicação Impressa:
Palestra proferida no Cine-Teatro da Casa do Comércio, em Salvador, no dia 29 de novembro de 2001, às 19:00 hs, no Seminário “Brasil 501. De onde viemos. Onde chegamos. Para onde vamos”, - painel “Brasil Colônia (1500-1822)”.