

---

**AS ORIGENS DO DIREITO NO BRASIL A PARTIR DO SÉCULO XVI: UMA  
EXPERIÊNCIA JUDICIAL****THE ORIGINS OF LAW IN BRAZIL FROM THE 16TH CENTURY ONWARDS: A  
JUDICIAL EXPERIENCE**Eduardo Luís Leite Ferraz<sup>1</sup>**RESUMO**

O objetivo do presente artigo é lançar luz sobre o processo de constituição da experiência jurídica no Brasil a partir do século XVI. Para tanto, procurou-se analisar brevemente a legislação aplicável e a concepção de Direito então vigentes para destacar o papel central da justiça no contexto do Antigo Regime português e seu modelo de sociedade corporativa. Pretende-se, em um segundo momento, destacar o momento inaugural da extensão da ordem jurídica portuguesa para as terras do Brasil e, por fim, as linhas gerais da organização da justiça na experiência colonial. Para realização do estudo, lançou-se mão de pesquisa bibliográfica que já se debruçou sobre o tema, numa espécie de síntese dos principais autores, mas abordando-os à luz dos novos esforços da historiografia por compreender a experiência colonial com base no conceito de monarquia pluricontinental. Os resultados obtidos revelam que os momentos iniciais do Direito no Brasil se apresentam não sob o signo da legislação, como se suporia anacronicamente, mas sobretudo pela via da jurisdição.

**Palavras-chave:** Direito; História; Brasil; Antigo Regime; Justiça**ABSTRACT**

The purpose of this article is to shed light on the process of constituting juridical experience in Brazil from the 16th century onwards. To this end, we sought to briefly analyze the applicable legislation and the conception of Law then in force to highlight the central role of justice in the context of the Old Portuguese Regime and its model of corporate society. It is intended, in a second moment, to highlight the inaugural moment of the extension of the Portuguese juridical order to the lands of Brazil and, finally, the general lines of the organization of justice in the colonial experience. To carry out the study, bibliographic research was used, which has already focused on the theme, in a kind of synthesis of the main authors, but approaching them in the light of the new efforts of historiography for understanding the colonial experience based on the concept of pluricontinental monarchy. The results obtained reveal

---

<sup>1</sup> Doutor em História Social pela Universidade de São Paulo (2011). Mestre em Educação pela Universidade Metodista de Piracicaba (2005). Graduado em Direito e em História pela Universidade Metodista de Piracicaba - UNIMEP (2002 e 2009). Professor da pós-graduação stricto sensu(mestrado) em Direito da Universidade Metodista de Piracicaba (2018). Assistente de Juiz Titular de Vara do Trabalho (2015). Atua principalmente nas áreas de Direito Constitucional, História do Direito, Direitos Humanos e Direitos Sociais. Universidade Metodista de Piracicaba – UNIMEP – Brasil. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0909-5993> Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4758151229232388> E-mail: [eduardo.ferraz@unimep.br](mailto:eduardo.ferraz@unimep.br)

that the initial moments of Law in Brazil are presented not under the sign of legislation, as would be assumed anachronistically, but above all through the jurisdiction.

**Keywords:** Law; History; Brazil; Ancient Regime; Justice

## INTRODUÇÃO

Nos países de tradição romano-canônica, dentre eles o Brasil, o Direito se apresenta hoje como *ordem jurídica normativa*, vale dizer, um conjunto de normas hierarquicamente sistematizadas a partir de uma Constituição. Isso se deve a dois fenômenos que se entrelaçaram ao longo do século XVIII: de um lado, o constitucionalismo e o ideal de limitação do poder do Estado em favor do indivíduo; de outro, o movimento de codificação, que procurou organizar racionalmente o conhecimento jurídico até então disponível, sistematizando-o em códigos.

O século XIX veio consolidar esses traços fundamentais da ordem jurídica ocidental e a partir de então a sociedade de um modo geral e os profissionais do Direito em particular passaram a conceber e a lidar com o ordenamento jurídico como sinônimo “conjunto de leis editadas pelo Estado”, corpo normativo organizado e vigente em determinado território.

Os principais temas jurídicos como contratos, direito de família, sucessões, direito das coisas, legalidade, direito do trabalho, direitos individuais, separação de Poderes, crimes e penas, o rito processual, dentre outros, passaram a ser compreendidos a partir de seu *locus* na legislação de regência, conferindo ao atual profissional do Direito a sensação de que a ordem jurídica é e sempre foi uma experiência essencialmente *normativa*.

Para Paolo Grossi, o estatualismo jurídico continua a circular na sociedade em geral, e também entre os operadores do direito. Adverte, todavia, que se trata

de uma concepção reducionista do fenômeno jurídico, que desse modo corre o risco de sofrer um afastamento condenável e artificial do conjunto da realidade social que lhe deu origem e na qual vive. O grande risco que se corre com a essa identificação [Direito = comandos estatais] é, acima de tudo, o de não se conseguir perceber que a essência do direito é sua historicidade, ou seja, o fato de consistir na própria dimensão da vida associativa, expressão natural e inseparável da comunidade que, ao produzir o direito, vive sua história em toda sua plenitude (GROSSI, 2014, p.23).

Se se voltar os olhos para a experiência jurídica anterior ao século XVIII, a do assim chamado Antigo Regime – e, mais especificamente, aquela que se desenvolve no Brasil a partir do século XVI – ver-se-á que os traços fundamentais do Direito não são os mesmos da

atualidade. Mais do que uma experiência *normativa*, a ordem jurídica se apresenta naquele contexto como experiência *jurisdicional*. Daí a relevância, nesse momento inicial da história brasileira, de firmar a presença nas terras recém-descobertas por meio de agentes e instituições que, mais do que preocupados em concretizar no novo cenário uma legislação sistematizada, procuravam atuar do ponto de vista jurisdicional. Esse foi o sentido primeiro da ordem jurídica portuguesa nas terras do Brasil, cenário que certamente deixou marcas indelévels no nosso sistema jurídico.

Em geral, os textos que abordam o Direito ao longo da experiência colonial brasileira procuram destacar o papel atribuído à Coroa e à legislação portuguesa, como se a construção da ordem jurídica no Brasil fosse um problema de extensão da *legalidade*, com algumas adaptações à vida colonial. Ao abordar as características gerais do Direito colonial, afirma Maria Cristina da Silva Carmignani:

O poder de legislar para a colônia era reservado quase exclusivamente aos competentes órgãos da metrópole, só em determinados casos se permitia que as autoridades locais decretassem atos legislativos, atribuindo-se lhes um poder legislativo residual. A legislação emanada para organizar juridicamente a nova coletividade constituída nas colônias, compreendia as leis gerais e as leis especiais, além do direito local, a que passaremos a seguir a descrever (2018, p.48).

O Direito colonial é apresentado como uma espécie de legislação portuguesa adaptada, que não podia obter efetividade nas novas conquistas:

A transplantação global do direito português para o Brasil não se afigurava viável. Bem cedo tiveram consciência disso mesmo as autoridades portuguesas. No entanto, as leis gerais do Reino eram conhecidas e chegaram a ser esgrimidas na praça pública em tom de ameaça persuasiva. [...] Numa linha inversa, as consequências de uma aplicação irrestrita do direito português no Brasil antolhavam-se devastadoras. (MARCOS *et al.*, 2015, p.124-125).

Vê-se que muito embora os autores apresentem as dificuldades para a vigência da legislação reinol no Brasil, o pressuposto é o de que o problema central, naquele contexto inicial, era o de fazer valer nas novas terras *uma legislação*. Rodrigo Freitas Palma apresenta o Direito Colonial como aquele que vigorou da chegada de Pedro Álvares Cabral em 1500 à elevação do Brasil à condição de Reino Unido (1815), qualificando-o como “o ordenamento jurídico vigente na Metrópole e em seus domínios” (2018, p. 361).

Em sentido diverso, mas seguindo a mesma lógica de imposição legislativa às terras descobertas pelos reinos ibéricos, assevera Antonio Carlos Wolkmer:

Ante a expansão econômica, política e militar das metrópoles ibéricas na América, e com a obrigatoriedade de regulamentar e garantir a transferência de riqueza extraída das colônias conquistadas para as metrópoles, fez-se necessário organizar um sistema jurídico eficaz. Torna-se, assim, fundamental desenvolver uma regulamentação jurídica capaz de legitimar o processo de exploração e colonização, uma legislação montada a partir do velho Direito espanhol, com acréscimos de dispositivos emergentes em razão de situações novas (2012, p.204).

A compreensão da experiência jurídica colonial sob a ótica da legislação régia certamente tem por base a experiência presente, mas também decorre da própria história do Direito, sobretudo a intensa produção normativa da Coroa a partir de meados do século XVIII, ocasião em que começa a ser construída a noção de “Rei-Legislator”. Segundo Seelaender,

a inflação normativa do reinado de D. José I exigia do pensamento jurídico português uma radical revisão das concepções tradicionais sobre o papel da Coroa. [...] Uma das causas dessa inflação normativa se encontra, sem dúvida, na crescente interferência da Coroa na vida social e econômica, observável nesse período (2017, p. 127).

Nos séculos seguintes, a legislação aumentou expressivamente, o que pode conduzir à compreensão de que o Direito sempre foi assim, e de que a experiência jurídica inicial, sobretudo nos séculos XVI e XVII, também tinha por questão central a extensão da legislação portuguesa ao Brasil e as dificuldades daí advindas.

Não se nega a existência de problemas de aplicabilidade da legislação reinol, o que será indicado ao longo do artigo, inclusive. Todavia, não se compreende plenamente a experiência jurídica colonial no momento inicial de edificação da ordem jurídica no Brasil sob a ótica da *legislação*, sobretudo porque no contexto do Antigo Regime a principal tarefa do Estado não é a de impor comandos normativos à sociedade de modo geral, mas exercer a *jurisdição*: “a justiça é o sinal mais evidente do *imperium* e a primeira função do Estado. Por essa razão, não admira que antes de consolidar-se a *legislação* como fonte exclusiva do direito fosse por meio da *jurisdição* que o soberano se afirmasse” (LIMA LOPES, 2014, p. 245).

No contexto de uma monarquia pluricontinental<sup>2</sup> e corporativa, o papel da jurisdição – e, por conseguinte, do aparato judicial e seus mecanismos – é fundamental para a manutenção da unidade política de um vasto território, o que é possível visualizar não apenas na circulação

---

<sup>2</sup> O conceito de monarquia pluricontinental ainda está em construção, como a própria historiografia da América lusa dos seus três primeiros séculos, bem como a historiografia da dinâmica imperial lusa (FRAGOSO, 2018, p.21). Para J. H. Elliott, a monarquia espanhola aparece nesse período como *monarquia compósita*. Já a ideia de monarquia *pluricontinental* é compreendida em sentido diverso: “Nela há um só reino – o de Portugal –, uma só nobreza de solar, mas também diversas conquistas extra europeias. Nela há um grande conjunto de leis, regras e corporações – concelhos, corpos de ordenanças, irmandades, posturas, dentre vários outros elementos constitutivos – que engendram aderência e significado às diversas áreas vinculadas entre si e ao reino no interior dessa monarquia” (FRAGOSO; GOUVÊA, 2009, p.42).

intensa de agentes da Coroa portuguesa em toda a sua extensão, mas sobretudo pela transposição, nos diferentes pontos do império ultramarino português, de práticas que viabilizassem o exercício do poder, sobretudo o jurisdicional:

À semelhança do que se passa no reino de Portugal, onde a jurisdição da coroa coexiste com outras jurisdições privilegiadas, o espaço colonial português da época moderna é um mosaico dinâmico de diversificadas formas de administração do direito. O espaço jurídico de que aqui nos ocupamos coincide, *grosso modo*, com a vigência de capitânias-donatárias e de concelhos, coexistindo com outros espaços de administração da justiça: feitorias [...], fortalezas ou contratos com particulares que dão origem a formas de administração indireta, são diferentes formas de domínio político sobre os territórios ultramarinos (CAMARINHAS, 2015, p.110).

Nesse cenário, o Brasil aparece em destaque no contexto de uma monarquia pluricontinental:

No interior do espaço jurídico de que aqui tratamos há uma continuidade e transposição de um sistema de saberes e de práticas, com longa tradição de aplicação no reino, para os espaços coloniais, nomeadamente para o Brasil, que é, no período moderno, o território ultramarino onde o estabelecimento do aparelho judicial português conheceu a sua maior complexidade (CAMARINHAS, 2015, p.110).

