

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS
FACULDADE DE FILOSOFIA E CIÊNCIAS HUMANAS
DEPARTAMENTO DE HISTÓRIA

SOFIA ALVES VALLE ORNELAS

LUZES SOBRE O DIREITO PORTUGUÊS:
os projetos de Códigos de Direito Criminal e de Direito Público
de Pascoal José de Mello Freire dos Reis (1738-1798)

Belo Horizonte

2015

SOFIA ALVES VALLE ORNELAS

LUZES SOBRE O DIREITO PORTUGUÊS:
os projetos de Códigos de Direito Criminal e de Direito Público
de Pascoal José de Mello Freire dos Reis (1738-1798)

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em História da Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Federal de Minas Gerais como requisito parcial à obtenção do título de Doutor em História.

Área de concentração: História e Culturas Políticas

Orientador: Prof. Dr. Luiz Carlos Villalta

Belo Horizonte

2015

946.9
V1811
2015

Valle, Sofia Alves

Luzes sobre o direito português[manuscrito]: os projetos de Códigos de Direito Criminal e de Direito Público de Pascoal José de Mello Freire dos Reis (1738-1798) / Sofia Alves Valle Ornelas. - 2015.

186 f. : il.

Orientador: Luiz Carlos Villalta.

Tese (doutorado) - Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas.

Inclui bibliografia

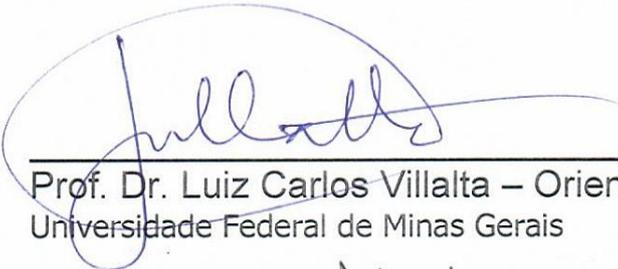
1. Reis, Pascoal de Mello Freire dos, 1738-1798. 2. Santos, Antonio Ribeiro dos, 1745-1818. 3. História – Teses. 4. Direito – Portugal – Teses. 5. Portugal – História – Teses. I. Villalta, Luiz Carlos. II. Universidade Federal de Minas Gerais. Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas. III. Título.

Iluminismo Jurídico. 2.Projetos de códigos portugueses. 3.Pascoal de Mello Freire dos Reis (1738-1. 4.Antônio Ribeiro dos Santos (1745-1818).

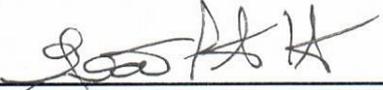


FOLHA DE APROVAÇÃO

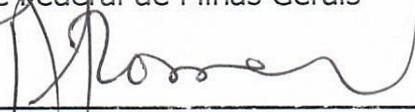
Tese defendida pelo aluno **Sofia Alves Valle** em **27 de novembro de 2015** e aprovada pela banca examinadora constituída pelos professores:



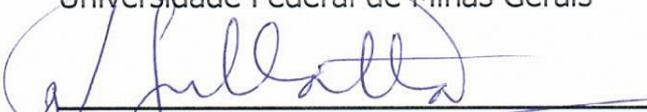
Prof. Dr. Luiz Carlos Villalta – Orientador
Universidade Federal de Minas Gerais



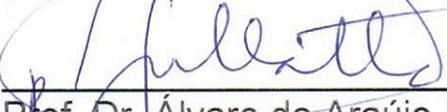
Prof. Dr. João Pinto Furtado
Universidade Federal de Minas Gerais



Profa. Dra. Adriana Romeiro
Universidade Federal de Minas Gerais



Profa. Dra. Laura Beck Varela
Universidad Autónoma de Madrid
(por quem assina o presidente da Comissão, Prof. Dr. Luiz Carlos Villalta)



Prof. Dr. Álvaro de Araújo Antunes
Universidade Federal de Ouro Preto
(por quem assina o presidente da Comissão, Prof. Dr. Luiz Carlos Villalta)

Aos meus queridos pais, Andrei Kobuski e Salett

Ao meu amor, Pedro

À minha melhor amiga e irmã, Isabela

À Maria Teresa, por todas as lições

Aos meus sobrinhos, João Gabriel e Beatriz

AGRADECIMENTOS

Fazer um doutorado, com a intensa atividade docente universitária, não é um empreendimento simples. São muitas as cobranças, os prazos são exíguos, as demandas institucionais e familiares não dão tréguas. Diante das dificuldades superadas nos quatro anos de doutoramento, só tenho a felicidade de agradecer por concluir mais uma fase em minha trajetória acadêmica. Sem o apoio recebido, não teria chegado até aqui. Muito obrigada!

Em primeiro lugar, agradeço a Deus por mais esse dom em minha vida.

Agradeço aos meus pais, aos meus irmãos e à minha cunhada Daniela por expressarem verdadeiramente todo o amor possível por mim. Meu pai continua me impressionando em sua dedicação às aulas e às suas obras aos 81 anos! Tenho muito orgulho de sua brilhante carreira e da sua capacidade de se reinventar. Minha mãe se destaca por sua alegria, vitalidade e sustentáculo maior de nossa família. Realmente, “a vida é pequena demais para tanto amor”.

Pedro Paulo, meu amado, obrigada por estar sempre ao meu lado, compartilhando os sonhos, os livros e a vida. Você é o meu amor e minha melhor escolha!

Luciane e Christiane, minhas amigas, obrigada por acompanharem a minha carreira desde o dia que decidi fazer história.

Agradeço à Ana Luiza, uma grande amiga e uma interlocutora do Além-Mar.

Menciono, afetuosamente, Renata Viegas, Juliano Botelho, Alex Ivan, Divina Borges, por acompanharem minha jornada.

Prof. Dr. Edênio Valle, meu tio, que, no meio de seus inúmeros compromissos, deu sugestões à pesquisa e me incentivou sempre.

Ao Professor Emerson Luiz de Castro, coordenador do curso de Direito do Centro Universitário Newton Paiva, agradeço o apoio. Aos Professores, Mariana Andrade Rodrigues e Luciano Dias Bicalho Camargos, coordenadores do curso de Direito do Centro Universitário UNI-BH, retribuo a confiança em meu trabalho. Em Goiânia, contei com as Professoras Luciana Moura e Luciana Rezende, coordenadoras do curso de Direito das Faculdades Objetivo. Na FANAP, a Professora Narcilene Moreira acompanhou, pacientemente, a reta final da escrita. Agradeço ainda a todos os meus colegas professores de Belo Horizonte e Goiânia que, cada um ao seu modo, deu uma contribuição ao desenvolvimento de minha pesquisa.

Sou, imensamente, grata aos Professores Laura Beck Varela e Álvaro Antunes Araújo pelas colocações feitas na qualificação, que me permitiram reorganizar a tese. Ambos foram referências fundamentais em meu doutoramento.

Ao meu orientador, Prof. Luiz Carlos Villalta, um renome na história dos livros e das leituras e um defensor sensível dos animais abandonados, tenho muito a agradecer. Além de sua genialidade como pesquisador, meu querido orientador, é um professor dedicado aos seus alunos da Graduação à Pós. Seu trabalho docente é uma fonte de inspiração a todos nós que nos dedicamos ao magistério. Agradeço todas as suas palavras de incentivo no decorrer da tese, a pontualidade dos e-mails, a correção detalhada do texto, as sugestões temáticas e o compartilhamento generoso de seu conhecimento. Muito obrigada, Villalta!

RESUMO

O presente trabalho analisa a diversidade das Luzes sobre o direito e suas mediações no contexto português da segunda metade do século XVIII. Depois de analisados os vários sentidos acerca das Luzes, foram investigadas suas possíveis repercussões no âmbito jurídico. Entre elas, destaca-se que o direito ilustrado, ainda no século XVII, reconstruiu o sentido do jusnaturalismo em uma perspectiva mais humanista e racional. As legislações também passaram a ser organizadas em códigos sistematizados de forma racional dedutiva. A partir dessas considerações acerca do direito ilustrado, foi abordada a situação controversa da realidade setecentista portuguesa sob o Reformismo Ilustrado. No que tange ao conhecimento jurídico, Portugal encontrou forte inspiração nas Luzes, materializadas na Lei da Boa Razão (1769), na reestruturação curricular da Faculdade das Leis (1772) e nos projetos de códigos de Pascoal José de Mello Freire dos Reis (1738-1798). Dessa forma, as Luzes e suas apropriações sobre o direito estiveram em voga em Portugal como nos demais pontos da Europa no período moderno.

Palavras-chave: Iluminismo, direito ilustrado, Lei da Boa Razão, códigos portugueses.

ABSTRACT

The work analyses the diversity of the Juridical Enlightenment and its mediations in the Portuguese context of the second half of the eighteenth century. After analysing the various meanings of this movement were investigated its possible repercussions in the juridical framework. Among them, it is emphasized that the Illustrated Right, even in the seventeenth century, rebuilt the sense of natural law in a more humanistic and rational perspective. The laws also were organized in systematic codes of deductive rationally. From these considerations the Illustrated Right, addressed the controversial situation of the Portuguese eighteenth-century reality under the Reformism Illustrated. Regarding the legal knowledge, Portugal met with strong inspiration from the Enlightenment materialized by Law of Good Reason (1769), the curricular restructuring of the Law School in Coimbra University (1772) and the projects legal codes from Pascoal José de Mello Freire dos Reis (1738-1798). Thus, the Enlightenment and its appropriations about Right in Portugal were in vogue as in other parts of Europe in the modern period.

Key words: Enlightenment, Illustrated Right, Law of Good Reason, Portuguese legal codes

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	10
2 LUZES SOBRE O DIREITO.....	19
2.1 As Luzes, marcos cronológicos e o direito.....	20
2.2 Questões acerca das definições das Luzes	22
2.3 Luzes sobre o direito	27
2.3.1 <i>Luzes sobre o direito: criticismo</i>	<i>27</i>
2.3.2 <i>Luzes sobre o direito: o jusnaturalismo moderno</i>	<i>32</i>
2.3.3 <i>Luzes sobre o direito: o humanismo.....</i>	<i>51</i>
3 LUZES SOBRE O DIREITO PORTUGUÊS: A LEI DA BOA RAZÃO (1769) E AS REFORMAS POMBALINAS NA FACULDADE DAS LEIS (1772)	60
3.1 Questões acerca das Luzes em Portugal	63
3.2 Luzes sobre o direito português: a Lei da Boa Razão (1769) e a reforma curricular em Coimbra (1772)	73
4 LUZES SOBRE O JURISTA: PASCOAL DE MELLO FREIRE DOS REIS (1738-1798) E O PROJETO DE CÓDIGO DE DIREITOCRIMINAL (1786)	94
4.1 O projeto de Código Criminal de Mello Freire (1786) diante do processo de codificação do direito europeu	99
4.2 O projeto de Código Criminal de Mello Freire (1786) e as <i>Instituições de Direito Criminal</i> (1794)	106
5 LUZES SOBRE A CENSURA: O PROJETO DE CÓDIGO DE DIREITO PÚBLICO (1789) DE PASCOAL DE MELLO FREIRE DOS REIS (1738-1798) E AS NOTAS CENSÓRIAS POR ANTÔNIO RIBEIRO DOS SANTOS (1745-1818) 132	
5.1 Antônio Ribeiro dos Santos: vida, obras e cargos	138
5.2 A <i>Introdução</i> do Código de Direito Público de Pascoal de Mello Freire, as Notas ao Plano do Novo Código por Antônio Ribeiro dos Santos, as Respostas do censurado Mello Freire e as réplicas do censor	145
5.2.1 <i>“Exame do Plano”</i> : a questão do método no Código de Direito Público pelo censurado e pelo censor	149
5.2.2 <i>O direito público e as leis fundamentais do Estado português na perspectiva do censor e do censurado</i>	<i>153</i>

5.3 Luzes sobre Pascoal de Mello Freire dos Reis e Antônio Ribeiro dos Santos: breve síntese comparativa.....	166
6 CONSIDERAÇÕES FINAIS	170
REFERÊNCIAS.....	173

1. INTRODUÇÃO

A condenação sumária das Luzes feita pelos filósofos Adorno e Horkheimer (1985) sempre nos incomodou.¹ Especialmente, porque “em lugar de considerar o Iluminismo, concretamente, como um fenômeno situado no tempo e no espaço, eles [Adorno e Horkheimer] o perdem de vista enquanto especulam sobre todo o curso da civilização ocidental” (DARNTON, 2005, p. 30). Outra questão era a insistente argumentação historiográfica acerca do descompasso português em relação às Luzes. Entre críticas possíveis às duas perspectivas citadas, faltou em ambas uma historicização compreensiva do caleidoscópio iluminista, para se evitar esse tipo de visão explicativa que padece de um anacronismo² limitador a respeito do movimento intelectual ilustrado.

A análise que se segue acerca das Luzes parte do pressuposto da necessidade de compreendê-las a partir de sua historicidade e de sua diversidade de formas e de recepção em todo o contexto ocidental, especialmente em Portugal. Nossa proposta é historicizar as Luzes, ou seja, vislumbrá-las conforme os lugares, tempos e os *philosophes*, e percebê-las a partir de uma nova e única forma de reflexão filosófica elaborada por meio da autonomia racional frente a todos os dogmatismos (FLÓREZ MIGUEL, 2008), que privilegiava o “que escolhemos e decidimos por nós mesmos em detrimento daquilo que nos é imposto por uma autoridade externa” (TODOROV, 2008, p. 14).

Há várias divergências entre os espaços, marcos cronológicos e as noções consideradas iluministas, por isso “não é fácil dizer exatamente [qual foi] o projeto das Luzes” (TODOROV, 2008, p. 13). Havia radicais, moderados e conservadores nos mesmos ambientes ditos ilustrados – esse é o verdadeiro caleidoscópio conceitual relativo às Luzes. Quanto ao caso português, não há um consenso teórico no que diz respeito às formas de recepção das ideias ilustradas ou mesmo sobre a presença delas no país. Aliás, a recepção portuguesa das Luzes foi distinta em relação a outras partes e diferenciada no país, isto é, não se deu de forma unívoca nem mesmo dentro de seu próprio território. Por causa dessas especificidades, não se deve falar em retrocesso, mas perceber o caráter multifacetado das Luzes, que pode ser observado na diversidade dos autores ilustrados, mais ou menos radicais,

¹ As críticas que mais nos incomodam feitas pelos filósofos dizem respeito à correlação do movimento iluminista ao fascismo e ao desprovimento ilustrado de qualquer ética em prol da soberania racional (HORKHEIMER & ADORNO, 1985).

² Sobre os pecados do historiador relativos ao anacronismo, ver, em especial, as reflexões de Lucien Febvre (2009). Ver ainda um resumo sobre diversos apontamentos sobre o tema em José Carlos Reis (2005).

em suas buscas dos amplos sentidos que a expressão kantiana “saída da menoridade” (KANT, 1995, p. 11) carrega em si mesma.

O Iluminismo, amplo espectro solar de ideias, até mesmo contraditórias, atingiu todos os âmbitos da vida. Entre eles, o direito e o Estado estiveram na ordem do dia nas discussões ilustradas. Dada essa importância, feitas as considerações sobre as Luzes como acima proposto, investigamos em nossa pesquisa o direito e suas repercussões no contexto histórico marcado pelas discussões ilustradas. A partir das mesmas, o direito reviu as noções antigas e medievais acerca da lei e de sua organização, da justiça e dos direitos, o que permitiu algumas conquistas revolucionárias para humanidade, tais como a elaboração dos direitos do homem, a humanização do direito penal e os códigos modernos.

Após o exame desses pontos concernentes ao Iluminismo jurídico, focalizamos a situação de Portugal, que vem sendo tratada como uma espécie de exceção no contexto ilustrado. Sem nos furtar da querela acerca das particularidades lusas, percebemos que o direito no país esteve tão esclarecido como nas demais partes. Para comprovarmos nossa hipótese, foram estudados os conteúdos da Lei da Boa Razão (1769) e das reformas curriculares de Coimbra em 1772.

Tendo em vista as propostas ilustradas de humanização do direito penal e dos códigos sistematizados, analisamos os pensamentos dos legistas portugueses Pascoal José de Mello Freire dos Reis (1738-1798) e Antônio Ribeiro dos Santos (1745-1818). Mello Freire, nascido em Ansião, foi professor em Coimbra reformada e magistrado em Portugal. Foi autor do primeiro manual de história do direito português, *Historia Iuris Civilis Lusitani*. Produziu, ainda, em formato de compêndio, que englobava todos os temas do direito luso, a chamada *Institutiones Iuris Civilis Lusitani cum Publici tum Privati*, em cinco volumes. Em 1789, o renomado jurista, seguindo a tendência de produção codificada moderna, apresentou dois pré-projetos de códigos modernos, o Código de Direito Criminal (1786) e o Código de Direito Público (1789) à rainha D. Maria I – ambos discutidos nesta tese. O Código Criminal apresentou uma reformulação dos crimes e das penas baseada na humanização da punição sobre os crimes e sobre o processo penal, reformulação esta inspirada no maior jurista ilustrado, Cesare Beccaria (1738-1794). Tal código não passou pelo crivo censório e nunca se tornou vigente em Portugal.

Antônio Ribeiro dos Santos (1745-1818) foi o censor responsável pelo texto codificado acerca do direito público. Na apreciação do texto codificado de Mello Freire, Ribeiro dos Santos teceu crítica mordaz ao seu conteúdo que padecia da ausência de um

método e de um plano de organização de assuntos. O mote da discussão entre os autores esteve ainda relacionado às concepções políticas quanto ao poder régio.

A análise das fontes textuais de Mello Freire e Ribeiro dos Santos foi viabilizada graças aos acervos virtuais da Biblioteca Nacional de Portugal, da Universidade Nova de Lisboa e da Universidade de Coimbra.³ Os arquivos possuem inúmeros materiais, documentos primários, manuscritos e obras completas *on line* para a consulta dos pesquisadores interessados. As bibliotecas virtuais de Lisboa e de Coimbra apresentam uma área específica dedicada ao direito e aos juristas portugueses. É possível também recorrer a tais instituições por *e-mail* para esclarecimentos de ordem técnica. O exame criterioso de tal documentação continua o mesmo dos arquivos físicos. Existem datas equivocadas e vários autores confundidos ou catalogados de forma errada. É preciso ter a mesma paciência e diligência, típicas do historiador, na observação do material e na consulta do mesmo. A possibilidade de acessar fontes digitais de grandes arquivos é uma tendência historiográfica no século XXI que deve ser objeto de reflexão, para que não se perca de vista o critério metodológico.⁴

Quanto aos aspectos ilustrados sobre o direito, em primeiro lugar, houve a retomada do tema do direito natural, ou seja, dos “direitos que temos de nascença” (CASSIRER, 1977, p. 316). Para a concepção jusnaturalista, o direito tem como fonte e como medida de legitimação uma ordem ontológica que transcende a vontade humana e é, primordialmente, a expressão do justo decorrente da natureza. O direito natural ultrapassa o homem como o seu fundamento e é um exemplo de direito ideal, comum à natureza humana.

A intrincada discussão acerca do direito natural remonta à Antiguidade. Em uma breve síntese, apareceram pelo menos três versões principais, também com suas diferenças, para o conceito de direito natural ou jusnaturalismo (BOBBIO, 1995, p. 656). Uma primeira versão, conhecida especialmente no período antigo, determinava que a lei natural possuía origens na própria natureza de todos os seres animados “à guisa dos seus instintos” (BOBBIO, 1995, p. 656). Uma segunda versão, denominada jusnaturalismo teológico, consolidada na Idade Média, estabelecia que o direito natural provinha da vontade divina revelada aos homens. A terceira variante, característica dos séculos XVII e XVIII, chamada jusnaturalismo moderno, entendia que a razão autônoma era a única forma de legitimação para o direito natural.

³ Todos os materiais consultados na tese nos acervos digitais foram referenciados ao final do nosso trabalho com as indicações das páginas respectivas.

⁴ Fábio Chang de Almeida faz uma boa reflexão sobre as fontes digitais e os desafios do trabalho do historiador no século XXI (ALMEIDA, 2011).

A transição jusnaturalista teológica para a versão moderna se relacionou ainda ao pensamento neoescolástico de autores como Francisco de Vitoria (1485-1546), Francisco de Suárez (1548-1617), Luís de Molina (1536-1600), Roberto Belarmino (1542-1621) e outros. A escola de Salamanca discutiu temas como a lei “internacional”, os limites ao poder do rei, mas se manteve muito ligada à Escolástica e ao tomismo, e ficou impedida de dar forma ao direito natural com base na razão jurídica moderna. Com isso, o direito natural, para os membros da Segunda Escolástica, ainda possuía uma fonte divina e somente por meio dela o homem haveria de ter acesso ao direito natural.

O jusnaturalismo moderno teve como expoentes máximos Hugo Grotius (1583-1645) e Samuel Pufendorf (1632-1694). Os juristas holandeses concluíram sobre a existência de um direito natural emanado das leis, advindas apenas da natureza humana racional e universal. A razão invocada pelo jusnaturalismo moderno não procurava mais conciliar vontade e apetite – tema da ética aristotélica-tomista. Tratava-se de uma razão estratégica, instrumental que procurava operar a relação entre meios e fins previamente dados, diferentemente de uma razão prática anterior que visava, unicamente, deliberar sobre seus próprios fins (LOPES, 2008, p. 180).

O tema do direito natural tornou-se a “verdadeira língua franca” (LOPES, 2003, p. 204) entre os *philosophes* que retomaram a trajetória intelectual acerca do direito natural a partir de uma análise fundamentada, especialmente, em uma crítica racional autônoma. O direito natural moderno, sem a participação divina, se tornou o fundamento primeiro das leis positivas, no sentido de que deveria haver uma conformidade entre os preceitos das leis naturais e o que estaria posto nas leis escritas (MARTÍNEZ, 1999, p. 74).

As concepções jusnaturalistas foram também apropriadas pelos juristas ilustrados nas teorizações acerca dos direitos do homem, em vista, principalmente, do resgate da noção esclarecida do homem como ser autônomo. Ernst Cassirer afirma que “sobre as fundações assim preparadas pelos teóricos do direito natural foi edificada a doutrina dos direitos do homem e do cidadão, tal como a desenvolveu o século o século XVIII” (CASSIRER, 1977, p. 332).

Em Portugal, sob a égide do Reformismo Ilustrado e das perseguições aos jesuítas, as noções concernentes ao jusnaturalismo moderno foram introduzidas, especialmente, pela Lei de 18 de agosto de 1769, a Lei da Boa Razão, e pelas reformas curriculares da Faculdade das Leis de Coimbra (1772). O objetivo primordial da referida Lei foi reorganizar o título LXIV, relativo às fontes, das *Ordenações Filipinas*, no sentido de

esclarecer como os casos omissos seriam julgados, dando primazia às leis positivas. Para tanto, adotou o paradigma jusnaturalista racionalista, limitando o emprego das regras do direito canônico, das opiniões doutrinárias e dos costumes, valorizando o “direito nacional”.⁵ Ao condicionar o direito à Boa Razão e à lei pátria, o monarca passou a monopolizar o campo interpretativo dos “operadores jurídicos”, uma vez que não haveria o amplo espaço hermenêutico possibilitado pelas “fontes secundárias” – o que fortaleceu o poder real no contexto despótico português característico desse momento.

A necessidade de uma nova *forma mentis* jurídica era indispensável para complementar os dispositivos da Lei da Boa Razão (MARCOS, 2006, p. 160). Para tanto, foi iniciada uma grande reforma educacional na Faculdade das Leis de Coimbra, sob os auspícios das Luzes pombalinas, entre 1770 e 1772. Os dois textos oficiais que fundamentaram a revisão universitária pombalina foram o *Compêndio histórico do estado da Universidade de Coimbra* (1771) e sua posterior consolidação nos *Estatutos da Universidade* (1772). O *Compêndio*, resumidamente, justificava que o direito natural derivava da pura razão e precedia a todas as leis positivas. Para introduzir as novas concepções jusnaturalistas com base racional, os *Estatutos* criaram a cadeira de Direito Natural Público Universal e das Gentes (ou cadeira de direito natural) no primeiro ano dos cursos de Cânones e Leis. Por causa de sua importância, o jusnaturalismo se tornou disciplina comum às duas formações legistas, de Cânones e de Leis (CARVALHO, 2008, p. 80).

