

# **História do Direito: Legislação e Constituição. Portugal – Brasil \***

GONÇALO SAMPAIO E MELLO \*\*

Sumário: *1. Introdução; 2. Constituição Histórica portuguesa e seu conteúdo; 3. Legislação reinícola respeitante ao Brasil – alguns aspectos; 4. Transição da Monarquia Tradicional para a Monarquia Liberal.*

1. Constitui para mim um privilégio tomar a palavra na sessão de encerramento do presente colóquio, epígono do encontro que em Fevereiro de 2014 trouxe a Portugal juristas da Universidade de Pernambuco. Não é comum reunir entre nós colegas das duas Faculdades de Direito mais antigas do Brasil, fundadas vai para dois séculos graças à iniciativa de um monarca que juntou na sua pessoa os títulos de Rei de Portugal e de Imperador do Brasil.

Permita-se-me que manifeste desde já o meu apreço pela grande nação-irmã. Nascido e criado em Lisboa e antigo aluno desta Casa, interrompi o meu curso a meio do

---

**JURISMAT**, Portimão, n.º 7, pp. 59-70.

\* Palavras proferidas em 16 de Maio de 2014 na sessão solene de encerramento do Colóquio Luso-Brasileiro promovido em regime de parceria pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (coordenação: Doutor José Fernando Simão & Doutor Fernando Araújo). Encontram-se publicadas «on line» na *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, n.º 1, 2015.

\*\* Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

2.º ano lectivo e parti rumo ao Brasil onde passei alguns dos melhores momentos da minha vida e obtive o grau de bacharel em Ciências Jurídicas. Brasileira é pois a minha Licenciatura, brasileira é a minha matrícula na Ordem dos Advogados e luso-brasileiro ficou para sempre o meu coração. Nunca consegui esquecer, com efeito, a estima, a *sophia*, a *sympatheia* que me rodearam naquele grande Império, a ponto de haver tomado para mim a divisa de Alexandre de Albuquerque segundo a qual a nós, portugueses, incumbem tão somente dois deveres: amar Portugal sobre todas as coisas; amar o Brasil como a nós próprios. Creio ser hoje o único docente desta Faculdade com carta de bacharel lavrada em terras de Santa Cruz.

Quando, nos idos de 1827, D. Pedro IV de Portugal, I do Brasil, instituiu cursos jurídicos nas cidades de São Paulo e de Olinda, preterindo outros locais de relevo como eram São João d'El-Rei, São Luiz do Maranhão, Cachoeira da Bahia, Salvador, Paraíba e Rio de Janeiro, estava longe de prever, suponho eu, o impacto que os mesmos cursos haveriam de ter na formação das elites do Império e no desbravar da cultura filosófico-jurídica dos séculos XIX e XX.

Basta referir, a este propósito, que por Olinda, pelo Recife, por Pernambuco, passaram nomes como Tobias Barreto, Silvio Romero, Clovis Bevilacqua, Martins Junior, Castro Alves, Joaquim Nabuco, Artur Orlando, Gilberto Freyre. Tobias Barreto, poeta, prosador, poliglota, germanista, a quem se deve a maior revolução cultural do tempo em que lhe foi dado viver; Silvio Romero, também poeta, prosador, historiador, filósofo, lente do Colégio D. Pedro II, discípulo e amigo de Tobias; Martins Junior, homem de Letras, catedrático, tribuno, orador – orador imbatível, senhor de capacidade retórica e dialéctica que ninguém ousou então enfrentar – mão aberta/punho fechado, mulher insinuante para cativar/mulher armada para ferir – e apóstolo grande da libertação dos escravos do Brasil; Clovis Bevilacqua, de igual modo catedrático, jurisconsulto, privatista, autor do projecto de Código Civil pelo qual regeu o país-irmão os seus destinos durante quase um século; Castro Alves, aluno em Pernambuco e depois em São Paulo, morto prematuramente aos 24 anos de idade e que foi o mais alto representante do lirismo romântico do Brasil, aquele que mais perto andou da alma poética nacional; Joaquim Nabuco, político, historiador, publicista, diplomata, embaixador do seu país nos Estados Unidos da América; Artur Orlando, amigo de Romero, também ele jurista, filósofo, germanista, autor de obras sem as quais não é possível ainda hoje compreender a cultura da época em que viveu – *Brasil: o Homem e a Terra, Filocrítica, Novos Ensaio*s, v.g.. Enfim Gilberto Freyre, sociólogo maior, pintor, poeta, estudioso das raízes luso-tropicais, a quem esta Casa teve o privilégio de conceder em 1985 o grau de doutor *honoris causa*.

