

# DESPOTISMO ILUSTRADO E UNIFORMIZAÇÃO LEGISLATIVA. O DIREITO COMUM NOS PERÍODOS POMBALINO E PÓS-POMBALINO

Por Arno Wehling\*  
Maria José Wehling\*\*

## *Abstract*

*Despite its importance throughout the consolidation of absolutism, Roman Law was hardly criticized during the so called «enlighted despotism». Marquis de Pombal's regime in Portugal (1750-1777) led to a modernization policy, which proposed at the legal field to bring to the country the modern legal systems from the so called «civilized peoples of Europe». The use of Roman Law was them prohibited by Pombal's legislation in Portuguese Courts. Nevertheless, for many reasons, it survived not only during Pombal's administration. But also after it till its definite fall with the raise of the constitutionalists codes from the XIX Th century.*

A historiografia, desde a época áurea do liberalismo, no século XIX, vem destacando a centralização política levada a efeito pelas principais monarquias européias, com exceção da Inglaterra e das

---

\* Professor Titular da UFRJ e UGF. Pesquisador do CNPq. Presidente do IHGB/ /Professora Titular da Uni-Rio e Coordenadora do Núcleo Interuniversitário de Pesquisa em História do Direito Brasileiro (UFRJ-UNI-RIO).

\*\* Trabalho desenvolvido no âmbito do Projeto Integrado *Estrutura do estado e*

Províncias Unidas, no clima do chamado «despotismo ilustrado» setecentista. Contra esta centralização ter-se-ia voltado o processo revolucionário, terminando por eliminá-la, substituindo-a pelos regimes liberais-burgueses da Europa ocidental, com seus mecanismos de representação censitária e «checks and balances».

Tal modelo de interpretação obscurece, entretanto, o problema da centralização administrativa do estado. Na ótica liberal, a desorganização institucional, provocada pela falta de uma estrutura administrativa cartesiana e pela sedimentação histórica de privilégios, isenções e direitos adquiridos, inviabilizou o estado às vésperas do processo revolucionário, e não apenas na França. Grande parte da historiografia marxista do tema, mais preocupada com a emergência de novos segmentos sociais, endossou esta perspectiva liberal.

Tocqueville foi dos poucos, no século XIX, a valorizar os esforços de centralização administrativa das últimas décadas do absolutismo, entendendo-a, no caso francês, como etapa preliminar da política centralizadora levada a efeito pelos governos da Revolução e posteriores. Onde os liberais viam descontinuidade e ruptura, Tocqueville afirmava a existência de uma continuidade entre o Antigo Regime e o liberalismo<sup>1</sup>. Duas teses cujos efeitos passaram relativamente despercebidos na historiografia do século XX, mesmo na recente releitura toquevilleana de François Furet: a da distinção entre os processos de centralização política e de centralização administrativa e a da continuidade, e não ruptura, entre a estrutura institucional do Antigo Regime e a que se lhe seguiu<sup>2</sup>.

Ao valorizar-se o estudo das políticas de centralização administrativa no contexto do Antigo Regime – se pensarmos, por exemplo, nos casos mais característicos da França na segunda metade do século XVIII, do josefismo austríaco e nos países ibéricos – revelam-se alguns traços comuns, com tons próprios a cada país. Todos estes traços já foram, aliás, objeto de estudos específicos, embora

---

*sociedade colonial: o Tribunal da Relação do Rio de Janeiro, 1751-1808*, com apoio dos bolsistas de aperfeiçoamento Frederico Januzzi e Elaine Rodrigues de Ávila e dos bolsistas de iniciação científica Danielle Campos Moreira, Andrea Filomena Lucas Russo e Edson Guimarães de Azeredo.

<sup>1</sup> Alexis de Tocqueville, *L'ancien régime et la révolution*, Paris, Gallimard, 1964, p. 98. Arno Wehling, *Tocqueville e a razão histórica*, in *A invenção da história*, Rio de Janeiro, UFF-UGF, 1994, p. 137 ss.

<sup>2</sup> François Furet, *Pensando a revolução francesa*, Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1989, p. 145.

quase sempre a escassa problematização da história política tradicional os tenha limitado a um descritivismo inócuo, sem a discussão mais aprofundada das questões.