O problema inicial da Coroa portuguesa não é o de extensão de uma ordem normativa a novas terras, mas responder, por meio da jurisdição, a questões específicas que surgem no território colonial:

O que se verifica são atuações pontuais do centro no sentido de responder a questões específicas levantadas pelas colónias, normalmente resolvidas pelos tribunais de relação brasileiros (Baía e, mais tarde, Rio de Janeiro) ou pelos tribunais centrais do reino (Casa da Suplicação, Conselho Ultramarino, em Lisboa) (CAMARINHAS, 2015, p.112).

A integração paulatina do território brasileiro ao império ultramarino português se dá mediante o estabelecimento de um aparelho judicial pluricontinental no qual a circulação de magistrados contribui para a criação de um espaço jurídico comum (CAMARINHAS, 2015, p.112).

Além da característica jurisdicional do Direito e do Estado no contexto do Antigo Regime, a própria concepção do poder e a noção de *lei* então vigentes não favorecem a interpretação de que a construção da ordem jurídica portuguesa no Brasil se fez inicialmente pela via da legislação.

Isso porque o Antigo Regime desvalorizava a concepção de lei como *norma geral* (HESPANHA, 2006, p.128). Nesse sentido, seria anacrônico imaginar, sobretudo ao longo dos

séculos XVI e XVII, uma Coroa tentando impor uma legislação (entendida como conjunto normativo dotado de abstração e generalidade) à sociedade colonial que começava a se organizar.

A lei, nesse momento histórico, não é compreendida como comando estatal, mas proposição dotada de autoridade em virtude de sua *ratio* ou *prudentia*. Hespanha nos lembra que o *Digesto* define a lei como “*commune praeceptum virorum prudentium consultum* (D. 1,3,1), tradição que se manteve por longo tempo, ao menos nos reinos não sujeitos ao Imperador, em que o direito romano vigorava *imperio rationis* e não *ratione imperii* (por império da razão e não em razão do Império) (2006, p.128).

Essa concepção se estende para o Brasil. Ademais, o direito especial se impunha ao direito geral em razão da autonomia dos corpos sociais, e a regra comum não era outra coisa senão um equilíbrio correto (uma *recta ratio*) das regras particulares. Um texto do *Digesto* atribuía a cada comunidade o poder de criar direito próprio (D., 1,1,9), o que garantia o poder estatutário das cidades (ou terras com autonomia jurisdicional), abertamente reconhecido pela doutrina e lei portuguesas, ao mesmo tempo que se mostravam bastante generosas no que respeita à autoridade do costume, mesmo *praeter* ou *contra legem* (2006, p.129).

Por fim, a noção de norma geral estava fortemente desvalorizada pela noção de *privilégio*, que a doutrina definia como “uma quase lei de natureza particular”:

Na verdade, os privilégios, decorrentes da faculdade imperial e real de dispensar a lei, constituíam direitos adquiridos (*iura quaesita*) ou enraizados (*iura radicata*) que não podiam ser revogados por lei geral, pelo menos sem uma expressa referência e com a invocação do poder extraordinário (*potestas extraordinaria* ou *absoluta*) do rei (HESPANHA, 2006, p.129).

Analisando as contribuições de Hespanha, sobretudo para a historiografia que se dedicou e dedica ao estudo do Antigo Regime, Maria Fernanda Bicalho, Virgínia Assis e Isabelle Mello afirmam que o autor em questão:

Fez-nos igualmente perceber o caráter pluralista do direito na península ibérica, e que o pluralismo e a fluidez das normas eram reflexos da inconsistência jurídica da própria concepção do direito comum europeu, erguida sobre o princípio de que as regras particulares – os costumes locais, os estilos próprios de decisão em tribunais, os privilégios – desbancavam as regras gerais. O direito era assim constituído por uma estrutura de normas pluralísticas e casuísticas, múltiplos estatutos e privilégios particulares, os quais eficientemente limitavam a ação real. Como bem o demonstrou, essa característica do *ius commune* resultou uma vantagem essencial quando súditos e vassallos do rei de Portugal tiveram de lidar com um mundo complexo e em constante movimento e mutação, como o dos territórios, domínios e sociedades ultramarinas (2017, p.12).

O objetivo do presente artigo é visualizar alguns aspectos dessa experiência jurisdicional que começa a se estruturar no Brasil a partir do século XVI, sobretudo a montagem inicial do aparato de administração da justiça e a compreensão que lhe subjaz. Para tanto, muito embora se tenha valido de autores clássicos que abordaram o tema, o presente trabalho se insere nessa tendência historiográfica mais recente de compreensão da inserção do Brasil no contexto maior de uma monarquia pluricontinental, na qual os temas da jurisdição e da justiça – e seus correlatos, como o do processo – são fundamentais.

Interessante notar que essa flexibilidade do direito comum apontada por Hespanha se expressa nos diferentes poderes locais, suas prerrogativas e jurisdições, mas inclusive e sobretudo no campo do processo judicial:

É que uma das características do direito comum era a sua enorme flexibilidade, traduzida no facto de o direito local se impor ao direito geral e de, na prática, as particularidades de cada caso – e não as regras abstratas - decidirem da solução jurídica. Isso quer dizer que a centralidade do direito se traduzia, de facto, na centralidade dos poderes normativos locais, formais ou informais, dos usos das terras, das situações “enraizadas” (*iura radicata*), na atenção às particularidades de caso; e, em resumo, na decisão das questões segundo as sensibilidades jurídicas locais, por muito longe que andassem daquilo que estava estabelecido nas leis formais do reino. Por fim, esta mesma flexibilidade do direito, engendrava uma possibilidade infinita de recursos, bem como a possibilidade de paralisar um comando, uma ordem, uma norma oficial, durante anos a fio, somando apelações a agravos, recursos eclesiásticos a recursos civis, súplicas ao rei (ao vice-rei, ao Conselho Ultramarino) aos mais variados embargos e medidas cautelares (2007, p.57).

O presente estudo insere-se, outrossim, na perspectiva de compreensão do aparato judicial como instrumento da Coroa para afirmação do poder no Brasil, constituindo-se no vetor central de edificação da ordem jurídica nestas terras ao longo do período colonial. Trata-se de um longo período em que a dinâmica do poder jurisdicional se fez necessária à própria manutenção da monarquia pluricontinental portuguesa, e toda essa carga de experiência chegamos até hoje.

Não é por outro motivo que o processo judicial, o *locus* onde se exerce atualmente, na plenitude, o poder jurisdicional, tem relevância até hoje na sociedade brasileira de um modo geral e, em especial, para os profissionais do Direito. Abre-se, por outro lado, o horizonte para a compreensão mais ampla do fenômeno jurídico – e, por conseguinte, do início da história do Direito no Brasil – não como mera legislação do Reino, mas como uma experiência jurisdicional atrelada à própria dinâmica da organização social e política da monarquia pluricontinental.

Embora os temas da jurisdição sejam recorrentes na historiografia, é intrigante como o ensino e a pesquisa jurídica se voltem tão pouco para o tema da estruturação histórica do Direito no Brasil, sobretudo nesse momento inicial da colonização portuguesa, tema central, a nosso sentir, para a compreensão não apenas da historicidade do fenômeno jurídico, mas de sua inequívoca inserção na vida social.

Apesar dos esforços de Kelsen no sentido de compreensão da ordem jurídica como *ordem estatal normativa*, no Brasil em particular, sobretudo em razão das linhas mestras da experiência jurídica portuguesa desenhada nesse “momento inicial”, é possível sustentar que os fenômenos relacionados à jurisdição – dentre eles, sobretudo o processo – talvez tenham maior relevância que o teor da legislação propriamente dita.

Em outras palavras, e em tom jocoso, se na ordem hierárquica normativa descrita por Kelsen a Constituição ocupa o primeiro plano, talvez na prática jurídica os Códigos de Processo (Civil e Penal) ocupem a posição privilegiada. Pelo menos é essa a sensação do profissional do Direito que milita no cotidiano forense: o presente artigo procurará salientar algumas razões para esse sentimento.

## 1. A LEGISLAÇÃO INICIAL

Quando se inicia o processo de colonização no século XVI, ainda não há “Brasil” entendido como Estado soberano territorialmente delimitado, fenômeno que se consolida apenas no século XIX, a partir do processo de Independência. O que havia eram as “terras do Brasil”, naquele contexto uma estreita faixa de terra litorânea, que integrava a estrutura maior do império ultramarino português<sup>3</sup>.

Nesse sentido, a legislação do primeiro momento da nossa história nada mais era do que aquela vigente no Reino de Portugal, as Ordenações Manuelinas. Não se tratava do primeiro corpo legislativo organizado pela Coroa, vigendo antes dele as Ordenações Afonsinas (1446).

---

<sup>3</sup> Quando a Coroa portuguesa decide levar adiante o processo de colonização com a implantação do Governo-Geral, o processo de estruturação da ordem político-jurídica tem como referência a noção de “terras do Brasil” ou “partes do Brasil”, e não a de “Estado do Brasil”, que só passará a ter sentido a partir da primeira metade do século XVII, não ainda, evidentemente, como estado soberano. Nesse sentido, Francisco Carlos Consentino: “Consideramos que o tratamento de “partes do Brasil” e não “Estado do Brasil”, repetido predominantemente até 1612, representou a maneira como era percebida pela monarquia portuguesa a montagem do ordenamento político na sua conquista americana. Esse tratamento constatava o estatuto de uma unidade política em processo de montagem. Por isso, utilizava-se a expressão “partes”, e não “Estado”, que só passou a ser empregada quando já se tinha estabelecido, com alguma consistência, a administração portuguesa nessa parte da América.” (2018, p. 551).

Essas, no entanto, careciam de uma revisão, e em 1505 foi encarregado desse propósito o Chanceler-Mor do Reino, Rui Boto, auxiliado por Rui da Grã e João Cotrim (GOMES DA SILVA, 2016, p. 334).

O empenho de D. Manuel I na elaboração das novas Ordenações durou todo o seu reinado e elas conheceram nada menos do que três edições integrais. Existiu uma primeira edição de 1512-1513, mas uma versão completa dos cinco livros surgiu em 1514. O projeto legislativo reputou-se ainda insatisfatório, prosseguindo-se os trabalhos que deram origem à edição definitiva das Ordenações de 1521 (MARCOS *et al.*, 2015, p.63).

Após a edição das Ordenações Manuelinas, a introdução da imprensa viabilizou o crescimento expressivo da produção legislativa. Ademais, a descoberta de novos territórios implicava, não raro, a necessidade de produção normativa, dinamismo que levou a que as Ordenações Manuelinas se vissem rodeadas por numerosas leis que ora as alteravam, ora as extravasavam (MARCOS *et al.*, p. 65).

A solução encontrada foi a de elaborar uma compilação dessa legislação extravagante, para que servisse de complemento às Ordenações então vigentes. A iniciativa coube ao Cardeal D. Henrique, e a tarefa de organizar essa legislação foi cometida ao licenciado Duarte Nunes do Lião (MARCOS *et al.*, p. 66).

Em 1569, é promulgada a Coleção de Leis Extravagantes de Duarte Nunes de Lião. Trata-se do primeiro corpo normativo a fazer referência ao Brasil. Dentre essas referências, é possível destacar o Alvará de 05 de março de 1557, pelo qual D. João III fixava que da decisão dos capitães donatários que condenasse à pena de morte natural caberia recurso de apelação em quatro tipos de crimes: heresia, traição, sodomia e moeda falsa. Permitia-se, também, a entrada de corregedor e alçada régia nas capitanias donatárias, anteriormente proibida. Destacam-se, outrossim, os atos legislativos relativos à execução de penas, sobretudo de degredo, sendo o Brasil o destino de vadios de Lisboa reincidentes em furto ou outros delitos (Alvará de 06 de maio de 1536) (MARCOS *et al.*, p. 67).

A despeito da importância das Ordenações Manuelinas, a legislação régia de maior relevância para as terras do Brasil ao longo de sua vida colonial foram as Ordenações Filipinas, editadas em 1603, a mando de Filipe II, no contexto da União Ibérica. Muito pouco lembradas no Brasil contemporâneo, as Ordenações Filipinas têm uma longa trajetória nestas terras, tendo permanecido em vigor por mais de dois séculos e, como legislação civil, por mais de 300 anos, revogadas apenas em 01 de janeiro de 1917, com a vigência do Código Civil de 1916.