O sistema racional de normas baseado no direito natural de Grotius e Pufendorf influenciou outro aspecto jurídico ilustrado que foi a criação dos códigos setecentistas – segundo ponto concernente ao Iluminismo jurídico. As leis medievais, ajuntamentos de regras desconexas, passaram a ser organizadas através de códigos racionais-dedutivos com base em uma lógica demonstrativa e sistemática. Nesse sentido, o jusnaturalismo racionalista e o Iluminismo foram correntes que confluíram no “espírito de clareza do direito moderno” (LOPES, 2008, p. 191) por meio da adoção de um método sistemático de organização do conhecimento jurídico. Os códigos iluministas e/ou racionalistas começaram a surgir a partir de meados do século XVIII. Em 1756, foi criado o *Codex Bavaricus*, da Baviera. O Código Josefino, da Áustria, foi feito em 1794. No mesmo ano do código austríaco de D. José II, Frederico II inaugurou o Código Civil da Prússia (LOPES, 2008, p. 194). As iniciativas em

⁵ Os termos direito nacional, lacunas, ciência do direito, operadores jurídicos ou do direito, fontes secundárias, direito ou lei internacional foram colocados entre aspas em toda a tese, porque os mesmos não eram, propriamente, empregados no século XVIII. Trata-se de terminologias que ganharam um sentido específico no âmbito jurídico somente nos séculos XIX e XX. Optamos por adotá-las em vista de não possuímos melhor forma de nomear tais expressões nos sentidos pretendidos. Agradeço à Professora Laura Beck Varela pela sugestão das aspas nas expressões mencionadas.

prol da codificação legislativa portuguesa de Pascoal de Mello Freire são uma demonstração do alinhamento de Portugal ao movimento de organização do direito via os códigos sistematizados.

O terceiro tema fundamental do Iluminismo, que repercutiu enormemente no campo do direito, foi o humanismo (MARTÍNEZ,1999, p. 89). O direito penal setecentista ainda era fundamentado em autos de fé, penas de morte, castigos corporais, torturas, condenações sem investigação criminal e atuação civil de tribunais inquisitoriais (MARTÍNEZ,1999, pp. 89-90). O milanês Cesare Beccaria escreveu verdadeiro manifesto contra a os abusos da justiça e do poder que conclamava a sociedade a repensar o direito de punir, a origem das penas, a pena de morte e as torturas. Com sua obra *Dos delitos e das penas* de 1764, o jurisconsulto pretendia mudar o sistema penal do século XVIII e também “modificar a mentalidade das pessoas, da sociedade, dos governantes e acima de tudo, dos juízes e magistrados” (PEREIRA, 2011, p. 49). De fato, no final do século XVIII, a França e a Áustria adotaram regimes penais mais humanos (HOF, 1995, p. 171). Os sistemas jurídicos foram se abrandando e sendo modificados – mais uma conquista do iluminismo jurídico.

A proposta de Código Criminal de Mello Freire foi um exemplar tópico do humanismo ilustrado. O jurista combateu as penas desmensuradas, os castigos físicos e incluiu Beccaria em suas reflexões humanistas. Ele ainda fez questão de destacar a necessidade de mudanças no contexto jurídico luso, em vista das reflexões ilustradas sobre o tema em voga no restante da Europa.

Nossa pesquisa foi dividida em quatro capítulos para repensar as Luzes sobre o direito. O **Capítulo 2**⁶, “Luzes sobre o direito”, foi inaugurado com uma famosa gravura⁷ do artista Daniel Chodowiecki (1726-1801), intitulada “Aufklärung”, ou o “Esclarecimento”. O capítulo discute a temática multifacetada das Luzes, os diferentes marcos cronológicos a serem considerados e, mais especificamente, o impacto ilustrado no campo do direito. Para tanto, utilizamos as definições dadas por Immanuel Kant (1727-1804) sobre o movimento e procuramos pensá-las no que diz respeito a três pontos fundamentais externados no âmbito jurídico: o criticismo, o jusnaturalismo moderno e o humanismo no direito penal. Segundo o criticismo kantiano, nenhuma ideia ou autor seria definitivo em suas colocações. Qualquer autoridade intelectual poderia ser criticada racionalmente. Trata-se de um apelo ao uso

⁶ A Introdução foi contada com o número 1 em função das normas da ABNT.

⁷ As quatro gravuras que inauguram nossos capítulos foram utilizadas como mera sugestão reflexiva. Não pretendemos realizar qualquer debate mais propriamente artístico ou fazer uma correlação precisa entre as imagens e as Luzes.

exclusivo da razão comum a todos os seres humanos para a “saída de sua menoridade” intelectual.

Quanto ao direito natural, a trajetória acerca do jusnaturalismo é resgatada desde São Tomás de Aquino, perpassando a Segunda Escolástica, até chegarmos na Escola Moderna de Direito Natural de Grotius e Pufendorf. O conceito de direito natural independente da intervenção divina, baseado na natureza universal racional e no método crítico, utilizados por Grotius e Pufendorf, foram plenamente recepcionadas pelos ilustrados do século XVIII. Como exemplo dessa apropriação, estudamos as relações entre o pensamento de Montesquieu e a Escola Moderna de Direito Natural.

Outro ponto de confluência entre o jusnaturalismo racionalista e o Iluminismo esteve no “espírito de clareza do direito moderno” (LOPES, 2008, p. 191) aplicado na organização das leis através dos códigos modernos pelo método sistemático. A partir do século XVIII, os soberanos esclarecidos convidaram juristas formados na Escola do Direito Natural Moderno e ligados às Luzes para produzirem os novos códigos racionais-dedutivos, criados a partir de uma ordem sistemática.

O caráter humanista do Iluminismo também repercutiu, enormemente, no campo do direito (MARTÍNEZ, 1999, p. 89). Destacamos a perspectiva humanista ilustrada por meio do pensamento de Beccaria e sua obra *Dos delitos e das penas*, que sintetiza a necessidade de mudanças no direito criminal da época reclamada pelos *philosophes*.

O **Capítulo 3**, “Luzes sobre o direito português: a Lei da Boa Razão (1769) e as reformas pombalinas na faculdade das leis (1772)”, investiga, primeiramente, as questões sobre os significados das Luzes em Portugal. A partir da imagem *La Jurisprudence*, repensamos o intrincado caminho do Iluminismo nas terras lusitanas, no que tange, em especial, à área do direito. Alguns elementos presentes na imagem – tais como o trono, a lei sendo escrita e a faixa com a expressão *La Jurisprudence*, cuja tradução é “A Jurisprudência”, ou seja, a ciência do direito – provocam-nos a refletir sobre os mesmos e seus sentidos no ambiente português bafejado pelas Luzes.

Analizamos as questões sobre o Iluminismo português no século XVIII e as visões historiográficas predominantes no século XX. Depois, seguimos privilegiando a análise da Lei da Boa Razão (1769) e a reforma curricular na Faculdade das Leis da Universidade de Coimbra (1772). Ao final do capítulo, concluímos que a ciência do direito moderno em Portugal, ou seja, *La Jurisprudence*, foi viabilizada em grande medida pelas ações monárquicas vistas na Lei de 1769 e na reestruturação curricular nos moldes ilustrados como acontecia em outras partes da Europa.

O **Capítulo 4**, “Luzes sobre o jurista: Pascoal de Mello Freire dos Reis (1738-1798) e o projeto de Código de Direito Criminal (1786)”, se dedica ao jurista português Pascoal José de Mello Freire dos Reis e ao seu projeto de Código de Direito Criminal. Estudamos a biografia de Mello Freire, sua carreira em Coimbra e suas obras fundamentais. Após essa apresentação, voltamos nossa análise para o seu projeto codificado de Direito Criminal de 1786. Para compreendê-lo mais profundamente, correlacionamos suas ideias principais com o disposto em seu manual *Instituições do Direito Criminal*, que fora elaborado para o ensino jurídico em Coimbra reformada. Mencionamos ainda uma petição que o jurista fez à rainha D. Maria em que alude aos princípios humanistas do direito criminal.

O processo de codificação europeu é explicado no capítulo antes do esboço de Freire, uma vez que a tentativa de codificação setecentista em Portugal esteve relacionada a todo o contexto jusnaturalista ilustrado visto nos códigos da Baviera, Prússia, Áustria e França. Quanto ao Código Criminal, Freire expôs seu pensamento humanista referindo-se a mentes ilustradas, tais como Beccaria, Montesquieu e Rousseau. Ao final, percebemos que o jurista de Ansião foi um ativo participante das Luzes, fosse se apropriando de seus valores, fosse adaptando-os ao contexto particular de Portugal.

A deusa Minerva, representante da tolerância, abre o **Capítulo 5**, “Luzes sobre a censura: o projeto de Código de Direito Público (1789) de Pascoal de Mello Freire dos Reis (1738-1798) e as notas censórias por Antônio Ribeiro dos Santos (1745-1818)”, de nossa tese. A tolerância foi um dos preceitos mais valorizados pelos ilustrados, em sua contraposição às disputas religiosas acentuadas pela Reforma e pela Contrarreforma. No que tange ao tema, Portugal também é tratado como exceção. No entanto, pesquisas vêm apontando para a presença do tolerantismo no contexto luso e abrindo novas perspectivas sobre as Luzes nesse ambiente – o que também fazemos no direito ilustrado luso setecentista, ao percebê-lo em consonância com o diapasão multifacetado das Luzes ocidentais.

Nesse capítulo, continuamos a estudar as ideias do jurista Pascoal José de Mello Freire dos Reis a partir de seu ensaio de Código de Direito Público, apresentado à Junta de Revisão e Censura do Novo Código em fevereiro de 1789. Segundo determinação real, tal exame crítico deveria ser iniciado pela matéria de direito público, ou seja, pelo Livro II, em vista da importância do tema tratado, relativo à organização estatal. O livro em questão era uma espécie de constituição, porque nele eram estabelecidos os limites e os fundamentos do poder monárquico.

O famoso canonista Antônio Ribeiro dos Santos redigiu o parecer acerca desse texto codificado. A análise da trajetória acadêmica de Santos precede a investigação do

projeto do Código de Direito Público. O Código foi estudado a partir das censuras de Ribeiro dos Santos, replicadas pelo censurado durante o processo de inquirição, enfocando, principalmente, as concepções do poder monárquico. Não nos aprofundamos nas demais censuras ou assuntos do texto codificado, em virtude de não ter tido uma refutação do seu autor – o que perde de vista nossa ideia de contrapor as opiniões entre censor e censurado.

A censura de Santos não mediu palavras sobre os problemas de método e temas dispostos no projeto do censurado. O censor reivindicava um sistema racional dedutivo, tal como visto nos códigos modernos da Toscana ou da Rússia. Quanto às matérias, faltava, em sua opinião, um novo tratamento legal às áreas da educação, economia, indústrias e comércio, temáticas revisitadas pelas Luzes e, como desenvolvidas no parecer, demonstrando a sintonia de seu autor com o pensamento ilustrado.

O ponto auge do debate entre os legistas se deu na defesa pelo censor de leis fundamentais estabelecidas por mútuo consentimento. Ele propôs, em seu parecer, uma monarquia fundada a partir das assembleias de cortes, em consonância com a rainha absolutista – o que nos levanta sua proximidade teórica com Rousseau. Diante disso, Mello Freire apelou para um monarca absolutista, porém não tirânico, no estilo de Montesquieu. Falou do perigo revolucionário, que rondava a França por causa desse tipo de ideal político reivindicado pelo censor. Depois, abandonou as sessões e denunciou o canonista ao Conselho Camerário como “republicano”.

O debate final entre os dois legistas encerra a nossa tese acerca das Luzes sobre o direito, desmistificando a ideia de que Portugal passou longe da ideia de esclarecimento.

2. LUZES SOBRE O DIREITO

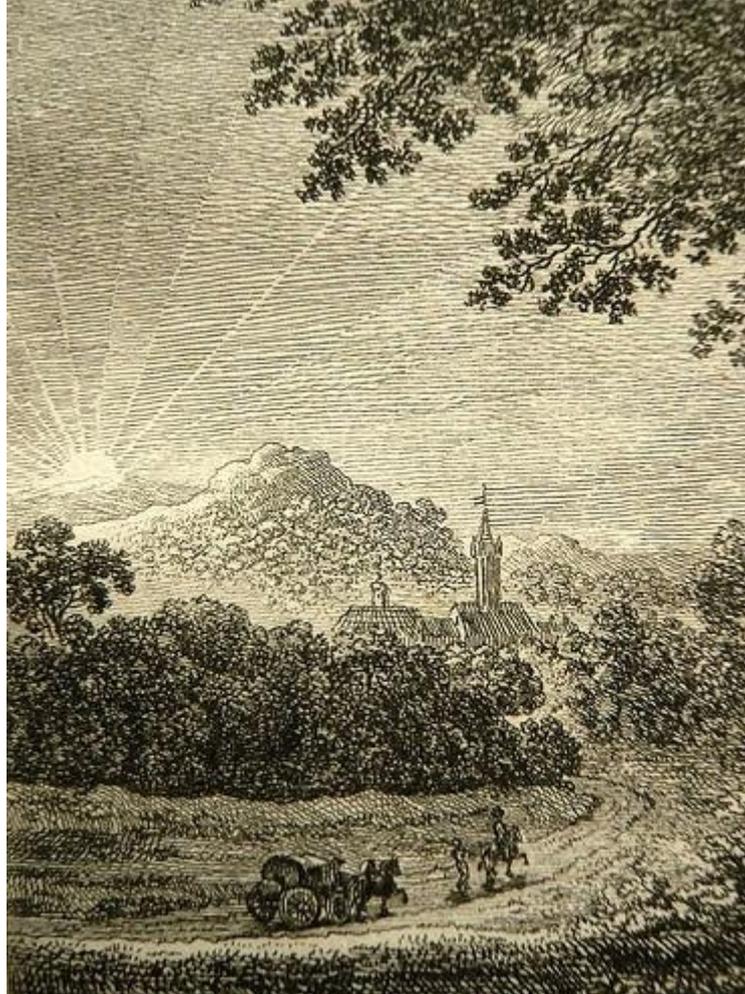


FIGURA 1: “Aufklärung”: gravura por Daniel Chodowiecki (1726-1801). Fonte: <http://www.flickrriver.com/photos/14868225@N04/3360260861/> (último acesso em 17/12/2013).

O presente capítulo discutirá os significados do Iluminismo com o intuito primordial de perceber suas repercussões sobre o pensamento jurídico. Procuramos compreender os sentidos dados pelos iluministas ao direito, assim como este movimento intelectual contribuiu para a criação de uma ciência jurídica moderna. Damos ênfase aos princípios e aos autores ilustrados que mais refletiram sobre o direito – sem deixar de lado as controvérsias sobre o movimento. Iniciaremos nossas reflexões a partir da análise de uma gravura de Daniel Chodowiecki, autor setecentista, intitulada “Aufklärung”, ou o

“Esclarecimento”. Depois, destacaremos os diferentes marcos cronológicos propostos para o Iluminismo e, mais especificamente, a essência do seu impacto no campo do direito. Em seguida, focalizaremos as definições dadas por Immanuel Kant (1727-1804) sobre o movimento, ao responder sobre em que ele consistia. Depois, examinaremos como tais definições foram recebidas pelo Iluminismo Jurídico. Ao final, avaliaremos se as Luzes, sobre o direito, aconteceram no século XVIII, ou se iniciaram no século XVII, como trazido por Jonathan Israel (2009). Com base nessas reflexões, no **Capítulo 3**, analisaremos como as ideias esclarecidas foram recebidas pelos juristas lusitanos. Aos poucos, demonstraremos que, no âmbito do direito, o Portugal de Pombal estava tão próximo das Luzes como os demais países europeus. Retomemos nossas reflexões acerca do Iluminismo voltando ao sol de Chodowiecki.

2.1 As Luzes, marcos cronológicos e o direito

Ulrich Im Hof, historiador suíço, iniciou seu livro “Europa no século das Luzes” (1995) com a gravura reproduzida no início deste capítulo. Em sua perspectiva, as atitudes iluministas não se limitaram apenas à escrita ou às formulações ideológicas ou literárias, sendo “igualmente visíveis e audíveis nas artes da época” (HOF, 1995, p. 17). Nesta acepção, a obra aqui escolhida⁸ de Daniel Chodowiecki, intitulada “Aufklärung”, ou o “Esclarecimento”, pode nos ajudar a iniciar o percurso sobre os vários sentidos deste movimento intelectual que impregnou o Ocidente com uma postura diferente sobre o pensar (CASSIRER, 1977) e provocou verdadeiras revoluções no campo tecnológico, intelectual e político (MARTÍNEZ, 1999, p.13).

Blanco Martínez (1999, p. 13) prefere a expressão o “Século das Revoluções” para denominar o século XVIII, ao invés de o “Grande Século” ou o “Século das Luzes”. O autor chama a atenção sobre o período a partir dos amplos efeitos causados pelo mesmo sobre a humanidade. O Iluminismo não só modificou a investigação científica ou o pensamento filosófico, mas se estendeu sobre todos os ramos do saber (MARTÍNEZ, 1999, p. 25), bem como sobre as “expectativas e as esperanças humanas” (HIMMLFARB, 2011, p. 415).

⁸ José Eduardo Franco (2006), para tratar das reformas pombalinas na educação portuguesa, também focaliza a obra de Daniel Chodowiecki, “Aufklärung”, a partir do pensamento de Ulrich Im Hof (1995).

Robert Darnton (2005, pp. 18-20), Dorinda Outram (1995, p. 1-6) e Thomas Munck (2001, pp. 15-17) também identificam as Luzes com o século XVIII. Para eles, o Iluminismo é verdadeiro “sinônimo do século XVIII” (VILLALTA, 2015, p. 80), tendo como marco inicial Montesquieu (1689-1755) e final com Immanuel Kant (1724-1804) (VILLALTA, 2015, p. 80). Sobre os marcos cronológicos do Iluminismo, comenta Luiz Carlos Villalta:

Tais marcos mais ou menos coincidem, respectivamente, com a Revolução Gloriosa de 1688 e a Revolução Francesa de 1789, tal como defende Peter Gay. Ou, ainda, como quer Franco Venturi, 1688 e 1789 funcionam de uma maneira aproximada, referindo-se ao movimento de expansão que, no início do século XVIII, tomou toda a sociedade, não apenas as ideias e a política, e que culminou nas turbulências profundas que se deram ao final do Setecentos. Outros historiadores, que também vinculam as Luzes, grosso modo, com o século XVIII, consideram que seu princípio deu-se em 1721, data da publicação das *Cartas Persas*, de Montesquieu, e seu encerramento, em 1770, quando saiu o *Système de la nature*, do Barão de Holbach, ou 1789, quando se editou o livro *Direitos e deveres dos cidadãos*, de Mably – como defende Blanco Martínez –, ou ainda 1794, quando a Revolução Francesa mudou de rumos e morreram Condorcet e Lavoisier, dois grandes filósofos – como concebe Thomas Munck (VILLALTA, 2015, p. 80).

Jonathan Israel propõe uma reformulação da cronologia do Iluminismo que o associa ao século XVIII. Israel defende que o movimento ilustrado possui origem ainda no século XVII, tendo como autor basilar o holandês Baruch de Espinoza (1632-1677) (2009, p. 31-41). Na opinião de Israel, as Luzes começaram antes do século XVIII, uma vez que:

Depois de 1650, um processo geral de racionalização e secularização se estabeleceu e rapidamente desbancou a velha hegemonia teológica no mundo dos estudos e da cultura intelectual e que levou umas poucas a desafiar de peito aberto tudo o que havia sido herdado do passado – não apenas conceitos comuns sobre a humanidade, sociedade, política e o cosmos, mas também sobre a veracidade da Bíblia e da fé cristã ou qualquer outra (ISRAEL, 2009, p. 31).

Divergências sobre os marcos cronológicos à parte, como o sol da figura que irradia sobre toda a tela de Chodowiecki, há de se falar que o Iluminismo atingiu todos os âmbitos da vida. Entre estes âmbitos, estavam o direito e o Estado. O pensamento jurídico iluminista procurou rever as noções antigas e medievais acerca da lei e de sua organização, da justiça e dos direitos. A retomada iluminista do problema do direito estava associada, especialmente, ao tema do direito natural, ou seja, os “direitos que temos de nascença” (CASSIRER, 1977, p. 316). O Iluminismo jurídico refez a trajetória intelectual acerca do direito natural, propondo uma análise fundamentada, especialmente, em uma crítica racional autônoma. Neste sentido, não haveria mais a verdade oriunda da tradição romana ou da

divindade das leis como base para se discutir a ciência jurídica ou o direito natural. Tal reflexão ilustrada sobre o direito permitiu algumas conquistas revolucionárias para humanidade: a elaboração dos direitos do homem, a humanização do direito penal e os códigos modernos.

2.2 Questões acerca das definições das Luzes

Ao fundo da imagem de Chodowiecki, podemos ver o sol nascente, cujos raios invadem a pequena aldeia no meio de uma floresta escura em bruma, iluminando também uma carruagem, um cavaleiro e um caminhante. Os homens parecem tentar chegar até o povoado acastelado, ainda envolto pelo véu da neblina (HOF, 1995, p. 11). O sol nascente dissipará a escuridão, o caminho ficará mais claro e a floresta não parecerá tão perigosa para aqueles que nela estão. Das luzes advindas do sol nascente da gravura, nada pode escapar: a neblina, a floresta escura, a carruagem, o cavaleiro, o caminhante e a aldeia; sendo impossível fugir do amanhecer, como renunciar ao Iluminismo (KANT, 1995, p. 16). A claridade da imagem de Chodowiecki seria uma alusão à razão ilustrada, que procuraria tirar o homem do obscurantismo (HOF, 1995, p. 12). Estava anunciada uma nova era: o sol não mais viria do Oriente, mas do Ocidente: *ex occidente lux!*⁹ (HOF, 1995, p. 12).

Hof (1995, p. 12) acrescenta que, no “primeiro momento o Sol produz luz – uma luz que, frequentes vezes, parece trazer consigo um frio de aurora e, só posteriormente, gera um calor benfazejo”. As luzes do sol não são uniformes, variando seu espectro conforme o horário, a estação do ano ou a umidade. Neste sentido, a metáfora das luzes solares se torna adequada ao movimento iluminista, porque consegue contemplar a diversidade, a moderação, o radicalismo, dependendo do prisma de seus autores. Por tudo isso, ao longo do século XVIII, o conceito de luz foi sendo adotado para explicar o movimento intelectual que passou a ver a razão, a liberdade e a felicidade com definidoras do próprio século (HOF, 1995, p. 12).

A expressão inglesa *Enlightenment* (HOF, 1995, p.12) foi utilizada para designar o Iluminismo apenas no século XIX, “concorrendo com a expressão *Age of Reason*” (HOF, 1995, p. 12). O termo francês dominante, mais comum a partir de 1750, era *Lumières*, ou seja, “inteligência, conhecimento, clareza de espírito” (HOF, 1995, p. 13). A Espanha preferiu a palavra *Ilustración*, ou seja, Ilustração (HOF, 1995, p. 14). O termo alemão *Aufklärung*, antes

⁹ Tradução da autora: do Ocidente vem a luz.

com sentido apenas meteorológico, a partir de 1780 passou a ser utilizado para designar a época esclarecida do pensamento humano (HOF, 1995, p. 13). *Iluminismo* foi a palavra italiana que se tornou corrente no século XX (HOF, 1995, p. 14). O vocábulo *Iluminismo* predominou no Ocidente e foi sendo incorporado a outras áreas linguísticas, como em Portugal, nos países nórdicos, na Polônia, na Suíça, nos Países Baixos, na Rússia e nas duas Américas (HOF, 1995, p. 15).

Flávio Rey de Carvalho acredita que a ambiguidade do termo Iluminismo teria origem na:

inexatidão com o qual o termo *Aufklärung* foi vertido para os idiomas neolatinos na historiografia. As tentativas de traduções feitas, como Iluminismo, Ilustração, filosofia das Luzes, época das Luzes, etc. distanciam-se do significado essencial da expressão alemã “processo” (...), cuja tradução na língua portuguesa, seria “esclarecimento” (CARVALHO, 2008, p. 32).

As controvertidas traduções da expressão Iluminismo não permanecem apenas no campo etimológico. As tentativas de definição teórica desse movimento intelectual são várias – como o espectro múltiplo produzido pela luz solar. Vamos, então, explicar os significados do Iluminismo, ponderando como Koselleck (1992) que um conceito é mais do que um fenômeno linguístico, uma vez que se relaciona com todo um contexto histórico, modificando-se e sendo apropriado conforme a época ou o local, não permitindo a elaboração de uma única conceituação capaz de traduzir exatamente o que ocorreu.