Os procedimentos mais evidentes<sup>3</sup> das políticas de centralização administrativa foram:

- a) as práticas regalistas, com o objetivo de reafirmar o controle do estado sobre o clero secular e neutralizar – senão eliminar – as ordens religiosas, vistas, em princípio, como focos de resistência anti-estatal, entravadoras do progresso econômico pela posse de propriedades improdutivas e eventualmente instrumento da política papal.
- b) o aperfeiçoamento burocrático, com o estímulo à ampliação dos setores profissionais da burocracia em detrimento do preenchimento prebendário dos cargos, com a sua doação ou a venalidade.
- c) o fomento econômico, com o estabelecimento de uma legislação que visava estimular a produção agrícola ou manufatureira, numa prática ainda mercantilista, mas na qual já se insinuavam elementos fisiocráticos e até liberais, como estudamos a propósito da política pós-pombalina em Portugal.
- d) a reforma educacional, entendida não ainda como a disseminação do ensino básico, no modelo lancasteriano, mas como a introdução, no currículo dos cursos superiores, de disciplinas que se aproximassem das transformações científicas que se avolumavam desde o século XVII.
- e) a reforma legislativa, que consistia, a grosso modo, na tentativa de substituir as antigas normas jurídicas estratificadas, predominantemente processualísticas, que tendiam a cristalizar privilégios e isenções, por novas normas ditadas pela burocracia estatal, cujo objetivo era, na expressão de Oliveira Marques para o caso português, «tudo nivelar ante o absolutismo»<sup>4</sup>.

---

<sup>3</sup> Estudamos o tema da «administração numa sociedade em transformação» em Arno Wehling, *Administração portuguesa no Brasil 1777-1808*, Brasília, Funcep, 1986, p. 15 ss.

<sup>4</sup> A. H. de Oliveira Marques, *História de Portugal*, Lisboa, Ágora, 1973, p. 587.

Neste último aspecto, o conflito pode ser representado, no âmbito luso-brasileiro, pela ação da burocracia judiciária de modelo pombalino, de um lado, contra as antigas estruturas judiciais, estas por sua vez epifenômeno de forças arcaizantes que as sustentavam. Em termos legais, tal conflito evidenciou-se de forma clara no confronto entre os defensores da Lei da Boa Razão, de 18 de agosto de 1769, e os partidários do direito comum, com a primeira sinalizando os esforços uniformizadores do absolutismo e o segundo o direito antigo.

O processo, entretanto, não se esgota nesta bipolaridade, revelando nuances, como soluções de compromisso, que refletem não só os aspectos jurídicos da questão, como as próprias tensões da crise do antigo regime.

## 2. O caso português: a Lei da Boa Razão e o problema do direito comum

Em meados do século XVIII ocorre um processo generalizado na Europa contra aspectos considerados arcaicos da sociedade ou do estado, que envolve não apenas os intelectuais iluministas, como geralmente se enfoca a questão, mas a própria burocracia estatal em vários países. O direito comum, *jus commune*, que era o direito civil fortemente enraizado na tradição romanista, a multiplicidade de tribunais e instâncias judiciais e o prestígio dos doutrinadores na elaboração das sentenças eram todos fatores considerados como negativos para o estabelecimento de uma justiça eficaz e efetivamente centralizada tanto no direito material como no processual. Essa aspiração uniformizadora da burocracia estatal, inspirada no que Cattaneo denominou «iluminismo jurídico», caracterizava-se, segundo este autor, por uma *atitude racionalista*, defendendo a aplicação do direito natural e por uma *atitude voluntarista*, submetendo o direito positivo a uma vontade, por sua vez guiada pela razão<sup>5</sup>.

Em Portugal, este processo evidenciou-se com a Lei da Boa Razão, mas, como notou Nuno Espinoza Gomes da Silva, já o alvará de 28 de junho de 1759, orientando que no ensino se levasse em conta o praticado nas «nações polidas da Europa», reduzindo as discussões doutrinárias e «as discórdias provenientes na contrariedade de opiniões», indicava o novo espírito racionalista. A lei de 25 de

---

<sup>5</sup> M. Cattaneo, *Iluminismo e legislazione*, Milão, 1966, p. 13 ss.