A exemplo de sua antecessora e seguindo a tradição das *Decretais* de Gregório IX (1234), as Ordenações Filipinas foram divididas em cinco livros, nos quais se procurava tratar dos aspectos mais relevantes da vida jurídica do Reino de Portugal. Dos trabalhos preparatórios participaram Jorge de Cabedo, Afonso Vaz Tenreiro e o próprio Duarte Nunes do Lião.

Destaca Rui de Figueiredo Marcos que o Código Filipino realizou mais obra de atualização do que de inovação, desempenhando relevante papel político, sendo que entre as causas (não expressas) que levaram Filipe II a ordená-lo esteve a intenção do rei estrangeiro de firmar a sua autoridade no Reino que invadira (MARCOS *et al*, p. 72).

O Livro I é dedicado à organização da Justiça, contendo os regimentos dos magistrados e dos oficiais de justiça. No Livro II são regulamentadas as relações entre a Igreja e o Estado, bem como os privilégios daquela. O Livro III ocupa-se basicamente do processo civil, assim como as regras do Direito *subsidiário*. O Livro IV regula institutos do Direito Civil: contratos, testamentos, tutelas, dentre outros. E o Livro V disciplina o direito penal e o processo penal (MENDES DE ALMEIDA, 2012, 1º tomo, p. XXXIX e XL).

O Código Filipino viveu ao longo de maior parte da experiência colonial, só começando a ser revogado no século XIX, com a promulgação do Código Criminal do Império (1830) e do Código de Processo Criminal (1832).

É certo, porém, que a existência da legislação, por si só, seria incapaz de organizar a vida social nas novas terras conquistadas, sendo mais fundamental para esse processo a implantação do sistema de justiça então vigente em Portugal, parte central do projeto colonizador. Não há dúvida, também, de que esse projeto está umbilicalmente ligado à própria concepção de sociedade então vigente, razão pela qual não é possível compreender adequadamente o início da experiência jurídica portuguesa no Brasil se não se atentar para os traços marcantes daquela.

## 2. A SOCIEDADE CORPORATIVA

No contexto do Portugal do Antigo Regime – e, portanto, na fase colonial da história brasileira – o Direito e o Estado não eram concebidos como fruto de um pacto ideal celebrado entre indivíduos para a garantia da paz (como em Hobbes) ou da vida, liberdade e propriedade (como em Locke), mas como resultavam, em última análise, da própria ordem divina.

Tudo o que existia, sociedade, o Direito e o Estado integravam o cosmos e a ordem preestabelecida pelo Criador. Com efeito, Portugal e o mundo colonial brasileiro herdaram essa forma de conceber as coisas do pensamento medieval:

O pensamento social e político medieval é dominado pela ideia de existência de uma ordem universal (cosmos), abrangendo os homens e as coisas, que orientava todas as criaturas para um objetivo último, que o pensamento cristão identificava com o próprio Criador (XAVIER; HESPANHA, 1993, p.122).

A ordem divina era uma ordem hierárquica, na qual a diferença era a regra, e não a igualdade, como sói acontecer no cenário contemporâneo pós-Revolução Francesa. A distinção das coisas acarretava uma distinção natural de funções, todas elas cooperantes para a unidade da criação:

**A unidade dos objetivos da criação não exigia que as funções de cada uma das partes do todo na consecução dos objetivos globais da Criação fossem idênticas às das outras.** Pelo contrário, o pensamento medieval sempre se manteve firmemente agarrado à ideia de que cada parte do todo cooperava de forma diferente na realização do destino cósmico. (HESPANHA, 1995, p.29).

Os grupos sociais se estruturavam de forma hierárquica, segundo o critério de nobreza, sendo consideradas mais nobres aquelas funções de direção ou governo.

A primeira e mais importante função era do próprio Deus, autor do cosmos. Dentre os homens, ao rei cabia a função mais elevada: conferir direcionamento ao todo social. Nessa empresa, dispunha ele dos mais efetivos poderes e instituições. Nesse contexto cultural e mental, ainda não há espaço para as noções de separação de Poderes. Pelo contrário, todos os poderes – inclusive e sobretudo a magistratura – estão a serviço do rei:

Preliminarmente, não é ocioso lembrar a necessidade de nos despirmos das visões, exteriores ou internalizadas, do constitucionalismo contemporâneo, sem o que não penetraremos a complexidade institucional do Antigo Regime. O Estado era um amálgama de funções em torno do rei: não havia divisão de poderes ou funções, ao estilo de Montesquieu (WEHLING & WEHLING, 2004, p. 29).

O pensamento medieval, responsável direto pelo modo de articulação da visão portuguesa no contexto do Antigo Regime, dispunha de uma representação imagética para explicar a ordem social: sua estrutura deveria ser entendida ao modo de um grande corpo, com cabeça e membros.

A tradição cristã fez ver a organização social como *corpus mysticum*. A sociedade politicamente organizada, entendida como *Estado*, *República* ou *Reino*, manifestava e celebrava o mistério do corpo de Cristo (*corpus Christi*), participando, assim como ele, da dupla

natureza: terrena e divina. Destaca Kantorowicz que “as comunidades da Baixa Idade Média e dos tempos modernos foram de fato influenciadas pelo modelo eclesiástico, principalmente pelo protótipo espiritual onipresente dos conceitos corporativistas, o *corpus mysticum* da Igreja.” (1998, p.126).

No século XVI, no auge do Antigo Regime, a conotação política do *corpus mysticum* já estava plenamente consolidada. O rei era a *cabeça do corpo místico da República*. Como cabeça, não se opunha “à sociedade” como poderia imaginar uma leitura anacrônica do Direito e do Estado; estava, ao contrário, a ela vinculado, sendo sua obrigação coordená-la, tal como a cabeça é responsável pelo governo do corpo.

A unidade do corpo humano era uma metáfora para a representação da unidade social. A sociedade em si mesma era una e os grupos que a compunham ressoavam complementaridade. Além da unidade, a diferença e a especificidade das funções de cada parte do corpo social encontravam densa significação no imaginário do Antigo Regime:

Nas monarquias tradicionais, porém, a imagem inspiradora da compreensão do regime político era a do corpo, com a sua natureza compósita e diferenciada, em que cada parte se autorregulava diferenciadamente, cooperando, à sua maneira e segundo seu próprio modo de atuar, sem a imposição da vontade de nenhum órgão sobre outro órgão – nem sequer da cabeça – mas a composição harmônica de todos os interesses, pelo respeito escrupuloso das esferas de autonomia (jurisdicional) de cada parte (HESPANHA; SUBTIL, 2018, p. 129-130).

Se o rei tinha a nobre função de presidir ao funcionamento do corpo social, não deixava de ter uma função específica dentro da sociedade, ao lado de todas as outras. Impedido estaria, por exemplo, a despeito de toda a dignidade de sua posição, de interferir nas prerrogativas dos grupos subordinados. Em outras palavras, o rei estava submetido a uma série de limitações jurídicas:

Ele tinha de obedecer às normas religiosas, porque era o “vigário” (o substituto) de Deus na Terra. Tinha de obedecer ao direito, porque esse não era, como vimos, apenas o resultado da sua vontade. Tinha de obedecer a normas morais, porque os poderes que lhe haviam sido conferidos tinham sido para que ele realizasse o bem comum. E, finalmente, tinha de se comportar como um pai dos seus súditos, tratando-os com amor e solicitude, como os pais tratam os filhos. (HESPANHA; SUBTIL, 2018, p. 137).

Cada grupo dispunha de prerrogativas ante os demais e tinha o *direito* e a *obrigação* de realizar sua função. É deste direito-dever que a visão de mundo do Antigo Regime retirou a substância para a formulação do seu conceito de justiça. Esta podia ser entendida naquele

contexto como o estado de disposição do corpo social em que cada grupo realizava aquilo que lhe era *de direito*. Este era o sentido mais denso de *dar a cada um o que é seu*:

O direito – todo ele, mas sobretudo o natural – desempenha uma função constitucional. Impõe-se a todo poder. Não pode, ou pelo menos não deve ser alterado. E isto porque se funda nos princípios necessários de toda convivência humana (*affectio societatis*) [...]. Pois, para a doutrina política corporativa, não é o pacto que fundamenta o direito, mas é antes este que funda a obrigatoriedade dos pactos (XAVIER; HESPANHA, 1993, p.124).

O Direito, nesse particular, cumpria função constitucional, posto que ratificava e dava expressão temporal às determinações divinas. Havia um direito divino e natural, em essência anterior à organização política, que limitava o poder de romper com a série de vinculações que davam forma à sociedade corporativa e marcavam o sentido da justiça. As leis naturais deviam ser preservadas após o pacto instituidor do poder político, agora como leis positivas. A função do direito formal, nesse particular, era a de garantir o próprio direito divino e a justiça da organização corporativa.

Vê-se, portanto, que a experiência jurídica perpassava toda a estrutura social. O direito definia os grupos atribuindo-lhes poderes. As pessoas se entendiam *na sua condição*, conceito central para a compreensão do Direito e do Estado no Antigo Regime.

A tarefa do rei era a de governar reconhecendo as jurisdições e prerrogativas dos grupos que compunham o tecido social:

Assim, aquilo a que hoje chamamos tarefas de governo não podia ser mais do que ações dirigidas a manter jurisdições particulares. Reinar era, portanto, *fazer justiça (iustitiam dare)*. E, por isso, os órgãos de governo tinham uma estrutura compósita – integrados por distintas pessoas e de distintas formações ou proveniências, atuando segundo processos muito regulados e formais, em que tudo era registrado sob formas quase notariais – que hoje nos choça pela sua como que buscada ineficiência. (HESPANHA; SUBTIL, 2018, p. 131).

Atuando socialmente, a experiência jurídica definia uma pessoa ao atribuí-la a um dado grupo social. Alguém juridicamente reconhecido como de *maior condição* certamente desfrutava de prerrogativas inacessíveis às pessoas de condição inferior:

Em face desta multiplicidade de estados, a materialidade física e psicológica dos homens desaparece. A pessoa deixa de corresponder a um substrato físico, passando a constituir o ente que o direito cria para cada faceta, situação ou estado em que um indivíduo se lhe apresenta. A veste tornou-se corpo; o hábito tornou-se monge (HESPANHA, 1995, p.41).

A estrutura hierárquica dos grupos se expressa mais vivamente se se percebe que os estados sociais eram, em última análise, verdadeiras ordens jurídicas. Todas elas refletiam, nas suas mais recônditas particularidades, a concepção do Direito no contexto do Antigo Regime. “Tal é a sociedade de estados (*Ständegesellschaft*), característica do Antigo Regime, que antecede a atual sociedade de indivíduos” (HESPANHA, 2006, p. 49-50).

António Manuel Hespanha destaca que alguns estados estavam ligados à própria natureza, o que se passa com o sexo (homens, mulheres), a idade (infantes, impúberes, menores, maiores), a condição psíquica (insanidade mental, prodigalidade) ou física (mudez, surdez). Outros tinham sido introduzidos pelo direito civil, distinguindo os juristas o estado de liberdade (*status libertatis*), segundo o qual se classificavam os homens em livres e escravos, o estado civil (*status civitatis*), que distinguia pais, cônjuge, filhos, parentes e criados, e uma das classificações mais em evidência na sociedade do Antigo Regime, aquela que repartia os homens em três estados, correspondentes às três grandes funções sociais: clero, nobreza e povo (2006, p. 50-51).

As Ordenações do Reino são imperativas quanto às distinções baseadas na *condição* ou *qualidade* da pessoa, notadamente quanto às consequências jurídico-legais dos crimes praticados. Nesse sentido, previam as Ordenações Filipinas (Livro V, Título II) que

*Qualquer que arrenegar, descrer ou pesar de Deus ou de sua Santa Fé, ou disser outras blasfêmias, pela primeira vez, sendo fidalgo, pague vinte cruzados e seja degredado um ano para a África. E sendo cavaleiro ou escudeiro, pague quatro mil-réis e seja degredado um ano para a África. E se for peão, deem-lhe trinta açoites ao pé do pelourinho com barço e pregão, e pague dois mil-réis* (PORTUGAL, 2012, 4º tomo, p. 1149).

As distinções sociais eram evidentes e perpassam toda a estrutura das Ordenações do Reino. A dignidade, portanto, pertencia à *condição* e não ao indivíduo, como sói acontecer hodiernamente:

Efetivamente, existe uma pluralidade de jurisdições variáveis em função do estatuto das pessoas – fidalgos, comerciantes, eclesiásticos, estudantes – e das coisas – vínculos e morgadios. De outro lado, também podia ser relevante a natureza da relação litigiosa, isto é, as formas contratuais e o estatuto pessoal do réu. O privilégio de foro desempenha a principal dessas funções políticas da organização judiciária do antigo regime (BARBAS HOMEM, 2006, p.217).