Nesse diapasão de um verdadeiro caleidoscópio das Luzes, cada iluminista passou a refletir sobre temas recorrentes ao pensamento europeu, tais como a natureza, a razão, a tolerância, a felicidade, o ceticismo, o individualismo, a liberdade civil e o cosmopolitismo (DARNTON, 2005, p. 19). O círculo intelectual efervescente formado pelos *philosophes* reuniu em suas discussões homens como Kant, Voltaire, Rousseau, Montesquieu, Beccaria, Holbach, Diderot, D’Alembert, Thomas Jefferson, Antônio Pereira de Figueiredo, Antônio Ribeiro Sanches e outros. Eles se encontravam nos salões ou academias, trocavam cartas, folhetos e escritos acerca desse processo de esclarecimento do homem que perpassava algumas das questões, tais como a valorização da razão, a supremacia absoluta do monarca, a autoridade da Igreja, o avanço das ciências na elaboração do conhecimento e o desenvolvimento econômico. Desejavam pensar sobre esses assuntos, mas, especialmente, divulgar as Luzes. Sentiam-se imbuídos de uma verdadeira missão, de uma causa ilustrada (DARNTON, 2005, p. 19).

Para compreender o significado do círculo intelectual formado pelos *philosophes*, segue pequeno trecho de carta entre o francês Morelett¹⁰ e o jurista milanês Cesare Beccaria (1738-1794), comentando *Dos delitos e das penas*, de 1764, obra do último, e sua repercussão entre os iluministas:

Hoje são decorridos oito dias do aparecimento de minha tradução [de Morellat]. Não quis vos escrever antes, pois considerei dever meu aguardar que pudesse esclarecer-vos sobre a repercussão de vossa obra. Ouso, portanto, assegurar-vos, senhor, que o êxito é total e que além da atenção que o livro desperta, formaram-se em relação ao autor sentimentos que vos podem lisonjear muito mais, isto é, o reconhecimento, o interesse, a amizade. Estou, em particular, encarregado de vos apresentar os agradecimentos e as saudações do Sr. Diderot, do Sr. Helvetius, do Sr. Buffon. (...) Levei seu livro também ao Sr. Rousseau (...). A essas pessoas, que vós conheceis pela sua reputação, ajunto um nome infinitamente estimável que os congrega em sua residência, o Sr. Barão d’Holbach (...). Não vos falo do Sr. D’Alembert, que vos escreveu e me disse que queria acrescentar ainda uma palavra à minha carta. (...) O Sr. Hume, que leu cuidadosamente o original e a tradução (...). (...) Poderia ainda citar-vos inúmeras pessoas cultas que assim também o julgaram (BECCARIA, 1983, pp. 108-110).

Nestas breves linhas, percebemos que Beccaria já tinha seu texto sendo discutido, em francês, em 1766, por iluministas como Diderot, D’Alembert, Holbach, Helvetius, Hume, Rosseau e Buffon. As ideias de Beccaria não poderiam ficar adstritas ao pensamento italiano, mas deveriam ser conhecidas e analisadas pelos demais *philosophes* da Europa, irmanados pela condição de serem letrados e de compartilharem determinados interesses intelectuais. As Luzes uniram homens de todas as partes do Ocidente, no sentido de uma busca dos significados do esclarecimento para a humanidade.

As divergências entre os *philosophes* eram enormes, por isso “não é fácil dizer exatamente o projeto das Luzes” (TODOROV, 2008, p. 13). Rousseau acreditava na República e em Deus, Voltaire era deísta e monarquista constitucional, Holbach e Diderot eram ateus (MARTÍNEZ, 1999, p. 16). Havia radicais, moderados e conservadores nos mesmos ambientes ditos ilustrados – esse é o verdadeiro caleidoscópio conceitual e/ou solar referenciado nas páginas anteriores. As dúvidas ainda incomodam (OUTRAM, 1995): será que se tratava de um mesmo movimento? Predominaram radicais ou moderados? Qual seria a originalidade do Iluminismo?

As questões acima foram objeto de debate entre os intérpretes do Iluminismo no século XX. Flávio Rey Carvalho (2008, pp. 29-31) faz um bom resumo sobre as abordagens acerca do Iluminismo. Ele sintetiza que, até os anos 70, predominou o posicionamento

¹⁰ Padre André Morellet (1727-1819) traduziu a obra. *Dos delitos e das penas*, de Cesare Beccaria (1738-1794) para o francês em 1766. Também contribuiu com textos para a *Enciclopédia* e as discussões entre os círculos ilustrados.

compartilhado pelo filósofo alemão Ernst Cassirer (1977), pelo historiador francês Paul Hazard (1974) e pelo historiador norte-americano Peter Gay (1995). Em poucas palavras, para Gay (1995), Cassirer (1977) e Hazard (1974), o Iluminismo foi um movimento intelectual, eminentemente, francês e único: dissonante em muitas de suas ideias, mas harmonioso no programa geral “de secularismo, humanidade, cosmopolitismo e, sobretudo, liberdade, liberdade em todas as suas muitas formas” (GAY, 1995, p. 12).

Dorinda Outram (1995, pp. 6-8), inspirada nos estudos sociais das ideias, discordou deste entendimento consolidado e apontou que haveria vários “iluminismos”, dependendo do contexto de cada país. Outram considera que havia uma pluralidade de opiniões, debates entre os iluministas, o que impediria que o mesmo fosse compreendido como uma única matriz teórica, ou seja, não se deve pensar o Iluminismo como uma “expressão que fracassou em englobar a complexa realidade histórica, mas, preferencialmente como uma cápsula contendo um conjunto de debates, tensões e preocupações” (OUTRAM, 1995, p. 12, tradução da autora).¹¹

Comenta também Flávio Rey de Carvalho sobre o posicionamento da autora:

O posicionamento da autora tornou mais complexa a imagem que se tem na atualidade do movimento iluminista, pois as ideias nele contidas não seriam mais mapeadas de cima, por um olhar distante, nem consideradas como objetos autônomos (...) (CARVALHO, 2008, p. 33).

Jonathan Israel¹² (2009) e Thomas Munck (2001)¹² compreendem a crítica de Outram (1995) acerca da diversidade das ideias iluministas a partir da história de cada país, mas insistem que o Iluminismo precisa ser estudado sem que se perca a noção de que o mesmo foi um fenômeno único, “internacional e pan-europeu”, que contribuiu para o processo de racionalização e secularização do homem ocidental (ISRAEL, 2009, p. 7). Neste sentido, Jonathan Israel entende que o Iluminismo foi:

um único movimento bem integrado intelectualmente e em termos culturais, mostrando diferenças de tempo, sem dúvida, que porém, se preocupou não apenas com os mesmos problemas intelectuais, mas quase sempre com os mesmíssimos livros e percepções em todos os lugares de Portugal à Rússia e da Irlanda à Sicília (ISRAEL, 2009, p. 7).

¹¹ Conforme o original: “Nor is ‘the’ Enlightenment any longer seen as a unitary phenomenon. Not only are we now aware of significant national, regional and confessional differences in the Enlightenment experience, but we are also now aware of the different ‘Enlightenments’ experienced” (OUTRAM, 1995, p. 12).

¹² Jonathan Israel (2009, pp. 40-41) fez um primoroso estudo acerca do Iluminismo radical. O autor procura demonstrar que o mesmo não foi parte isolada do movimento ilustrado, mas dominante. Israel também dá ênfase em sua discussão às influências de Espinosa e do Espinosismo na construção do chamado Iluminismo radical.

Sobre a origem francesa do movimento, Robert Darnton (2005, p. 20), apoiado por Munck (2001) e Outram (1995), acredita que a capital da República das Letras era Paris, mas que o Iluminismo foi difundido a partir de vários pontos: Paris, Edimburgo, Nápoles, Halle, Amsterdã, Genebra, Berlim, Milão, Lisboa, Londres, Filadélfia e uma vez que “o movimento ganhou força, ele se espalhou, e à medida que se espalhou, sofreu mudanças, adaptando-se a outras condições e incorporando outras ideias” (DARNTON, 2005, p. 20).

Para Israel (2009, pp. 7-8), as Luzes vieram dos Países Baixos e se alastraram para a Inglaterra. Depois, foram para Paris e daí ganharam o mundo. Comenta Villalta sobre o posicionamento de Israel e a geografia das Luzes:

As Luzes, assim, como afirma Jonathan Israel, constituíram um fenômeno internacional, cujas características não são redutíveis às fronteiras nacionais; e, no âmbito do continente europeu, houve um “único movimento bem integrado intelectualmente e em termos culturais”, movimento este que recorreu aos mesmos livros, problemas intelectuais e percepções, “em todos os lugares, de Portugal à Rússia e da Irlanda à Sicília” (VILLALTA, 2015, p. 85).

Thomas Munck (2001) nos alerta que qualquer tentativa de uma conceituação do Iluminismo será sempre vaga. Ele defende que, em geral, a busca de uma definição exata reduz as ideias e os personagens, de maneira a compartimentá-los em correntes de pensamento, deixando de analisar as repercussões do movimento ou mesmo as suas contradições. Munck propõe:

Conceber a Ilustração com um conjunto de correntes distintas, que não são sempre compatíveis; algumas correntes formam um núcleo central, rodeado por uma série heterogênea de opções cuja significação está aberta à interpretação (MUNCK, 2001, p. 17, tradução da autora).¹³

Thomas Munck (2001) parece harmonizar o debate em torno do Iluminismo ao concluir que apenas um conceito para o tema pode limitá-lo ao sabor dos intérpretes. Como posto por Koselleck (2002), precisamos compreender as dificuldades de uma definição única e que tal singularidade conceitual não é capaz por si mesma de descrever um movimento ou suas consequências. O momento era de uma “causa ilustrada” (DARNTON, 2005, p. 19), que uniu vários pensadores do Ocidente (TODOROV, 2008, p. 14) em busca do repensar de temas complexos ligados à sua época e à humanidade, sem, necessariamente, alcançar opiniões sempre consensuais, uma vez que criticar e/ou discordar era um pressuposto para o exercício

¹³ Conforme o original: “En lugar de eso, podemos concebir la ilustración como un conjunto de corrientes distintas, que ni siquiera son siempre plenamente compatibles; algunas corrientes forman un núcleo central, rodeado por una serie heterogénea de opciones cuya significación queda ya abierta a la interpretación”.

da autonomia reflexiva racional iluminista. Como posto por Todorov, as Luzes foram uma época “mais de debate do que de consenso; de assustadora multiplicidade, aliás” (TODOROV, 2008, p. 14).

Compreendemos o Iluminismo, enfim, como um amplo espectro solar de ideias, até mesmo contraditórias, sobre a sociedade, os governos, a religião, a natureza, o direito, a emancipação da mulher, a escravidão, as colônias americanas etc. no século XVIII. Os sentidos das Luzes dados pelos *philosophes* estiveram ligados ao processo de pensar autônomo, que inaugurou uma nova e única forma de reflexão filosófica: a autonomia racional frente a todos os dogmatismos (FLÓREZ MIGUEL, 2008). Portanto, sem maiores dilemas, entendemos que é possível falar de um “projeto das Luzes” (TODOROV, 2008, p. 14), a partir de três noções fundamentais: “a autonomia, a finalidade humana de nossos atos, e enfim, a universalidade (TODOROV, 2008, p. 14)”, que serão objetos de estudo do presente capítulo.

Depois de todas as considerações acima expostas e das dificuldades conceituais acerca do Iluminismo, vamos analisá-lo abordando especialmente suas repercussões sobre o direito, a partir das noções principais de Kant sobre a saída da menoridade do homem e a autonomia racional.

2.3 Luzes sobre o direito

2.3.1 Luzes sobre o direito: criticismo

A questão sobre o que é o Iluminismo foi respondida pelo filósofo prussiano Immanuel Kant (1724-1804), em um ensaio de 1784. Kant afirmou que ninguém tinha sido capaz de resolver importante indagação acerca do significado das Luzes: “Que é Iluminismo? Esta pergunta, quase tão importante como esta: [Que é a verdade?] deveria receber uma resposta antes de se começar a esclarecer! E no entanto, em nenhum lugar a vi ainda respondida” (KANT, 1995, p. 11).

Nas primeiras linhas do seu artigo sobre o tema, a resposta kantiana foi sendo alinhada: “O Iluminismo é a saída do homem da sua menoridade de que ele próprio é culpado. A menoridade é a “incapacidade de se servir do entendimento sem orientação de outrem”

(KANT, 1995, p. 11). Kant destacou a necessidade do homem de pensar sem ajuda ou determinação de outrem, “sobretudo nas coisas da religião” (KANT, 1995, p. 18). Era preciso que o homem se livrasse de seus tutores de pensamento, ou seja, realizasse a sua vocação de raciocinar por si mesmo. Tratava-se do momento da busca pela autonomia do homem que consiste em “privilegiar o que escolhemos e decidimos por nós mesmos em detrimento daquilo que nos é imposto por uma autoridade externa” (TODOROV, 2008, p. 14).

O ser humano deveria se libertar das amarras da religião ou das autoridades doutrinárias para fazer uso livre de seu arbítrio de pensar:

Mas é perfeitamente possível que um público a si mesmo se esclareça. Mas ainda, é quase inevitável, se para tal lhe for dada a liberdade. Com efeito, sempre haverá alguns que pensam por si, mesmo entre os tutores estabelecidos da grande massa que, após terem arrojado de si o jugo da menoridade, espalharão à sua volta o espírito de uma avaliação racional do próprio valor e da vocação de cada homem por si mesmo pensar (KANT, 1995, p. 12).

Por meio da razão crítica, o homem ilustrado deveria pensar por si mesmo –e não pelos caminhos ditados pelo que foi construído pelos pensadores do passado –, eis aí a chamada maioria ou emancipação kantiana. Assim, não haveria mais uma única verdade advinda da Bíblia ou de Aristóteles, autoridades máximas no pensamento ocidental por muito tempo. O texto sagrado ou o filósofo grego deveriam ser avaliados, interrogados, constituir-se como objeto de reflexão e, se houvesse uma concordância racional, servir de orientação ao homem autônomo. Caso contrário, a razão poderia desprezar os livros bíblicos ou as ideias aristotélicas, uma vez que nenhuma verdade seria alcançada pela mera tradição. Nesse sentido, Kant acreditava em verdadeira revolução sobre o pensar: não haveria limites para os questionamentos do homem. E nesse universo da dúvida, o único guia possível a ser utilizado para o conhecimento humano seria a razão (TODOROV, 2008, p. 16). Flávio Rey Carvalho aprofunda a noção ilustrada acerca da razão:

A “razão” iluminista pode ser definida, entre outras acepções possíveis, como a faculdade por meio da qual os homens procuram entender, valendo-se da observação e da experimentação, os fatos e os fenômenos do mundo real. A “natureza” – especificamente, a natureza física – era o objeto da análise racional, consistindo no centro de emanção e atração do conhecimento humano, na fonte das Luzes e na garantia da razão (CARVALHO, 2008, p. 67).

Flórez Miguel comenta a opinião de Kant acerca da importância da razão crítica iluminista:

o exercício da razão crítica, que é a nota que melhor identifica as manifestações da filosofia iluminista, leva consigo a autonomia intelectual que se manifesta no uso

livre e público da razão e no direito de todos os indivíduos a comunicar suas ideias sem restrições (FLÓREZ MIGUEL, 2008, p. 8, tradução da autora).¹⁴

Para Kant, o esclarecimento do homem era inevitável e infinito. A partir do uso crítico da razão, o homem compreenderia suas leis naturais e poderia desenvolver uma realidade muito melhor.¹⁵ Essa seria uma posição otimista do ilustrado sobre a capacidade humana de pensar sobre si mesmo e que, necessariamente, alcançaria o bem de todos:

Uma época não pode coligar-se e conjurar para colocar a seguinte num estado em que se deve tornar impossível a ampliação dos seus conhecimentos (sobretudo os mais urgentes), a purificação dos erros, em geral, o avanço progressivo na ilustração. Isto seria um crime contra a natureza humana, cuja determinação original consiste justamente neste avanço (KANT, 1995, pp. 15-16).

Blanco Martínez ajuda a explicar a noção kantiana acerca do progresso ilustrado a partir da razão humana:

A ilustração propõe a crítica da realidade e da fé pelo poder da razão como fator de progresso não só no indivíduo, mas, sobretudo, no âmbito social e político, potencializando a substituição da ordem existente por outro ideal, com frequência utópico, projetado pela razão (MARTÍNEZ, 1999, p. 19, tradução da autora).¹⁶

A razão crítica seria, então, o único instrumento humano capaz de competir frente às verdades reveladas e de desenvolver uma crítica autônoma (MARTÍNEZ, 1999, p. 67). Contra o dogma estabelecido e o absoluto (MARTÍNEZ, 1999, p. 67), somente a razão teria poder de transformar as mentalidades ocidentais. Nessa perspectiva racionalista, nenhuma ideia ou autor seria definitivo em suas colocações, ou seja, o homem esclarecido não se contentaria com o que estava posto pela religião ou por seus doutores. Ele poderia criticar e, depois, chegar às suas próprias conclusões. Nessa visão emancipatória do conhecimento, as Luzes abriram espaço para o desenvolvimento da ciência moderna, bem como para a “atitude da tolerância e à defesa da liberdade de consciência” (TODOROV, 2008, p. 16).

O apreço à razão pelos ilustrados vem, especialmente, da tradição renascentista. No século XVII, Newton e Locke deram seguimento ao racionalismo da Renascença ao questionarem o método dedutivo, mas foram incapazes de sistematizar o conhecimento, uma

¹⁴ Conforme o original: “El ejercicio de la razón crítica, que es la nota que mejor identifica a las diferentes manifestaciones de la filosofía ilustrada, lleva consigo la autonomía intelectual que se manifiesta en el uso libre y público de la razón y en el derecho de todos los individuos a comunicar sus ideas sin restricciones”.

¹⁵ Rousseau não era um otimista em relação ao progresso humano (MARTÍNEZ, 1999, p. 81).

¹⁶ Conforme o original: “La Ilustración propugnó la crítica de la realidad y de la fe confiada en el poder de la razón como factor de progreso no sólo individual sino, sobre todo, social y político, potenciando la sustitución del orden existente por otro ideal, con frecuencia utópico, diseñados por la razón”.

vez que não acreditavam nessa possibilidade racional. Outros racionalistas, como Descartes e Leibniz, apostaram em uma potencial razão humana, mas que dependeria da razão de Deus. A verdade não poderia ser alcançada pelos homens, porque Deus era a razão absoluta. De maneira bem diferente, os ilustrados defendiam um saber enciclopédico a partir do uso da razão como faculdade humana, sem a intervenção divina, para descobrir e conquistar o saber (MARTÍNEZ, 1999, pp. 68-69).

No século XVIII, o *philosophe* Diderot (1713-1784) afirmou que um dos objetivos de sua “Enciclopédia” (1750-1772) era também reunir os conhecimentos dispersos pela terra, mas derrubando as velhas barreiras do passado, que não tinham sido elaboradas com base na razão. Competia, então, à “Enciclopédia” libertar o homem de todo pensamento que não pudesse ser comprovado pela razão. Tal saber racional da “Enciclopédia” se caracterizaria, especialmente, pela filosofia experimental (FLÓREZ MIGUEL, 2008, p. 22). Sob as influências de Newton e Bacon, o conhecimento apregoado pelo ilustrado se basearia na observação e no experimento. Assim, o conhecimento se iniciaria pela experimentação e culminaria com a avaliação da mesma a partir da razão crítica (FLÓREZ MIGUEL, 2008, p. 23). Por fim, caberia aos ilustrados ensinarem aquilo que aprenderam a partir de suas experimentações, sem que isso pudesse constituir um “peso na consciência” (KANT, 1995, p. 14).

De alguma forma, uma ideia sobre o direito, semelhante à da razão kantiana, já aparecia mencionado no século XVII. Como posto por José Reinaldo de Lima Lopes, o jurista francês Jean Domat (1625-1696) já afirmava que o direito romano é o “repositório da razão escrita”, mas era preciso criticá-lo racionalmente (LOPES, 2008, p. 186). Segue o autor sobre Domat:

Ao mesmo tempo, porém, parece ser contrário a muitas leis nacionais francesas de difícil compreensão para muitos, até para os juristas. Se a razão é faculdade de todos, como explicar isto? É preciso, diz ele [Domat], livrar-se da “ordem tradicional” e colocar os assuntos em “ordem natural”, bem como reduzi-los a princípios evidentes. Ora, “todas as leis têm seus primeiros princípios que são fundamentos da sociedade dos homens”. Sem conhecê-los é impossível conhecer as leis. Estas leis naturais procedentes da razão opõem-se às “leis arbitrárias”, que se conhecem apenas pela memória (não pelo entendimento) (LOPES, 2008, p. 186).

Domat mencionou a palavra *entendimento* para o conhecimento técnico das leis. Percebemos que o entender de Domat está relacionado à noção de saída da menoridade mencionada por Kant, por meio do uso da razão crítica, ou seja, esclarecer o homem, mas o autor não consegue abandonar, totalmente, a autoridade romana. Sob a perspectiva

racionalista da crítica ilustrada não bastavam ensinamentos romanos ou as lições medievais de Bartolo de Sassoferrato (1313-1357) para determinar o que seria o direito, uma vez que não haveria verdade jurídica vinda da mera autoridade dos antepassados. Era preciso realizar a crítica racional dos textos e, depois, avaliar se deveriam ser aplicados ou não, o que foi alcançado com os iluministas.

Por causa do apreço medieval à autoridade, a tradição jurídica defendia que as leis somente deveriam ser modificadas “por causas graves ou quando manifestamente inconvenientes” (LOPES, 2008, p. 197). São Tomás reforçou esta noção em sua *Suma Teológica*. O racionalismo crítico ilustrado permitiu uma guinada na ciência do direito, pois a mudança na lei passou a ser uma alternativa plenamente viável, na medida em que o controle sobre a mesma não seria mais a autoridade, mas a razão crítica. Sobre essa mudança de paradigma, Lopes opina:

Na modernidade, a autoridade começa a ser experimentada como heteronomia, a imposição de uma vontade alheia, que só faz sentido para os incapazes. A pessoa capaz não se curva diante da autoridade ou da tradição: curva-se apenas diante da razão e de sua própria consciência (LOPES, 2008, p. 197).

Ao citar pensadores dos séculos XVI e XVII, concluímos que muitas das ideias ilustradas não eram completamente originais. O iluminismo jurídico, na verdade, retomou várias noções que vieram do século XVII – como visto em Domat e será percebido na lei natural de Hugo Grotius e Samuel Pufendorf¹⁷. Os juristas ilustrados fizeram uma releitura dos temas anteriores e conseguiram colocar em prática muitas de suas teorias jurídicas – o que nos faz crer que os marcos cronológicos do Iluminismo não foram tão restritos ao século XVIII, mas tiveram início na segunda metade do século XVII, como apontado por Israel (2009, pp. 20-21).

O Iluminismo não pretendia um completo rompimento com o passado ou abandonar os “problemas filosóficos originários” (CASSIRER, 1977, p. 315), mas

varrer o entulho do passado para desembaraçar e instaurar as fundações definitivas do seu edifício. Essas mesmas fundações são imutáveis e inabaláveis, tão antigas como a própria humanidade. Por conseguinte, a filosofia do Iluminismo não considera a sua obra um ato de destruição, mas um ato de restauração (CASSIRER, 1977, p. 316).

¹⁷ Todorov (2008, p. 13) faz a mesma reflexão sobre a não originalidade das Luzes, no sentido de que suas ideias vêm da “Antiguidade, trazem traços da Idade Média, do Renascimento e da época Clássica”. Por isso, para ele, as Luzes podem ser pensadas como “época de conclusão, de recapitulação, de síntese – e não de renovação” (TODOROV, 2008, p. 13).

2.3.2 Luzes sobre o direito: o jusnaturalismo moderno

O segundo ponto que podemos perceber na resposta kantiana acerca do Iluminismo é a crença na natureza comum como base de toda realidade racional do homem. Kant percebia a dificuldade da saída da menoridade humana, mas afirmava que esta possibilidade estava ao alcance de qualquer ser humano. O filósofo alemão não fazia distinção entre os homens pela sua origem, mas os considerava como parte de uma mesma natureza humana racional e universal. A vocação humana de pensar sem o jugo das autoridades também poderia ser exercida por qualquer um,

porque a imensa maioria dos homens (inclusive todo o belo sexo) considera a passagem para a maioridade difícil e também muito perigosa (...) Mas, é perfeitamente possível que um público a si mesmo se esclareça. (...) Se, pois, a natureza, debaixo deste duro invólucro, desenvolveu o germe de que delicadamente cuida, a saber, a tendência e a vocação para o pensamento livre (...) (KANT, 1995, p. 14 e 18).