PRAÇAS NO PORTO SEGUNDO MANUEL PEREIRA DE NOVAIS	
Praça da Ribeira	«La Praça de la Ribera es de forma quadrada, y algunos Cubiertos ò soportables que tiene son muy altos y claros e de buena Vista. En esta plaça se mercancia todo lo que se puede pedir para el deseo de la vida humana».
Praça de Santa Clara	«... para Santa Clara, en Donde assi mesmo feneçe la del Codeçal, formando la Praça deste Real monasterio y la hermita de San Antonio de la Peña...»
Praça de Belmonte	«... en la Praça de Belmonte ancha y espaciosa, aunque no Mucho en quadro...»
Praça dos Banhos	«... Por en cima de la fuente de los Baños y de su Praça...»
Praça do Terreiro	«... que va salir à la Hermita de Nuestra Señora del Cais y Praça del Terreiro...»
Praça da Porta do Olival	«... Porque la Praça de la Puerta del Olival, donde tiene origen essa de las Tapias...»
Praça de Santo Elói	«... Praça del Convento de nuestra Señora de la Consolacion, que es el mesmo de Santo Eloy, hasiendola capaz y ancha, aunque con una Esquina que deshace la perfeccion de su Quadro»
Praça de S. Bento das Freiras	«... y en este sitio de huertas de los Señores obispos, que llamavam el faval, y assi mesmo dava nombre a la plaça del faval, que es oy en mucha parte aquella espaciosa plaça de San Benito de las monjas...»
Praça de S. Domingos	«... sigue la Calle de Santo Domingo plana e derecha hasta su plaça, que alli la hase Capacissima y espaciosa hasta la Misericordia, y lo fuera Mayor si el Atrio desse Convento no lo estorvara...»
Praça em frente do Palácio do Marquês de Fontes	«... seguindo la Calle, asta la Praça que queda en frente de los Palacios del Marquez de Fontes, Condes de Penaguim y Matosiños.»

junho de 1760 criando a Intendência Geral de Polícia da Corte e dos Reinos foi ainda mais específica, ao exigir que suas determinações fossem aplicadas «literal e exatamente», sem serem «entendidas especulativamente pelas opiniões dos Doutores Juristas»<sup>6</sup>.

Ainda antes da Lei da Boa Razão, a de 3 de novembro de 1768, sinalizava-se na mesma direção, pois, tratando do recurso contra sentença notoriamente injusta, por ser contrária ao *direito expresso*, entendia-se este como o «direito pátrio dos meus Reinos e não as Leis Imperiais, ou Direito civil»<sup>7</sup>. Acentuava-se a hostilidade ao direito comum.

A lei de 18 de agosto de 1769, dita da Boa Razão, é o instrumento fundamental desta política. Seus principais dispositivos são francamente centralizadores e uniformizadores: a razão e a vontade do monarca são as fontes do direito; a jurisprudência deveria ser unificada e só seria reconhecida como tal se tornada *assento* da Casa da Suplicação; o direito consuetudinário só seria admitido se fosse condizente com a boa razão, tivesse mais de cem anos e não se chocasse com a lei; o direito comum só seria admitido quando não conflitasse com a boa razão, entendida esta como as «verdades essenciais, intrínsecas, inalteráveis» evidenciadas no direito divino e natural e nas leis «políticas, econômicas, mercantis e marítimas» das «nações civilizadas». Estas últimas deveriam expressamente ter precedência sobre o direito comum, dadas as novas condições sociais e econômicas que justificaram sua elaboração.

Um dos principais comentadores da Lei da Boa Razão, José Homem Correa Teles, elencou vinte e um exemplos de leis romanas opostas ao direito natural e das gentes, fundamentando-se na autoridade de juristas como Grotius, Stryk, Montesquieu, Melo Freire e Mora y Jaraba, afirmando que deixava de comentar várias outras situações<sup>8</sup>.

No ano seguinte, a lei de 22 de dezembro de 1769 reiterava categoricamente que o direito comum não era direito, nem deveria ser considerado contra os casos expressos nas disposições de leis particulares da monarquia<sup>9</sup>.

<sup>6</sup> Nuno Espinosa Gomes da Silva, *História do direito português*, Lisboa, FCG, 1991, pp. 350-351.

<sup>7</sup> *Idem*, p. 352.

<sup>8</sup> José Homem Correa Teles, *Comentário Crítico à Lei da Boa Razão*, in Candido Mendes de Almeida, *Auxiliar Jurídico*, Lisboa, FCG, 1985, vol. II, p. 455 ss.

<sup>9</sup> Lei de 22 de dezembro de 1769, par. 9; in C. Mendes de Almeida, *op. cit.*, vol. II, p. 536.

Em 1771, no *Compêndio histórico do estado da Universidade de Coimbra ao tempo da invasão dos denominados jesuítas*, obra coletiva que preparou a reforma dos estatutos da universidade no ano seguinte, defendia-se o estudo no curso jurídico do direito natural, do direito português, das histórias geral e jurídica, do latim e do grego e da lógica, retórica e metafísica, condenando-se a excessiva valorização do direito romano<sup>10</sup>.