Nesse sentido, o Antigo Regime é uma espécie de Estado Constitucional às avessas: enquanto este tem como centro a figura do indivíduo (na acepção da dignidade humana – art. 1º, III, da CF/88), aquele se fundamenta na noção de *corpos sociais*; enquanto o Estado

Constitucional é marcado pela ideia de separação de Poderes, o Direito e o Estado do Antigo Regime caracterizam-se justamente pela centralização do poder na figura do rei.

Ao contrário do que se possa imaginar, todavia, em ambos os modelos de Estado predomina a ideia de limitação do poder: a diferença é que nos Estados constitucionais a limitação se faz em favor do indivíduo (e de sua esfera jurídica), enquanto que nas sociedades corporativas típicas do Antigo Regime, as limitações, realizadas em nome da justiça e da jurisdição, tendem a prestigiar os grupos sociais e suas prerrogativas.

### 3. A JUSTIÇA NA MONARQUIA PORTUGUESA

A ideia de Direito como *experiência jurisdicional* ganha plena significação no contexto do Antigo Regime e à luz do contexto da sociedade corporativa. Cabe agora verificar a estrutura judicial portuguesa para compreender de que modo o rei poderia distribuir justiça aos súditos, reafirmando a ordem jurídica estabelecida pelo Criador.

Quando o Estado português começa a instalar-se no Brasil, ele já o faz sob a forma que será conhecida como Antigo Regime, carregando ainda instituições formadas na Idade Média, de caráter feudal ou corporativo. Nele sobrevivem distinções de nascimento, estamentos, ordens e corporações (LIMA LOPES, 2014, p. 221).

Nesse contexto, não se opõem, propriamente, as esferas do público e do privado como hoje: “distingue-se o interesse público do interesse particular/privado, mas ambos são considerados elementos que se harmonizam no *bem comum*” (LIMA LOPES, 2014, p. 222).

A justiça era a preocupação central do Estado no contexto do Antigo Regime. O rei era o supremo juiz e toda a estrutura da magistratura a ele se subordinada e nele encontrava seu fundamento de legitimidade. Tratava-se, com efeito, de um modelo de *Estado Jurisdição*.

O papel do monarca no Antigo Regime é o de protetor de seus vassallos e súditos. Ele o desempenha *fazendo justiça*, operando preferencialmente pela judicatura. Mediante reclamações e queixas concretas apresentadas aos tribunais e juizes régios, o rei governa arbitrando as disputas, atribuindo a cada um o que é seu (LIMA LOPES, 2014, p. 222-223).

Nas palavras de António Manuel Hespanha e José Manuel Subtil:

Numa sociedade desse tipo, os conflitos que só podiam ser resolvidos em justiça, por tribunais, segundo um processo paritário e provido de contraditório. Isso conferia às sociedades corporativas uma grande estabilidade; mas essa

representava também um profundo conservadorismo social, com vias escassas de mobilidade social. (2018, p. 130).

Não é por acaso que o primeiro título do primeiro Livro das Ordenações Filipinas é dedicado ao Regedor da Casa da Suplicação, a maior autoridade do “maior Tribunal da Justiça de nossos Reinos” (Livro I, Título I).

No ápice do sistema judiciário ficava o Desembargo do Paço. Embora casos especiais pudessem chegar a esse órgão, sua função básica não era jurisdicional, mas de conselho. Tratava-se de assembleia consultiva do rei em todas as questões relacionadas à justiça e à administração judiciária. Inicialmente criado como uma assembleia consultiva de D. João II (1481-95), o órgão passou à instância plenamente institucionalizada com as Ordenações Manuelinas de 1514, tornando-se com o passar do tempo o órgão central da estrutura burocrática do Império português (SCHWARTZ, 2011, p. 32).

O Desembargo do Paço acompanhava o rei para discutir a formulação e a modificação de leis, a nomeação de magistrados e as condições políticas e legais do Reino. Nomeava magistrados reais, promovia-os e avaliava seu desempenho por meio da “residência”, uma espécie de investigação realizada no fim de seu tempo de serviço (SCHWARTZ, 2011, p.32).

Toda a magistratura estava submetida ele, desde o mais jovem juiz de fora ao mais experiente magistrado do reino. Sua composição não era fixa, embora o costume tenha mantido o número de magistrados em torno de seis:

Havia entre os membros um sacerdote especializado em direito em direito canônico, para que os direitos e privilégios da Igreja fossem preservados. Tornar-se membro do Desembargo do Paço representava o pináculo da promoção no sistema judiciário, e todos os magistrados aspiravam ao prestígio, à influência e ao alto salário dessa posição (SCHWARTZ, 2011, p.33).

Na condição de tribunal superior do Reino figurava a Casa da Suplicação. Essa instituição tinha começado como tribunal para o séquito do rei e, originariamente, funcionara nas instalações da Casa do Cível<sup>4</sup>, mas em 1392 foi separada em caráter permanente. Depois dessa data, a Casa da Suplicação passou a acompanhar o monarca e, por isso, costumava instalar-se no Alentejo, na Estremadura e na cidade de Lisboa (SCHWARTZ, 2011, p.31).

<sup>4</sup> “A Casa do Cível estava estabelecida em Lisboa desde 1434. Todos os casos cíveis, em Portugal, com direito a recurso, eram ouvidos por esse tribunal, que exercia jurisdição final em disputas que envolvessem pequenas somas. [...] A Casa do Cível também tinha jurisdição em todos os casos criminais da província de Estremadura e da cidade de Lisboa, sem recurso de apelação de suas decisões. A Casa do Cível tinha a reputação de excesso de trabalho acumulado e de extrema lentidão na solução de litígios” (SCHWARTZ, 2011, p. 31).

A Casa da Suplicação foi instalada permanentemente em Lisboa com a Lei de Reformulação de Justiça de 27 de julho de 1582. As causas penais originadas fora da província de Estremadura, e que tivessem direito a apelação, eram apreciadas pela Casa da Suplicação, assim como as causas cíveis fora da jurisdição da Casa do Cível. Recursos de decisões judiciais nas colônias também eram apreciados pela Casa da Suplicação. Como tribunal para a corte do rei, ela mantinha ainda dois magistrados (corregedores de corte) para julgar os processos de cortesãos e da casa real (SCHWARTZ, 2011, p.31).

A Casa da Suplicação era composta por quarenta desembargadores especializados, de acordo com o que dispunham as Ordenações, embora o número tenha variado ao longo do tempo: o chanceler, dez desembargadores dos agravos e apelações, dois corregedores da Corte dos feitos crime, dois corregedores da Corte dos feitos cíveis, juiz dos feitos da Coroa, juiz dos feitos da fazenda, quatro ouvidores do crime, procurador dos feitos da Coroa, procurador dos feitos da Fazenda, juiz da Chancelaria, promotor da justiça, juiz dos feitos da Misericórdia e Hospital de Todos os Santos de Lisboa e quinze desembargadores extravagantes (BARBAS HOMEM, 2006, p.163-164).

Ao lado da Casa de Suplicação, havia a Mesa de Consciência e Ordens, cuja competência abrangia as matérias eclesiásticas, as Ordens Militares (dos cavaleiros religiosos, com os Hospitaleiros de São João), bem como a Universidade de Coimbra, os benefícios e títulos eclesiásticos e os interesses dos órfãos e escravos (LIMA LOPES, 2014, p. 249).

O nível seguinte era composto por tribunais de apelação. Até a década de 1580, Portugal tinha dois tribunais intermediários: a Casa do Cível, em Lisboa, e o Tribunal da Relação, em Goa, na Índia. A Lei de Reformulação da Justiça de 27 de julho de 1582 extinguiu a Casa do Cível, sendo então estabelecido o Tribunal da Relação do Porto para servir de corte de apelação das províncias do norte (SCHWARTZ, 2011, p.62).

A Relação do Porto era composta por um chanceler, oito desembargadores dos agravos, um corregedor dos feitos crime, um corregedor dos feitos cíveis, um juiz dos feitos da Coroa, três ouvidores do crime, um juiz da Chancelaria, um promotor de justiça, seis desembargadores extravagantes e um procurador da Coroa (BARBAS HOMEM, 2006, p.165).

Os membros dos tribunais de apelação eram os desembargadores, distribuídos em duas câmaras (mesas), uma para causas cíveis e outra para causas penais, cada qual dirigida por um desembargador dos agravos, que usava o título de corregedor. Uma sessão plenária, a mesa grande, era convocada apenas para questões de grande importância (SCHWARTZ, 2011, p.31).

A estrutura judicial portuguesa, na década de 1580, contava ainda com as figuras dos corregedores e juizes de fora, estes últimos a base da magistratura profissional. Como unidade básica da estrutura administrativa e judicial portuguesa, todavia, temos o Conselho (Câmara), cada qual com funcionários que exerciam as funções administrativas e judiciais necessárias à vida urbana. Esses servidores incluíam o almotacel, o alcaide, o meirinho e o tabelião, mas o mais importante funcionário judiciário local era o juiz ordinário, às vezes chamado de juiz da terra (SCHWARTZ, 2011, p. 28).

Toda essa estrutura judicial da metrópole foi estendida ao Brasil a partir do século XVI, sendo peça fundamental da experiência jurídica que se afirmou nestas terras desde então e ao longo de toda a vida colonial. Pela via da estrutura judicial portuguesa o Brasil se integrava à monarquia pluricontinental<sup>5</sup>.

As reformas que ocorrerão a partir do processo de Independência, sobretudo no campo da organização judiciária com a promulgação do Código de Processo Criminal de 1832 e a criação do Supremo Tribunal de Justiça do Império terão por base essa estrutura judicial desenhada na metrópole e que se fez presente durante a experiência colonial brasileira.

#### **4. A EXTENSÃO INICIAL DA ORDEM JURÍDICA AO BRASIL**

Foi por meio do poder jurisdicional que a colonização das novas terras foi possível. Após a “descoberta”, o território chamou muito pouco a atenção da Coroa portuguesa, que tinha os olhos voltados para a empresa mercantil do Oriente:

Terra de pau-brasil, de índios nus e de papagaios, havia pouco mais no Brasil capaz de preocupar o rei ou de atrair muitos colonos portugueses nos trinta anos que se seguiram à descoberta da colônia, em 1500. Os raros e minúsculos povoados e entrepostos comerciais na costa brasileira eram muito diferentes da dourada Goa, e o controle real, como tudo o mais nesse remanso colonial, desenvolveu-se lentamente. Até os anos de 1530 não houve nenhuma tentativa de legislar para a nova terra de forma sistemática (SCHWARTZ, 2011, p. 41).

Nesses primeiros anos, a colônia era vista principalmente como empresa comercial, e sua integração à estrutura colonial existente se dava por meio dos órgãos de comércio marítimo do governo. [...] Como havia poucos europeus permanentemente radicados no Brasil, não houve

---

<sup>5</sup> Evidentemente não de uma única vez, mas de modo paulatino. A implantação da base da magistratura profissional no Brasil – sobretudo juizes de fora e ouvidores – só dará um passo decisivo a partir do século XVIII, como se verá logo mais.

tentativa de estabelecer um sistema regular de administração judicial na colônia (SCHWARTZ, 2011, p. 41-42).

A situação começa a se alterar a partir da década de 1530.

A expedição de Martim Afonso de Sousa, que partiu de Lisboa em 1530, marcou importante transição da descuidada administração da justiça para uma forma mais concreta, baseada no estabelecimento de uma colonização permanente e no reconhecimento da necessidade de normatização da sociedade (SCHWARTZ, 2011, p. 41-42).

O início da colonização significou o começo da organização de uma ordem política nas terras do Brasil afinada com o ordenamento sinodal, corporativo e jurisdicional da monarquia lusitana, introduzindo na América as soluções governativas do Antigo Regime português (CONSENTINO, 2018, p. 259).