Mas que dizer também da Faculdade de Direito de São Paulo? Que dizer do convento do Largo de São Francisco, que abriu pela primeira vez as suas portas ao público jurídico a 1 de Março de 1828 pela mão de Avelar Brotero, bacharel formado em Leis na Universidade de Coimbra? *Sic et simpliciter*: a escola das Arcadas

deu à sua pátria treze chefes do Estado, incluindo Prudente de Moraes, Campos Salles, Rodrigues Alves, Afonso Pena, Nilo Peçanha. Deu à sua pátria Ruy Barbosa, Pimenta Bueno, Barão do Rio Branco, Miguel Reale – o maior jurista, o maior senador, o maior diplomata, o maior filósofo do Direito. Deu-lhe figuras como Teixeira de Freitas, José de Alencar, Monteiro Lobato, Olavo Bilac. Teixeira de Freitas, autor do *Esboço* e da *Consolidação das Leis Civis* que o immortalizaram; José de Alencar, dramaturgo e romancista cuja obra adquiriu renome além-fronteiras; Monteiro Lobato, o genial criador de *Contos Leves*, *Contos Pesados*, *Urupês*, *Negrinha*, *O Macaco que se fez Homem* e vários outros títulos de literatura infanto-juvenil; Olavo Bilac, cronista, novelista, jornalista mas poeta sobretudo, poeta parnasiano, príncipe dos líricos do seu tempo. Se apreço intelectual tenho desde há muito pela Escola de Pernambuco, admiração não menor sinto pela Escola de São Paulo, que de resto há anos atrás pessoalmente visitei.

Dito isto, Senhoras e Senhores, gostaria de parar por aqui, de por aqui ficar. Mais ainda: gostaria de partir de novo rumo ao Brasil, onde os homens me parecem ser hoje mais livres e realizados do que em Lisboa. Com bilhete de ida sem volta? Porventura. Ilusão minha? Talvez. Ocorre entretanto que o doutor Fernando Araújo, Presidente do Instituto do Direito Brasileiro, me dirigiu convite para usar da palavra no âmbito do presente colóquio e, sendo este meu distinto colega *the right man in the right place at the right moment*, não se me afigurou legítimo recusar a elegância da oferta. Fá-lo-ei, por conseguinte, não para proveito alheio mas para benefício próprio, singular paradoxo em que é comum caírem quantos procuram elevar-se.

2. O tema que pretendo versar situa-se no campo da História do Direito e tem como título «Legislação e Constituição: Portugal-Brasil».

Desde que se fundou como reino independente, em meados do século XII, Portugal foi regido por uma Constituição a que poderíamos chamar Histórica, conjunto de «Leis Fundamentais» que orientaram os destinos colectivos até ao século XIX. Após o triunfo do Liberalismo passou a ter uma Constituição Escrita (1822, 1826) e o mesmo sucedeu com o Brasil na época do I Império (1824).

Pergunta-se: qual o conteúdo da Constituição Histórica portuguesa? Segundo o entender dos especialistas, a referida Constituição Histórica continha normas escritas e normas consuetudinárias, sendo estas últimas mais relevantes do que as primeiras. Fruto do costume – *tacitus consensus populi longa consuetudine inveteratus*, na velha definição de Paulus –, configuravam uma formação espontânea do Direito que o povo lididamente sancionava. Povo não na acepção de terceiro Estado, como depois se perfilou, mas na acepção de comunidade nacional compreendendo no seu seio as três ordens os braços do reino, quais eram o clero, a nobreza e o povo *stricto sensu*. «Os que rezam, os que lutam e os que trabalham», a cruz, a espada e o arado,