Em 1772 os *Estatutos da Universidade de Coimbra* reafirmam os princípios definidos no *Compêndio*, definindo não apenas o currículo e os programas dos cursos jurídico e canônico, como os próprios procedimentos metodológicos dos docentes. Criticava-se expressamente o predomínio do direito romano, o método escolástico e a autoridade dos doutrinadores. No tocante ao primeiro, precisou-se que poder-se-ia utilizá-lo desde que se fizesse mediante o «uso moderno» que dele já se fazia em outros países, o que reafirmava o preceito da Lei da Boa Razão.

Aliás, nos dois documentos previa-se o caráter subsidiário do direito romano<sup>11</sup>, mas a menção ao fato no segundo levantou uma polêmica historiográfica, de que trataremos adiante.

### 3. Dois problemas historiográficos

O tema do direito comum no contexto da legislação absolutista da segunda metade do século XVIII mereceu diversas discussões, que sumarizamos em outro trabalho<sup>12</sup>.

Vale ressaltar, entretanto, que são dois os problemas em discussão. O primeiro é o do caráter *anti-romanista* da legislação portuguesa a partir do marquês de Pombal.

Autores como Correa Teles, Coelho da Rocha e Cândido Mendes defenderam o caráter anti-romanista da Lei da Boa Razão.

---

<sup>10</sup> N. E. G. Silva, op cit, p. 365-366; M. Paulo Merea, *Estudos de história do direito*, Coimbra, Coimbra editora, 1923, p. 23 ss e *Resumo das lições de história do direito português*, Coimbra, Coimbra editora, 1925, p. 172.

<sup>11</sup> Lei de 18 de agosto de 1769, par. 9; *Estatutos da Universidade de Coimbra*, Liv. 2, tít. 2, cap. 3 par. 4.

<sup>12</sup> Arno Wehling e Maria José Wehling, *Cultura jurídica e julgados do Tribunal da Relação do Rio de Janeiro: a invocação da Boa Razão e o uso da doutrina. Uma amostragem*. in Maria Beatriz Nizza da Silva, *Cultura portuguesa na Terra de Santa Cruz*, Lisboa, Estampa, 1995, p. 235 ss.

O primeiro chegou a elencar os principais pontos de confronto com o direito comum, conforme já comentamos<sup>13</sup>. O segundo falou em um «nacionalismo ou chauvinismo jurídico»<sup>14</sup>. Cândido Mendes comentou que «as leis respiram um ar de jactância» e que o direito romano «foi com notável ingratidão injustamente amaldiçoado»<sup>15</sup>.

Martins Junior refutaria tal interpretação, afirmando que os juristas da Boa Razão realizaram em Portugal obra semelhante à dos pretores e jurisconsultos em Roma, atualizando-o. Os juristas pombalinos teriam desempenhado, em Portugal, o papel de Cujácio, unindo o *jus gentium* e o *jus naturale*. Apesar da sagacidade da explicação, seu anacronismo evidente, associando o direito racionalista do absolutismo à evolução do direito romano, enfraquece o argumento da força do romanismo<sup>16</sup>.

Paulo Merêa admitiu o caráter anti-romanista da legislação pombalina e posterior, mas considerou-a incoerente, uma vez que ter-se-ia mantido, de fato, a primazia do direito romano em Portugal<sup>17</sup>.

Mais recentemente, o historiador Nuno Espinoza Gomes da Silva admitiu o caráter anti-romanista da legislação, assinalando porém que esta circunscreveu os limites dos dois direitos, o real e o comum<sup>18</sup>.

O segundo problema diz respeito à continuidade ou ruptura da política estatal em relação ao direito comum. Autores como Vilanova Portugal, Coelho da Rocha e Cândido Mendes afirmam categoricamente que nos Estatutos da Universidade de Coimbra retornasse ao direito comum, rompendo com a linha representada pela Lei da Boa Razão<sup>19</sup>. Já Latino Coelho, Martins Junior, Paulo Merea e Gomes da Silva vêm, ao contrário, uma continuidade nesta política, embora os dois últimos admitam um relativo recuo do direito real, restabelecendo-se parcialmente o direito comum.

---

<sup>13</sup> José Homem Correa Teles, op. cit., loc. cit.

<sup>14</sup> Coelho da Rocha, Ensaio sobre a história do governo e da legislação de Portugal, in Francisco Isidoro Martins Junior, *História do direito nacional*, Recife, Ceci, 1941, p. 110.