O que motivou esse avanço da Coroa portuguesa foi justamente a presença dos franceses na região. Já nesse primeiro momento do processo de colonização, a preocupação com a justiça é central. Para implementar seu intento de se fazer presente nas terras do Brasil, D. João III conferiu amplos poderes judiciais a Martim Afonso:

Como comandante militar, foi-lhe concedida plena autoridade legal em todos os casos civis e criminais, e, fidalgos à parte, suas decisões não comportavam nenhum tipo de recurso. Seu poder judicial estendia-se aos demais membros da expedição e a todas as pessoas no Brasil. Esses amplos poderes inseriam-se na tradição da autoridade militar concedida a um comandante supremo; mas, em reconhecimentos dos objetivos colonizadores da expedição, foi emitido um alvará em separado que autorizava Martim Afonso a criar os cargos judiciários e de governo necessários à administração adequada da nova colônia (SCHWARTZ, 2011, p. 42).

Vê-se, portanto, que o rei atribuiu poderes jurisdicionais ao responsável pela primeira expedição oficial. Era o caminho viável naquele contexto, marcado pela centralidade da noção de justiça.

A Coroa aplicou a mesma fórmula nos cinco anos seguintes, sendo instituído o sistema de capitanias hereditárias, experiência utilizada em Açores e Madeira. Convencido de que a povoação permanente era a única maneira de garantir a posse do Brasil contra rivais estrangeiros, D. João III dividiu sua nova conquista em quinze partes entre 1533 e 1535, concedendo-as a doze fidalgos portugueses (SCHWARTZ, 2011, p. 43).

O procedimento era o mesmo. Atribuir a integrantes da nobreza os poderes jurisdicionais necessários para organização das novas terras, de modo que pudessem conquistá-las não apenas do ponto de vista militar, mas sobretudo mediante o exercício do poder jurisdicional.

Dois foram os instrumentos jurídicos dessas concessões: a) as cartas de doação, que delineavam os poderes e os privilégios do donatário; b) o foral, que declarava as suas obrigações para com a Coroa e os habitantes do território.

A instituição das capitanias hereditárias obedeceu à lógica jurisdicional da monarquia portuguesa: “a natureza senhorial e jurisdicional das capitanias transparece nas cartas de doação. Uma vez doada a capitania e a sua governança, era transferida ‘toda jurisdição, poder e alçada nesta doação conteúda, assim e da maneira que nela é declarado’” (CONSENTINO, 2018, p. 532).

Tudo foi feito visando o objetivo maior da colonização. A Coroa reconhecia que a distribuição de terras em sesmarias, ou doações de terra, e o estabelecimento de cidades dentro da tradição portuguesa exigiam uma estrutura judiciária. A jurisdição dos proprietários correspondia quase exatamente à de Martim Afonso de Sousa (SCHWARTZ, 2011, p. 43).

A carta de doação, em particular, dava ao proprietário ampla jurisdição civil e criminal a ser exercida por pessoas que ele nomeasse: um magistrado superior (ouvidor da capitania) e outros funcionários da justiça: escrivães, tabeliães e meirinhos (SCHWARTZ, 2011, p. 43). A esse magistrado superior competia julgar, originariamente, casos oriundos de um raio de 10 léguas de sua moradia e, em grau recursal, os recursos interpostos em face de decisões dos juízes inferiores.

O donatário e o ouvidor tinham jurisdição em casos cíveis que não ultrapassassem 100 mil-réis, sem recurso, e em casos criminais que envolvessem a pena de morte (SCHWARTZ, 2011, p. 43).

Tinham eles “jurisdição e alçada de morte natural” sobre escravos e indígenas, bem como “peões, cristãos, homens-livres em todos os casos”, mas nas pessoas “de mor qualidade” terá alçada de dez anos de degredo e até cem cruzados de pena sem apelação nem agravo (CONSENTINO, 2018, p. 534).

Nos casos de “heresia, quando o herético lhe fosse entregue pela jurisdição eclesiástica”, bem como nos casos de “traição e sodomia e moeda falsa” tinha alçada sobre pessoas de qualquer “qualidade que seja para condenar os culpados à morte e dar suas sentenças à execução, sem apelação nem agravo” (CONSENTINO, 2018, p. 534).

O donatário estava isento das visitas de qualquer magistrado superior da Coroa (corregedor) em sua capitania, mesmo que fosse acusado de um crime<sup>6</sup>.

---

<sup>6</sup> Esse privilégio de isenção da visitação de funcionários reais foi revogado com Mem de Sá, o terceiro governador-geral do Brasil, em 1557.

...na capitania não podiam “entrar em tempo algum corregedor, nem alçada, nem outras algumas justiças para nelas usar de jurisdição alguma por nenhuma via, nem modo que seja” pois, pela doação, o donatário não poderia ser “suspensão da dita capitania e governança e jurisdição dela”, só podendo ser impedido ou julgado por quem lhe fez a doação e mercê, o monarca português. (CONSENTINO, 2018, p. 532).

A capitania também gozava de posição privilegiada como refúgio para os que tentavam escapar da justiça ou de alguma represália. A extensão dos conceitos jurídicos portugueses de asilo (couto, homizio) para as capitanias do Brasil foi feita num esforço para estimular a imigração para a colônia (SCHWARTZ, 2011, p. 303).

O sistema de capitanias hereditárias logo soçobrou, muito embora tenha formalmente permanecido até o século XIX. Segundo Schwartz, tal se deveu porque a pequena nobreza que recebeu as concessões tinha experiência apenas em questões militares, mas não treinamento e vocação para o desempenho de funções judiciais (SCHWARTZ, 2011, p. 44).

Nesse sentido, não poderia o rei se fazer presente no “além-mar” sem que houvesse pessoas que pudessem bem desempenhar a função jurisdicional, o que certamente não poderia ocorrer com capitães-donatários voltados quase que exclusivamente a questões militares.

Com o fracasso do sistema de capitanias-hereditárias, D. João III resolveu centralizar o poder na figura do governador-geral, enviando Tomé de Sousa à Bahia, em 1549. O novo governador foi acompanhado de um provedor-mor, Antônio Cardoso de Barros, responsável pela fazenda, e de um ouvidor-geral, Dr. Pero Borges, magistrado superior da Coroa, cujo objetivo era *pôr o governo da justiça em ordem em todas as capitanias* (SOUSA, 1971, p.128).

O Regimento outorgado ao ouvidor-geral não chegou até nós. Serão analisados, então, alguns aspectos do Regimento conferido a Tomé de Sousa para procurar demonstrar como a preocupação com a justiça – entendida naquele contexto de afirmação da sociedade corporativa e jurisdicional no contexto de uma monarquia pluricontinental – esteve presente desde o primeiro momento da extensão da ordem jurisdicional portuguesa às terras do Brasil.

D. João III anuncia seu intento de conservar as capitanias e povoações e “dar ordem” às novas terras para o “eixalçamento” da fé católica:

*Eu el-Rei faço saber a vós Tomé de Sousa fidalgo de minha casa que vendo eu quanto serviço de Deus e meu é conservar e nobrecer as capitanias e povoações das terras do Brasil e dar ordem e maneira com que melhor e mais seguramente se possam ir povoando para eixalçamento da nossa santa fé e proveito de meus reinos e senhorios e dos naturais deles ordenei ora de mandar nas ditas terras*

---

*fazer uma fortaleza e povoação grande e forte...*(Regimento de Tomé de Sousa (1548). In: DIAS, 1924, p.345).

Vê-se como o povoamento das capitanias e a expansão da fé deveriam ser feitos “dando ordem às terras”. Isso significava naquele contexto inicial basicamente subordinar os habitantes daquele território (o indígena), defender-se dos estrangeiros e, sobretudo, administrar a justiça: “ordenei ora de mandar nas ditas terras fazer uma fortaleza e povoação grande e forte em um lugar conveniente para daí se dar favor e ajuda às outras povoações e se ministrar justiça e prover nas cousas que cumprirem ao meu serviço...”(In: DIAS, 1924, p.345).

A ideia de ordem (e suas derivações) era parte central daquela visão de mundo. Ordenar as coisas era colocá-las conforme a ordem político-jurídica vigente. A expansão da santa fé católica e o proveito do Reino dependiam da administração da justiça régia nas novas terras.

Na condição de supremo juiz e responsável pela vigência da ordem jurídica portuguesa no além-mar, cabia ao rei dotar o grupo da armada de Tomé de Sousa de todas as condições, inclusive militares, para que as terras fossem pacificadas e povoadas: *hei por meu serviço que na dita Bahia se faça a dita povoação e assento e para isso vai uma armada com gente, artilharia, armas e munições e todo o mais que for necessário...*(In: DIAS, 1924, p.345).

Sob a direção do governador seriam realizados o povoamento e a pacificação das terras. Sob sua administração e autoridade, deveria se desenvolver a sociedade colonial:

Com esse governo geral a monarquia portuguesa dinamizou a colonização e, com isso, deu início à limitação dos poderes senhoriais dos donatários hereditários, começando a construção de uma ordem política condizente com o Antigo Regime lusitano. Nesse ordenamento político, o governador-geral era o centro de um poder político mantido de forma simbólica e efetiva por ele, que, como cabeça desse corpo político, representava a sua unidade e tinha a seu encargo a manutenção da justiça (CONSENTINO, 2018, p. 543).

O governador estava diretamente subordinado à Coroa portuguesa: sua jurisdição era a do próprio rei. A ele estavam subordinados não apenas o provedor-mor e o ouvidor-geral, mas todos os “oficiais do rei” encarregados da administração da justiça naquele cenário.

O ouvidor-geral, Pero Borges, em carta de 7 de fevereiro de 1550 dirigida ao rei D. João III, falava da carência da justiça régia naquele novo mundo: *entendi em algumas cousas da Justiça [em Ilhéus] e achei tantas cousas de que lançar mão que bem parecia terra desamparada da vossa Justiça* (In: VARNHAGEN, 1959, p.189).

As contingências da vida colonial conferiram ao sistema de administração da justiça uma dinâmica própria, em muitos aspectos distinta da do Reino, embora as formas institucionais

fossem as mesmas. Na mesma carta, o ouvidor aconselha ao rei que melhor seria não guardar algumas disposições das Ordenações: *esta terra senhor para se conservar e ir avante há mister não se guardarem em algumas coisas as ordenações, que foram feitas não havendo respeito aos moradores delas* (In: VARNHAGEN, 1959, p.189).

Vê-se a dificuldade de vigência da legislação naquele primeiro momento da experiência jurídica no Brasil. A capitania da Bahia, em particular, precisava ser rapidamente povoada. Determina D. João III no Regimento dado a Tomé de Sousa:

*peçoas que estiverem nas ditas capitánias e tiverem terras na dita Bahia de Todos os Santos que as vão povoar e aproveitar nas primeiras embarcações que forem para a dita Bahia com declaração que não indo nas ditas primeiras embarcações perderão o direito que nelas tiverem e se darão a outras peçoas que as aproveitem...*(In: DIAS, 1924, p.345).

Não haveria colonização efetiva, administração da justiça régia ou profusão da santa fé católica sem que as terras do Brasil fossem povoadas por portugueses. O povoamento dependia também da pacificação das terras. A primeira atitude era tomar o território das populações indígenas.

O rei, guardião da ordem jurídica, preconizava o castigo dos grupos que se levantassem contra os portugueses: *cumprе muito serviço de Deus e meu os que se assim alevantaram e fizeram guerra serem castigados com muito rigor* (In: DIAS, 1924, p.345). Isso se faria destruindo as povoações indígenas do Recôncavo baiano:

*o poreis em ordem destruindo lhe suas aldeias e povoações e matando e cativando aquela parte deles que vos parecer que abasta para seu castigo e exemplo de todos e daí em diante pedindo vos paz lha concedais dando-lhe perdão e isso será porém com eles ficarem reconhecendo sujeição e vassalagem...* (In: DIAS, 1924, p.345).

A destruição das aldeias e a prisão e morte dos índios deveria cumprir a finalidade do castigo, servindo de exemplo para a comunidade. Após a demonstração de força, os índios deveriam ser integrados à ordem jurídica portuguesa, o que se faria com o reconhecimento expresso de sujeição e vassalagem.

Era preciso tornar evidente à comunidade da terra a força e a autoridade do rei, castigando sobretudo os líderes indígenas que fizeram guerra contra os portugueses: *trabalhareis por haver em vosso poder alguns dos principais que foram no dito alevantamento [contra os portugueses] e estes mandarei por justiça enforcar nas aldeias donde eram principais.* (In: DIAS, 1924, p.345).

É possível perceber aqui também a importância da noção de justiça e o papel central do rei do processo de expansão da ordem jurídica portuguesa nas novas terras, sobretudo em face de seus habitantes. Os que se levantaram contra a ordem jurídica portuguesa deveriam ser enforcados *por justiça*.