Os iluministas defendiam uma natureza racional, inata a todos os seres humanos, entendendo que as diferenças entre eles se davam por causa dos costumes próprios de cada povo. Todorov assevera que tal percepção universal sobre o homem despertou o interesse europeu por sociedades diferentes e pela multiplicidade de civilizações. “É assim que o francês Montesquieu pode criticar os persas, mas também imaginar os persas criticando judiciosamente os franceses” (TODOROV, 2008, p. 22). Sobre as *Cartas persas* (1721), de Montesquieu, e a questão da universalidade humana ilustrada, comenta ainda Jean Starobinski:

A boa nova que as *Cartas persas* traziam para os leitores europeus de 1721 era a facticidade universal. Os homens são os que seus hábitos, seu clima e sua educação fazem deles. Quando os persas foram a Paris perguntando o porquê de cada costume e cada rito, o importante não era resposta a esse porquê, mas o simples fato de que se possa perguntar por quê (STAROBINSKI, 1990, p. 59).

A natureza igualmente representava para os ilustrados um modelo de constância em sua ordem natural. Ela era uma espécie de perfeição racional, uma vez que sempre seguia suas leis naturais regulares. Daí o conceito de natureza ilustrada ter se tornado uma fonte inesgotável de investigação e conhecimento, que deveria ser seguida pela economia, pela sociedade, pela educação e pelo direito (MARTÍNEZ, 1999, pp. 74-75).

A partir da noção de uma natureza comum dos homens, os juristas dos séculos XVII e XVIII compreenderam a existência de um direito natural emanado das leis, advindas apenas da natureza humana universal. Sob esse aspecto, o direito natural moderno seria o fundamento primeiro das leis positivas, no sentido de que deveria haver uma conformidade entre os preceitos das leis naturais e o que estaria posto nas leis escritas (MARTÍNEZ, 1999, p. 74). Para esta concepção jusnaturalista, o direito tem como fonte e como medida de legitimação uma ordem ontológica que transcende a vontade humana e é, primordialmente, a expressão do justo decorrente da natureza. O direito natural ultrapassaria o homem, como o seu fundamento e é um exemplo de direito ideal, comum à natureza humana. Cassirer reforça o tema:

O homem possui direitos naturais que existiam antes da constituição de vínculos sociais ou civis, e, em face desses direitos, a função própria e o objetivo essencial do Estado consiste em dar-lhes um estatuto na ordem política, conceder-lhes sua proteção e caução (CASSIRER, 1977, p. 334).

Blanco Martínez também justifica a discussão ilustrada acerca do direito natural a partir da noção de natureza humana:

Daí [da concepção de natureza] que existirá um direito natural advindo das leis naturais, as quais o homem tem obrigação de ler, interpretar e formalizar em leis positivas; uma vontade moral natural que se deve conformar com as leis naturais e ao homem corresponde sintetizar esta moral em princípios e organizá-los em um compreensível catecismo moral (MARTÍNEZ, 1999, p. 74, trad. da autora).¹⁸

As concepções sobre o direito natural foram apropriadas pelos juristas ilustrados nas teorizações acerca dos direitos do homem. Cassirer (1977, p. 332) afirma que “sobre as fundações assim preparadas pelos teóricos do direito natural foi edificada a doutrina dos direitos do homem e do cidadão, tal como a desenvolveu o século o século XVIII”. Lopes (2008, p. 188) também constata que tanto a “Revolução Francesa quanto a Americana apropriaram-se do jusnaturalismo nascido no século XVII e enriquecido pela filosofia das luzes e dos enciclopedistas”. Todorov completa sobre o tema:

As Luzes absorvem aqui a herança do pensamento do direito natural, tal como formulada nos séculos XVII e XVIII: ao lado dos direitos de que os cidadãos gozam no âmbito de suas sociedades, eles detêm outros, comuns a todos os habitantes do globo e, portanto, a cada um; direitos não escritos, mas nem por isso menos

¹⁸ No original: “De ahí que existirá un derecho natural emanado de las leyes naturales, a las que el hombre tiene la obligación de leer, interpretar y formalizar en leyes naturales y al hombre le corresponde sintetizar esta moral en principios y formularlos en comprensibles catecismos naturales” (MARTÍNEZ, 1999, p. 74).

imperativos. Todo ser humano tem direito à vida (...); todo ser humano tem direito à integridade de seu corpo (...). Se todos os seres humanos possuem um conjunto de direitos idênticos, decorre que sejam iguais em direito: a demanda da igualdade decorre da universalidade (TODOROV, 2008, p. 21).

Passamos, agora, a compreender a trajetória do direito natural na história do direito, para chegarmos às conquistas modernas dos direitos do homem e do cidadão.

Desde os primórdios da cultura helênica, discussões jus-filosóficas insistiram em justificar a legitimidade das normas reguladoras da sociedade. Uma dessas justificativas para a possibilidade de elaboração de normas positivas pelas autoridades residiria nessa construção teórica denominada direito natural, que recebeu um sentido específico no decorrer dos tempos. Viviane Araújo assim define o conceito de direito natural:

Por Direito Natural, entende-se aqueles princípios que, atribuídos a Deus, à razão, ou decorrente da própria natureza do homem e das coisas, dariam subsídios à elaboração das leis positivas. A noção de um Direito da natureza ou decorrente da racionalidade humana estaria acima de qualquer outro tipo de Direito e serviria de base determinante na criação deste (ARAÚJO, 1999, p. 10).

Em uma breve síntese, apareceram pelo menos três versões principais, também com suas diferenças, para o conceito de direito natural ou jusnaturalismo (BOBBIO, 1995, p. 656). Uma primeira versão, conhecida especialmente na Antiguidade, determinava que a lei natural possuía origens na própria natureza de todos os seres animados “à guisa dos seus instintos” (BOBBIO, 1995, p. 656). Uma segunda versão, denominada jusnaturalismo teológico, consolidada na Idade Média, estabelecia que o direito natural provinha da vontade divina revelada aos homens. A terceira variante, característica dos séculos XVII e XVIII, chamada jusnaturalismo moderno, contemplava que a razão autônoma era a única forma de legitimação para o direito natural – noção fundamental para o Iluminismo jurídico que passamos a aprofundar no presente capítulo.

Apesar das variações de sentidos do termo direito natural no decorrer dos tempos, há alguns elementos comuns a todas elas, independentes da fase a que estejamos nos referindo. Não que exista uma definição única para a construção de uma noção de direito natural, mas apenas percebemos a “possibilidade da identificação de um padrão de pensamento tangente a todas as doutrinas jusnaturalistas” (ARAÚJO, 1999, p. 13), que é passível de ser percebido nas várias formulações acerca do tema.

Segundo Viviane Araújo, todas as doutrinas jusnaturalistas defendem a “prevalência da lei natural sobre a lei positiva em caso de discordância ou conflito entre as

mesmas” (ARAÚJO,1999, p. 11). São Tomás de Aquino explica essa supremacia da lei natural sobre a lei positiva, no sentido de que, caso “alguma lei se contraponha à lei natural, já não é mais lei, mas corrupção da lei”, daí a possibilidade de desobediência civil. A segunda característica, que é parte cabal das teorias sobre o direito natural, é a “imutabilidade dos seus princípios e dos seus valores” (ARAÚJO, 1999, pp. 11-12). Como a natureza humana e a natureza, no geral, são imutáveis, os princípios de direito natural dela decorrentes também não poderiam variar.¹⁹ Em terceiro lugar, e de alguma maneira relacionado à característica da imutabilidade supracitada, podemos entender que os princípios de direito natural são sempre universais. Trata-se de princípios válidos e legítimos em qualquer parte, comuns a todos os povos, transcendendo assim à lei particular de uma determinada comunidade política (ARAÚJO, 1999, pp. 12-13). Em quarto lugar, o fundamento do direito natural estaria sempre na ideia de natureza humana, de Deus ou da razão, o que demarcaria “o caráter metafísico e pré-científico dessa corrente de pensamento, assinalando ainda o seu caráter de reflexão metajurídica no mundo ocidental durante vários séculos” (ARAÚJO, 1999, p. 13).

Por fim, ressaltamos o significado comum do direito natural como qualificador das condutas humanas, na medida em que este estabeleceria pontos de referência para saber o que é justo ou injusto, bom ou mau, “ensejando uma permanente e estreita vinculação entre Direito e moral, não podendo e não devendo a norma jurídica afastar-se dos valores que a informam e conferem-lhe legitimidade” (ARAÚJO, 1999, p. 13).

O jurista português Paulo Ferreira da Cunha questiona a divisão acima exposta entre o direito natural clássico e o direito natural moderno. Sem apresentar uma justificativa muito clara, Cunha acredita que não haveria uma separação teórica, de fato, entre os jusnaturalismos. Ele defende que essa distinção tradicional entre direito natural clássico e moderno seria apenas uma “catalogação jurisfilosófica” (CUNHA, 2012, p. 27), no sentido de tentar explicar uma possível dicotomia que, na verdade, prejudicaria a análise com mais rigor desta questão “jurídica e jurídica-filosófica” (CUNHA, 2012, p. 27). Paulo Ferreira da Cunha termina seu artigo sobre o tema sem dar maiores explicações sobre seu posicionamento, mas considerando que as diferenças entre as espécies de direito natural seriam apenas uma mera sistematização de ideias que, em si mesmas, não poderiam ser percebidas do ponto de vista de seus conteúdos. Não é este o nosso entendimento. A separação entre os jusnaturalismos se consolidou no decorrer da história do direito e continua balizada por autores clássicos e atuais

¹⁹ São Tomás de Aquino admite a mutabilidade do direito natural (BITTAR, 2001, p. 200).

– o que nos convence a aplicá-la na presente tese.²⁰ Convictos da distinção entre o direito natural clássico e moderno, seguimos nossa investigação sobre o mesmo.

Devido à maior influência do jusnaturalismo teológico sobre o direito moderno europeu, começamos nossos estudos a partir das noções medievais sobre o direito natural. Depois, discutiremos a ruptura dos fundamentos do direito natural teológico e a formação da Escola Moderna de Direito Natural, que alcançou os juristas ilustrados em suas concepções sobre o direito.

A filosofia cristã sempre defendeu a existência de uma lei natural. São Paulo, na Carta aos Romanos (Rm 2, 14-15), se referiu a uma lei gravada nos corações dos homens capaz de conduzi-los ao bem. Podemos entender que o jusnaturalismo teológico se justifica nessa inscrição de um direito no coração humano realizada por Deus. Há uma necessária relação entre a vontade divina e o direito natural, na medida em que a primeira dotou o homem desse senso do justo, por natureza. Viviane Araújo (1999, p. 48) aponta que há um deslocamento do fundamento do direito natural da Antiguidade para a época medieval em que se desenvolveu essa escola jusnaturalista teológica. Ela explica a transição de paradigma:

agora [no jusnaturalismo teológico] a lei natural é conhecida pelo homem, não por este fazer parte de um universo regido pela razão, portanto necessariamente dotado de fração dela, mas porque dotado de fé. Não mais a razão naturalmente inserida em cada homem fará conhecer a lei natural – e através dela a justiça, a felicidade outras virtudes – e sim a sua crença numa entidade superior e eterna Deus (ARAÚJO, 1999, p. 48).

A crença do homem em uma entidade superior permitiria o seu contato com o direito natural a partir da sua consciência racional. A possibilidade de exercício do direito natural dependeria ainda da própria existência de Deus, porque, de alguma maneira, este direito seria uma revelação divina. Para São Tomás de Aquino, Deus seria a fonte primeira de direito e esta era a opinião compartilhada pela maior parte dos juristas ocidentais até o século XVI (HESPANHA, 2005, p. 21).

Com relação ainda ao direito natural teológico, São Tomás de Aquino definiu a lei natural como a norma que “tornaria possível ao homem participar, ainda que de maneira limitada e incompleta, na sabedoria divina, mediante a faculdade da razão que lhe foi concedida pela graça de Deus” (ARAÚJO, 1999, p. 60). Por meio dessa lei, o homem poderia,

²⁰ Merio Sacattola (2001) escreveu artigo de fôlego sobre a história conceitual do direito natural. Sacattola também assevera as diferenças principais entre o direito natural antigo e moderno nos seguintes aspectos: a lei natural inata, a correspondência entre as leis naturais e o Decálogo, o reflexo da lei natural a partir de uma ordem universal de justiça que independe das decisões humanas, a validade da lei natural dentro da sociedade como a das demais leis e a dicotomia entre a lei natural e a positiva, sem uma hierarquia entre elas.

então, conhecer alguns dos mandamentos da lei eterna. Sob esse aspecto da relação intrínseca entre estas duas categorias legais, a lei natural é uma espécie de reflexo imperfeito da lei eterna. Assim, temos que, a lei natural é a “participação da lei eterna pela criatura racional” (AQUINO, 1953, p. 20), na medida em que a partir da atuação divina, o homem poderia discernir o que seria bom ou mal por meio dessa lei existente nele.

A lei natural (*lex naturalis*) é uma espécie de mais três outras formas de leis classificadas por São Tomás: a lei eterna (*lex aeterna*), a lei divina (*lex divina*) e a lei humana (*lex humana*). A lei eterna é a lei promulgada por Deus que coordena todos os atos e movimentos. Em tudo está tal lei, de forma que essa rege e ordena toda a criação. Não está a norma eterna sujeita às vicissitudes a que as leis humanas estão, porque é a própria razão divina. A lei eterna é o princípio e o fim das coisas, uma vez que, “todo o conjunto do universo está submetido ao governo da razão divina” (AQUINO, 1953, p. 24). No entanto, em vista de tamanha perfeição da lei eterna, essa seria conhecida apenas parcialmente pelo homem. Uma das maneiras de se apreender os ditames da lei eterna, além da lei natural, seria por meio da lei divina. A lei divina é aquela revelada por meio das Sagradas Escrituras, presente no Velho e no Novo Testamento. As leis divinas seriam diretrizes específicas para estabelecer a ponte entre Deus e os homens (AQUINO, 1953, p. 30).

A lei humana se apresenta como “um ordenamento da razão para o bem comum, ditado e promulgado por quem tenha a incumbência de cuidar da comunidade” (AQUINO, 1953, p. 30). A lei humana determina a ordem das coisas dos homens e depende da sua conformidade com a razão. Como a primeira lei da razão é a natural, todas as leis humanas devem ser a sua expressão. Dessa maneira, a lei humana dimana da lei natural e possui como objetivos gerais garantir a segurança e o bem comum da sociedade. Daí notarmos que, a lei humana só existe para realizar os mandamentos da lei natural – o que torna assim a lei natural superior e anterior à própria lei humana. A necessidade da “lei humana para São Tomás se dá ainda pela constatação de que nem todos os homens obedeceriam espontaneamente aos ditames da lei natural” (ARAÚJO, 1999, p. 63). Sempre haveria aqueles que não seriam espontaneamente inclinados aos ditames da lei natural, sendo preciso o temor do castigo imposto pelas leis humanas para que a ordem estabelecida pelas outras normas, a eterna e a natural, pudesse ser mantida. Nas palavras do filósofo escolástico:

O homem tem uma certa disposição para a virtude. (...) Para a aquisição desta disciplina nem sempre se encontra o homem facilmente dotado de tudo que é necessário. Porque a perfeição da virtude consiste principalmente em retrair o homem dos deleites indevidos aos quais é tão propenso, e principalmente os jovens, que necessitam de uma maior disciplina. E por isso mesmo é necessário que os

homens tenham outro meio para conseguir essa disciplina que os leve à virtude. (...) Mas, já que se encontram muitos malvados e inclinados ao vício, que de resto não se levariam por palavras, é necessário que lhes refreie o mal pela força, ou pelo medo, para que assim, afastando-se do mal, possam pelo menos deixar os outros viver em paz. (...) E tal disciplina, que obriga por medo ao castigo, é a disciplina das leis. Daí que seja necessário para a paz e a virtude dos homens que se estabelecessem tais leis (AQUINO, 1953, p. 30).

Durante a Idade Média, o direito natural teológico serviu como um verdadeiro sistema de direito para a cristandade. Independentemente dos povos ou das leis escritas de cada lugar, o direito natural de ordem sagrada resolveria o conflito de leis ou o tipo de ordem que deveria ser seguida pela sociedade (HOF, 1995, p. 168). Daí um motivo também para a sua predominância sobre a Europa durante tantos séculos.

Antes da ruptura completa com o paradigma jusnaturalista teológico e a chegada até sua concepção moderna, a Segunda Escolástica retomou o tema do direito natural em suas discussões jurídicas. Inspirados em São Tomás de Aquino, Francisco de Vitoria (1485-1546), Francisco de Suárez (1548-1617), Luís de Molina (1536-1600), Roberto Belarmino (1542-1621) e outros acreditavam que a realidade humana estava circunscrita na esfera divina. Entretanto, os domínios da atuação eclesiástica e secular eram distintos, sendo que a figura do Papa não teria um poder coercitivo direto sobre as repúblicas. O Papa, como representante de Deus pela Igreja, deveria tratar de assuntos espirituais ou eclesiásticos, de forma que permaneceria com uma certa distância do poder temporal (VILLALTA, 1999, p. 225). Parecia que os neoescolásticos estavam vislumbrando uma separação entre o homem e o poder divino.

Só para termos uma noção do que pensavam alguns dos membros da Segunda Escolástica, como Suárez, nas situações em que o rei “viesse a se tornar tirânico ou herético (deixando de ser católico), contrariando o direito natural e divino, desrespeitando determinados fundamentos ético-religiosos” (VILLALTA, 1999, p. 226), o povo poderia retomar esse poder que ele próprio concedera ao monarca. A questão para os neotomistas era avaliar se o Estado estava sendo ordenado pelas vontades da comunidade e do soberano junto à lei natural, que determinava a condução estatal para o bem comum (VILLALTA, 1999, p. 227). Havia um pacto, um compromisso, do rei junto aos súditos de se comportar em prol das prerrogativas citadas, estabelecendo, de alguma maneira, alguns limites ao seu poder absoluto. Trata-se da defesa de uma concepção de Estado que repudiava a tirania, no entanto, não chegava a condenar inteiramente o absolutismo. Em suma, segundo a orientação dos autores da Segunda Escolástica, o rei não pode tudo (HESPANHA, 1993): o monarca deve buscar o bem comum, praticar a justiça colocando cada membro da sociedade em seu devido lugar e,

por conseguinte, permitindo o funcionamento de todo o corpo do Estado, seguir a religião católica e cumprir os ditames da lei natural inserida nos homens por meio da atuação divina. Caso não fosse esse o comportamento do soberano, os vassallos poderiam não o obedecer e até mesmo romper o pacto de sujeição a que antes haviam se submetido (TORGAL, 1982).

Por causa dos exemplos acima colocados, José Reinaldo de Lima Lopes (2008, p. 183) entende que a Segunda Escolástica foi precursora do jusnaturalismo moderno. Paulo Marguti (2013, p. 61) também considera que os jesuítas neoescolásticos colaboraram para a fundamentação da lei natural “internacional”, posteriormente desenvolvida por Hugo Grotius e Samuel Pufendorf. No entanto, como a escola de Salamanca estava ligada à Escolástica e ao tomismo, ficou impedida de dar forma ao direito natural com base na razão jurídica moderna. Com isso, temos que salientar que o direito natural, para os membros da Segunda Escolástica, ainda possuía uma fonte divina e que somente por meio dela o homem haveria de ter acesso ao direito natural. José Reinaldo resume desse modo o distanciamento da escola espanhola do jusnaturalismo moderno:

Se de um lado podemos ver nos teólogos juristas espanhóis as primeiras ideias voluntaristas misturarem-se com o direito natural, serão sobretudo os luteranos e alemães que lhe darão a forma final dentro das faculdades de direito, como disciplina de base para os cursos jurídicos (LOPES, 2008, p. 183).

Um dos eventos históricos que fizeram a clivagem definitiva no pensamento jusnaturalista teológico foi a Reforma (HOF, 1995, 168). O mundo cristão foi assolado por guerras religiosas que opuseram católicos e protestantes. “Sentia-se intensamente a falta de regras que pudessem ser válidas para todos os partidos, em tempo de paz e de guerra” (HOF, 1995, 168). O antigo sistema de direito natural teológico que resolvera muitas pendências europeias se tornava insuficiente, uma vez que os cristãos não eram mais da mesma Igreja e nem mais seguiam a autoridade papal.

Outro fator que contribuiu para a transformação no paradigma jusnaturalista teológico foi o contato europeu com povos não cristãos no final do século XV. Como colocado por Hespanha (2005, p. 16), a Europa se via frente a problemas jurídicos novos com descoberta da América, e “a velha ideia da proeminência natural das instituições cristãs e da conseqüente legitimidade de destruição das instituições políticas e jurídicas nativas”, em

nome da conversão, não podia ser, teologicamente²¹ aceita. Nesse sentido, novas regras de convivência foram pensadas para que se pudesse prescindir “do recurso aos dados de uma religião concreta (neste caso, o Cristianismo), [para que] pudessem ser oponíveis a quaisquer povos ou a quaisquer culturas” (HESPANHA, 2005, p. 16).

A Segunda Escolástica tentou encontrar respostas para os conflitos jurídicos vindos, especialmente, dos contatos entre europeus e povos não-cristãos da América. Para os pensadores que a protagonizaram, em uma perspectiva de tolerância e respeito ao ser humano, “as instituições nativas são legítimas e incanceláveis pela força, desde que respeitem a natureza humana” (HESPANHA, 2005, p. 17). Uma noção de natureza humana era convocada para justificar ou não a conversão ao cristianismo, mas não havia um fundamento laico para a mesma. A Segunda Escolástica acabava incursionando em temas legais da fé ou do cristianismo para explicar seus posicionamentos sobre as questões jurídicas. Ao fazê-lo, não encontrava argumentos para resolvê-las em definitivo, uma vez que os princípios cristãos ou a autoridade papal não eram compartilhados pelos povos da América. Afinal, haveria uma base legal comum entre todos os homens do Velho ou do Novo Mundo? E entre católicos e protestantes? Essas dúvidas então suscitadas.

O jurista holandês Hugo Grotius²² (1583-1645), o “milagre da Holanda”²³, foi pioneiro na tentativa de encontrar um pensamento jurídico capaz de resolver as indagações expostas.²⁴ Nascido em Delft, na Holanda, em 1583, estudou direito e línguas clássicas. Em 1597, em território francês, recebeu o título de doutor em direito civil e canônico. Ocupou vários cargos em missões diplomáticas na França, Suécia e Alemanha do Norte. Chegou a ser conselheiro de Maurício de Nassau na Holanda. Além de jurista, foi historiador e poeta. Morreu em Rostock no ano de 1645 (HESPANHA, 2005).

Grotius não se deparou, propriamente, com problemas advindos de povos americanos, mas viveu em uma época conturbada pelas guerras religiosas europeias (HESPANHA, 2005, p. 18). Segue o comentário do próprio sobre esse contexto de guerras e a necessidade de um direito comum no estabelecimento da paz:

²¹ O Concílio de Constança (1414-1418) fixou a ilegitimidade da conversão forçada (HESPANHA, 2005, p. 16).

²² Em holandês, o jurista se chamava Huig de Groot. Hugo Grotius foi o nome latino empregado por ele na publicação de sua obra *De jure belli ac pacis* (*O direito da guerra e da paz*). Na língua portuguesa, o nome do jurista pode ser traduzido como Hugo Grócio.

²³ Hespânia (2005, p. 19) comenta que o rei Henrique IV, da França, apelidou Grotius, com apenas 15 anos, o “milagre da Holanda”.

²⁴ O jurista Arnouldus Vinnius (1588-1657) foi contemporâneo de Grotius na Universidade de Leiden na Holanda e tratou de temas semelhantes em seus trabalhos. A historiadora do direito Laura Beck Varela investigou, profundamente, o pensamento e as obras de Arnouldus Vinnius (VARELA, 2013).

Estou convencido, pelas considerações que acabo de expor, que existe um direito comum a todos os povos e que serve para a guerra e na guerra. Por isso tive numerosas e graves razões para me determinar a escrever sobre o assunto. Via no universo cristão uma leviandade com relação à guerra que teria deixado envergonhadas as próprias nações bárbaras. Por causas fúteis ou mesmo sem motivo se recorria às armas e, quando já com elas às mãos, não se observava mais respeito algum para com o direito divino nem para com o direito humano, como se pela força de um edito, o furor tivesse sido desencadeado sobre todos os crimes (GROTIUS, 2005, p. 51).