<sup>15</sup> Cândido Mendes de Almeida, Introdução, *Ordenações Filipinas*, Lisboa, FCG, 1985, v. I, p. 32.

<sup>16</sup> F. I. Martins Junior, op. cit., p. 112.

<sup>17</sup> Manuel Paulo Merea, *Resumo...*, p. 163.

<sup>18</sup> N. E. Gomes da Silva, op. cit., p. 362.

<sup>19</sup> «O direito romano... subiu de novo ao Capitólio nos Estatutos da Universidade de Coimbra»; C. Mendes de Almeida, Introdução, p. 32.



O desenvolvimento da questão somente poder-se-á fazer com o estudo das práticas judiciárias e da atitude do governo face à legislação.

### 3. As práticas judiciárias

Após a promulgação da lei da Boa Razão, em 1769, o direito comum continuou a estar presente nos tribunais e no ensino. Apesar de toda a hostilidade à sua aplicação, ele afinal era admitido como direito subsidiário pela própria lei, desde que submetido a seus princípios e na falta de legislação moderna.

Nos Estatutos da Universidade de Coimbra, admitiu-se seu «uso moderno». Mais tarde, o assento de 11 de novembro de 1791, da Casa da Suplicação, reiterou que ele deveria ser observado quando as «leis pátrias o mandam expressamente»<sup>20</sup>. A manifestação da Casa da Suplicação, que já funcionava como órgão unificador da jurisprudência, vedando a multiplicidade de acórdãos dos diferentes tribunais da relação, é indicativa da dúvida e oscilação reinantes face ao direito comum.

O próprio governo sentiu necessidade de sublinhar, pelo alvará de 30 de janeiro de 1802, o caráter subsidiário deste direito, reafirmando que «tem força e autoridade de lei em suplemento do Pátrio, sendo fundado na Boa Razão»<sup>21</sup>.

As sucessivas manifestações em relação ao assunto parecem indicar a dificuldade de encontrar uma justa medida, do ponto de vista da burocracia estatal, para a aplicação do direito comum no cotidiano dos tribunais. Tal conjectura só poderá ser confirmada pelo estudo das práticas judiciárias.

Por outro lado, é preciso observar que o direito comum permanecia forte na medida que o ensino jurídico continuava impregnado por suas teses e que fracassavam, no plano legislativo, os esforços para dotar Portugal de novas leis, adequadas às transformações sociais detectadas pela burocracia estatal.

Com efeito, apesar das modificações curriculares e programáticas, o direito romano e seus doutrinadores permaneciam vivos em

---

<sup>20</sup> C. Mendes de Almeida *Auxiliar...*, vol II, p. 536.

<sup>21</sup> *Ibidem*.

<sup>22</sup> M. Paulo Mcrea, *Resumo...*, p. 163.

Coimbra, mesmo depois da aplicação dos Estatutos pombalinos. Se M. Paulo Merea estiver certo, como admitimos, somente pelo alvará de 16 de janeiro de 1805 retirou-se a primazia do direito romano no currículo do curso jurídico<sup>22</sup>, o que nos leva a concluir que por mais de uma geração continuaria a formação tradicional, senão integralmente, pelo menos em grande parte.

Tal fenômeno, aliás, ocorreu também na Espanha, onde a luta conta o direito comum iniciou-se muito antes do que em Portugal, ainda com Felipe V, em 1713, intensificou-se à época pombalina portuguesa com Carlos III mas somente configurou-se como uma vitória do direito real na reforma universitária do ministro Caballero, em 1802<sup>23</sup>.

No caso português, parece-nos que o problema estava menos na Universidade do que na própria indefinição legislativa. Apesar dos esforços para a codificação do direito público e do direito privado, com a comissão que elaborou na década de 1780 os anteprojetos de códigos de direito público, comercial e sucessório ou os elaborados por Melo Freire a propósito do direito público e especialmente do direito penal, podemos concordar com Cândido Mendes de Almeida ao concluir que entre 1778 e 1808 pouco ou nada de concreto foi realizado neste campo, predominando a «vacilação e a incerteza»<sup>24</sup>.

Parece evidente que tal fato se deve às limitações que a burocracia estatal teve de colocar a si própria no processo de modernização do país. Modernizá-lo, no sentido do Iluminismo e da industrialização que ocorriam na Europa ocidental, significava ir além do reformismo ilustrado dos absolutistas. Códigos racionalistas e de inspiração burguesa, em países, como os ibéricos, nos quais o substrato cultural ainda era fortemente escolástico e em que inexistia uma elite empresarial, significava realizar uma revolução pelo alto que não era desejada por setores influentes da sociedade tradicional, além de ser temida pelos próprios formuladores da política modernizadora. Neste clima de «vacilação e incerteza» sobreviveu o direito comum, como sobreviveram várias outras instituições tipicamente «antigo regime».