alegoricamente falando. Ao clero competia a orientação espiritual da comunidade, à nobreza a direcção administrativa e militar, ao povo o esforço produtivo do país. E compreendendo também, naturalmente, o monarca, como cabeça do *corpus* dessa mesma comunidade. O rei era, na Monarquia Tradicional, soberano por direito próprio e dispunha de toda a simbologia inerente a tal condição: ceptro ou vara da justiça, trono ou cadeira majestática, coroa ou sinal da realeza, espada ou signo da força. Rei esse cujo poder não era ilimitado, todavia, mas estava submetido à vontade justiceira de Deus. Nunca entre nós se discutiu, com efeito, a origem divina do poder. Sendo Deus o autor, governador e conservador de todas as coisas, seria também, naturalmente, o criador do poder em abstracto (*non est potestas nisi a Deo*). Aquilo que entre nós se discutiu, e fez mesmo correr rios de tinta, foi o problema da transmissão do poder em concreto, ou seja, o problema de saber para as mãos de quem transferia Deus o legítimo direito de governar. Para o papa como representante de Cristo na terra? Para o rei como governante temporal por excelência? Para a comunidade que, mandatada por Deus, o detinha *in habitu* e poderia até exercer *in actu*? Eis o debate que verdadeiramente se levantou. Todas estas teses tiveram aliás aplicação no nosso País. Assim, a doutrina hierocrática do direito pontifício triunfou na Idade Média, nomeadamente através da bula *Manifestis Probatum* que em 1179 reconheceu a realeza de D. Afonso Henriques e da bula *Grandi non Immerito* que em 1245 afastou D. Sancho II do governo do reino. A doutrina do “direito divino dos reis” triunfou ao longo do século XVIII, época do absolutismo e do despotismo esclarecido. A doutrina do poder popular ou comunitário permitiu ao País enfrentar as grandes crises políticas de 1385 (génese da dinastia de Aviz) e de 1640 (génese da dinastia de Bragança). Seja como for, nunca se colocou em causa a origem divina do poder e talvez por isso a religião católica, apostólica, romana tenha continuado a ser a crença oficial do Estado português até 1910, ano da proclamação da República. E talvez também por isso a Constituição brasileira em vigor, datada de 1988, continue a apelar para o nome de Deus no preâmbulo do seu articulado.

Mas regressemos um pouco atrás. Qual o conteúdo da antiga Constituição Histórica, daquele conjunto de «Leis Fundamentais» que orientaram os destinos colectivos entre o século XII e o século XIX?

*Si vera est fama*, a Constituição Histórica portuguesa continha normas escritas, de um lado e normas consuetudinárias, de outro. As normas escritas eram três, não mais, a saber: a Lei de 1674 sobre tutela, curatela e regência do reino em caso de menoridade ou incapacidade do monarca; a Lei de 1698, que permitiu ao filho do rei que sucedesse a seu irmão governar sem prévio consentimento das cortes; e a Lei de Lamego, do século XII, coeva da fundação da Monarquia mas só vigorante a partir 1641. Simplesmente, esta última norma era apócrifa. Forjada durante o domínio filipino com o objectivo de legitimar o afastamento dos monarcas espanhóis, não havia existido no plano dos factos em termos de veracidade ou autenticidade, sendo porém colocada em vigor pelos nossos Restauradores e adquirindo depois a dimen-

são de mito. Fenómeno singular? Seguramente. Repreensível? Porventura. Não ignoramos, todavia, o poder dos mitos. Povos que os não têm estão condenados a morrer de frio, dizia La Tour du Pin, porque «o mito é o nada que é tudo». O seu valor não está na realidade que ele não é, está na realidade que ele cria. Que seria de nós, Portugueses e Brasileiros, sem a aura mítica de Inês de Castro, símbolo do amor e da morte, melhor dizendo, do amor que vence a morte? Que seria de nós sem o mito de D. Sebastião, esse rei de fantástica memória ainda hoje tão vivo que continuam alguns na angústia da sua procura? Que seria de nós sem Joaquim José da Silva Xavier, o «Tiradentes», vulto da Inconfidência Mineira? Têm os mitos a capacidade de intervir na história e transformar a realidade e foi quanto sucedeu com a citada Lei de Lamego.

Temos assim, na antiga Constituição Histórica, três normas escritas: Lamego, 1674, 1698.