Sua obra *O direito da guerra e da paz (De iure pacis ac belli)*, de 1625, dedicada a Luís XIII, rei dos francos e de Navarra, é considerada a primeira grande obra jusnaturalista moderna que pretendia explicar esse novo direito natural e internacional capaz de ser uma base comum entre todos os homens (HOF, 1995, 168). Grotius encontrou na noção de um direito natural, fruto da razão humana, um sistema de normas universais válidas entre os vários Estados. Esse sistema deveria ser construído independentemente das normas positivas de cada país e das crenças religiosas praticadas por cada um – o que se tornaria possível por meio de um conceito de direito natural originado apenas na condição humana e no viver comunitário da humanidade (HOF, 1995, 169). Ao contrário das escolas jusnaturalistas anteriores, para Grotius, o direito natural existiria e subsistiria independentemente de Deus:

O direito natural é tão imutável que não pode ser mudado nem pelo próprio Deus. Por mais imenso que seja o poder de Deus, podemos dizer que há coisas que ele não abrange porque aquelas de que fazemos alusão não podem ser senão enunciadas, mas não possuem nenhum sentido que exprima uma realidade e são contraditórias entre si. Do mesmo modo, portanto, que Deus não poderia fazer com que dois mais dois não fossem quatro, de igual modo ele não pode impedir que aquilo que essencialmente mau não seja mau (GROTIUS, 2005, p. 81).

Seguem os dizeres do jurista conhecido também como o milagre da Holanda:

O direito natural nos é ditado pela reta razão que nos leva a conhecer que uma ação, dependendo se é ou não conforme à natureza racional, é afetada por deformidade moral ou por necessidade moral e que, em decorrência, Deus, o autor da natureza, a proíbe ou a ordena (GROTIUS, 2005, p. 79).

Hugo Grotius consagrou o direito natural advindo exclusivamente da razão humana. A razão invocada por Grotius não procurava conciliar vontade e apetite – tema da ética aristotélica-tomista. Tratava-se de uma razão estratégica, instrumental e moderna, que

procurava operar a relação entre meios e fins previamente dados, diferentemente de uma razão prática anterior que visava, unicamente, deliberar sobre seus próprios fins (LOPES, 2008, p. 180).

Sobre o direito natural racional proposto por Grotius, comenta Hof:

Tem sua origem [o direito natural] no ser humano, ou seja, no viver comunitário da humanidade. Baseando-se em análises históricas e lógicas – hoje dir-se-ia psicológicas e sociológicas – Grotius chega à conclusão que o homem é um ser racional, dotado de liberdade moral. A razão e a liberdade foram-lhe atribuídas por Deus, o direito natural seria igualmente válido mesmo que Deus não existisse, o que releva da total impossibilidade (HOF, 1995, p. 169).

Hespanha esclarece ainda sobre o direito natural de Hugo Grotius:

Este fundamento [do direito natural] não seria a revelação – como queria a tradição católica (nomeadamente, a de raiz agostiniana), e alguma da doutrina protestante, nomeadamente a calvinista, mas também a luterana; nem seria a autoridade, como agradaria ao pensamento jurídico mais técnico, quer esta autoridade se concretizasse numa *opinio communis* praticamente laicizada, na esteira da doutrina dos juristas do *mos italicus*, quer ela decorresse da *elegantia* dos textos jurídicos romanos, na esteira das correntes do humanismo jurídico. Seria a natureza, tal como se podia observar no quotidiano, ou com panoramas mais vastos, na história (HESPANHA, 2005, p. 20).

É importante considerar que o holandês Hugo Grotius não rompeu definitivamente com uma visão teológica sobre o direito e por isso insistiu que as leis naturais estavam escritas nas mentes e nos corações dos homens por Deus. Todavia, elas persistiam de forma autônoma à vontade divina, uma vez que seriam próprias do ser humano. A força jurídica obrigatória dessas normas de direito natural derivava de Deus, Criador da natureza humana, porém a sua imutabilidade e validade nem mesmo Ele poderia modificar. Vejamos o que dispôs Grotius sobre isso:

Esse direito natural de que tratamos, tanto o que se refere à sociabilidade do homem, como aquele assim chamado num sentido mais lato, ainda que decorra de princípios inerentes ao ser humano, pode no entanto ser atribuído com razão a Deus porque foi ele que assim dispôs para que tais princípios existissem em nós (GROTIUS, 2005, p. 41).

Ronald Polito também salienta a presença teológica no pensamento jusnaturalista de Hugo Grotius:

Em realidade, todo o esforço de Grócio poderia ser sintetizado em seu projeto de conciliar a fé com a razão sem em nenhum momento submeter uma aos ditames da outra, buscando o equilíbrio entre as mesmas. Mas não há como negar o caráter, no mínimo, revolucionário de sua postura teórica: a ideia de uma sociabilidade, o aspecto nuclear de seu pensamento jusnaturalista, “não necessita, para ser demonstrada, do socorro da ideia de divindade”. Portanto, todo o esforço de Grócio vem no sentido de não misturar dois campos heterogêneos de problemas, mesmo não supondo contradições essenciais entre ambos (POLITO, 1999, p. 44).

No *Direito da Guerra e da Paz*, Grotius, comentou suas principais influências da literatura jurídica: Aristóteles, São Tomás de Aquino e a Segunda Escolástica (Menchaca, Francisco de Vitória, Soto e Francisco Suarez).²⁵ O jurista era profundo conhecedor dos autores antigos e medievais. Ele afirmou que:

Fiz uso também, para provar a existência desse direito [natural], do testemunho dos filósofos, dos historiadores, dos poetas e por fim dos oradores. Não porque se deva confiar neles indistintamente, pois eles têm o hábito de servir aos interesses de sua seita, de seu assunto, ou de sua causa, mas porque, do momento em que diversos indivíduos em tempos e lugares diferentes, afirmam a mesma coisa como certa, deve-se conectar esta coisa a uma causa universal. Essa causa, nas questões que nos ocupam, só pode ser uma justa consequência procedente dos princípios da natureza ou um consenso comum (GROTIUS, 2005, p. 56).

Hugo Grotius reiterou a importância de determinados pensadores do passado, mas não os considerou como autoridades inatacáveis em suas reflexões. Eles eram testemunhas de certas questões, mas foi pelo critério racional que suas ideias foram ou não acolhidas em seu livro. Por meio desse juízo crítico, o jurista demonstrava que não era obrigado a sustentar o que já fora defendido pelos meros dizeres de outros autores. Grotius foi um pensador anterior ao movimento iluminado, mas que estava mais próximo das Luzes do que ele mesmo poderia supor. Por isso, convencemo-nos que o Iluminismo jurídico teve suas bases antes do século XVIII e que suas origens estariam na Holanda a partir de Hugo Grotius.

Pela inovação do jusnaturalismo moderno e pelo método crítico utilizado por Grotius, suas obras foram plenamente recepcionadas pelos iluminados de tal sorte que, entre os juristas do século XVIII, tornaram o tema do direito natural “verdadeira língua franca” (LOPES, 2003, p. 204). Toda a discussão jurídica do período setecentista ocidental perpassava o jusnaturalismo, sem abandonar mais as bases teóricas do século XVII de Grotius e de Pufendorf.

²⁵ Ver os Prolegômenos da obra *o Direito da Guerra e da Paz* (2005, pp. 33-65) sobre as fontes utilizadas por Hugo Grotius em seu tratado.

Para demonstrar a importância de Grotius nas Luzes, vejamos o início do *O espírito das leis*, de 1748, de Charles Louis de Secondat, Senhor de La Brède e Barão de Montesquieu (1689-1755), em que o ilustrado se inspira no conceito de lei natural advindo de Grotius (STAROBINSKI, 1990, p. 68):

Os seres particulares inteligentes podem possuir leis feitas por eles mas possuem também as que não fizeram. Antes da existência de seres inteligentes, esses eram possíveis; tinham, portanto, relações possíveis e, conseqüentemente, leis possíveis. Antes de haver leis feitas, existiam relações de justiça possíveis. Dizer que não há nada de justo ou de injusto senão o que as leis positivas ordenam ou proibem, é dizer que antes de ser traçado o círculo todos os seus raios eram iguais (MONTESQUIEU, 1979, p. 25).

Montesquieu seguiu a explicação laicizada, iniciada em Grotius, sobre as leis da natureza, ao considerar que estas últimas “decorrem unicamente do nosso ser.” (MONTESQUIEU, 1979, p. 26). No entanto, o tema do direito natural em Montesquieu é bastante contraditório (SPECTOR, 2011, p. 23). O autor misturou noções clássicas do direito natural e poucas colocações originais acerca do assunto. Nesse sentido clássico, Montesquieu defendeu, por exemplo, que todos os homens são livres e independentes – o que proibiria a escravidão. Também salientou que a autoridade política está fundamentada no direito natural e se trata de um princípio de justiça anterior à formação da sociedade (SPECTOR, 2001, p. 23).

A novidade no conceito de direito natural de Montesquieu estaria mais relacionada ao tom de dessacralização que o autor conferiu ao mesmo. Para o ilustrado francês, o direito natural é apenas um “direito entre outros” (MONTESQUIEU, 1979, p. 26). Não obstante, tal distinção entre o direito natural e os demais não é bem justificada pelo autor:

A dificuldade toda está, na verdade, na identificação do “natural” e na linha divisória que convém estabelecer entre as diferentes ordens de direito. (...) O caráter de universalidade inerente à natureza não impede, no tocante a isso, que a linha de divisão entre direito natural e direito civil seja flutuante e que o segundo possa, no limite, modificar os princípios do primeiro (SPECTOR, 2011, pp. 23-24).

De fato, como constatado por Spector (2011), o próprio Montesquieu admitiu a dificuldade de estabelecer a demarcação entre as leis civis e da natureza no que tange aos casamentos consanguíneos, ao afirmar que é difícil “fixar claramente, o ponto em que acabam as leis da natureza e começam as leis civis” (MONTESQUIEU, 1979, p. 275).

Montesquieu é um dos nomes fundamentais das Luzes. No que tange ao direito, sua obra *O espírito das leis* trouxe noções preciosas acerca da divisão dos poderes e da

proporcionalidade das penas aos delitos (STAROBINSKI, 1990, p. 14). Sobre a importância do amplo pensamento ilustrado de Montesquieu, resume Jean Starobinski:

A reflexão de Montesquieu aplica-se a todos os domínios do saber. (...) Ele tem domínios sobre a física e a fisiologia; examina plantas no microscópio, observa os efeitos do frio e do calor sobre os organismos animais; imagina experiências sobre a possibilidade que teria o homem de voar como os pássaros, elabora uma sociologia do direito, esboça uma estética, enuncia princípios de economia política, sonha geologia e geografia, conhece receitas de drogas e pode explicar a excelência de um medicamento (STAROBINSKI, 1990, p. 1).

Voltando à discussão do direito natural no século XVII, seguidor da escola de Hugo Grotius, Samuel Pufendorf (1632-1694) continuou a desenvolver a teoria jusnaturalista racionalista. Para o historiador Ulrich Im Hof, as obras jurídicas de Pufendorf se tornaram base para a formação jurídica do século XVIII:

À sua volta [de Pufendorf] agrupavam-se muitos outros trabalhos de pensadores jurídicos, com conteúdo idêntico e idêntica orientação: na Alemanha, eles vieram sobretudo de Christian Thomasius e, mais tarde, de Christian Wolff, e em Inglaterra, de John Locke e Anthony Shaftesbury (HOF, 1995, p. 169).

Filho de um pastor luterano, Pufendorf nasceu no povoado saxão de Dorfchemnitz, atual Alemanha, em 1632. Estudou na Escola do Príncipe da Saxônia onde aprendeu latim e grego e teve contato com os textos clássicos. Continuou sua formação nas Universidades de Leipzig e Iena. Em Leipzig, desistiu da carreira religiosa luterana e se aproximou do direito. Na faculdade de Iena, conheceu Descartes, Grotius e Hobbes. A orientação de Pufendorf acerca do direito natural foi, particularmente, marcada pelas ideias de Hobbes e Grotius (HUNTER, 2007, p. 12) e pelas guerras religiosas cristãs na Alemanha.

Em 1661, ocupou a primeira cátedra de Direito Natural e das Gentes na Universidade de Heidelberg. Convidado pelo rei da Suécia, Carlos Gustavo, Pufendorf foi lecionar Direito na Universidade de Lund a partir de 1670 (LOPES, 2008, p. 180). Em 1672, publicou seu monumental tratado sobre o direito natural *Do direito natural e internacional (De Iure naturali et gentium)*. Em 1673, escreveu *Os direitos do homem e do cidadão de acordo com o direito natural (De officio hominis et civis iuxta legem naturalem)*, que ficou conhecido na Inglaterra com *The Whole Duty of Man, according to the Law of Nature*. Foi ainda historiador da corte sueca e escreveu sobre o sistema europeu de Estado (HUNTER, 2007, p. 13).

Ian Hunter e David Sauerens (2007) comentam que o huguenote Jean Barbeyrac (1674-1744) traduziu os escritos de Samuel Pufendorf para o francês – o que permitiu ampla

divulgação do pensamento do jurista prussiano na França. As traduções das obras de Pufendorf, *De iure* e *De officio*, por Barbeyrac, foram realizadas, respectivamente, em 1706 e em 1707 (2007, p. 16). Jean Barbeyrac foi um comentarista das ideias de Pufendorf e fez acréscimos mais moderados ao seu texto nas notas de rodapé:

De fato, Barbeyrac caminha sobre uma corda bamba, defendendo o modelo de Pufendorf para uma ordem político-legal desconessionalizada e pacificada contra seus critérios teológicos e metafísicos, e, no entanto, retraindo-se das dimensões seculares e estadísticas desse modelo. (...) as notas de Barbeyrac delimitam ou reinterpretam doutrinas capitais de Pufendorf, afirmando que é necessário manter algum tipo de continuidade entre lei natural e providência divina, e que deduções pragmáticas das regras da paz social deviam ser suplementadas por consciência cristã (HUNTER, SAUDERNS, 2007, p. 17 e p. 21).

Sobre a tradução inglesa do livro *De officio* de Pufendorf por Andrew Tooke, em 1691, pouco se sabe. Na época, houve dificuldades para a sua publicação, em vista do contexto de disputas de poder político entre o Estado e as igrejas (HUNTER, SAUDERNS, 2007, p. 18). Mesmo assim, Tooke apresentou à Inglaterra, pelas palavras de Pufendorf, a radical separação entre as obrigações do cidadão e as obrigações religiosas, – o que ainda era algo bastante radical no final século XVII. Sobre o tema:

Podemos supor que a tradução do *The officio* de Tooke, de 1691, foi empreendida para o público de *whigs*²⁶ londrinos – incluindo anglicanos liberais, puritanos moderados e membros das ordens dos advogados – como uma arma contra as persistentes aspirações da alta Igreja ritualista a um Estado confessional anglicano. A futura preservação do governo parlamentar e uma paz protestante ainda não estavam garantidas, nem as relações entre Igreja e Estado estavam firmemente estabelecidas, logo após a revolução de 1688-89 (HUNTER, SAUDERNS, 2007, p. 19).

Lopes (2008, p. 179) destaca a importância de Samuel Pufendorf no sentido que o jurista teria trazido para o direito europeu aquilo que Hobbes havia criado em termos de filosofia política na Inglaterra. Pufendorf aprofundou os estudos de Grotius e conseguiu sistematizar sua teoria jusnaturalista com base racional. A respeito do sistema jurídico proposto por Pufendorf, Tércio Ferraz Júnior sintetiza sua relevância na ciência do direito:

Pufendorf coloca-se num ponto intermediário do desenvolvimento do pensamento jurídico do século XVII, podendo ser considerado um grande sintetizador dos sistemas de sua época, dele partindo, por outro lado, as linhas sistemáticas básicas que vão dominar, sobretudo, o direito alemão até o século XIX (FERRAZ JÚNIOR, 2003, p. 68).

²⁶ Membro do partido liberal-conservador britânico (HUNTER, Ian, SAUDERNS, David, 2007, p. 19).

“Seguindo Grotius e Hobbes, Pufendorf também encarava o direito natural como conjunto de regras para o cultivo da sociedade necessário à preservação da paz social” (HUNTER, 2007, p. 14). Como Hobbes, também via o homem como inclinado ao mal. No entanto, diferentemente de Hobbes, e se aproximando de Grotius, Pufendorf acreditava em uma relativa sociabilidade natural do homem. Trata-se de um princípio regulativo advindo da lei natural, que levaria o homem a viver em comunidade em busca de sua própria sobrevivência. Nas palavras de Pufendorf:

Em primeiro lugar, observa-se haver geralmente no homem, mais pronunciada do que em qualquer dos irracionais, uma inclinação a causar mal a um outro (...) O Direito Natural afirma que esta ou aquela coisa deveria ser feita, porque a partir da razão correta se conclui que a mesma é necessária para a preservação da sociedade entre os homens (PUFENDORF, 2007, p. 42 e p. 93).

Pufendorf reconheceu o egoísmo humano e a sua propensão ao mal. No entanto, percebe a predisposição do homem para a vida em sociedade, que se tornaria possível, principalmente, por meio do direito natural, agora reconhecível por qualquer pessoa (LOPES, 2008, p. 218). Para o jurista prussiano, numa clara fusão dos pensamentos de Hobbes e Grotius, as duas tendências do ser humano coexistiriam, devendo o homem aprender a conviver com essa dualidade por meio das leis naturais (ARAÚJO, 1999, p. 103).

Pufendorf defendeu, claramente, o direito natural fundado somente na razão, enquanto a teologia se fundamentava na revelação:

Mas a maior diferença entre elas [a divindade e a lei natural] é esta: que o principal fim e intenção do Direito Natural inclui-se no âmbito desta vida apenas, e então com isso um homem é informado sobre como viver em sociedade com o resto da humanidade, mas a divindade moral instruiu um homem sobre o modo de viver como cristão; o qual é não só obrigado a viver honesta e virtuosamente neste mundo, como também em fervorosa expectativa da recompensa de sua piedade após esta vida (PUFENDORF, 2007, p. 45).

Além do direito natural baseado apenas na razão, Samuel Pufendorf definiu o conceito de lei:

Essa norma é chamada de lei; a qual é um decreto pelo qual o superior obriga alguém que lhe está subordinado a acomodar suas ações às orientações nelas prescritas. Para que essa definição seja mais bem entendida, deve-se primeiro perguntar o que é uma obrigação; de onde ela surgiu; quem é capaz de ficar sob uma obrigação; e quem é que pode impô-la. Por obrigação quer-se geralmente dizer um elo moral pelo qual somos forçados a fazer isto ou aquilo, ou a nos abster de fazê-lo. Isto, é por meio disso, é aplicado uma espécie de rédea moral em nossa liberdade (PUFENDORF, 2007, pp. 77-78).

Sobre as fontes utilizadas por Pufendorf, em *Os direitos do homem e do cidadão de acordo com o direito natural*, chama a atenção o predomínio de referências a Hugo Grotius. *O direito da guerra e da paz* aparece citado em toda a obra ao longo de suas quase 500 páginas. O capítulo XVI recebeu o mesmo título da obra de Grotius: *Da Guerra e da Paz*. Fundamentalmente, Pufendorf repetiu as ideias de Grotius acerca da possibilidade de construção da paz entre os homens por meio da utilização de um direito natural racional que os impele aos acordos ou tratados de paz entre as nações (PUFENDORF, 2007, p. 360).

A Escola de Direito Natural Moderna, formada por autores aqui abordados, tais como Hugo Grotius e Samuel Pufendorf, rompeu com as concepções anteriores que diziam respeito ao direito natural. Como foi colocado no decorrer deste capítulo, a ideia da existência de um direito natural remonta à Antiguidade. No entanto, a partir do século XVII, a justificativa do direito natural passou a ser unicamente a razão humana, desvinculada de qualquer interferência divina. Trata-se de um direito natural que deixou de ter as suas raízes teológicas para estabelecê-las na razão privativa do homem: a única capaz de estabelecer preceitos jurídicos válidos e universais.

O direito natural, na versão moderna, passou a ter também um conceito subjetivo. Diferentemente de São Tomás ou Agostinho, o direito natural não era mais um dado apresentado de forma objetiva pela ordem divina. Ele deveria ser construído a partir da razão, pois o homem é que se constituía como a base para todo conhecimento. Apresentou-se uma nova concepção de natureza humana, que passou a ser percebida de maneira empirista e racional. Esse pressuposto racionalista também se estendeu a toda ciência do direito e, conseqüentemente, aos parâmetros jusnaturalistas.

Nem todos os autores da Escola Moderna de Direito Natural pensavam de maneira homogênea. Certos membros que participaram dessa vertente jusnaturalista discordavam entre si, como, por exemplo, sobre a origem racional do direito natural: “Henrique e Samuel Cocceo, Leibniz e Joan Cristian Von Wolf adotaram uma posição antirracionalista afirmando, categoricamente, que Deus é a fonte última do Direito Natural” (BITTAR, ALMEIDA, 2001, p. 222.).

Diante dessa variedade intelectual dos jusnaturalistas modernos, Cunha (2012, p. 24) entende que não haveria uma ruptura completa com o direito natural teológico, uma vez que nem todos os jusnaturalistas modernos compartilhavam argumentos racionalistas. Michel Villey (2009, p. 649) também critica a reiterada originalidade de Grotius, uma vez que o jurista seiscentista conheceu a Renascença, o humanismo e os neoescolásticos e, baseado nesses paradigmas, conseguiu “dessacralizar” a ideia de direito natural. Villey considera que

Grotius “recopiou quase literalmente a [fórmula de direito natural] de vários mestres da escolástica espanhola” (VILLEY, 2009, p. 648). Apesar da não homogeneidade na Escola de Direito Natural, insistimos que a mesma foi diferenciada por Hugo Grotius, porque trouxe um método novo de investigação ao direito racional e sistematizado – o que os escolásticos não conseguiram realizar. Além disso, o esforço maior dos jusnaturalistas modernos foi no sentido de afastarem-se da esfera “teológica-filosófica em que nasceram (aristotelismo, tomismo e jesuitismo) para firmarem-se como província dos juristas” (LOPES, 2008, p. 164). Por isso, almejavam também construir um sistema racional de normas, de forma a não mais fundamentá-lo em bases teológicas. Para Ferraz Júnior, a maior contribuição dessa escola jurídica está na criação desse sistema racional:

A teoria jurídica europeia, que até então era mais uma teoria da exegese e da interpretação de textos singulares, passa a receber um caráter lógico-demonstrativo de um sistema fechado, cuja estrutura dominou e até hoje domina os códigos e compêndios jurídicos (FERRAZ JÚNIOR, 2003, p. 68).

O sistema racional de normas baseado no direito natural de Grotius e Pufendorf influenciou a criação dos códigos setecentistas. A codificação moderna do direito passou a ser baseada em uma lógica estrutural diferente das compilações que formavam as ordenações de Portugal ou da França (LOPES, 2008, p. 191). Cassirer (1977, p. 337) ressalta tal lógica como marca do pensamento iluminista jurídico. Segundo o filósofo, a nova lógica não se contentava em classificar ou ordenar o saber adquirido, mas pretendia ser “instrumento do saber” (CASSIRER, 1977, 338). Os códigos modernos foram resultado dessa transformação no método usado pelo direito. Foi deixado de lado o mero ajuntamento de leis dos tempos medievais e passaram a se organizar códigos racionais-dedutivos com base em uma lógica demonstrativa e sistemática. Nesse sentido, o jusnaturalismo racionalista e o Iluminismo foram correntes que confluíram no “espírito de clareza do direito moderno” (LOPES, 2008, p. 191) por meio da adoção de um método sistemático de organização do conhecimento jurídico.

Lopes esclarece ainda sobre os códigos modernos:

ela reflete [a codificação moderna] um desejo de ordem, de hierarquia e de concentração legislativa no poder central do Estado. Foram os códigos jusnaturalistas atos de transformação revolucionária mesmo pelo despotismo esclarecido, pois na verdade precisavam superar a tradição do *ius commune*, medieval, corporativa e confusa para os padrões do racionalismo moderno (LOPES, 2008, p. 191).

A partir do século XVIII, os soberanos esclarecidos convidaram juristas formados na Escola do Direito Natural Moderno e ligados às Luzes para produzirem os novos códigos. O já citado Cesare Beccaria, jurisconsulto ilustrado, foi chamado por Catarina II da Rússia para escrever o novo código do império. O jurista português Paschoal José de Mello Freire propôs um novo código para Portugal a pedido de D. Maria I. Os códigos iluministas e/ou racionalistas começaram a surgir a partir de meados do século XVIII. Em 1756, foi criado o *Codex Bavaricus*, da Baviera. O Código Josefino, da Áustria, foi feito em 1794. No mesmo ano do austríaco D. José II, Frederico II inaugurou o Código Civil da Prússia (LOPES, 2008, p. 194).

Para Hof (1995, p. 169) e Villey (2009, p. 655), a Escola de Direito Natural fundada por Grotius, tinha como objetivo principal assumir uma vocação “internacional” capaz de suplantar as leis próprias dos Estados e resolver a lacuna deixada pelo fim da autoridade papal. Um exemplo histórico interessante dado por Hof reforça a importância do direito natural supranacional e cosmopolita:

Quando, na qualidade de conselho de concertação europeu, os diplomatas do século XVIII se reuniam nos congressos de paz em Rastt, Utreque, Baden, Viena, Aix-Chapelle e Paris, as deliberações pautavam-se por princípios do direito natural, que tornavam possível a vencedores e vencidos encontrarem soluções conjuntas (HOF, 1995, p. 169).