---

<sup>23</sup> Francisco Tomás y Valiente, *Manual de Historia del Derecho Español*, Madrid, Alianza, 1991, p. 391. Alfonso Garcia Gallo, *Los orígenes españoles de las instituciones americanas. Estudios de derecho indiano*, Madrid, 1987, passim. Ricardo Zorraquín Becú, *La organización política argentina en el período hispánico*, Buenos Aires, Perriot, 1959, p. 210 ss.

<sup>24</sup> C. Mendes de Almeida, *Introdução...*, p. 34.

O que podemos nos perguntar, se admitirmos tal hipótese, que explicaria o **por quê** da sobrevida do direito comum, é **como** ela se deu.

O exame de processos que tramitaram pelo Tribunal da Relação do Rio de Janeiro e pela Casa da Suplicação, em último grau de recurso, revela o procedimento utilizado com base no direito comum.

Em primeiro lugar, vale observar que após a promulgação da Lei da Boa Razão caíram, nos processos que consultamos, as referências ao direito romano e aos doutrinadores, substituídas pelas menções à legislação ou ao próprio fato material. Elas não desapareceram de todo, entretanto, mas em geral quando ocorriam eram mencionadas num contexto em que se citavam, também, leis. Isso parece significar que o predomínio do direito real sobre o direito comum foi se impondo na prática dos tribunais, se o caso da Relação do Rio de Janeiro valer como paradigma. Outro indício para esta vitória é a ausência de referências a Bártolo, principal doutrinador visado pelo movimento anti-romanista: no regimento do Tribunal da Relação do Rio de Janeiro, de 1751, há menção expressa a que o órgão possuísse sua obra; nos cento e dez processos consultados, todos posteriores à lei da Boa Razão, não encontramos nenhum argumento nele baseado.

No entanto, no terreno processual das provas, o direito comum permaneceu forte. Os tribunais portugueses criaram todo um procedimento para admitir a «prova por direito comum». No curso de um processo, quando a parte necessitava produzir provas como reforço a alguma tese, poderia fazê-lo com base nas Ordenações, em legislação extravagante ou em jurisprudência (na época pombalina, quanto a esta última, admitia-se apenas os assentos da Casa da Suplicação, como mencionado). Contudo, estas normas eram mais restritivas que as do direito comum, pois visavam acelerar o desfecho da decisão judicial, o que implicava, por sua vez, em restringir o direito de defesa.

O legislador absolutista reservou-se, então, o direito de conceder a prova mais extensiva **por direito comum** em determinados casos, normalmente de alçada.

Neste caso, havia todo um procedimento a seguir. Ele começava com uma petição ao rei, referida à causa em andamento, compreendendo geralmente pedido para ampliar provas e para indicar testemunhas. O requerente pagava os direitos reais, conseguindo uma certidão da petição. Em seguida o requerimento era encami-

nhado para despacho da autoridade judicial, no caso de processos que tramitavam no Tribunal da Relação, o ouvidor geral do cível. A este cabia dar conhecimento à parte contrária, que poderia aceitar ou recusar o pedido. Em geral, obviamente esta pronunciava-se contra, mas a manifestação raramente era considerada pela ouvidoria, que encaminhava o pleito, com manifestação favorável, ao Conselho Ultramarino, órgão através do qual o rei (isto é, a alta burocracia) manifestava-se no caso. Sendo favorável o despacho do Conselho, era exarada uma provisão real, encaminhada ao Tribunal de origem para incorporação aos autos. Somente aí produziam-se as provas e dava-se continuidade ao processo.

Percebe-se como a invocação do direito comum era expediente que dilatava o processo, adiando seu desfecho e como representava, também, um encarecimento das custas judiciais e instrumento suplementar de renda para o estado.

Em alguns exemplos ficam claros o motivo da invocação do direito comum e a dilação que representava seu uso processual.

*«Diz José Cardoso Sanguedo, da Comarca do Serro do Frio, que vendeu a José Pereira Gomes, morador na mesma comarca, um escravo por nome João, pela quantia de 126\$000 rs. de que passou crédito e demandando-o no Juízo Diamantino do Tijuco não obteve sentença pela razão da quantia exceder a da Lei do Reino e porque precisa provar o contrato, e venda, pela prova de Direito Comum e com as testemunhas...»*

A parte contrária argumentou no processo que

*«o contrato que diz José Cardoso Sanguedo foi simulado, pois o escravo que se trata estava doente de (ilegível)... de cuja enfermidade faleceu»*

Não obstante, foi concedida provisão para se realizar a prova<sup>25</sup>.