Pelo que respeita às normas consuetudinárias, eram em maior número e revestiam mais larga projecção. Entendidas como «costumes gerais e notorios», «introduzidos de tempo immemorial por consentimento tacito dos príncipes e dos estados do Reino e confirmados por uso constante e prática de acções publicas e reiteradas», correspondiam a verdadeiros princípios fundamentais de direito público. António Ribeiro dos Santos, Lente da Universidade de Coimbra e Desembargador da Casa da Suplicação, na polémica doutrinal que em finais do século XVIII travou com o não menos erudito Pascoal de Melo Freire, arrola uma dezena delas, de entre as quais, por motivo de brevidade, respigaremos apenas cinco.

São as seguintes:

1.<sup>a</sup> Sucessão histórico-dinástica da coroa. A Monarquia portuguesa é hereditária e não electiva, transmite-se por herança de sangue que não por carisma ou escolha dos governados e, no âmbito de tal moldura institucional, obedece às regras da primogenitura, proximidade do grau, representação, masculinidade, naturalidade e legitimidade. Significa isto que o parentesco em linha recta prevalece sobre o colateral, o grau mais próximo sobre o mais afastado, o varão sobre a fêmea, o mais velho sobre os restantes, o herdeiro é fruto de casamento canónico e a partir de 1641 é natural ou nascido no reino. Conforme ditarão depois a Constituição brasileira de 1824 (Artigo 117.º) e a Carta Constitucional portuguesa de 1826 (Artigo 87.º), a «descendencia legitima succederá no Throno, segundo a ordem regular de primogenitura, e representação, preferindo sempre a linha anterior às posteriores; na mesma linha, o grão mais proximo ao mais remoto; no mesmo grão, o sexo masculino ao feminino; no mesmo sexo, a pessoa mais velha á mais moça.»

2.<sup>a</sup> Juramento do rei no momento da sua ascensão ao trono ou, para ser mais rigoroso, juramento recíproco – do rei e da comunidade. O monarca jurava sobre a Bíblia respeitar os foros e bons costumes do reino, governar rectamente e administrar justiça; a comunidade, nos três segmentos que a constituíam, jurava lealdade e obediência à pessoa do monarca.

3.<sup>a</sup> Religião cristã – católica, apostólica, romana – como religião oficial da Monarquia, preceito que a Constituição brasileira (Artigo 5.º) e a Carta Constitucional portuguesa (Artigo 6.º) de igual modo preconizam.

4.<sup>a</sup> Indivisibilidade do território do reino. Não sendo o território do reino património pessoal do monarca, não lhe era lícito dispor do mesmo, desmembrá-lo ou reparti-lo entre os seus filhos. Afastou-se Portugal neste ponto dos exemplos de D. Sancho de Navarra (1035) e de D. Fernando de Leão e Castela (1065), ambos ocorridos nas vésperas do Condado Portucalense. Prevaleceu entre nós o princípio da unidade nacional.

5.<sup>a</sup> Dever que o monarca tinha de tomar conselho, de ouvir a comunidade, seja em Cortes, que entre nós surgem pela primeira vez em 1254 na cidade de Leiria, seja fora de Cortes, junto dos seus vassallos ou validos. De um modo ou de outro não deveria o príncipe decidir sozinho; antes, impunha-se-lhe auscultar as pessoas mais gradas do reino, existindo mesmo na doutrina portuguesa quem atribua às Cortes papel de relevo em matérias como lançamento de impostos, quebra do valor da moeda, juramento do herdeiro do trono, casamento régio, declaração de paz e de guerra.

Ora, entendia-se que estas e outras normas de índole consuetudinária, sendo «Leis Fundamentais», não deveriam ser alteradas unilateralmente, quer pelo príncipe, quer pelos braços da nação. Forjadas lentamente em luta de adaptação às realidades político-sociais, eram fruto de um consenso, de um pacto, ainda que não escrito, que só ambas as partes em conjunto poderiam licitamente modificar.