As aventuras de Telêmaco, romance de Fénelon, também citou o direito natural internacional (HOF, 1995, p. 170) como uma forma de busca da paz perpétua entre os Estados:

a maior segurança para um Estado é a justiça, que dá aos seus vizinhos a moderação, a confiança e a certeza que seu território não irá ser ocupado. Os muros mais inexpugnáveis podem cair em circunstâncias imprevistas: a sorte, em tempo de guerra, é caprichosa e incerta. Mas a estima e a confiança dos vossos vizinhos – porque lhes é conhecida a vossa moderação – tem como feito tornar invencível o vosso estado e só muito raramente objeto de agressão (FÉNELON, 1859, Livro X, p. 165).

A maior contribuição do direito natural moderno de Grotius e Pufendorf foi ter conduzido os pensadores ilustrados aos direitos do homem (HOF, 1995, p. 168). No século XVIII, a teoria dos direitos do homem e do cidadão ganhou forma e defensores. O direito à integridade humana, o direito a um julgamento justo, o direito à posse de bens e o direito à liberdade de consciência se tornaram temas das lutas revolucionárias da sociedade europeia e norte-americana (CASSIRER, 1977, p. 334). Até déspotas esclarecidos, como Frederico II, da

Alemanha, Catariana, da Rússia, e D. José I, de Portugal, pretendiam garantir os direitos naturais não escritos por meio de decretos e de medidas (HOF, 1995, p. 170).

Cassirer assevera que a filosofia francesa ilustrada do século XVIII não descobriu a teoria dos direitos naturais inalienáveis (CASSIRER, 1977, p. 334). Como vimos no presente capítulo, a discussão jurídica sobre o jusnaturalismo é antiga e percorreu longa trajetória teórica até chegar ao pensamento de Grotius e Pufendorf. Mas foram os iluministas que fizeram dessa doutrina “verdadeiro evangelho moral, a aderir-lhe com paixão e a proclamá-la com entusiasmo” (CASSIRER, 1977, p. 334). A conclusão de Cassirer (1977, p. 337) é precisa: a teoria jusnaturalista foi unida à prática no que tange à garantia dos direitos naturais nos movimentos revolucionários do século XVIII.

2.3.3 Luzes sobre o direito: o humanismo

Após a discussão sobre o direito natural e a natureza humana, o terceiro ponto que caracterizou o Iluminismo – que podemos destacar no ensaio de Kant – é o humanismo. De alguma forma, a partir do momento que Kant considerou a existência de uma natureza humana comum a todos, o filósofo foi demonstrando seu apreço ao homem. O olhar kantiano sobre o homem também é marcado pelo profundo otimismo na capacidade humana de pensar e rever a própria realidade.

Sob esse aspecto humanista, toda a responsabilidade da saída da menoridade kantiana estava no ser humano. O homem é o centro do ensaio kantiano, no sentido de que todos os propósitos iluministas se realizariam pelo homem e para o homem. A razão crítica e a natureza universal advêm do ser humano, independentemente das forças sobrenaturais ou religiosas. Trata-se de uma valorização antropocêntrica, inspirada no Renascimento, que torna o homem e a humanidade ponto de partida para os ilustrados (MARTÍNEZ, 1999, p. 89).

Em um trecho do seu ensaio Kant, responsabilizou e/ou valorizou, unicamente, o homem pela sua menoridade e pela sua saída:

Tal menoridade é por culpa própria se a sua causa não reside na falta de entendimento, mas na falta de decisão e de coragem em servir de si mesmo sem a orientação de outrem. *Sapere aude!* Tem a coragem de te servires do teu próprio entendimento! Eis a palavra de ordem do Iluminismo. (...) É tão cômodo ser menor (KANT, 1995, p. 11).

O caráter humanista do Iluminismo repercutiu, enormemente, no campo do direito (MARTÍNEZ, 1999, p. 89). O direito penal setecentista ainda era fundamentado em autos de fé, penas de morte, castigos corporais, torturas, condenações sem investigação criminal e atuação civil de tribunais inquisitoriais (MARTÍNEZ, 1999, pp. 89-90). As reflexões ilustradas sobre o homem provocaram reformas nos sistemas criminais europeus, de maneira a torná-los mais humanos e justos (HOF, 1995, p. 171). O contexto iluminista, marcado pelos temas da liberdade de pensar, de crer ou descreer e da dignidade humana, acabou favorecendo a discussão jurídica acerca da reformulação de um sistema judicial viciado e medieval (PEREIRA, 2011, p. 50).

No livro VI do *Espírito das Leis*, Montesquieu (1979, pp. 81-95) fez reflexão humanista acerca das penas e dos crimes. O *philosophe* insistiu na reformulação das regras criminais, na prevenção aos crimes, na proporcionalidade das punições em relação aos delitos praticados, no combate à tortura e à lei de talião, na condenação do réu apenas somente depois do processo:

A severidade das penas convém melhor ao governo despótico, cujo princípio é o terror, do que à monarquia ou à república, que têm por mola a honra e virtude. (...). Um bom legislador encarregar-se-á menos de punir os crimes do que de preveni-los, aplicar-se-á mais a fortalecer os costumes do que os suplícios. (...). Portanto, ela [a tortura] não é naturalmente necessária (MONTESQUIEU, 1979, p. 83 e p. 93).

Influenciado pelo pensamento de Montesquieu (PEREIRA, 2011, p. 15), Cesare Beccaria foi o maior expoente ilustrado do direito penal humanizado (MARTÍNEZ, 1999, p. 90). Filho de um marquês, Beccaria nasceu em Milão em 1738. Aos 8 anos de idade, Cesare foi estudar com padres jesuítas no Colégio dos nobres. Destacou-se ali pela capacidade de expressar de forma lógica seu pensamento. Aos 16 anos, entrou para a Universidade de Pavia, onde cursou direito. Em Pavia, conheceu autores ilustrados e passou a repudiar os velhos cânones do direito antigo e medieval. O próprio Beccaria afirmou que sua mente se abriu aos problemas do sistema penal quando leu *As Cartas Persas*, de Montesquieu, *Do espírito*, de Helvetius (1715-1771) e o *Contrato Social*, de Rousseau (1712-1778). Depois de formado, Cesare Beccaria se tornou juiz de Direito em Pavia e Milão (PEREIRA, 2011, pp. 14-15).

Em Milão, Beccaria continuou seu interesse pelo Iluminismo e passou a frequentar a Sociedade dos Punhos (*Società dei Pugno*). Nessa associação, o jurista discutia política, filosofia, economia e liberdade de pensamento com outros entusiastas das Luzes, como os irmãos Alessandro e Pietro Verri. Junto com Beccaria, os Verri publicaram, entre junho de 1764 e maio de 1766, um periódico denominado *Il Caffè*, que propagava ideias

ilustradas e conclamava por reformas em todos os setores da sociedade. Cesare escreveu artigos sobre a educação dos jovens e sua menor inclinação ao crime, quanto maior era a escolaridade. Por causa desses escritos, Pietro Verri o incentivou a redigir *Dos delitos e das penas*, sua obra fundamental (PEREIRA, 2011, pp. 17-18).

A obra *Dos delitos e das penas* foi publicada anonimamente por uma pequena editora de Livorno, na Toscana, em julho de 1764. Os membros da Academia ou Sociedade dos Punhos colaboraram com a publicação e interferiram com suas ideias na redação final do livro de Beccaria. Marcos Pereira (2011, p. 18) acredita que a obra em questão foi um manifesto, em forma de livro, dos intelectuais dessa sociedade, que acabou ganhando a escrita de Cesare Beccaria.

O tema escolhido pelo manifesto de Beccaria foram os excessos da justiça criminal. A questão principal era sobre o direito de punir e a moderação das penas, bem como sobre a secularização da justiça criminal. O sistema criticado pelo jurista milanês era “repressivo, baseado em injustificados rituais de violência, sem qualquer referência com as premissas mínimas do Direito” (PEREIRA, 2011, p. 45). Para Beccaria, a estrutura judiciária era irracional, uma vez que estava mais disposta a fazer sofrer os condenados, do que buscar o bem-estar dos cidadãos (PEREIRA, 2011, p. 45).

Voltaire deu enorme contribuição à obra de Beccaria com seu *Tratado sobre a tolerância*, de 1763. No *Tratado*, Voltaire denunciou a “submissão do sistema penal à esfera religiosa, bem como a reação ‘antifilosófica’ dos envolvidos no processo” (PEREIRA, 2011, p. 19) em que um casal protestante foi acusado de matar o próprio filho católico para atender a vontade de Deus.²⁷ Beccaria também escreveu sobre o direito de punir a partir de outros textos ilustrados de Montesquieu e de Rousseau (PEREIRA, 2011, p. 19).

Dos delitos e das penas é um texto objetivo e sintético, com cerca de 100 páginas, dividido em 42 capítulos, concebido dentro do ambiente ilustrado italiano marcado pela Sociedade dos Punhos. Alexander de Castro (2009, p. 17) também credita ao contexto de dominação austríaca na Lombardia a produção da obra de Beccaria. Segundo o autor, diante da crise do absolutismo dos Habsburgs, na segunda metade do século XVIII, seus monarcas passaram a empreender várias reformas de cunho ilustrado no governo de todo o império,

²⁷ O processo em questão foi narrado por Voltaire em seu *Tratado sobre a Tolerância* (2008). Ele conta o episódio de intolerância religiosa que envolveu o francês Jean Calas e sua família protestante na cidade católica de Toulouse. Calas tinha um único filho católico, Marc-Antoine, que veio a se suicidar. Diante das circunstâncias duvidosas que envolviam o suicídio, o povo de Toulouse acusou Jean, a mulher e os demais filhos de terem assassinado o único membro católico da família, em vista dessa divergência religiosa familiar. Os Calas foram submetidos a todos os tipos de suplícios e condenações por causa do fanatismo religioso. Ao final, foram inocentados e se tornaram um símbolo em defesa da tolerância religiosa.

inclusive nos territórios de domínio italiano. Castro acredita que Cesare Beccaria teria sido um dos intelectuais ilustrados utilizados pelo absolutismo austríaco na tentativa de modificar o domínio sobre territórios da Itália e dar-lhe novo alento, em uma época sob os auspícios revolucionários das Luzes.

De fato, a partir de 1760, Carlo de Firmian, representante dos Habsburgs na Lombardia, buscou apoio nas ideias iluministas da Sociedade dos Punhos de Beccaria para aprofundar medidas reestruturadoras sobre a política e a economia italiana. Os letrados da Sociedade perceberam que a monarquia absolutista seria um meio viável para a realização dos princípios iluministas. Sobre a relação entre os membros da Sociedade dos Punhos e a monarquia austríaca, comenta Castro:

A absorção dos intelectuais do Iluminismo lombardo no projeto político do absolutismo habsbúrgico, na condição de funcionários da coroa, colocou a capacidade intelectual daqueles jovens intelectuais a serviço do planejamento das estratégias da ascensão da autocracia régia contra a pluralidade de poderes políticos que caracterizava a sociedade do Antigo Regime (...) É claro que aquela imagem de conselheiro do rei, ao menos na Lombardia, nunca correspondeu propriamente à realidade, mas era a maneira como os iluministas lombardos compreendiam, em princípio, seu papel dentro do projeto modernizador e reformador absolutismo habsbúrgico (CASTRO, 2009, p. 35).

Em certa parte de sua obra principal, Beccaria elogiou a posição dos monarcas de seu tempo. Parecia mesmo confiante que aqueles governantes esclarecidos poderiam mudar a realidade da época:

Hoje, que vemos nos tronos europeus príncipes magnânimos, amigos das virtudes da paz, que protegem as ciências e as artes, pais de seus povos, e cidadãos coroados: quando tais príncipes, firmando sua autoridade, trabalham para a ventura de seus súditos, quando destroem esse despotismo intermediário, tanto mais cruel quando firmemente estabelecido, quando oprimem os tiranos subalternos que interceptam os desejos do povo e não permitem que cheguem até o trono, onde seriam ouvidos (...). Todo cidadão esclarecido deve desejar ardentemente que o poder de tais soberanos ainda cresça e se faça bastante grande para lhes permitir a reforma da legislação funesta (BECCARIA, 1983, p. 51).

O prefácio *Dos delitos e das penas* já anunciava que essa obra fora concebida a partir de princípios ilustrados, entre eles, o criticismo. Beccaria não só admitia as críticas ao seu texto, como as incentivava, desde que fossem feitas sobre bases racionais:

Tenho a dizer, portanto, que, se desejarem dar ao meu livro a honra de uma crítica, não principiem atribuindo-me preceitos contrários à virtude e à religião, porque

esses preceitos não são os meus; em vez de me apontar como ímpio ou subversivo, contentem-se em demonstrar quão mau lógico sou, ou ignorante em matéria política (BECCARIA, 1983, p. 10).

Na introdução, o teor iluminista é exposto pelo autor. Logo no início, em uma inspiração rousseaniana, expõe-se a finalidade única da sociedade: “todo o bem-estar possível da maioria” (BECCARIA, 1983, p. 12). Também se reconhece o avançar das Luzes: “Contudo, se as luzes do nosso século já conseguiram alguns resultados, ainda estão muito distantes de terem dissipado todos os prejuízos que alimentávamos” (BECCARIA, 1983, p. 12).

Beccaria reclama da falta de interesse intelectual pelo tema das “barbáries das penas que estão em uso em nossos tribunais” (BECCARIA, 1983, p. 12). Menciona o esforço de Montesquieu no debate sobre o tema da justiça criminal e faz um apelo racional aos leitores:

O imortal Montesquieu apenas ocasionalmente pôde abordar essas importantes questões. Se eu me encaminhei pelas pegadas luminosas desse grande homem, é porque a verdade é uma e a mesma em toda parte. Contudo, os que sabem pensar – é apenas para estes que eu escrevo – saberão diferenciar os meus passos dos seus. Eu me julgarei muito venturoso se, como ele, puder contar com o vosso secreto reconhecimento, ó vós, discípulos absconditos e pacíficos da razão! Serei feliz se puder provocar alguma vez esse frêmito através do qual as almas sensíveis respondem à voz dos defensores da humanidade (BECCARIA, 1983, p. 13).

A Sociedade dos Punhos tinha razão: o escrito de Beccaria era um manifesto contra a os abusos da justiça e do poder que conclamava a sociedade a repensar o direito de punir, a origem das penas, a pena de morte e as torturas. O texto não era um tratado técnico de direito penal, uma vez que o jurista se propôs a esclarecer o assunto de forma acessível (BECCARIA, 1983, p. 13) ao público comum. O manifesto de Cesare Beccaria foi uma defesa profunda dos “direitos do gênero humano” (BECCARIA, 1983, p. 13), no sentido de amparar o inocente diante de uma falsa acusação ou de uma injusta condenação. O jurisconsulto pretendia mudar o sistema penal do século XVIII e também “modificar a mentalidade das pessoas, da sociedade, dos governantes e acima de tudo, dos juízes e magistrados” (PEREIRA, 2011, p. 49).

O mote da obra *Dos delitos e das penas* é o direito de punir, no sentido de como este deveria ser aplicado. Afirma seu autor:

As penas que vão além da necessidade de manter o depósito da salvação pública são injustas por sua natureza; e tanto mais justas serão quão mais sagrada e inviolável

for a segurança e maior a liberdade que a liberdade que o soberano propiciar aos súditos (BECCARIA, 1983, p. 15).

Beccaria argumentava ainda que o “rigor das penalidades deve estar em relação ao estado atual do país” (BECCARIA, 1983, p. 44). Ele entendia que o momento vivido não era mais marcado pela selvageria, mas percebia que os homens já estavam mais sensíveis e as penas poderiam ser menos rigorosas (BECCARIA, 1983, pp. 44-45). Também as penas deveriam ser proporcionais aos delitos praticados, sendo os mesmos passíveis de punição somente se estivessem previstos em lei. A aplicação das penalidades deveria ainda ser rápida, próxima do crime, para evitar as dúvidas ou os tormentos supérfluos (BECCARIA, 1983, p.54).

A secularização do direito de punir aparece ao longo do texto de Beccaria de forma clara. Em termos de justiça, o divino não poderia interferir no humano. Por isso, ele, veementemente, condena os processos inquisitoriais conduzidos pela Igreja:

Não descrevi esses espetáculos terrificantes em que o fanatismo erguia permanentemente fogueiras, onde corpos humanos alimentavam as chamas, onde o populacho se alegrava em escutar os gemidos abafados dos desgraçados, onde os cidadãos corriam, como um divertimento, para contemplar a morte de seus irmãos, em meio a turbilhões de negro fumo, onde os locais públicos ficavam repletos de restos palpitantes e de cinzas humanas (BECCARIA, 1983, p. 84).

Para Beccaria, Deus e a religião não mais governariam o homem moderno. Somente o Estado legislaria, bem como governaria ou julgaria. A religião não interferiria mais no âmbito público como o fizera no período medieval.

Serei, pois, inimigo do cristianismo, quando insisto pela manutenção da tranquilidade dos templos sob a proteção governamental, e quando afirmo, ao falar das grandes verdades (...) Ora, o que não deseja confiar a interpretação da lei à vontade e aos caprichos de um magistrado, não acredita numa justiça que venha de Deus (BECCARIA, 1983, p. 84 e pp. 101-102).

A análise sobre a pena de morte ganhou um capítulo próprio em *Dos delitos e das penas*. Beccaria se posicionou contra a pena de morte. Ele não aceitava que um homem pudesse degolar um ao outro de sua espécie, uma vez que “tal direito não tem por certo a mesma origem das leis que protegem” (BECCARIA, 1983, p. 45). A sociedade havia sido estabelecida a partir de uma vontade geral e que não havia sido concedida para retirar a existência de ninguém (BECCARIA, 1983, p. 45). A pena de morte também não foi capaz de evitar o mal. Pelo contrário, se tornou um espetáculo que comovia pelo suplício (BECCARIA, 1983, p. 47).

O jurista milanês colocou como opção à pena de morte a escravidão perpétua:

Poder-se-á dizer que a escravidão perpétua é do mesmo modo uma pena rigorosa, e, conseqüentemente, tão cruel quanto à morte. (...) A vantagem da pena de escravidão, quanto ao que se refere à sociedade, é que atemoriza mais aquele que a testemunha do que aquele que a sofre, pois o primeiro leva em consideração a soma dos instantes infelizes, enquanto que o segundo abstrai-se de suas infelicidades futuras pelo sentimento da desventura atual (BECCARIA, 1983, p. 48).

O processo criminal foi discutido em vários capítulos por Beccaria. Ele argumentou que era preciso humanizá-lo em todo o seu percurso (PEREIRA, 2011, p. 50). Para tanto, deveriam se escolher com isenção as testemunhas, produzir provas com exatidão, abolir a tortura e eliminar a pena de morte (PEREIRA, 2011, p. 50).

A condenação à tortura, também defendida por Montesquieu (1979, p. 93), é tratada no capítulo XII por Cesare Beccaria. O jurisconsulto chamou-a de barbárie, considerando-a intolerável (BECCARIA, 1983, p. 35). A tortura nada mais seria do que um castigo imposto ao acusado antes de sua condenação. Os maiores prejudicados com as torturas seriam os inocentes, que não conseguiriam suportar a dor física e confessariam crimes que não cometeram. Ele afirmou sobre a tortura:

A segunda razão, pela qual se submete à tortura um homem que se imagina culpado, é a esperança de elucidar as contradições em que lhe incorreu nos interrogatórios que o fizeram padecer. Contudo, o medo da tortura, a incerteza do julgamento que vai ser enunciado, o tom solene dos processos, a majestade do juiz, a própria ignorância, igualmente comum a maioria dos acusados inocentes ou culpados, são outros tantos motivos para fazer cair em contradição, não somente a inocência que treme como o crime que tenta esclarecer (BECCARIA, 1983, p. 34).

No final do texto, Beccaria aborda a prevenção dos crimes como forma de evitá-los. Montesquieu mencionava a necessidade da prevenção criminal (1979, p. 92). Tanto para o ilustrado francês, como para o milanês, o Estado precisava se ocupar mais em prevenir o crime do que remediá-lo, lembrando que sua função primordial era dar segurança e tranquilidade aos súditos (PEREIRA, 2011, p. 51). Beccaria sugeriu ainda leis simples, tratamento jurídico igual diante da lei, afastamento dos juízes corruptos dos tribunais e a recompensa do comportamento virtuoso (BECCARIA, 1983, pp.93-95). Convicto nas Luzes, apontou ainda outro caminho para se evitar o crime:

Desejais evitar o crime? Caminhe a liberdade seguida das luzes. Se as ciências produzem alguns malefícios, é quando são pouco difundidas; porém à proporção que se espalham, as vantagens que propiciam se tornam maiores. (...). Se derdes muitas luzes ao povo, a ignorância e a calúnia sumirão diante delas, a autoridade injusta

tremerá, somente as leis ficarão inamovíveis, todo-poderosas; e o homem esclarecido amará uma constituição cujas vantagens são notórias, quando conhecidos seus dispositivos, e que dá fundamentos sólidos à segurança pública. (BECCARIA, 1983, p. 94).

O manifesto de Beccaria é um dos textos mais notórios do Iluminismo. Logo ultrapassou as fronteiras da Itália e se “tornou um *best-seller* como *Do espírito das leis* de Montesquieu” (PEREIRA, 2011, p. 21). Na França, a obra foi traduzida pelo Padre Morellet, em 1766, como já se informou neste capítulo. Nos primeiros meses de 1766, foram impressos 7 mil exemplares da tradução francesa (PEREIRA, 2011, p. 22). Depois da versão francesa, apareceu a inglesa, logo depois a sueca, a polonesa, a alemã e a espanhola (PEREIRA, 2011, p. 23).

As críticas às ideias de Beccaria não tardaram. O jurista foi acusado de querer o abrandamento das penas. Os conservadores também apelaram para a religião no ataque ao jurista, invocando a tradição secular, os princípios de uma religião revelada, a participação da justiça divina na justiça humana (PEREIRA, 2011, p. 24). Em janeiro de 1765, o padre Ferdinando Faccinei publicou um violento panfleto contra Beccaria, defendendo a Inquisição, a pena de morte e a tortura (PEREIRA, 2011, p. 21). Acusou ainda Beccaria de ser “materialista, filósofo sem princípios, danoso para a sociedade e, acima de tudo, escritor que pretende destruir a religião” (PEREIRA, 2011, p. 21). Os irmãos Verri se encarregaram de uma resposta ilustrada ao padre em fevereiro de 1765. O contra-ataque se baseou na tolerância religiosa e na defesa da separação do Estado da religião. Nada disso impediu que a Europa lesse *Dos delitos e das penas* e falasse deste livro.

Em outubro de 1766, Cesare Beccaria seguiu para Paris, em companhia de Alessandro Verri, para encontrar os *philosophes*. Foi muito bem acolhido e lá conheceu todo o peso da glória de seu texto. Em contrapartida, Beccaria não se sentiu confortável nos círculos intelectuais franceses. Pouco participava dos debates e divergia dos radicais ilustrados. Deixou Paris, prematuramente, no fim de 1766 (PEREIRA, 2011, p. 26). Segundo Marcos Pereira (2011, p. 26), o verdadeiro motivo que fez o jurista deixar Paris foi o rompimento com os irmãos Verri por causa de uma autoria equivocada de um panfleto. Consequentemente, deram-se o fim do periódico *Il Caffé* e a desestruturação da Sociedade dos Punhos.

Em 1767, Beccaria foi convidado por Catarina II, da Rússia, a codificar as leis de seu império. Não aceitou o convite e preferiu ficar em Milão com seus estudos sobre economia política e continuar a serviço do governo (PEREIRA, 2011, p. 28). Em 1791, foi

membro da Comissão para a reforma do sistema judicial civil e criminal de sua cidade. Conseguiu abolir a tortura e ainda lutou contra a pena de morte. Morreu em 1794. Legou à humanidade seu único livro de peso, *Dos delitos e das penas*, e o fato de ter sido “precursor do direito penal moderno” (PEREIRA, 2011, p. 29).

No final do século XVIII, a França e a Áustria adotaram regimes penais mais humanos (HOF, 1995, p. 171). Aos poucos, os sistemas jurídicos foram se abrandando e sendo modificados – mais uma conquista do iluminismo jurídico.