Quanto aos prazos, a petição original ocorreu em 1788 (não foi possível precisar a data), a secretaria do conselho mandou intimar a parte contrária em 2 de abril de 1789, a resposta desta deu-se em 3 de dezembro do mesmo ano e a provisão real foi expedida em 18 de junho de 1790<sup>26</sup>.

<sup>25</sup> Arquivo Histórico Ultramarino, Documentos Avulsos, Rio de Janeiro, cx. 145, doc. 5.

<sup>26</sup> Ibidem.

Em outro caso, a quantia determinada nas Ordenações para a alçada, 60\$000rs<sup>27</sup>, era ultrapassada de muito, como no requerimento de Domingos José Lopes Ferraz, que indicava o valor de 909\$160 rs.<sup>28</sup> Ocorreu o mesmo com o capitão mor José da Mota Pereira, que litigava com a viúva e filho de José de Faria Lima, numa dívida de 174\$538 rs. além dos juros acumulados. O requerente pleiteava o benefício previamente à possível manifestação da parte contrária:

*«e porque a dita quantia excede a taxa da lei e o suplicante receia que os suplicados para evadirem o pagamento se queiram valer desta... pede mandar Vossa Magestade passar provisão para prova de Direito Comum...»<sup>29</sup>*

A resposta de José Pereira Gomes, no primeiro documento mencionado, pode ser considerada padrão de tais manifestações: a parte prejudicada pela ampliação das provas procurava anular o próprio direito material da parte contrária, não invocando apenas aspectos processuais. Mas também poderia dar-se o caso de a parte contrária não negar a obrigação, visando com isto possivelmente abreviar a decisão judicial:

*Como filho e herdeiro de D. Rosa Maria de São José nunca se me ofereceu dívida no pagamento do que os suplicantes mostrarem legitimamente ser-lhe a minha falecida mãe devedora e fazendo-se os abatimentos, que consta, os pagamentos por ela feitos ao pai dos suplicantes em efeitos do seu engenho de açúcar que possuía em Iguá, além de outras parcelas mais; e nesta forma tem respondido ao que se pede e por isso lhe parece se faz desnecessário a graça que pretendem...»<sup>30</sup>*

Qual seria a significação estatística da invocação do direito comum? No Arquivo Histórico Ultramarino, para os anos de 1789 e 1790, referentes ao Rio de Janeiro, encontramos 42 provisões con-

---

<sup>27</sup> Ordenações, L. III, tit. 59.

<sup>28</sup> Arquivo Histórico Ultramarino, Documentos Avulsos, Rio de Janeiro, cx. 145, doc. 13.

<sup>29</sup> Arquivo Histórico Ultramarino, Documentos Avulsos, Rio de Janeiro, cx. 145, doc. 45.

<sup>30</sup> Arquivo Histórico Ultramarino, Documentos Avulsos, Rio de Janeiro, cx. 145, doc. 55.

cedidas. Corresponham a processos que corriam em juizados de fora ou ouvidorias de comarcas, além do Tribunal da Relação do Rio de Janeiro, o que não permite uma avaliação comparativa. No caso deste último órgão, no período 1782-1784 encontramos 16 pedidos de direito comum, num total de 750 apelações<sup>31</sup> e no período 1791-1795, 11 pedidos, num total de 1025 apelações, representando, respectivamente, 2% e 1% dos processos em andamento.

#### 4. Conclusões

Preliminarmente, podemos constatar que a evidente ação centralizadora do estado português, notadamente na época do marquês de Pombal, estendeu-se à esfera judicial. A redefinição pombalina do estado, por um lado, consolidou a atribuição de funções administrativas e políticas aos tribunais da relação e às autoridades judiciais em geral; por outro, a própria modernização da sociedade portuguesa a partir de um esforço ilustrado e «do alto», originado no poder real, implicava em dotar o país de um direito privado, notadamente nas esferas comercial e sucessória, mais «burguês», isto é, mais motivador do direito de propriedade e da iniciativa individual. Como Maravall assinalou a propósito do estado ocidental, já no século XVII a tendência para dar mais vigor a institutos jurídicos como a propriedade e o contrato, tornando-os impermeáveis à ação estatal, correspondeu a esforços doutrinários dos juristas oficiais para uma sistematização deste direito pelo poder público<sup>32</sup>. Com Pombal isto se evidencia na legislação comercial, na sucessória e na dos morgadios.