3. Para além do direito fundamental, contido na Constituição Histórica, existiu entre nós amplíssima legislação ordinária. Portugal foi mesmo o primeiro país da Europa a organizar colectâneas de leis. Fê-lo através das chamadas Ordenações Afonsinas ou de D. Afonso V (1447), a que se seguiram as Ordenações Manuelinas ou de D. Manuel I (1521) e as Ordenações Filipinas ou de D. Filipe II (1603). Esta legislação ordinária era já da autoria ou responsabilidade do monarca, que não dos braços do reino. Sendo titular do poder legislativo, o rei mandava elaborar a lei e podia até dispensar quem lhe aprouvesse do respectivo cumprimento. Sabemos que as Ordenações Manuelinas tiveram aplicação no Brasil e o mesmo ocorreu com as Filipinas, que aliás vigoraram mais tempo na antiga colónia do que na metrópole. Assim, entre

nós até 1867, data do Código Civil do Visconde de Seabra e no Brasil até 1916, data do Código Civil de Clovis Bevilacqua, perfazendo um arco temporal de mais de três séculos de vigência.

Perguntar-se-á: que assuntos ou matérias levaram a coroa portuguesa a legislar tendo como objecto o território brasileiro, descoberto oficialmente em 1500 mas já conhecido dos nossos navegadores no reinado de D. João II, algures entre 1492 e 1494? São inúmeras as normas reinícolas respeitantes ao Brasil-Colónia. Impor-se-ia mesmo reuni-las em volume, dado o interesse que algumas delas revestem para a história do nosso direito comum.

Refiro desde logo, à cabeça, as normas concernentes aos índios ou gentios, que a Companhia de Jesus tenazmente defendeu, suscitando um debate teológico-político-jurídico que marcou a foga a gravura de toda uma época. Providências de 1570, 1587, 1595, 1605, 1609 e 1611 procuraram disciplinar a matéria, acabando os índios por vir a ser declarados livres nas suas pessoas e bens e sendo proibida a escravatura e mesmo o trabalho compulsivo. Só poderiam ser objecto de captura em caso de guerra contra os colonos ou contra os outros silvícolas, guerra esta que, não raro, degenerava na antropofagia, prática entre eles habitual e persistente. Recorde-se a tal respeito que em meados do século XVI chegaram a devorar Francisco Pereira Coutinho, capitão-mor da Bahia, circunstância que motivou o envio de Tomé de Sousa como Governador-Geral da colónia, corria o ano de 1549. Mas não só: ainda em 1808, já D. João VI se encontrava na América do Sul, foi este monarca forçado a reprimir os nativos de Minas Gerais porque os mesmos devastavam quantos brancos, mulatos, negros e pardos mansos encontravam pela frente. Isto não obstante a legislação pombalina de 1755-58 ter autorizado o casamento entre índios e mulheres portuguesas e entre portugueses e mulheres índias sem perda de quaisquer direitos ou privilégios e haver facultado a uns e a outros a prática de actos de comércio com inteira liberdade jurídica.

Outro assunto que levou a coroa a intervir foi o da ocupação de um território que desde a *Carta* de Pero Vaz de Caminha maravilhou os portugueses e se ia revelando cada vez mais extenso, rico e heterogéneo. Uma vez descoberto, impôs-se povoá-lo, operando um esforço sistemático de colonização interna. Sabemos que logo em 1502 o rei D. Manuel I firmou com Fernão de Noronha um contrato de arrendamento das terras de Vera Cruz que facultou ao arrendatário o direito de as explorar sob tríplice condição: enviar ao Brasil seis navios por ano; fazer o reconhecimento de trezentas léguas de costa; aí fundar e manter fortaleza. Dois alvarás do mesmo rei, datados de 1516, ordenaram ao feitor da Casa da Índia o fornecimento de machados, enxadas e toda mais ferramenta às pessoas que fossem povoar a colónia, bem como a escolha de um homem prático, capaz de ir ao Brasil dar início a um engenho de açúcar, ao qual seriam pagas ajudas de custo e facultados o cobre e o ferro que fossem necessários.

