O Direito Português em 1500

Fernando Whitaker da Cunha
Desembargador TJ/RJ

Os quinhentos anos do "descobrimento" do Brasil não podem olvidar a questão sobre a prioridade dele e a intencionalidade da viagem cabralina.

O conhecimento da existência de vastas áreas na América Meridional era inequívoco. Prova-o a ação da diplomacia portuguesa, em 1497, conseguindo a dilatação para 370 léguas a oeste de Cabo Verde, descoberta por Diogo Gomes, dos limites previstos na bula de 1493 e a chamada "política do sigilo".

Em 1498 e 1499, Vicente Yanez Pinzon e Diego de Lepe estiveram no litoral norte brasileiro, sendo óbvio que, temendo as conseqüências desse fato, a Coroa portuguesa se apressou em ocupar, por motivos econômicos, os territórios que lhe cabiam, não o tendo feito antes por fatores políticos, como sustentamos, em **Fundamentos da História Teórica** (p. 37-38).

Se não se fizesse o encontro oficial, outros povos poderiam lançar mão do instituto do *uti possidetis,* pelo qual "as partes de um tratado ou em litígio devem manter os territórios que já ocupam no momento" (Leib Soibelman), sendo interessante o fato da construção do Mosteiro dos Jerônimos, objetivando celebrar as descobertas, ter tido início em 1502.

Vigoraram em Portugal as Ordenações Afonsinas (1446), que D. Afonso V mandou publicar corpo legislativo, cuja necessidade D. João I já havia sentido, determinando que se fizesse a compilação das inumeráveis leis existentes, como incumbira o jurisconsulto João das Regras, natural de Guimarães, berço de Afonso Henriques, Gil Vicente e do Papa João XXI, de traduzir o Código Justinianeu, a que almejava atribuir valor legal, mas que deixou sua marca na obra realizada, assim com as "Siete Partidas", de Afonso, o Sábio (séc. XII).

A sistematizada consolidação feita, influenciada pela metodologia das **Decretais** de Gregório IX e que muito deve ao Corregedor da Corte, João Mendes, e ao integrante do Conselho de El-Rey, Rui Fernandes, dividiu-se como as posteriores, em cinco livros, tratando da administração da Justiça, da jurisdição da Igreja, do processo civil, do direito civil, das (cruéis) nor-

mas penais, que confundiam o crime e o pecado (Michel Foucault, **Vigiar e Punir**) etc. A matéria **constitucional** estava envolta nos temas fundamentais da organização estatal.

As Ordenações Afonsinas apenas foram imprimidas em 1792, no reinado de D. Maria I, porque no advento delas ainda não havia esse processo e a sua publicidade deve ser atendida no sentido, como notou Pereira e Souza, de se fazerem patentes "em lugares públicos para se conhecer de todos os que nisso têm interesse". Era a divulgação romana.

Na verdade, permaneceram desconhecidas da grande maioria, em um Estado centralizador e absolutista que, rigorosamente, não passou pelo feudalismo e, duramente, exercitava o poder e a ação política, objetivos, aliás, de Filosofia Política, como observa Christian Ruby (**Introdução à Filosofia Política**, p. 143).

Como diz Paulo Ferreira da Cunha (**História Constitucional do Direito Português**, p. 152), "deter o Direito é, normalmente, exercer o poder".

Marcelo Caetano (**História do Direito Português**, v. 1, p. 529) explana que a impressão feita "resultou da importância que os Estatutos Pombalinos da Universidade (1772) deram ao estudo do Direito Pátrio e de sua história".

As chamadas Ordenações de D. Duarte eram mera coleção particular das regras legais que devem ter servido aos autores das Ordenações Afonsinas, cujas omissões, lapsos, contradições e defeitos de estrutura já foram apontados por historiadores, mas que modelariam as subseqüentes com inocultáveis repercussões jurídicas que, no Brasil, perduraram até o Código Civil, cujo art. 1807 revogou expressamente as Ordenações e, em Portugal, até o surgimento do Código Civil (1867), cujo autor foi o Visconde de Seabra, aliás, nascido no Brasil. João Luiz Alves (**Código Civil Anotado**) entende que o dispositivo de nosso código pôs "ordem no caos da legislação", opinando Maria Helena Diniz que bastava ter ele revogado as disposições em contrário, mas é forçoso reconhecer que o legislador tinha de espancar todas as dúvidas relativas aos incontáveis alvarás, leis, decretos, resoluções, usos e costumes, então vigentes.

D. Manuel I determinou em 1505 a revisão e atualização do precedente código, promulgado em 1521, por uma comisão composta do chanceler-mor Rui Botto e dos juristas Rui da Grã e João Cotrim, que, embora conservando a ordem por ele adotada, fez acentuados aditamentos e supressões, enfatizando

Cabral de Moncada ter havido "notável influência de estilo".

Em sua vigência foi elaborado o importante Regimento de Tomé de Souza, redigido por Gerônimo Correia, que foi, em verdade, nosso primeiro Estatuto Básico, instalando-se, também, o 1º Governo Geral (1548).

A pletora de criação legislativa motivou um aditamento oficial das Ordenações Manuelinas, em 1569, preparado pelo erudito cronista Duarte Nunes Leão, ao que se somaram leis de D. Sebastião.

Isso leva a concordar com Paulo Cunha (ob. cit., p. 162) que eram desnecessárias as Ordenações Filipinas (1603), elaboradas por Pedro Barbosa, Jorge de Cabedo, Afonso Vaz Tenreiro, Paulo Afonso e Damião de Aguiar e que trouxeram poucas alterações.

A razão das Filipinas (Ordenações do Reino, porque as anteriores foram Ordenações do Rei), que mantiveram certas contradições, foi política, para frisar, simbolicamente, o domínio espanhol sobre Portugal.

Todavia, após a Restauração, foram elas, que se impunham às leis municipais que, se as contrariassem, poderiam ser invalidadas, mantidas em 1643, extraindo-se sua folha de rosto, propagandista do poder filipino.

Um "Novo Código" deveria ser feito, messianicamente, quando D. Sebastião retornasse...

O sebastianismo, aliás, transformou-se em teoria histórico-política que veio a desaguar na filosofia saudosista de Teixeira de Pascoaes, poeta que buscou traçar a ontologia do caráter nacional português, com suas qualidades e defeitos, que ecoou em o nosso, montando o Estado sobre uma "Confederação de Municípios".

As Ordenações, cuja matriz foram as Afonsinas, contribuíram para uma posterior consciência codificadora (não como uma necrópole de preceitos, mas como um organismo vivo), que foi impulsionada pelo constitucionalismo, revelador da urgência de constituições escritas, embora ele e codificação não sejam termos de uma fórmula, porque pode haver o primeiro sem a segunda, como a Inglaterra e a Nova Zelândia o demonstram.

Von Wiese considera que os fatos sociais se orientam numa determinada direção, segundo um ritmo próprio e, em decorrência, suas resultantes seguem o mesmo roteiro, como produtos culturais.

As Ordenações Afonsinas, que tardaram por motivos políticos, ponto de partida do direito português codificado e reflexo de uma época, se projetaram nas sucessoras dentro das transformações do jogo histórico, ecoando, por sua natureza, na própria evolução do direito brasileiro e propiciando