A atitude em relação ao direito comum foi, assim, de hostilidade, submetendo-o à vontade real e ao direito natural (a «boa razão») e procurando eliminar nele o que representava de multiplicidade de opiniões doutrinárias, falta de uniformidade e fragmentação da autoridade pelo emperramento da prestação judicial e diversidade – até mesmo antagonismo – de sentenças.

Submetido, mas não eliminado da vida quotidiana dos tribunais e do ensino jurídico de Pombal a D. João. Por quê? A resistência do

<sup>31</sup> Arquivo Nacional, Livros de Apelações e Agravos do Tribunal da Relação do Rio de Janeiro, Cód. 24, vol. VIII.

<sup>32</sup> Jose Antonio Maravall, *Estado moderno y mentalidad social*, Madri, Rev. de Occidente, 1972, vol. I, p. 220.

direito comum, fenômeno aliás que também ocorreu na Espanha pela mesma época, pode ser explicado por diferentes fatores: a tradição enraizada na prática forense, particularmente no campo das provas; a relativa funcionalidade, escoimados os excessos doutrinários; o papel representado pela resistência corporativa, já que fundamentava expedientes dilatórios e chicanas judiciárias que beneficiavam advogados, solicitadores e escrivães, fato muitas vezes denunciado no Brasil colonial; a fossilização do direito privado das Ordenações e o uso do direito comum como subsidiário, à falta de um novo direito privado que entretanto se esboçava com as leis testamentárias e comerciais; e a realidade de ser o direito romano o único estudado sistematicamente no curso jurídico de Coimbra mesmo após a promulgação dos Estatutos, o que levou Paulo Merêa a estender sua influência até o início do século XIX.

Por mais que as leis e os doutrinadores pombalinos e pós-pombalinos criticassem o direito comum como inspirado em leis bárbaras de dezessete séculos antes, repetindo as críticas de Muratori, Filangieri e Beccaria, ele continuaria presente em duas instituições: o tribunal e a escola.

Poder-se-ia afirmar, em consequência, que nesta matéria ocorreu o predomínio do direito real, concedendo-se ao direito comum uma sobrevivência dentro dos limites traçados pela burocracia estatal. Tal política, definida desde 1769 com a lei da Boa Razão, não sofreu solução de continuidade, sendo reafirmada por sucessivas manifestações legais até o início do século XIX. Na prática judicial isto se revelou, ao menos no universo dos processos que estudamos, do Tribunal da Relação do Rio de Janeiro, pela disciplina e sistematização do emprego do direito comum, tornando-se inclusive fonte de renda para o estado, uma vez que as provisões para provar por esse direito eram pagas.

Essa tendência geral que encontramos não significa desconhecer a existência de pressões conflitantes, vigorosamente contra o direito comum, como a lei de dezembro de 1769 ou o alvará de 1805, ou admitindo-o parcialmente, como os demais instrumentos legais. Tais conflitos, porém, se representaram oscilações, não desfizeram orientações anteriores, como, por exemplo, interpretaram Vilanova Portugal, Coelho da Rocha e Cândido Mendes de Almeida os Estatutos de 1772 face à lei da Boa Razão. Vemos, antes, uma notável continuidade na política oficial, permeada pelas concessões mencionadas.

Esses conflitos, que também adiaram a implantação de códigos

em Portugal, davam-se fora do mundo jurídico, que apenas refletia os sintomas emergentes de uma nova sociedade nos quadros institucionais do Antigo Regime. A própria burocracia estatal, imbuída em geral de um papel inovador, estava impossibilitada de aderir integralmente aos novos princípios, já que estes implicavam, muitas vezes, na absorção de teses liberais sobre a economia, a representação política ou os direitos individuais que ultrapassavam sua capacidade de atuação. A conciliação com traços que reputava arcaicos, como o direito comum, foi o preço pago pela auto-limitação do reformismo ilustrado.

A transição no campo jurídico do domínio do direito comum para a «boa razão», ou do casuísmo e da incerteza para o mundo do sistema e da certeza<sup>33</sup>, somente far-se-ia plenamente a partir de uma solução metajurídica: a revolução liberal.

---

<sup>33</sup> Victor Tau Anzoategui, *Casuismo y sistema*, Buenos Aires, Perriot, 1992, p. 225.