Outras providências de relevo foram a outorga de terras a capitães-donatários, que por sua vez as poderiam entregar em regime de sesmaria a quantos quisessem explorá-las – misto de doação e enfiteuse – e, sobretudo, o alargamento à América do Sul da aplicação da pena de degredo. Neste ponto revelou-se pródiga a legislação régia, contida dentro e fora das Ordenações. Ceará, Pará, Maranhão, Mato Grosso, Santa Catarina, Rio Grande, receberam muitos daqueles que, tendo saúde, robustez física e podendo ser úteis ao Estado, viviam contudo à margem das convenções sociais: eram ociosos, vadios, jogadores de ofício, pessoas de maus costumes, perturbadoras da ordem pública. Estes, sendo homens, não deveriam perder-se: antes deveriam cooperar na ingente tarefa de colonização do território ultramarino, onde o afastamento do cenário de origem, a novidade das circunstâncias, a mudança de vida e as oportunidades de trabalho poderiam conduzir à respectiva regeneração. O Brasil foi assim local de desterro temporário – por dois, cinco, oito, dez anos -, ou mesmo definitivo – para toda a vida -, que a muitos permitiu socialmente reabilitar-se. Refira-se, aliás, que tal providência serviu também às mulheres, pois estas, sendo mais frágeis e sensíveis do que os homens e gozando por isso de um tratamento jurídico privilegiado *propter reverentiam sexus*, muita falta faziam na América do século XVI até para obviar situações de concubinato. «Deveria Vossa Alteza provear áqueles concubinarios com as penas que fossem precisas; e isto se faria com mais razão mandando cá mulheres, para se não dar tão mau exemplo aos gentios, que veem tais cousas», escrevia para Lisboa em 1550 o Padre Manuel da Nóbrega. O monarca assim fez ou procurou fazer. Mas fez também o inverso, embora movido pela peculiaridade do género feminino. Estabeleceram as Ordenações Filipinas, com efeito, que caso a mulher portuguesa casada cometesse adultério, poderia ser perdoada pelo marido na condição de o amante ir sofrer degredo no Brasil. Não recebia assim pena alguma e, em favor da defesa do matrimónio, enviava-se um amante apaixonado para terras de Vera Cruz, onde permanecia, auxiliando deste modo o respectivo processo de colonização. Talvez por isso seja o Brasil ainda hoje pátria de tantos amores, enganados e desenganados, lícitos e ilícitos. Literatura, arte, música, dança, cinema, teatro, entre outras manifestações de uma cultura pujante, aí estão para o documentar.

\* \* \*

Para além da questão dos silvícolas e do problema do povoamento do território, muitas foram as matérias respeitantes ao Brasil que levaram os monarcas portugueses a intervir.

Remontando ainda ao século XVI temos normas de 1530 e de 1548. De 1530 é a investidura de Martim Afonso de Sousa como capitão-mor da colónia, dispondo para o efeito de amplísimos poderes: colocar padrões nas terras que descobrisse, proferir sentenças cíveis e criminais, incluindo pena de morte, nomear tabeliães, designar



oficiais de justiça. De 1548 é a instituição do primeiro Governo-Geral da colónia, com regimento próprio, norma tão ampla do ponto de vista político, administrativo e fazendário que Pedro Calmon não hesitou em qualificá-la de primeira Constituição do Brasil.

Passando ao século XVII aparecem-nos o regimento do Tribunal da Relação da Bahia (1609) e os estatutos da Companhia de Comércio para o Brasil (1628). Aquele, já criado em 1587 mas inoperante, extinto em 1626, restaurado em 1652, era constituído por oito desembargadores, cada qual com esfera de competência própria. Estes deram depois lugar à emergência de outras pessoas colectivas, nomeadamente a Companhia Geral para o Estado do Brasil (1649) e a Companhia do Maranhão e Pará (1682), que Rui de Figueiredo Marcos afirma estarem ainda longe do apuro societário pombalino, todavia.

Pelo que toca ao século XVIII, citarei apenas duas normas, embora ambas de conteúdo fundamental. A primeira, datada de 1751, criou o Tribunal da Relação do Rio de Janeiro, cidade de sucedeu a Salvador da Bahia como capital do reino e do império do Brasil. A segunda, datada de 1757, implantou o uso da língua portuguesa em toda a extensão do território da colónia. Superando e disciplinando os dialectos falados por tupis, gês, caraíbas, nuaruaques, goitacás, panos, miranhas, gaicurús e outras tribos nativas, o idioma nacional começa então a impor-se definitivamente nas escolas que ensinam a ler, escrever e contar. À distância de dois séculos e meio, sabemos que foi este diploma de D. José I que conferiu ao Brasil unidade linguística, génese e matriz da sua futura unidade política.