O valor do justo era dado de antemão pela ordem social corporativa que deveria fazer-se presente naquelas terras, sobretudo mediante as autoridades da Coroa e seu poder jurisdicional. Cabia a essas autoridades garantir, com o rigor da jurisdição, a efetividade desse projeto.

Ainda no Regimento de Tomé de Sousa, o rei ordenava a concessão de sesmarias:

*dareis de sesmaria as terras que estiverem dentro no dito termo [da cerca que deveria ser construída na cidade de Salvador] às pessoas que vo-las pedirem, não sendo já dadas a outras pessoas que as queiram ir povoar e aproveitar no tempo que lhe para isso há de ser notificado as quais terras dareis livremente sem foro algum somente pagarão o dízimo à ordem de nosso Senhor Jesus Cristo e com as condições e obrigações do foral dado às ditas terras e de minha ordenação no quarto livro título das sesmarias...* (In: DIAS, 1924, p.346)

A Coroa iniciava um processo de incentivo ao aproveitamento das terras, concedendo privilégios jurídicos aos colonos. O rei, na função que lhe competia, ia criando condições favoráveis àqueles que pretendiam cultivar as terras.

A partir da instituição do Governo-geral o processo de povoamento e colonização se torna efetivo e irreversível. Mas para tanto foi necessário estabelecer na colônia uma estrutura judicial que garantisse a efetividade da ordem jurídica corporativa, sem, contudo, desvencilhá-la da estrutura maior da monarquia pluricontinental.

## 5. A JUSTIÇA NO BRASIL COLONIAL

A partir da implantação do Governo-geral, o ouvidor-geral seria a autoridade judicial mais importante das terras do Brasil, cenário que permanece o mesmo pelos sessenta anos seguintes (SCHWARTZ, 2011, p. 45).

Ao invés vez de simplesmente abolir toda a estrutura fundiária e administrativa prévia das capitanias hereditárias e criar uma administração real totalmente centralizada, o ouvidor-geral sobrepôs-se à estrutura existente de magistrados e ouvidores nomeados pelos donatários. O resultado foi um sistema confuso e às vezes inoperante de controle exercido pelo rei e pelo donatário (SCHWARTZ, 2011, p. 46).

De 1549 a 1609 o ouvidor-geral foi a autoridade judicial mais importante da colônia. Abaixo dele, os ouvidores das capitanias, que não deixaram de existir formalmente. Em outras palavras, a partir do governo-geral houve uma sobreposição de jurisdições. A dos ouvidores de capitania agora secundadas pela jurisdição régia do ouvidor.

A iniciativa da Coroa produziu insatisfações, como por exemplo a do capitão-donatário de Pernambuco, Duarte Coelho, que em carta ao rei reivindica as “liberdades e privilégios” contidas em suas doações e no foral:

*Peço a V. A. pollo que a serviço de Deus cumpre e aos proveito de sua fazenda que mande conpryr e guardar as llyberdades e previllejos conteudos em minhas doações e forall aos moradores e povoadores que eu tyver asentados por moradores e povoadores em o llyvro da matricolla e tombo que pera yso he feyto des o pryncipyo e com ysto deixe me fazer e vera ho proveyto que se dyso sege. (In: DIAS, 1924, p.321).*

Ao ouvidor-geral cabia o julgamento de recursos em face de decisões proferidas pelos ouvidores de capitania, além de ser, ele próprio, o magistrado local da capitania da Bahia. O ouvidor-geral deixou de ser a autoridade judicial mais importante da colônia apenas quando foi criado o primeiro tribunal, o tribunal da Relação da Bahia, em 1609<sup>7</sup>.

Ao longo de toda a experiência colonial, o sistema de justiça no Brasil permaneceu dividido em dois ramos distintos: a justiça real e a justiça concedida. A justiça real nada mais era do que a magistratura profissional, da qual faziam parte os ouvidores, os desembargadores dos tribunais da Relação, os ouvidores de comarca e juízes de fora (WEHLING & WEHLING, 2004, p. 37).

A justiça real na colônia evidentemente estava integrada à estrutura judicial portuguesa. Portugal estava dividido em seis províncias (Beira, Entre Douro e Minho, Trás-os-Montes, Alentejo, Estremadura e Algarve) e 21 comarcas ou correições<sup>8</sup>. “Para cada Correição era designado um corregedor (magistrado superior da Coroa), cujas funções eram, basicamente, de natureza investigatória e apelatória” (SCHWARTZ, 2011, p. 29). O ouvidor-geral no Brasil tinha a mesma hierarquia dos corregedores no Reino de Portugal.

A justiça concedida, por sua vez, compreendia a jurisdição dos capitães-donatários, a justiça eclesiástica e a justiça municipal (WEHLING & WEHLING, 2004, p. 42). A jurisdição dos capitães-donatários teve pouquíssima efetividade no Brasil, em razão do fracasso do sistema de capitanias.

<sup>7</sup> Um novo tribunal da Relação somente será criado no Rio de Janeiro em 1751.

<sup>8</sup> O número aumenta ao longo do tempo, de 27 comarcas no início da dinastia filipina, para 38 no final do século XVII, até 48, no final do Antigo Regime (BARBAS HOMEM, 2006, p.168).

A jurisdição eclesiástica era desencadeada *ratione personae*, vale dizer, nas causas em que eclesiásticos eram um dos integrantes da lide, ou *ratione materiae*, causas referentes à fé, organização interna da Igreja, relações com o poder secular e casamento (WEHLING & WEHLING, 2004, p. 42). Essa jurisdição especializada tinha como norma jurídica fundamental as Constituições Primeiras do Arcebispado da Bahia de 1707:

As Constituições da Bahia inspiraram-se em documentos portugueses semelhantes aos dois séculos anteriores, que por sua vez adaptavam às circunstâncias locais o direito canônico, a legislação tridentina e os diferentes acordos existentes desde a Idade Média entre os monarcas portugueses e a Santa Sé (WEHLING & WEHLING, 2004, p. 42).

A justiça municipal, por sua vez, tinha suas atribuições definidas nas Ordenações Manuelinas (Livro I, Título 44) e Filipinas (Livro I, Título 65), sendo limitada pela alçada. Dedicava-se a causas de menor complexidade, sobretudo temas como família, sucessões, propriedade, obrigações contratuais, além de causas criminais (WEHLING & WEHLING, 2004, p. 44).

Estava a cargo das Câmaras municipais, tendo por principais agentes os juízes ordinários. Esses não eram magistrados profissionais e não dispunham de formação jurídica, sendo escolhidos dentre os “homens bons” e eleitos juntamente com os vereadores. Eram, nesse sentido, “magistrados populares”, em geral integrantes da aristocracia colonial. O número, em geral, era de dois juízes:

Os juízes ordinários eram magistrados eleitos anualmente pelos povos e câmaras, tendo no lugar domicílio e estabelecimento. Eram juízes independentes da realeza e a legislação que executavam estava fora do alcance do poder real, e só o costume podia alterá-la. O predomínio da chicana era ali impossível, porque todos conheciam essa legislação e o arbítrio do juiz expirava com o ano. Em todas as vilas e cidades o número de juízes ordinários não excedia de dois, e raras vezes era um só eleito (GARCIA, 1956, p. 77).

Os juízes ordinários tinham funções judiciais, mas também administrativas. Não havia, naquele contexto, separação de Poderes como critério de organização política. De acordo com as Ordenações, os juízes ordinários deveriam realizar duas audiências semanais nas localidades com mais de 60 habitantes, ou uma, se menor. Os processos eram instruídos e as sentenças prolatadas na própria Câmara de Vereadores (WEHLING & WEHLING, 2004, p. 54).

Os juízes ordinários podiam às vezes exercer a função de juízes de órfãos, tendo nesse caso competência para cadastrá-los em livro próprio, arrolar bens móveis e imóveis e seus administradores; fazer inventários sempre que os herdeiros fossem menores de 25 anos; dar aos órfãos “criação e soldada”; autorizar casamentos; velar pelos seus bens e educação, dentre

outros. A jurisdição abrangia todos os feitos cíveis em que órfãos fossem autores ou réus, bem como os feitos de loucos, pródigos e desmemoriados que possuíssem curadores e aqueles em que participavam maiores e menores, em espólios indivisos (Ordenações Filipinas, Livro I, Título 88, § 45 e 46 - WEHLING & WEHLING, 2004, p. 55-56).

O processo era basicamente oral e a sentença tinha execução imediata perante o próprio juiz. A jurisdição e alçada dos juízes ordinários dependiam do número de habitantes: nas localidades com mais de 200 habitantes, suas sentenças não admitiam recurso até 1.000 réis nas causas que envolvessem bens móveis e até 400 réis nos imóveis; sendo o número de moradores inferior a 200 habitantes, a alçada estendia-se a 600 nos bens móveis e a 400 nos imóveis.

Tinha jurisdição em causas cíveis referentes a família, sucessões, propriedade e obrigações, e também causas criminais. Destas, a maioria era de contravenções que lhe cabia julgar e punir (Ordenações Filipinas, Livro I, Título 65, § 7). Os furtos de escravos até o valor de 400 réis também eram de sua competência, julgando sem direito a recurso e aplicando a pena de acordo com o Livro V das Ordenações, inclusive a pena de açoite. Eram também responsáveis por casos de injúrias verbais, tema relevante nas pequenas comunidades coloniais (WEHLING & WEHLING, 2004, p. 61-62).

Os juízes deviam conhecer a matéria sem dar vistas às partes para arrazoar ou contraditar, levando o feito à Câmara para julgamento. Os julgamentos eram feitos pelos juízes e, às vezes, pelos próprios vereadores. À leitura final da ata poderiam estar presentes as partes, facultando-se lhes “apontar quaisquer contraditas, que notórias e públicas sejam, para verem quanto fé deve ser dada às testemunhas” (Livro I, Título 65).

Em seguida, prolatava-se sentença, que até 600 réis não admitia recurso de nenhuma espécie. Se a condenação ultrapassasse o valor, era nula. Fidalgos, cavalheiros e suas mulheres, quando partes, ou membros da justiça injuriados em razão de seu ofício, poderiam valer-se de recurso para a instância superior (WEHLING & WEHLING, 2004, p. 62).

A confirmação da propriedade e a execução da sentença declaratória eram de responsabilidade do juiz ordinário. Esse exercia tanto competência originária quanto recursal. O processo originário poderia ser escrito ou oral. No primeiro caso, sendo o valor da causa de até 400 réis, o juiz ouvia as partes, admitia as provas e dava a sentença. O escrivão lavrava o termo, que era executado por alvará. O processo era escrito se o valor ultrapassasse 400 réis e chegasse até 1.000 réis nas localidades com mais de 200 habitantes. As alegações das partes eram redigidas, permitindo-se a produção de provas, mas nem as partes nem seus procuradores

tinham vista do processo. Prolatada a sentença pelo juiz (ou juízes), passava-se à execução (WEHLING & WEHLING, 2004, p. 63).

A competência recursal dos juízes ordinários era exercida nos pedidos de revisão das decisões da Almotaçaria, ou dos juízes almotacés. Cabia aos juízes ordinários, outrossim, julgar apelações e agravos quando o valor fosse de até 600 réis (WEHLING & WEHLING, 2004, p. 63-64).

Nas aldeias e povoados, núcleos que não dispunham de Câmara Municipal, havia juízes de vintena, que possuíam alçada nos feitos de até 100 réis nos lugares até 500 habitantes, 200 réis nos de 50 a 100 habitantes, 300 réis nos de 100 a 150 e 400 réis nos de 200 habitantes em diante. Sua competência abrangia as coimas (multa para a entrada de gado em terrenos vizinhos) e danos diversos. Não possuía jurisdição sobre feitos que envolvessem bens imóveis, nem em causas criminais, embora pudesse efetuar a prisão em flagrante dentro de sua jurisdição ou a requerimento das partes, com mandado judicial (WEHLING & WEHLING, 2004, p. 57).

Durante algum tempo imaginou-se que os juízes ordinários, por não integrarem a magistratura profissional, proferissem julgamentos de acordo com o costume, chegando a desprezar o direito estatal. Nesse sentido Rodolfo Garcia, que afirma que o juiz ordinário aplicava o foral e o costume, enquanto o juiz de fora aplicava o direito romano, por intermédio das Ordenações. Arno Wehling e Maria José Wehling, todavia, contestam o fato, asseverando que a tradição consuetudinária e foraleira era admitida nas Ordenações e que os juízes ordinários decidiam com base nela mesmo em épocas recuadas da colonização, respeitando os estatutos setoriais e corporativos (WEHLING & WEHLING, 2004, p. 68).