A metáfora do sol nascente, em suma, ajudou-nos a explicar o caleidoscópio conceitual que envolve o tema do Iluminismo. Procuramos abordar o movimento ilustrado em suas amplas faces, destacando oposições e diferenças. Kant foi escolhido pela sua resposta acerca das Luzes. Nela, o filósofo prussiano chamou a atenção para a “saída da menoridade do homem” como a base do Iluminismo.

A “saída da menoridade do homem” alcançou o direito e os juristas, que encontraram na elaboração dos direitos do homem, nos códigos modernos e na humanização do direito penal, os possíveis sentidos para as Luzes. Nada poderia ser feito sem as ideias, autores do século XVII. Insistimos na relação entre o jusracionalismo setecentista e o Iluminismo, porque ambos se entrelaçaram.

As Luzes modificaram as mentalidades ocidentais e o direito como um sol. Nada escapou do questionamento ilustrado. Ainda que fosse, a luminosidade não é uniforme ou algo que pudesse ser vista apenas de uma única forma. Assim, chamamos de Iluminismo jurídico as orientações sobre o direito, mas entendemos que as projeções não são exatas e não podem ser enquadradas em modelos de definição. Mas a claridade invadiu o mundo jurídico e pudemos constatar que suas alterações mais profundas foram no campo dos direitos do homem.

No **Capítulo 3**, seguiremos nossa investigação sobre o Iluminismo jurídico em Portugal. Examinaremos as vicissitudes do movimento ilustrado sobre as terras portuguesas, com o intuito primordial de perceber a recepção das Luzes pelos juristas e pelo direito. Aos poucos, perceberemos que o sol nasceu para todos no campo jurídico europeu, inclusive em Portugal – sem perder de vista que a luz solar é sempre multifacetada e nunca recai sobre um lugar do mesmo modo que em outro.

3. LUZES SOBRE O DIREITO PORTUGUÊS: A LEI DA BOA RAZÃO (1769) E AS REFORMAS POMBALINAS NA FACULDADE DAS LEIS (1772)

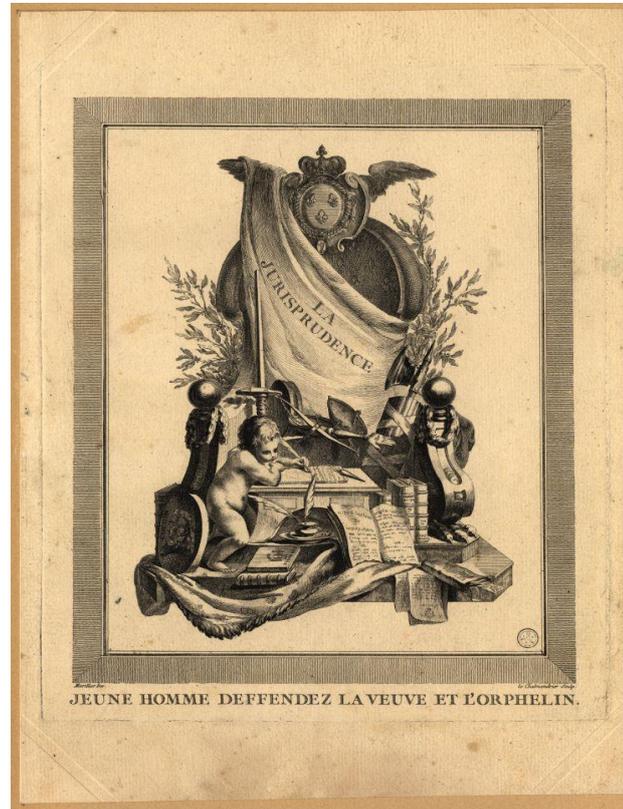


FIGURA 2: “La Jurisprudence”: gravura por Clément Pierre Marrilier (1740-1808). Fonte: <http://bn.pt/purl.pt/4349/1/> (último acesso em 03/07/2014).

A gravura acima, *La Jurisprudence*, está guardada na Biblioteca Nacional de Portugal e disponível *on-line* pelo *site* da mesma instituição. Trata-se de uma imagem produzida, entre 1770-1800, pelo artista francês Clément Pierre Marrilier (1740-1808).²⁸ Existem outras gravuras de Marrilier digitalizadas pela Biblioteca portuguesa, mas esta nos chama a atenção, porque apresenta como tema central a “ciência do direito”, ou seja, a Jurisprudência, em uma obra setecentista arquivada em Lisboa.²⁹

²⁸ As informações sobre o autor e a data da obra foram retiradas do *site* da Biblioteca Nacional. Disponível em: <http://bn.pt/purl.pt/4349/1/>. Acesso em 03/07/2014.

²⁹ Nosso intuito com *La Jurisprudence* é apenas reflexivo. A imagem nos intrigou, especialmente, porque o direito não costuma ser representado no que tange à sua própria ciência. Nosso destaque é apenas pela curiosidade em torno do trono, da lei escrita e da ciência do direito, elementos centrais da obra e que aludem ao tema do jurídico, que é o mote principal da presente tese.

La Jurisprudence nos estimula a repensar o intrincado caminho do Iluminismo nas terras lusitanas, no que tange, em especial, à área do direito. Alguns elementos presentes na imagem – tais como o trono, a lei sendo escrita e a faixa com a expressão *La Jurisprudence*, cuja tradução é “A Jurisprudência”, ou seja, a “ciência do direito” – provocam-nos a refletir sobre os mesmos e seus sentidos no ambiente português bafejado pelas Luzes.

O **Capítulo 2** mostrou que o tema das Luzes é de difícil explicação epistemológica, filosófica e histórica. Os argumentos acerca do Iluminismo são marcados por várias tentativas de definição e, ademais, entre os próprios autores iluministas, não havia consenso. As dificuldades também se estendem aos marcos temporais e geográficos que dizem respeito ao Iluminismo. Apesar de todas as ponderações acerca das Luzes, vislumbramos, em essencial, que o movimento, com origens no século XVII, modificou a forma do ser humano ver o mundo, no sentido de desmistificação do sagrado e na elaboração de um pensamento crítico racional em todo o Ocidente. O homem ilustrado, no exercício racional, livre de qualquer autoridade, poderia construir novas perspectivas sobre si mesmo e sobre a ciência.

Em vista desta nova realidade trazida pelas Luzes, o direito, ainda no século XVII, reconstruiu o sentido de direito natural em uma perspectiva mais humanista e racional. A defesa dos direitos do homem e a razão iluminista não demoraram a participar do conteúdo das principais leis do século XVIII. As legislações também passaram a ser organizadas em códigos sistematizados de forma racional dedutiva.

Nesse enredo ilustrado, transformador das mentalidades ocidentais, a situação de Portugal vem sendo tratada como uma espécie de exceção.³⁰ Não há um consenso teórico no que diz respeito às formas de recepção das ideias ilustradas ou mesmo sobre a presença delas no país. Trata-se de polêmica que ocupa intelectuais desde o século XVII. Permeado por esta querela das Luzes, está o conhecimento jurídico português. Nossa dúvida principal é se as manifestações acima referenciadas e vistas no capítulo anterior sobre o Iluminismo jurídico estiveram presentes no ambiente luso setecentista, bem como se as mesmas foram mediadas pela legislação, pelo ensino e pelos juristas.

Para investigarmos nosso problema, enfrentaremos no capítulo, primeiramente, as questões sobre os significados das Luzes em Portugal a partir das posições críticas ao país no

³⁰ A discussão sobre as Luzes em Portugal não é objeto principal de nossa tese. Desta forma, não temos a pretensão de exaurir o assunto, até mesmo tendo em vista a sua complexidade e a quantidade de trabalhos sobre o tema.

Compêndio histórico do estado da Universidade de Coimbra (1771). Depois, veremos o pensamento dos letrados setecentistas, Luís Antônio Verney (1713-1782) e José Seabra da Silva (1732-1813) sobre o pretenso atraso luso. Para finalizarmos nossas considerações sobre o Iluminismo português, seguiremos com as interpretações historiográficas predominantes no século XX acerca do tema. Após essas ponderações, veremos como se manifestaram as Luzes sobre o direito luso.

Primaremos, em nossa reflexão posterior, por privilegiar dois momentos históricos fundamentais no direito ilustrado português: a Lei da Boa Razão (1769) e a reforma curricular na Faculdade das Leis da Universidade de Coimbra (1772). Tanto a Lei quanto a reorganização curricular de Coimbra fizeram parte do governo de D. José I (1750-1777), encabeçado pelo seu ministro Sebastião de Carvalho e Mello (1699-1782), Conde de Oeiras (1759) e Marquês de Pombal (1770). Pombal acreditava que era preciso modernizar Portugal e, entre outras coisas, reformulou o direito português e o ensino jurídico, visando racionalizar a ciência jurídica e aderir a uma nova concepção de direito natural moderno (LOPES, 2002, p. 228), preconizada pela Escola Moderna de Direito Natural de Grotius e Pufendorf (FALCON, 1982, p. 438).

No Iluminismo impulsionado pela Coroa portuguesa, centrado na figura do Marquês de Pombal e suas reformas, verificaremos que as ideias sobre o direito que circulavam na Europa ilustrada foram também repensadas, em especial, pelo jurista de Ansião: Pascoal José de Mello Freire dos Reis (1738-1798). Mello Freire e suas obras serão devidamente analisados nos próximos capítulos para conseguirmos apreender as Luzes no ambiente intelectual lusitano a partir de sua perspectiva.

Para termos uma ideia da importância do conhecido jurista português mencionado, seguindo a tendência de produção codificada moderna, ele apresentou seus pré-projetos de códigos à rainha D. Maria I, entre 1783-1789, ou seja, no mesmo período em que iniciativas similares se deram em outras regiões europeias, como na Baviera que elaborou seu primeiro sistema codificado em 1756 (LOPES, 2009, p. 191) e na Áustria, que teve seu código inaugural proclamado em 1787 (LOPES, 2009, p. 191). As iniciativas em prol da codificação legislativa portuguesa de Mello Freire são uma evidente demonstração do alinhamento de Portugal ao movimento de organização do direito via os códigos sistematizados.

Com base em nossa abordagem sobre a Lei da Boa Razão (1769) e as reformas curriculares em Coimbra (1772), bem como sobre o pensamento do jurista de Ansião, nos

Capítulos 4 e 5, demonstraremos que o direito português do século XVIII estava muito mais iluminado do que supunham os *philosophes* pertencentes à Europa transpirenaica.

3.1 Questões acerca das Luzes em Portugal

O debate acerca de uma suposta recepção tardia das Luzes em Portugal, em relação aos demais países europeus, iniciou-se entre os próprios letrados portugueses setecentistas (CARVALHO, 2008, p. 17). Tais sujeitos puseram o século XVI em um verdadeiro “banco dos réus” (CALAFATE, 2012, p. 107). Para eles, Portugal estava divorciado do progresso do restante da Europa das Luzes e tinha que ser ajustado aos padrões ilustrados do continente. Acreditavam que era preciso salvar a cultura portuguesa das trevas seiscentistas. Iluminar sua própria nação era a missão à que se arrogavam os pensadores portugueses do século XVIII.

Como aconteceu nas variadas matrizes da Ilustração europeia, as Luzes foram recebidas pelo prisma cultural de cada lugar e Portugal encontrou a sua forma de tratá-las. Aliás, a recepção portuguesa das Luzes foi distinta em relação a outras partes e diferenciada no próprio país, isto é, não se deu de forma unívoca nem mesmo em território português. Por causa dessas especificidades, não se deve falar em atraso ou dianteira da história, mas perceber o caráter multifacetado das Luzes, que pode ser observado na diversidade dos autores ilustrados, mais ou menos radicais, em suas buscas dos amplos sentidos que a expressão kantiana “saída da minoridade” carrega em si mesma. Esta é uma das ideias centrais defendidas na presente tese.

A autoimagem de inferioridade lusa, criada pela maioria (CALAFATE, 2012, p. 119) dos autores setecentistas acerca do período anterior, era associada, em especial, à presença da Companhia de Jesus, promotora da ‘escolástica irracional’ que afastava do país a ciência ilustrada europeia (CALAFATE, 2012, p. 108). Vejamos uma pequena amostragem dessa consciência catastrófica da realidade portuguesa setecentista. Começemos pelo *Compêndio histórico do estado da Universidade de Coimbra* (1771), manifesto pombalino e, depois, passemos às ideias do oratoriano Luís Antônio Verney e do jurista José Seabra da Silva.

A postura do monarca D. José I acerca da necessidade de reformar a Universidade de Coimbra nos revela o desconforto luso em comparação a outros ambientes europeus

considerados mais avançados. Nesse sentido, em 1770, o então rei convocou uma junta literária³¹ para levantar as causas de decadência do ensino universitário de Coimbra. As conclusões da junta formam o *Compêndio histórico do estado da Universidade de Coimbra* (1771). O *Compêndio* culpou os jesuítas por todos os estragos educacionais na instituição. Também apontou como o maior problema na Universidade o uso indiscriminado do método escolástico. Tal método privilegiava, ‘equivocadamente’, a filosofia aristotélica, deixava de lado o estudo do grego e do latim e permitia a fragmentação do conhecimento:

Já não há, por felicidade nossa, neste presente tempo, quem possa duvidar com alguma aparência de razão de que todos os estragos, que no Moral e no Físico desta Monarquia se viram no meio dela amontoados pelo longo período dos últimos dois séculos, foram horrorosos efeitos das façanhosas atrocidades dos denominados Jesuítas. (...) Primeira, que a Universidade de Coimbra, depois que foi governada por aqueles Sextos e Sétimos Estatutos, não ficou mais sendo uma Universidade de Letras, mas sim, uma oficina perniciososa, cujas máquinas ficaram sinistramente laborando, para delas sair a má obra de uma ignorância artificial que obstruísse todas as luzes naturais dos felizes engenhos portugueses (COMPÊNDIO, 2011, p. 107 e p. 171).

José Esteves Pereira sintetiza a relação entre o *Compêndio* e o ataque à Companhia de Jesus:

O *Compêndio histórico do estado da Universidade de Coimbra* seria acima de tudo, uma ocasião oportuna para um ataque frontal do paradigma de poder que, politicamente, se associou aos jesuítas expulsos de Portugal e seus domínios em 1759, tendo a Companhia de Jesus sido extinta em 21 de julho de 1773 pela bula de Clemente XIV, *Dominus ac Redemptor* (PEREIRA, 2010, p. 14).

O *Compêndio histórico* dedicou sua segunda parte a revelar o estado de calamidade em que se encontrava a Jurisprudência em Coimbra. Segundo a avaliação do *Compêndio*, a Faculdade das Leis continuava a utilizar a doutrina jusnaturalista aristotélica-tomista e não procurou se adaptar ao novo entendimento acerca do direito natural laicizado de Grotius e Pufendorf. O texto concluía que era preciso dar um tratamento especial à disciplina de Direito Natural a partir de um modelo racional e moderno:

Da funesta e terrível ruína que os perniciosos Maquinadores dos mesmos Estatutos fizeram na Jurisprudência, por meio das detestáveis maquinações que por Eles vimos executadas contra a Ética, foi necessária consequência o outro mortal golpe que da nociva mão dos mesmos Maquinadores receberam também as Ciências Jurídicas, pela corrupção em que igualmente puseram a importantíssima Disciplina do Direito Natural, pela total preterição que fizeram das suas lições e pela crassa e prejudicial ignorância da mesma Disciplina em que por fim conseguiram precipitar a Mocidade destes Reinos que seguia os Estudos de Direito. Pois que o Direito

³¹ A Junta foi coordenada por D. João Cosme da Cunha e pelo Marquês de Pombal. Participaram também Frei Manuel do Cenáculo, José Ricale Pereira de Castro, José de Seabra Silva, Francisco António Marques Giraldes, Francisco de Lemos, Manuel Pereira da Silva e João Ramos de Azevedo Coutinho (CARVALHO, 2008, p. 49).

Natural é notoriamente a Disciplina mais útil e a mais necessária com que os Juristas se devem dispor e preparar para fazerem bons progressos nas Ciências Jurídicas. (...) E sendo o Direito Natural a base fundamental de todas as Leis positivas, como fica demonstrado, é proposição evidente que para estas se poderem bem perceber, não pode haver socorro algum que tanto contribua para isso, como é o bom conhecimento das Leis Naturais (COMPÊNDIO, 2011, p. 256).

Já Luís Antônio Verney, religioso da Congregação do Oratório, ao longo de todo o seu *Verdadeiro método de estudar* (1746), reiterou o atraso de Portugal, em contraposição aos europeus no século XVIII. Verney escreveu em 1746 e dominava o discurso iluminado nos campos da matemática, da física, da ética, da filosofia, da linguística e do direito. Entre outras noções características do Iluminismo, o oratoriano defendia o método empirista sensista típico de Locke (TEIXEIRA, 1983, p. 44) e seguia a esteira jusnaturalista de Grotius e Pufendorf (CALAFATE, 2012, p. 118). Para Verney, “os portugueses e espanhóis eram os povos do continente europeu mais ensimesmados e aferrados às suas antigas tradições” (CALAFATE, 2012, p. 118). Ele argumentava que seu país havia perdido a dianteira da história, “ao passo que os europeus abrilhantavam o espírito num contexto de diálogo cultural intenso, à medida do cosmopolitismo do século XVIII” (CALAFATE, 2012, p. 118). Lemos em seu *Verdadeiro método de estudar*:

Isto é verdadeiramente conhecer o merecimento de cada cousa. Mas observo também que este método [racionalista] é ignorado nas Espanhas e mui principalmente em Portugal, onde vejo desprezar todos os estudos estrangeiros, e com tal empenho, como se fossem maus costumes ou coisas muito nocivas (VERNEY, 1746, p. 16.)

Verney discorreu sobre a “ciência do direito” nas Cartas 11^a e 13^a, Tomo II, do *Verdadeiro método de estudar*. O oratoriano não conseguiu se aprofundar sobre o direito na obra em questão, mas expressou uma posição claramente “anti-escolástica e anti-jesuítica” (TEIXEIRA, 1983 p. 43). O tom de desprezo por Portugal no campo do conhecimento jurídico (VERNEY, 1746, p. 123-125) também foi mantido nas cartas. Em uma clara adesão ao pensamento jusnaturalista moderno, Luís Antônio Verney defendeu a teoria de um direito natural universal, ditado exclusivamente pela razão: “a lei que não é deduzida da boa razão, nem merece o nome de lei” (VERNEY, 1746, p. 64). Apreciava o pensamento de Pufendorf (CALAFATE, 2012, p. 118), como já dissemos, sendo um adepto da Escola Moderna de Direito Natural deste mestre holandês (MONCADA, 1948, p. 96).

O jurista José Seabra da Silva, desembargador e Procurador da Coroa, por sua vez, na *Dedução Cronológica e Analítica* (1768), respaldava tal tipo de posicionamento

ilustrado português que via um abismo cultural entre as Luzes racionalistas, que se dissipavam pelo continente europeu, e o atraso de sua pátria, ligado aos jesuítas e ao escolasticismo:

Armando-se por uma parte com as certezas de que já então não havia neste Reyno nem Doutores, nem de Livros de sans, e verdadeiras Doutrinas, porque tudo isto se achava por Elles destruído com as mortes dos dois mil Eclesiásticos, que havião feito submergir no Mar adjacente à Barra de Lisboa, e com o destroço, que havião feito nas Livrarias pela clandestina introdução dos *Índices Expurgatórios*, que havião formado; de que em tais termos ninguém podia ler senão o que Elles querião, que se lesse, desde os primeiros rudimentos da Grammatica até os maiores grãos das Artes, e Sciencias, como deixo assim ponderado: Armando-se por outra parte com o Estratagema das vozes, que espalhavão nos povos para persuadirem a que erão heréticos todos os uteis, e excellentes Livros escritos nas línguas vivas das Nações mais cultas, e mais illuminadas da Europa, com que ella tem feito nestes últimos tempos um tão grande progresso as Artes, e Sciencias; para ficarmos sem o uso deles na mais densa, e crassa ignorância (SYLVA, 1768, pp. 388-389).³²

A *Dedução*, um panfleto doutrinário contra a presença jesuítica, pode ser considerada a mais importante obra sobre as “calamidades supostamente causadas pela Companhia de Jesus a Portugal” (CARVALHO, 2008, p. 49). Também defendia o absolutismo monárquico e combatia as teorias corporativas ligadas à Segunda Escolástica. Nela, lê-se:

Sendo o Supremo Poder temporal um só único, indivíduo e o mesmo idêntico Poder em todos os Príncipes Soberanos, para Eles imediatamente emanados de Deus todo Poderoso, sem depender direta ou indiretamente de qualquer outro Poder deste Mundo para o Governo das Cousas Humanas e de tudo em que se interessa a Ordem Pública e bem do Estado Temporal [...], desde os princípios da Monarquia Portuguesa se observou o Direito e se estabeleceu o costume de não se publicarem Breves, Bulas ou quaisquer outros Rescriptos da Cúria Romana [...] sem se precederem o prévio exame, Beneplácito Régio (SYLVA, 1768, p. 185).

José Esteves Pereira comenta que a *Dedução* procurou demonstrar a inviabilidade de qualquer “tentativa de injunção eclesiástica na esfera temporal” de poder (PEREIRA, 2010, p. 10). Segundo Pereira, Seabra Silva partiu de dois pressupostos fundamentais na construção dessa tese. O primeiro seria que o poder real não nasceu em Portugal de um pacto social. Em segundo lugar, que as cortes não eram um órgão constitucional, mas uma instituição conjuntural. O rei português se tornou soberano pelos títulos de conquista nas guerras contra os infiéis, e não pelas eleições dos povos (PEREIRA, 2010, p. 10). Dessa forma, era legítimo o governo luso absoluto, sem as ingerências de Deus ou dos homens.

As opiniões citadas dos letrados setecentistas eram muito dicotômicas: de um lado, via-se o passado de trevas medievais e, de outro, um presente e/ou futuro das Luzes.

³² A *Dedução Cronológica e Analítica* foi supervisionada pelo Marquês de Pombal (PEREIRA, 2010, p. 10).

Desconsideraram que as próprias deferências faziam parte de uma mentalidade crítica ilustrada. A partir das fontes acima, brevemente mencionadas, fica demonstrada a repetitiva autoimagem setecentista portuguesa de isolamento em relação à Europa ilustrada: ou seja, Portugal havia perdido a dianteira da história frente às Luzes. Nessa perspectiva, o quadro português era visto como em atraso, mas os pensadores da nação estavam, plenamente, antenados às Luzes, no sentido de conhecerem as obras dos *philosophes*.

A trilha controversa das Luzes em Portugal se estende à historiografia luso-brasileira no século XX. Francisco Falcon representa parte do pensamento que defende que as transformações ilustradas não ocorreram na Europa ibérica ou que nela apenas “tiveram seus primeiros passos” (FALCON, 1982, p. 149). Flávio Carvalho resume esse tipo de atitude tradicional como uma “propensão na historiografia brasileira, e principalmente, na lusa, em situar Portugal como um caso à parte em comparação aos parâmetros dos avanços intelectual e científico do resto da Europa” (CARVALHO, 2008, p. 22), em um claro posicionamento de “defasagem intelectual do iluminismo português” (CARVALHO, 2008, p. 22). A rotulação do Iluminismo português com os termos “Iluminismo Católico”, “Ecletismo” e “Ilustração de compromisso”, também sugere o tom historiográfico de rebaixamento do movimento intelectual luso (CARVALHO, 2008, p. 34).

A expressão “Iluminismo católico” pode ser atribuída aos trabalhos do historiador Luís Cabral de Moncada (1948). Moncada (1948) acredita que a tradição católica de Portugal impediu a entrada de muitas ideias ilustradas ligadas ao materialismo, anticlericalismo ou incredulidade. O Iluminismo luso teria sido elaborado a partir de um viés interpretativo, exclusivamente, católico e constituiria um caso à parte nas Luzes europeias, que foram, em geral, fundadas em um suposto protestantismo radical tolerante.

A questão que nos incomoda no termo “Iluminismo Católico” de Cabral de Moncada é que o mesmo tende a reduzir as ideias ilustradas portuguesas somente ao fator religião católica e, ademais, a uma plena uniformidade. Lembramos que o catolicismo não foi tratado de modo igual pelos ilustrados lusos, sendo que o apreço à crença não se revestiu da mesma intensidade entre eles (ARAÚJO, 2003, p. 18).