Enfim, chegamos ao século XIX. Trata-se de um período difícil, dilemático, da história nacional. O rei abandona Lisboa, cruza o Atlântico e muda a capital da Monarquia para a colónia. Em termos práticos, sai da Europa e parte rumo à América do Sul, nova sede do governo português. O que representou este período em termos políticos, económicos, sociais e financeiros, os historiadores de arquivo têm-no referido e continuam a fazê-lo. De minha parte, observarei apenas que não se revela possível compreender o Brasil actual sem analisar a legislação mariana e joanina que medeia entre 1808 e 1821. Citarei seis actos normativos editados em nome de D. Maria I/D. João VI, a saber: elevação do Brasil à categoria de reino; criação de mais dois tribunais superiores – Pernambuco e São Luiz do Maranhão; nascimento da Imprensa Régia brasileira; fundação do Banco do Brasil; criação da Academia das Belas-Artes e da Academia Militar; nascimento da Escola Médico-Cirúrgica e da Biblioteca Real do Rio de Janeiro.

4. Escoados que estão os minutos regulamentares que os organizadores do presente Colóquio me concederam para usar da palavra, importa indagar: o que é que mudou,

afinal, na transição na Monarquia Tradicional para a Monarquia Liberal? Que novos rumos trouxe o século XIX à organização político-jurídica dos Estados?

Muito sumariamente, pois o tempo mais não permite, refiro cinco aspectos ilustrativos de tal mudança.

1.º Chega ao fim o princípio da *unidade do poder*, característico das monarquias tradicionais, segundo o qual o rei concentrava na sua pessoa funções governativas, administrativas, legislativas e judiciais. A unidade do poder cede lugar à separação ou repartição desse mesmo poder por órgãos distintos, moda política que a França e diversos países da Europa e da América acabam por adoptar. Entre nós fala-se na existência de um Poder Executivo, que compete ao Governo e ao Rei, de um Poder Legislativo, que compete ao Parlamento, de um Poder Judicial, que compete aos Tribunais e de um Poder Moderador, que o monarca continua a reservar para si próprio. Sendo embora este último o mais relevante dos quatro, entende-se que não deve restringir a amplitude dos outros nem subrogar-se aos mesmos nas tarefas que lhes incumbe desempenhar.

2.º Triunfa o princípio da *soberania nacional*. Esta continua a residir no monarca, naturalmente, mas reside agora também na comunidade como corpo político. Para trás ficam, por conseguinte, quer a doutrina hierocrática do poder pontifício, que entre nós teve aplicação da Idade Média, quer a doutrina anti-hierocrática do «direito divino dos reis», que entre nós triunfou no século XVIII.

3.º Mercê das revoluções atlânticas da França e dos Estados Unidos da América, emergem os chamados *direitos fundamentais do Homem e do Cidadão*. Tais direitos passam a estar escritos, a revestir forma documental. Ora, sendo assim, nasce aqui um obstáculo efectivo à latitude do poder do rei, obstáculo este que não é apenas ético-religioso mas é verdadeiramente político-jurídico. Sendo naturais, inalienáveis e imprescritíveis, acompanhando o homem do berço ao túmulo, não devem tais direitos ser ignorados ou menosprezados pelo monarca. O Liberalismo constitui pois o verso da medalha do Absolutismo, a antítese de uma tese cuja síntese triunfa no século XIX.

4.º O rei representa a nação, conforme ficou dito já, mas a comunidade também o faz. Dispõe assim a comunidade do poder de fazer ouvir a sua voz no *Parlamento*, órgão de soberania que reúne por direito próprio e cujas atribuições são consultivas mas também deliberativas. Para trás ficou o tempo em que o monarca convocava Cortes se, quando e onde quisesse fazê-lo, e assim também as dissolvia. Sabido é, de resto, que em Portugal

não existiram reuniões parlamentares entre 1698 e 1821, lapso de mais de cento e vinte anos.

5.º A antiga Constituição Histórica é substituída por uma *Constituição Escrita*, formal e materialmente falando, diploma este que se revela quase idêntico em Portugal e no Brasil. Eis outra singularidade da História do Direito. O Brasil antecipa-se em 1824 – não aludo agora à Constituição portuguesa de 1822, que praticamente não vigorou – e Portugal acompanha-lhe o passo em 1826. Pergunta-se: de que modo tal ocorreu, que vicissitudes marcaram este processo?