Vê-se, portanto, que muito embora a experiência jurídica não tenha se apresentado inicialmente como experiência normativa, o direito estatal foi relevante ao longo do período colonial, garantindo a unidade do território e a integração à estrutura do Império ultramarino português também pelas mãos dos juízes populares. Nota-se também que a jurisdição dos juízes ordinários tinha por pressuposto o respeito aos estatutos setoriais e corporativos, vale dizer, a própria dinâmica da sociedade corporativa.

Os juízes ordinários da Câmara foram os responsáveis maiores pelo exercício da jurisdição cível e criminal ao longo dessa primeira fase do período colonial. Sua vinculação à Câmara de vereadores pode causar certa confusão, sobretudo porque o papel desta na atualidade é a de legislador municipal. No contexto colonial, todavia, além das atribuições administrativas, como visto, a Câmara exercia papel jurisdicional, sobretudo através desses agentes.

Em outras palavras, os processos judiciais nela tinham curso, sendo em seu recinto realizados os principais atos processuais como audiências e prolação de sentenças. O papel preponderante das Câmaras municipais, como órgãos judiciais, foi sobretudo destacado nos primeiros séculos da colonização (séculos XVI-XVII), uma vez que, ressalvado o caso da Bahia, a magistratura régia profissional só começou a ser introduzida no Brasil no final do século XVII, consolidando-se ao longo do século seguinte.

A magistratura profissional no Brasil colonial foi exercida pelos juízes de fora, ouvidores de comarca e tribunais da Relação. Os juízes de fora foram estabelecidos no Brasil a partir de fins do século XVII e os tribunais da Relação funcionaram, na Bahia, entre 1609 e 1624 e de 1652 a 1808, e no Rio de Janeiro, entre 1752 e 1808 (WEHLING & WEHLING, 2004, p.71)<sup>9</sup>.

Os primeiros juízes de fora são introduzidos na Bahia (1696), Pernambuco (1700) e Rio de Janeiro (1701). Depois dos grandes centros, esses magistrados chegam a municípios menores, mas estratégicos do ponto de vista do comércio do ouro e dos diamantes: Santos (1713), Itu (1726) e Ribeirão do Carmo (1731). Em 1748, Mato Grosso recebe também um juiz de fora, mas será convertido em ouvidor. A década de 1750 trará uma série de novas judicaturas: Maranhão e Pará (1753), Cachoeira (1755) e Cuiabá (1760). As últimas criações da judicatura pela Coroa são as de Paracatu do Príncipe e Rio Verde (1799) e São Salvador dos Campos de Goitacazes (1802) (CAMARINHAS, 2009, p.87).

Os juízes de fora tinham suas atribuições definidas nas Ordenações (Ord. Filipinas, Livro I, tít. 65). A distinção básica entre os juízes ordinários e os de fora era a de que os primeiros se elegiam anualmente nas câmaras municipais, ao passo que os juízes de fora eram magistrados profissionais de nomeação real, com o claro objetivo de corrigir a ação dos primeiros e aumentar o poder do rei (WEHLING & WEHLING, 2004, p. 71).

Os juízes de fora, reconhecidos pela vara branca que deveriam portar (diferentemente dos juízes ordinários, que deveriam portar uma vara vermelha), tinham alçada até 1.000 réis nos bens móveis; nas localidades abaixo de 200 habitantes, julgariam ações de até 600 réis nos casos de bens móveis e de 400 réis nos bens de raiz (Ord. Filipinas, Livro I, título 65, § 6). Tinham, ainda, jurisdição criminal, atuando em ações relativas a injúrias e em devassas especiais. A competência do juiz ordinário e do juiz togado era semelhante, havendo pequena

---

<sup>9</sup> Em 1808, com a chegada da família real portuguesa, é extinto o Tribunal da Relação do Rio de Janeiro e criada a Casa da Suplicação no Brasil.

diferença no tocante à prolação de sentença: enquanto o primeiro em regra o fazia na Câmara, com a participação dos vereadores, o segundo o fazia de forma independente.

As injúrias mereciam atenção especial da legislação, devendo os juízes ordinários ou togados conhecer das mesmas e despachá-las com brevidade, “não fazendo longos processos”, sem permitir vistas às partes e sem divulgar a identidade das testemunhas. Após a contestação do réu, o juiz prolatava a sentença. As devassas, em razão do tumulto que causavam, eram limitadas aos casos de morte, estupro, incêndio, fuga de presos, moeda falsa, resistência à justiça, cárcere privado, agressões e furtos acima de um marco de prata. Nos casos mais graves (como morte), as inquirições e a sentença do juiz deveriam ser encaminhadas *ex officio* ao ouvidor da comarca (WEHLING & WEHLING, 2004, p.72-73).

Cabia ainda aos juízes de fora, assim como aos juízes ordinários, supervisionar a ação dos vereadores quanto à aplicação das leis do Reino e aos atendimentos das posturas municipais, evitar a interferência de membros da Igreja na jurisdição real, evitar o abuso de poder dos fidalgos (fazendo-os indenizar as vítimas e prender os que merecem ser presos), prolatar sentenças nos processos, evitando sua subida aos tribunais de apelação, assumir a responsabilidade sobre os prisioneiros, evitar a justiça privada de fidalgos, prelados e vereadores, sob pena de multa e degredo de um ano para a África, dentre outras. Subordinavam-se ao governador ou vice-rei (WEHLING & WEHLING, 2004, p.74).

Os juízes de fora eram designados por períodos de três anos, e além de funções jurisdicionais típicas, exerciam funções de polícia como segurança das ruas, fiscalização de fábricas e hospitais, dos abusos nos trajés e no luxo, dentre outras. (BARBAS HOMEM, 2006, p.172).

Os ouvidores de comarca também integravam a magistratura profissional. Suas atribuições eram disciplinadas nas Ordenações Filipinas, no título referente aos corregedores de comarcas (Livro I, Título 58). O texto legal definia sua competência, as execuções, a ação que dele se esperava contra o acoitamento de criminosos e a clientela de poderosos, a ação administrativa, inclusive de fomento econômico, os cuidados que deveriam ter em evitar a opressão dos povos, a época de correição e o juízo de residência (WEHLING & WEHLING, 2004, p. 77).

Com a consolidação dos tribunais da Relação, na Bahia e no Rio de Janeiro, e a introdução dos juízes de fora, definiu-se o quadro da judicatura, com os ouvidores à frente das comarcas e os tribunais como instâncias recursais. Desapareceram, assim, ao longo da história colonial, as figuras do ouvidor-geral do Estado do

---

Brasil e dos ouvidores de capitanias, este último cargo extinto formalmente por lei de 1790, mas já em desuso. (WEHLING & WEHLING, 2004, p.77).

A figura do ouvidor de capitania surgiu quando da implantação do sistema das capitanias hereditárias. Com a instituição do Governo-geral (1549) e a organização do Estado do Maranhão (século XVII), surgiram os ouvidores-gerais. No caso do Estado do Brasil, o cargo foi extinto com a criação do Tribunal da Relação da Bahia (1609). Nos tribunais, passou a existir ouvidor-geral do cível e ouvidor geral do crime (WEHLING & WEHLING, 2004, p. 77).

Com a expansão do processo de colonização e a constituição das comarcas, consolida-se a figura do ouvidor de comarca. Competia a ele receber ações novas e recursos de decisões judiciais, supervisionar a aplicação da justiça na comarca (tanto no cível quanto no criminal), propor a nomeação de tabeliães, promover as eleições para a Câmara municipal; receber as queixas de qualquer súdito real. (WEHLING & WEHLING, 2004, p. 78).

A expansão da figura dos ouvidores está diretamente relacionada à expansão da atividade econômica na colônia, sobretudo com a descoberta do ouro. Até então, havia apenas seis ouvidores, que correspondiam às regiões mais importantes: Bahia, Rio de Janeiro, Maranhão, Pernambuco, Pará e Paraíba. O impacto da descoberta do ouro e do crescimento da produção agrícola condicionaram a reação da coroa no sentido da criação de magistraturas capazes de controlar os movimentos destes produtos estratégicos (CAMARINHAS, 2009, p.87).

As regiões economicamente mais importantes receberão frequentemente magistrados especiais para o acompanhamento e a administração da extração do ouro, dos diamantes, do sal e do tabaco, à semelhança do que se passava na metrópole, no outro polo desses comércios (CAMARINHAS, 2009, p.88).

A competência judicial do ouvidor era de receber ação nova ou avocar a si processos em tramitação que estivessem sob a responsabilidade dos juízes locais, sempre que “lhe parecer que os juízes da terra não farão inteiramente justiça”. No caso de ação nova, sua jurisdição era de duas léguas em raio “de quaisquer casos cíveis ou criminais não sendo das cidades, ouvidos onde houver juízes de fora”, sem outras custas além das devidas aos juízes ordinários. Concederia audiências públicas três vezes por semana e não poderia receber apelações ou agravos privativos dos desembargadores da Relação”. (WEHLING & WEHLING, 2004, p. 79).

Destacam Wehling e Wheling que o ouvidor agiria, pelo menos na intenção da lei, como peça fundamental do mecanismo absolutista, com a finalidade de acentuar o caráter justiceiro

do rei e de quebrar as resistências locais (WEHLING & WEHLING, 2004, p. 78). Competia a ele também presidir devassas sobre condição de carceragem das prisões, contatos externos de religiosos e mulheres enclausuradas nos mosteiros e conventos, habilitação de médicos, cirurgiões e barbeiros sangradores e ao exercício das atividades de juízes ordinários, órgãos das sisas, escrivães, procuradores, meirinhos e tabeliães. Deveria proferir sentença, processando apelação e agravo quando coubesse (WEHLING & WEHLING, 2004, p.79).

Expedido mandado de prisão, cabia aos ouvidores executá-las pelos meirinhos, quadrilheiros ou juízes ordinários, conforme Livro V das Ordenações. O ouvidor tinha também competência para emitir as “cartas de seguro”, certidões que autorizavam o acusado a responder processo em liberdade, exceto nos casos de morte de homem, traição, aleive, sodomia, moeda falsa, fuga de presos, ofensas a funcionários e erros de tabeliães. Tal atribuição, nos locais onde havia tribunais da Relação, passou para as respectivas Ouvidorias do Crime, onde também tramitava o processo (WEHLING & WEHLING, 2004, p.79-80).

Por fim, integravam a estrutura judicial colonial os tribunais da Relação. Do ponto de vista judicial, eram os tribunais de apelação, para os quais eram remetidos apelações e agravos das sentenças proferidas pelos juízes ordinários e juízes de fora.

Pautavam-se os tribunais intermediários pelo direito régio (Ordenações), regimento da Casa da Suplicação e pelos próprios regimentos internos, além de toda a legislação do Reino (leis extravagantes, cartas régias) e nos assentos<sup>10</sup>. Nas atribuições judiciais estavam o recebimento de algumas ações em competência originária. Todavia, eram principalmente um órgão recursal, ao qual se dirigiam os que não se conformassem com as decisões interlocutórias ou sentenças proferidas pelos juízes ordinários, juízes de fora ou ouvidores (WEHLING & WEHLING, 2004, p.83).

Tanto a justiça régia (tribunais da Relação, ouvidores, juízes de fora) quanto a justiça autorizada (juízes ordinários e eclesiásticos) tiveram papel relevante na implementação da experiência jurídica no Brasil. Sem esse aparato institucional, organizado a partir da figura do

---

<sup>10</sup> A partir do início do século XVI, com o alvará de 10 de dezembro de 1518, depois ampliado e recolhidos pelas Ordenações Manuelinas, ficou estabelecido que em caso de dúvida objetiva quanto à aplicação da lei, a questão deveria ser levada ao regedor da Casa da Suplicação, devendo a mesma ser submetida à “mesa grande”. Se a dúvida persistisse, que questão deveria ser submetida ao rei. A decisão era então inserida em um “livrinho” para evitar futuras dúvidas. Se algum juiz desobedecesse a determinação, decidindo em estado de dúvida sem recorrer ao regedor, seria suspenso até que fosse remido pela graça real. Os julgamentos efetivados à luz dessa lei e devidamente registrados no “livrinho” logo tomaram o nome de “assentos” e tinham um valor jurídico em tudo idêntico ao das próprias leis interpretadas. Para mais detalhes, CRUZ E TUCCI, José Rogério. “Tradição luso-brasileira dos *assentos* da Casa da Suplicação”. In: BITTAR, Eduardo C. B. **História do Direito Brasileiro: leituras da ordem jurídica nacional**. 4.ed. rev. mod. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017, pp. 101-119.

rei, não haveria possibilidade de organização da vida social nas novas terras. A efetividade da legislação do Reino certamente dependia desse sistema judicial hierarquicamente organizado e a concessão de amplos poderes a esses personagens, bem como a presença de instituições responsáveis pelo exercício da função jurisdicional, foram os fatores decisivos para esse propósito, dando o sentido primeiro da experiência jurídica no Brasil.