Sabemos que a Constituição brasileira foi elaborada pelo Conselheiro Francisco Gomes da Silva, vulgo «Chalaça», com inspiração no projecto de Antonio Carlos de Andrada e contendo glosas e aditamentos do Imperador D. Pedro I do Brasil, também Rei D. Pedro IV de Portugal. Quanto à Carta Constitucional portuguesa, reza a história que, encontrando-se D. Pedro no Brasil já independente, lhe chegou de Lisboa a notícia da morte de D. João VI, seu pai. Foi no dia 24 de Abril de 1826. Reuniu então com o «Chalaça» e entre 24 e 29 de Abril, durante cinco dias úteis, não mais, ele e o seu conselheiro adaptaram o texto da Constituição brasileira à realidade política portuguesa. O modo como o monarca procedeu neste lance configura um paradoxo, pois sendo liberal de convicções actuou despoticamente, como se de um rei absoluto se tratasse. Tal consta do próprio preâmbulo do diploma, que assim reza: «Dom Pedro por Graça de Deos, Rei de Portugal, dos Algarves, etc. Faço Saber a todos os Meus Subditos Portuguezes, que Sou Servido Decretar, Dar, e Mandar jurar immediatamente pelas Tres Ordens do Estado a Carta Constitucional abaixo transcrita, a qual d'ora em diante regerá esses meus Reinos, e Dominios, e que he do theor seguinte.» E adiante, no epílogo do diploma: «Pelo que Mando a todas as Authoridades, a quem o conhecimento, e execução d'esta Carta Constitucional pertencer, que a jurem, e fação jurar, a cumprãõ, e fação cumprir, e guardar tão inteiramente, como nella se contém, e valerá como Carta passada pela Chancellaria, posto que por ella não ha de passar; sem embargo da Ordenação em contrario, que somente para este effeito Hei por bem Derogar, ficando aliàs em seu vigor; e não obstante a falta de referenda, e mais formalidades de estilo, que igualmente Sou Servido Dispensar.» «Dada no Palacio do Rio de Janeiro aos vinte e nove dias do mez de Abril do Anno do Nascimento de Nosso Senhor Jesus Christo de mil oitocentos e vinte seis.»

Exprimindo-me agora como português e não como brasileiro – afasto-me de D. Pedro I do Brasil para me aproximar de D. Pedro IV de Portugal -, diria que o príncipe reinante obliterou neste lance grande parte da tradição histórico-política portuguesa. Fossem quais tenham sido as suas intenções, assim ocorreu, com efeito.

Senão vejamos:

- a) Derrogou o princípio do consenso entre os povos e os monarcas, oriundo da Constituição Histórica, segundo o qual não era lícito ao rei modificar as «Leis Fundamentais» sem antes ouvir os representantes da comunidade.
- b) Derrogou o princípio da indivisibilidade do território, também oriundo da Constituição Histórica, segundo o qual, não sendo o mesmo território património pessoal do monarca, não lhe era lícito desmembrá-lo ou reparti-lo entre os seus filhos. Tal havia ocorrido na Idade Média, já o dissemos, nomeadamente em Leão, Castela e Navarra, mas não em Portugal. A primeira vez que entre nós sucede é com D. Pedro IV, que entrega Portugal a sua filha D. Maria da Glória, futura D. Maria II, e deixa depois o Brasil a seu filho D. Pedro de Alcântara, futuro D. Pedro II.
- c) Derrogou, enfim, a regra da masculinidade na sucessão do trono. Quem deveria ter herdado a coroa portuguesa era este mesmo D. Pedro de Alcântara, nascido em 1825, e não a referida D. Maria da Glória. Monarca culto, inteligente, ilustrado, poliglota, internacionalista, estimado por amigos e adversários, D. Pedro de Alcântara teria dado um magnífico Rei de Portugal. Guardo entre os meus papéis uma cédula bancária contendo a efigie deste príncipe e uma outra contendo a efigie de seu pai, maravilhas fiduciárias a que tive acesso quando residi no Brasil. Comigo as trouxe e coloco à disposição dos colegas, colaboradores deste colóquio.

«Amar Portugal sobre todas as coisas, amar o Brasil como a nós próprios», eis a divisa de Alexandre de Albuquerque. Eis também, quero crer, a nossa bússola, o nosso destino, o caminho do nosso futuro.