## CONCLUSÃO

Ao imaginar retrospectivamente a origem do Direito no Brasil, pode-se ter a falsa sensação – a partir da concepção atual da experiência jurídica – de que se tratou de uma experiência normativa. O presente artigo, todavia, procurou demonstrar que a legislação metropolitana não se aplicou desde o primeiro momento ao território recém-colonizado, marcado por significativas diferenças em relação ao Reino. Fazia-se necessário ocupar as terras, o que implicou, naquele contexto, uma extensão da ordem jurídica portuguesa essencialmente pela via do exercício da jurisdição, central num modelo de sociedade corporativa.

Com efeito, desde que Portugal decide levar a efeito a colonização das terras do Brasil, antes mesmo da implantação do Governo-geral, a Coroa procurou outorgar poderes jurisdicionais aos capitães donatários, atribuindo a eles competências nas esferas cível e penal. Malgrado o projeto das capitânias hereditárias, D. João III decidiu pela instituição de um Governo central, mas a estratégia de extensão da ordem político-jurídica portuguesa permaneceu centrada na concessão de amplos poderes jurisdicionais, seja ao Governador, seja ao responsável maior pela administração da justiça a partir de 1549, o Ouvidor-Geral.

A estratégia de afirmação jurisdicional praticamente não se alterará ao longo da experiência colonial, e a instituição de tribunais da Relação no Brasil (Bahia em 1609 e Rio de Janeiro em 1751), bem como a introdução dos juízes de fora (a partir do final do século XVII) e ouvidores são procedimentos indicativos de que a Coroa procurava, cada vez mais, afirmar sua soberania nestas terras pela via da jurisdição.

Essa afirmação do poder jurisdicional, todavia, seguiu a lógica própria da sociedade corporativa típica do Antigo Regime, atenta às prerrogativas dos grupos, aos privilégios, aos direitos particulares, aos estatutos jurídicos próprios dos diferentes corpos que compunham o tecido social. A própria legislação reconhecia esse pluralismo jurídico, que certamente se acentuou no Brasil e sem o qual não seria possível a integração da realidade colonial ali desenvolvida na estrutura maior da monarquia pluricontinental portuguesa.

É preciso lembrar que naquele contexto não se tem um Estado normativo-constitucional marcado pela separação de Poderes. Não há um Poder Legislativo independente, responsável pela representação popular, a produzir as normas jurídicas que serão aplicadas em um dado território, nem um Poder Judiciário independente de um Poder Executivo.

Só a partir de meados do século XVIII, e ainda de uma maneira muito incipiente, a Coroa portuguesa vai reivindicar para si a função de *produtora* da legislação e, conseqüentemente, procurar normatizar a vida colonial, o que ocorrerá a partir do reinado de D. José I e administração do marquês de Pombal. O que se tem antes disso é a figura de um rei, responsável primeiro pela ordem social, preocupado com a administração da justiça no contexto de uma sociedade corporativa.

Toda a estrutura judicial, descrita neste artigo, nada mais é do que um “braço” a seu serviço, mas inicialmente orientada por uma lógica jurisdicional preocupada com a manutenção dos diferentes estatutos e preservação da multiplicidade de jurisdições. Trata-se, com efeito, de uma magistratura régia organizada hierarquicamente, e que atua em nome do poder real, mas o próprio rei é o supremo juiz do Estado, e não ainda o seu Legislador. A essa estrutura são atribuídas também funções administrativas, que não foram exploradas no presente artigo, mas que são assumidas e desempenhadas pelos órgãos judiciais no contexto do Antigo Regime.

O processo, nesse momento, tem papel fundamental não apenas como mecanismo oficial de solução de controvérsias, mas como instrumento político para afirmação do poder do jurisdicional do rei. O direito régio prevê um sistema recursal que tem como instância máxima o tribunal superior do Reino, a Casa da Suplicação, ou, em alguns casos, o próprio rei.

Nesse sentido, marcante para o início do Direito no Brasil o sentido da experiência judicial, muito mais do que a experiência normativa. Isso não significa que a legislação do Reino era irrelevante ou que o rei não tivesse expedido atos normativos específicos para as questões do Brasil a partir do processo colonizador.

O próprio artigo consignou que o direito régio foi aplicado no Brasil colonial, mesmo pela magistratura popular, conferindo unidade ao território, à monarquia pluricontinental e ao próprio sentido da colonização. Todavia, o traço judicial da experiência jurídica foi preponderante, eis que inicialmente era necessário se fazer presente nas novas terras por meio de uma estrutura de poder, tendo nesse contexto os órgãos jurisdicionais um papel central, sobretudo diante da crença de que a administração da justiça era a principal função do Estado.

Esse traço produziu marcas indeléveis na nossa cultura, sendo fator decisivo na constituição da experiência jurídica brasileira, um dos indicativos da importância que os

brasileiros, hoje, atribuem ao Poder Judiciário e à função jurisdicional, o que conduz a números expressivos de ajuizamentos, projeção social dos magistrados e institucional do Poder Judiciário (certamente alavancada pela Constituição de 1988) e perspectiva de judicialização das principais questões da vida, inclusive as políticas e existenciais.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARBAS HOMEM, António Pedro. **O Espírito das Instituições**: um estudo de história do Estado. Coimbra: Almedina, 2006. 253 p.

BICALHO, Maria Fernanda; ASSIS, Virgínia Maria Almôedo de; MELLO, Isabele de Matos Pereira (orgs.). **Justiça no Brasil colonial**: agentes e práticas. São Paulo: Alameda, 2017. 360 p.

CAMARINHAS, Nuno. “Administração da Justiça em espaços coloniais: a experiência imperial portuguesa e os seus juizes, na época moderna”. *Jahrbuch für Geschichte Lateinamerikas*, 52, Böhlau Verlag Köln/Weimar/Wien, 2015, pp. 109-120.

\_\_\_\_\_. “O aparelho judicial ultramarino português: o caso do Brasil (1620-1800). *Almanack braziliense*, n.º 09, maio 2009, pp.84-102.

CARMIGNANI, Maria Cristina da Silva. **A Justiça no Brasil Colônia**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. 113, jan./dez. 2018, pp. 45-75.

CARTA DO OUVIDOR PERO BORGES A D. JOÃO III (1550). In: VARNHAGEN, Francisco Adolfo de. **História Geral do Brasil**. 7.ed. São Paulo: Melhoramentos, 1959. v.I.

CARTA DE DUARTE COELHO AO REI (1549). In: DIAS, Carlos Malheiros. **História da Colonização Portuguesa do Brasil**. Porto: Litografia Nacional, 1924, pp.321-322.

CONSENTINO, Francisco Carlos. “Construindo o Estado do Brasil - instituições, poderes locais e poderes centrais”. In: FRAGOSO, João; GOUVÊA, Maria de Fátima. **O Brasil Colonial** (1443-1580). 3.ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018. Vol 1. pp. 521-586.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. “Tradição luso-brasileira dos *assentos* da Casa da Suplicação”. In: BITTAR, Eduardo C. B. **História do Direito Brasileiro**: leituras da ordem jurídica nacional. 4.ed. rev. mod. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017, pp. 101-119.

FRAGOSO, João. “*La guerre est finie* - notas para investigação em História Social na América lusa entre os séculos XVI e XVIII”. In: FRAGOSO, João; GOUVÊA, Maria de Fátima. **O Brasil Colonial** (1443-1580). 3.ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018. Vol 1. pp. 7-37.

\_\_\_\_\_; GOUVÊA, Maria de Fátima Silva. “Monarquia pluricontinental e repúblicas: algumas reflexões sobre a América lusa nos séculos XVI–XVIII”. **Tempo**, 27, janeiro 2009, pp. 36-50.

GARCIA, Rodolfo. **Ensaio sobre a história política e administrativa do Brasil (1500-1810)**. Rio de Janeiro: Livraria José Olympio Editora, 1956, 294 p.

GOMES DA SILVA, Nuno J. Espinosa. **História do direito português: fontes de direito**. 6.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2016, 724 p.

GROSSI, Paolo. **A ordem jurídica medieval**. Trad: Denise Rossato Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2014, 317 p.

HESPANHA, António Manuel. **História de Portugal Moderno: político e institucional**. Lisboa: Universidade Aberta, 1995, 302 p.

\_\_\_\_\_. “Depois do Leviathan”. **Almanack braziliense**, n.º 05, maio 2007, pp.55-66.

\_\_\_\_\_. **O direito dos letrados no império português**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006. 496 p.

\_\_\_\_\_; SUBTIL, José Manuel. “Corporativismo e Estado de polícia como modelos de governo das sociedades euro-americanas do Antigo Regime”. In: FRAGOSO, João; GOUVÊA, Maria de Fátima. **O Brasil Colonial (1443-1580)**. 3.ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018. Vol 1.

KANTOROVICZ, Ernest H. **Os dois corpos do rei: um estudo sobre teologia política medieval**. Trad: Cid Knipel Moreira. São Paulo: Cia das Letras, 1998, 584 p.

LIMA LOPES, José Reinaldo de. **O Direito na História: lições introdutórias**. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2014, 467 p.

MARCOS, Rui de Figueiredo; NORONHA, Ibsen; MATHIAS, Carlos Fernando. **História do Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, 650 p.

MENDES DE ALMEIDA, Cândido. *Ao leitor: razão desta obra*. In: PORTUGAL [Ordenações Filipinas]. **Código filipino, ou, Ordenações e leis do reino de Portugal: recopiladas por mandado d’el-Rey D. Filipe I / por Cândido Mendes de Almeida**. Ed. fac-sim. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2012, 1.º tomo, pp. XIX-LI.

PALMA, Rodrigo Freitas. **História do Direito**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2018. 519 p.

PORTUGAL [Ordenações Filipinas]. **Código filipino, ou, Ordenações e leis do reino de Portugal: recopiladas por mandado d’el-Rey D. Filipe I / por Cândido Mendes de Almeida**. Ed. fac-sim. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2012, 4.v.

REGIMENTO de Tomé de Sousa (1548). In: DIAS, Carlos Malheiros. **História da Colonização Portuguesa do Brasil**. Porto: Litografia Nacional, 1924, pp.345-350.

SCHWARTZ, Stuart B. **Burocracia e sociedade no Brasil colonial: o tribunal superior da Bahia e seus desembargadores (1609-1751)**. Trad: Berilo Vargas. São Paulo: Companhia das Letras, 414 p.

---

SEELAENDER, Airton Lisle Cerqueira Leite. “A polícia e o Rei-Legislator: notas sobre algumas tendências da legislação portuguesa no Antigo Regime”. In: BITTAR, Eduardo C. B. **História do Direito Brasileiro: leituras da ordem jurídica nacional**. 4.ed. rev. mod. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017, pp.121-136.

SOUSA, Gabriel Soares de. **Tratado descritivo do Brasil em 1587**. 4.ed. São Paulo: Cia Editora Nacional e Editora da USP: 1971. 389p.

WEHLING, Arno; WEHLING, Maria José. **Direito e justiça no Brasil colonial: o tribunal da Relação do Rio de Janeiro (1751-1808)**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, 696 p.

WOLKMER, Antonio Carlos. “Cenários da cultura jurídica moderna na América Latina”. In: FONSECA, Ricardo Marceço; SEELAENDER, Airton Cerqueira Leite (orgs.). **História do Direito em Perspectiva: do Antigo Regime à Modernidade**. Curitiba, Juruá, 2012, pp.203-213.

XAVIER, Ângela Barreto; HESPANHA, António Manuel. “A representação da sociedade e do Poder”. In: MATTOSO, José. **História de Portugal. O Antigo Regime, 1620-1807**. Lisboa: Estampa, 1993, t. IV. pp. 121-155.

**Trabalho recebido em 23 de março de 2019**

**Aceito em 02 de novembro de 2020**