Tampouco o catolicismo permaneceu ileso aos questionamentos ilustrados em Portugal (ARAÚJO, 2003, p. 18). Na segunda metade do século XVIII, na Universidade de Coimbra, circulavam várias obras contrárias à Igreja em um ambiente bastante propício às críticas acerca da fé católica (RAMOS, 2001, p. 313). Os historiadores Luiz Carlos Villalta, Christianni Morais e João Paulo Martins reforçam que “dois diagnósticos, ambos de 1804, mostram a permanência da circulação de livros proibidos em Coimbra: um, do Intendente

Geral de Polícia e outro, do então reitor” (VILLALTA, MORAIS & MARTINS, 2013, p. 48). Segundo um desses diagnósticos, havia escritos de pensadores proibidos e contrários ao catolicismo como os de Pierre Bayle (1647-1706) e de Jean Jacques Rousseau (1712-1778) no referido círculo universitário (VILLALTA, MORAIS & MARTINS, 2013, p. 48).³³ Bayle incomodou a Igreja ao apresentar, em seu *Pensées diverses sur la comète* (1683), “a possibilidade de um ateu ser virtuoso” (VILLALTA, 2015, p. 96), bem como a viabilidade de uma “sociedade e governo sem que existisse religião, isto é, sociedade e república poderiam existir prescindindo da religião” (VILLALTA, 2015, p. 96). Entre outros pontos, Rousseau era mal visto por defender “a necessidade de uma religião civil, que teria como um dos dogmas a proibição da intolerância” (VILLALTA, 2015, p. 102).³⁴

Em virtude da circulação e propagação dessas ideias heréticas entre professores e alunos de Coimbra,

entre 1778 e 1804, várias medidas foram tomadas para conter a circulação e a leitura de livros proibidos no meio acadêmico. Tais medidas, se mostram, por um lado, as restrições à liberdade que sobreviviam à época, por outro, respondem às resistências de professores e alunos em acatá-las, além da eficácia limitada da repressão (VILLALTA, MORAIS & MARTINS, 2013, p. 47).

Mais do que a presença dessas obras e /ou autores, havia alguns professores e alunos que claramente defendiam proposições anticatólicas e anti-eclesiásticas (VILLALTA, MORAIS & MARTINS, 2013). Exemplo de lente coimbrese defensor de proposições ameaçadoras ao catolicismo foi José Anastácio da Cunha (1744-1787). José Anastácio, indicado a Coimbra pelo próprio Marquês de Pombal, ocupou a cadeira de Geometria no recém-criado curso de Matemática entre 1773-1778 (VILLALTA, MORAIS & MARTINS, 2013, pp. 26-29). O matemático se destacou por grandes contribuições aos estudos dessa natureza na universidade (VILLALTA, MORAIS & MARTINS, 2013, pp. 26-29). Só para termos uma ideia de seu brilhantismo acadêmico, destacamos seu método próprio de ensino e a elaboração de um *Compêndio de Elementos Práticos de Geometria*, em 1776, que só veio a ser publicado após a sua morte (VILLALTA, MORAIS & MARTINS, 2013, p. 30).

³³ Os autores se referem aos diagnósticos de abril e de maio de 1804. O primeiro fora conduzido pelo Intendente, Diogo Inácio Pina Manique (1733-1805). Pina Manique avaliou a circulação de livros proibidos em Coimbra e concluiu que os escritos contrários à religião estavam sendo bastante manuseados por estudantes e professores. O segundo diagnóstico foi feito pelo reitor Francisco de Lemos (1735-1822). Reclamou que, após o Alvará de 1795, livros inadequados eram vendidos aos alunos sem qualquer controle jurisdicional (VILLALTA, MORAIS & MARTINS, 2013, p. 48).

³⁴ Para um maior detalhamento do pensamento de Pierre Bayle e de Jean Jacques Rousseau e outros ilustrados anticatólicos ou antirreligiosos, ver o capítulo 2 de Luiz Carlos Villalta (2015). Ver ainda sobre Bayle e Rousseau a dissertação de Igor Tadeu Camilo Rocha (2015, pp. 33-34 e pp. 37-38) no que tange ao tema da tolerância religiosa.

Em julho de 1778, o docente mencionado foi preso pela Inquisição que o acusou de libertino e deísta ao incentivar a

“novidade destas seitas, que, desde o princípio do século de quinhentos, têm grassado por outros países da Europa”, chegando, então, “as suas heresias a corromper a mocidade em Portugal”, servindo, “nestes delitos, de perniciosíssimo exemplo” (J. P. Ferro [1778] apud VILLALTA, MORAIS & MARTINS, 2013, p. 30).

De fato, o catedrático disponibilizava em sua casa livros proibido “à espera da leitura” (VILLALTA, MORAIS & MARTINS, 2013, pp. 30-31) e/ou compra dos estudantes. Anastácio da Cunha ainda teve uma vida anterior a Coimbra, nos idos de 1764 e 1773, considerada bastante desregrada pelos posicionamentos ditos heréticos em Valença do Minho (VILLALTA, MORAIS & MARTINS, 2013, p. 31). Uma pequena amostra de suas heresias dizia respeito à defesa da fornicção simples e das práticas sexuais entre pessoas solteiras, ao apoio ao deísmo e à oposição ao celibato sacerdotal (VILLALTA, MORAIS & MARTINS, 2013, p. 30). Na universidade, sua postura crítica aos preceitos católicos continuaram e o letrado foi condenado ao degredo em Évora e Lisboa pelo processo inquisitorial no mês de outubro de 1778 (VILLALTA, MORAIS & MARTINS, 2013, p. 30).³⁵

Diante dos questionamentos existentes ao catolicismo em Coimbra e de que o mesmo não foi sempre um dogma irrefutável em Portugal, não nos surpreendemos, que em 1760, D. José I, em atitude regalista, rompesse relações com a Santa Sé (MARCOS, 2006, p. 31). A expulsão jesuítica (1759) é congruente com a perspectiva secularizadora seguida pela coroa portuguesa, em seu afã de fortalecer o absolutismo monárquico e, por conseguinte, enfraquecer as interferências do poder religioso. A partir dessas situações, vemos que não havia uma perfeita sintonia entre os interesses da Igreja e do ambiente ilustrado pombalino, de forma que intitular o Iluminismo português como meramente “católico” levaria a uma desconsideração geral dos conflitos que existiram, em especial, devido às objeções acerca dos espaços de atuação do poder espiritual e do temporal.

Dessa maneira, não podemos falar somente num “Iluminismo católico” para denominar as Luzes portuguesas, nem mesmo aquelas patrocinadas pela coroa portuguesa, uma vez que nem esta última nem todos os letrados lusitanos utilizaram o catolicismo como norteador único para a apreensão das Luzes. Sobre isso, comenta Ana Cristina Araújo:

³⁵ Para conhecer os detalhes da vida, das heresias e da condenação de José Anastácio da Cunha, ver o capítulo de Luiz Carlos Villalta, Christianni Moraes e João Paulo Martins (2013).

A fidelidade à crença pode permanecer intocada mas não reveste a mesma intensidade nem se exprime da mesma maneira em Teodoro de Almeida (1722-1804), Francisco Bernardo de Lima (1727-1764), ou em Leonor de Almeida, a marquesa de Alorna, para só citar alguns casos emblemáticos [de letrados ilustrados portugueses] (ARAÚJO, 2003, p. 18).

Silva Dias (2006), acompanhado por Braz Teixeira (1983), procurou relativizar a importância do catolicismo no Iluminismo português (CARVALHO, 2008, p. 36) e preferiu a ideia de que os lusitanos esclarecidos foram “católicos que se situaram dentro dos parâmetros das Luzes” (DIAS, 2006, p. 187), ou seja, o movimento português seria melhor denominado como “Ecletismo”. Isso significava que:

Entre nós, porém, tal como ocorreu noutros países de tradição católica como a Itália ou a Áustria, o Iluminismo apresentou certos caracteres que o diferenciam da Europa central, assistindo-se inclusive, nos últimos anos do século XVIII, a um certo refluxo e perda de força do movimento, que tenderá a integrar em si teses e orientações especulativas próprias da anterior e antagônica tradição aristotélico-escolástica, recebendo, por isso, com justiça a denominação de ecletismo que em geral, lhe é dada (TEIXEIRA, 1983, p. 38).

De alguma forma, Dias e Teixeira compreendem e reconhecem as especificidades das Luzes portuguesas, mas não acreditam que os letrados lusos conseguiram apreender “a dialética radical da Ilustração” (DIAS, 2006, p. 25). Não haveria no terreno intelectual luso espaço para qualquer radicalismo, em virtude da tradição católica. A perspectiva de Silva Dias e Braz Teixeira, apesar de menos limitada do que a de Moncada, ainda coloca o Iluminismo português em um patamar inferior e uniformizador, distinto do ocorrido no restante da Europa. O uso do termo “Ecletismo” implica conceber uma mistura superficial das ideias ilustradas pelos letrados da pátria lusitana. Não envolve nenhuma menção à diversidade própria da Ilustração existente entre os *philosophes*, fossem de Portugal ou de qualquer parte da Europa central.

Silva Dias (2006, p. 167) afirma também que as Luzes chegaram em Portugal graças aos *estrangeirados*. Os *estrangeirados* eram portugueses que viveram fora do país, tiveram contato com o Iluminismo em outros lugares e retonavam à pátria para esclarecê-la. O termo não deve ser aplicado para reforçar qualquer tipo de obscurantismo luso em relação à Europa, mas para se referir aos homens que viajaram para outras partes do mundo e enriqueceram sua formação a partir deste trânsito intelectual. Júnia Furtado explica o conceito de *estrangeirado*:

Eram homens que se caracterizaram por sua abertura e trânsito intelectual com o mundo europeu e que tinham na viagem o principal mecanismo do aprendizado e de

formação de um conhecimento capaz de contribuir para o desenvolvimento político, econômico e intelectual do Reino. Fortes defensores do pragmatismo e do empirismo, eram homens viajados, sendo que vários deles estiveram, como funcionários régios, no Brasil (alguns inclusive eram originários de lá) ou em outras partes do império marítimo português que se estendia pelas quatro partes do mundo. Parte dessa elite intelectual foi promovida por Dom João V, e muitos se tornaram ministros do governo, membros da administração no reino e no ultramar, diplomatas ou participavam das articulações políticas do Conselho Ultramarino, discutindo amplamente as questões do Império, quase sempre num caráter privado, mas alguns de seus membros participaram da Academia Real de História Portuguesa, surgida a partir da Academia dos Generosos fundada pelo pai e pelo tio de Dom Luís da Cunha e pelo Conde de Ericeira (FURTADO, 2012, p. 145).

Verney pode ser chamado de *estrangeirado*, uma vez que estudou vários anos em Roma e voltou à terra natal com uma bagagem cultural carregada das ideias iluministas. A experiência como diplomata de Sebastião de Carvalho e Mello também o aproximou das Luzes europeias e contribuiu para sua posterior atuação esclarecida quando se tornou ministro de D. José I (MAXWELL, 1997, p. 4). No entanto, outros personagens ilustrados referidos em nossa tese, como Mello Freire e Seabra Silva, nunca estiveram fora de Portugal. Isto significa que nem todo o conteúdo ilustrado luso veio sob a influência ou por obra direta dos *estrangeirados*.³⁶

Pedro Calafate (2012) procurou rever a expressão “Ecletismo”, de Silva Dias (2006) e Teixeira (1983), no sentido de apresentá-la como representativa de uma variedade de ideias no contexto filosófico ilustrado português. Calafate (2012, p. 115) defende que, mesmo diante da presença do marcante catolicismo, houve um dinamismo de ideias entre os intelectuais setecentistas lusos que elaboraram teses mais radicais e/ou mais moderados no mesmo período em que vigorava um “ambiente plural da Europa das Luzes” (CARVALHO, 2008, p; 39). As Luzes portuguesas se basearam no mesmo pressuposto europeu ilustrado de questionamento racional, crítico da autoridade, vinculando-se mais ou menos a noções conservadoras. Carvalho também reforça o parecer de Pedro Calafate sobre a base comum do Iluminismo português em comparação com o europeu:

Neste contexto, a liberdade de pensamento era o elemento básico de sustentação do ecletismo, configurando-se na consciência de uma libertação voluntária da *auctoritas*, nomeadamente do aristotelismo escolástico, mas também do racionalismo metafísico do século XVII (CARVALHO, 2008, p. 39).

³⁶ Não estamos prescindindo dos *estrangeirados* na formação das Luzes portuguesas, mas devemos relativizar esta noção. Lembramos que foi o embaixador português em Paris, José da Cunha Brochado (1651-1733), quem trouxe a obra de Pufendorf, *Tratado de direito natural e das gentes*, para Portugal (DIAS, 2006, p.173). Sobre os cuidados com o termo *estrangeirado*, ver Jorge Borges de Macedo (1974).

A expressão “Ilustração de compromisso” foi utilizada pelo historiador lusitano Norberto Ferreira da Cunha em referência ao Iluminismo português (CARVALHO, 2008, p. 40). Norberto da Cunha (2001, p. 22) tenta evitar o discurso de Luzes inferiores em Portugal aludido anteriormente. Ele acredita que houve uma adoção do conhecimento racional em detrimento do aristotelismo escolástico no século XVIII pelos ilustrados lusos, no sentido de compartilharem o pensamento fundamental ilustrado dos *philosophes* do Além-Pirineus. No entanto, permanecia no contexto português uma adesão ou compromisso ao espírito do Concílio de Trento (CARVALHO, 2008, p. 40). Por isso, as Luzes portuguesas estiveram a serviço da doutrina trentina, intolerante e contrareformista (CUNHA, 2001, p. 26). A tentativa de Norberto Cunha de fugir do estereótipo sobre a Ilustração lusa é válida, mas o autor perde de vista a diversidade do movimento em Portugal ao utilizar a expressão “compromisso”. Como dito nas páginas anteriores, Portugal continha o caleidoscópio de ideias iluminadas e não houve um acordo entre os todos seus pensadores em torno da adesão ao catolicismo, quer fosse em relação às ideias católicas como um todo, quer fosse a um tipo de ideias. Daí que a “Ilustração de compromisso” continua estabelecendo uma uniformização entre os ilustrados lusos e não relativiza o tema da religião conforme o pensamento de cada um deles.

De uma maneira geral, a mobilização intelectual lusa tem como premissa interpretativa básica no presente estudo a multiplicidade interna e/ou mediações contraditórias características das Luzes. Nesta acepção, o Iluminismo português, como visto exemplarmente em José Anastácio da Cunha, chegou a ter uma aproximação dos seus conceitos mais radicais de incredulidade ou materialismo. Em contrapartida, a maioria dos letrados continuou ligada aos dogmas católicos e às tendências mais moderadas do movimento. Da mesma forma, que as Luzes portuguesas também foram adaptadas ao contexto regalista encabeçado pelo Marquês de Pombal. Mas são inegáveis as transformações na sociedade portuguesa setecentista sob as orientações ilustradas (ANTUNES, 2011, p. 20). O período pombalino foi marcado pela noção iluminista fundamental de racionalização crítica, mesmo dentro das limitações portuguesas do Estado despótico e da forte influência da religião católica.

Álvaro de Araújo Antunes também nos ajuda a explicar as particularidades das Luzes no contexto luso:

Não se pode negar que as reformas promovidas na segunda metade do século XVIII trouxeram a Portugal a promessa da modernização sob os auspícios das Luzes. A ideia de modernidade que perpassava o projeto ilustrado português remetia às nações polidas a imitar, mas não de forma indiscriminada. Em Portugal, a ideia de reforma explicitava tanto a ambição de modernidade quanto um resgate de tradições, em uma clara tentativa de adequação (ANTUNES, 2011, p. 20).

É importante perceber que o sol do quadro de Chodowiecki iluminou todo Ocidente em suas mais diversas cores e que somente “uma leitura demasiado confinada a certos autores e problemáticas comuns pode sancionar” (ARAÚJO, 2003, p. 15) a tese de que houve uma plena homogeneidade dos pontos de vista entre os ilustrados portugueses. Depois de todas as considerações sobre o contexto português, podemos nos enveredar no campo do direito e constatar que o mesmo sofreu profundas alterações sob a inspiração das Luzes – assim como visto no **Capítulo 2** em outras realidades europeias.

3.2 Luzes sobre o direito português: a Lei da Boa Razão (1769) e a reforma curricular em Coimbra (1772)

O século XVIII português fez verdadeiro “libelo arruinador de seu passado” (MARCOS, 2006, p. 11). Como visto, os intelectuais setecentistas predominantemente estabeleceram uma forte contraposição entre as Luzes europeias e o atraso luso. Pedro Calafate (2012, p. 108) afirma que este tipo de interpretação, reiterada por Verney e outros pensadores lusos, não seria, historicamente, adequado. Segundo Calafate, não houve durante o período seiscentista um “divórcio da inteligência portuguesa perante a dinâmica científica das academias europeias” (CALAFATE, 2012, p. 108). Segue a opinião contrária do historiador ao quadro dos teóricos lusos do período em questão:

Bastaria coligir, com rigor histórico, a fecunda atividade científica do Colégio de Santo Antão, onde alunos da Companhia de Jesus eram adestrados no debate sobre grandes questões científicas do seu tempo, nelas incluindo obviamente, as teorias de Galileu. Veja-se também a Universidade de Évora, onde a simples observação dos magníficos azulejos que decoram as paredes das salas de aula, elaborados no período joanino, revela a atenção minuciosa e, neste caso, artística, aos modelos de experimentação científica, por parte dos mestres da Companhia de Jesus (CALAFATE, 2012, p. 108).

Álvaro de Araújo Antunes também coaduna com a opinião de Pedro Calafate no que tange às contribuições jesuíticas para a ciência portuguesa, que não representavam somente o atraso no contexto português:

Tal abertura permitiria relativizar a associação da educação fomentada pelos jesuítas e do panorama intelectual português como sendo atrasados. De fato, havia espaço

para um pensamento especulativo, aberto pelo probabilismo ou pelo próprio interesse dos jesuítas na revolução científica que se operava, ainda que mantivessem este saber restrito ao seu uso privado (ANTUNES, 2011, pp. 22-23).

Roger Chartier (2003, p. 53) alerta que o movimento iluminista exigia uma “ruptura com os padrões de pensamento obrigatórios herdados do passado e o dever de todos de pensar por si mesmos”. Desta maneira, a retomada de temas pelos ilustrados carregava uma aversão sobre certas formas de pensar, especialmente, o escolasticismo vindo da Idade Média, numa idealização do presente/futuro que seria pautada pelo progresso infinito através do uso da razão crítica esclarecida. Tal perspectiva não foi elaborada a partir de suficiente rigor histórico, sendo construída muito mais por uma espécie de cruzada ilustrada pela “emergência da humanidade de sua menoridade” (CHARTIER, 2003, p. 53). Tal engajamento iluminista significava, muitas vezes, uma condenação incisiva de métodos de conhecimento formulados pelo homem anteriormente.

Os letrados citados, Verney e Seabra Silva, manifestaram essa tendência de recusa de parte do pensamento ilustrada às chamadas trevas do passado³⁷, daí as várias elaborações de uma pretensa catástrofe ideológica acerca do seiscentismo escolástico luso ou da presença jesuítica no país. Todo este suposto desastre, em que se encontrava em Portugal, então, não seria historicamente verificável, mas parte de um olhar característico do movimento iluminista que favoreceu a propagação e adesão às reformas josefinas no decorrer do século XVIII. Calafate, comentando sobre o caso português, afirma que:

Os dois pólos a que nos referíamos acima, o da crise do século XVII e o do padrão luminoso da Europa (...) constituem assim, um dos muitos mitemas que povoam as imagens de nós próprios fomos formulando. Foi se erguendo uma perspectiva histórica pragmática e valorativa, porque menos atenta à compreensão do período anterior em função das suas problemáticas específicas, do que aos propósitos de reforma da sociedade setecentista (CALAFATE, 2012, pp. 108-109).

O cenário de retrocesso histórico luso setecentista³⁸ foi repercutido no mundo jurídico (MARCOS, 2006, p. 57). O coro ilustrado sobre os problemas do direito português, encabeçado por Verney, denunciava a utilização de um direito bartolista antiquado e de uma formação acadêmica coimbrese escolástica em descompasso com as escolas jurídicas europeias.

³⁷ As Luzes não recusaram o vivenciado em si mesmo, mas combinaram ingredientes antigos a uma forma nova de pensar, em uma época de desacordos em relação a algumas escolas do passado, especialmente, a do escolasticismo (TODOROV, 2008, p. 14).

³⁸ Insistimos que não se trata de fazer uma reafirmação de atraso ou avanço na sociedade portuguesa, mas de reconhecer que havia traços medievais no âmbito jurídico, que precisam ser compreendidos para a demonstração das mudanças trazidas pelas Luzes pombalinas.

Desde quando se tornaram vigentes, em 1603, as *Ordenações Filipinas* constituíam a principal fonte formal da legislação em Portugal. Sobre as *Ordenações* portuguesas, Gustavo Cabral recupera a atividade legislativa antes de 1603:

As Ordenações Afonsinas, primeiro corpo de leis essencialmente português, apareceram em 1446; tratava-se, em verdade, de uma compilação de leis e não de um código com leis novas, e isso só indica ser ainda anterior ao século XV a utilização das leis como fonte do direito. A elas, às Ordenações Afonsinas, seguiram-se as Manuelinas (1521) e as Filipinas (1603) (CABRAL, 2010, p. 6116).

Essencialmente, o Código Filipino pretendia reunir todas as normas do país em cinco grandes livros, que formavam um ajuntamento legal característico do período medieval (MARCOS, 2006, p. 57). Em uma tentativa de atualização, D. João IV (1604-1656) fez uma mera republicação das Ordenações em 1643. Nuno Espinosa Gomes da Silva (1985, p. 276) indica que as fontes do direito nas Ordenações podiam ser resumidas na vontade do rei e no *utrumque ius*. A vontade do rei era manifestada nas leis imperiais, nos costumes e nos estilos da corte.³⁹ O *utrumque ius* era formado pelas opiniões de Accúrsio, Bartolo e outros comentaristas. Mesmo assim, a legislação portuguesa permanecia com muitas antinomias e “lacunas”. Muitos temas do âmbito privado não eram sequer previstos pelas leis Filipinas (MARCOS, 2006, p. 59). Para tentar suprir tal ausência de normas, as Ordenações elencavam como fontes subsidiárias: o direito canônico, as Glosas de Accúrsio, Bartolo e as opiniões dos Doutores (ORDENAÇÕES, 1985, Livro III, p. 664).⁴⁰

Além disso, o direito português se sustentava, enormemente, sobre os costumes (SILVA, 1985, p. 229). Os costumes são normas não escritas que se consolidam pelo uso prolongado (ORDENAÇÕES, 1985, Livro III, p. 664). É considerado “expressão da vontade social e consequência de uma ordem jurídica da coletividade” (HESPANHA, 1978, p. 51), uma vez que se forma independentemente “de toda a intervenção arbitrária do Estado” (HESPANHA, 1978, p. 51). Os processos de formação dos costumes são espontâneos e variam conforme o comportamento da sociedade.

Não havia prazo legal para o reconhecimento jurídico dos costumes portugueses, mas, em geral, chegou-se à regra que duas sentenças, no espaço de tempo de dez anos, seriam

³⁹ Segundo Nuno Espinosa Gomes da Silva (1985, p. 229), “estilo e costume seriam, ambos, fontes de direito não escrito, introduzidos pelo uso: a distingui-los, estaria o fato de o estilo ser um uso introduzido por juiz, enquanto o costume teria como fundamento a conduta de toda ou parte da comunidade”.

⁴⁰ As opiniões construídas pelos juristas romano-medievais são chamadas de direito comum ou *ius commune* (HESPANHA, 1978, p. 110).

suficientes para comprovar a existência dos mesmos (SILVA, 1985, p. 235). Em tese, os usos costumeiros não poderiam contrariar as Ordenações ou às demais leis. No entanto, até meados do século XVIII, os costumes prevaleceram sobre as normas gerais, estabelecendo regras específicas sobre casos concretos (HESPANHA, 2005, p. 135). Essa situação de domínio dos preceitos consuetudinários sobre os gerais na prática forense é chamada de “particularismo”. Em vista do “particularismo”, a manutenção dos privilégios estamentais era viabilizada, em detrimento da uniformização/centralização do direito pela aplicação da norma geral (HESPANHA, 2005, p. 135). O historiador do direito Antônio Manuel Hespanha trata com afincos esse assunto, sobre o qual nos restringimos a fazer uma breve menção:

[O] “particularismo” mitigado de “racionalismo”, que vai ser decisivo na constituição das regras de composição da ordem jurídica, regras essas que – combinadas com outras respeitantes às relações entre lei e privilégio – vão fazer com que o direito funcione, até ao iluminismo, como um fator de periferização dos poderes e de garantia dos privilégios contra os intentos de centralização (HESPANHA, 2005, p. 135).

Sobre as demais fontes para integração do direito luso, as Ordenações Filipinas indicavam o direito canônico como o mais adequado ao julgamento em matéria de pecado (ORDENAÇÕES, 1985, Livro III, pp. 663-664). Em especial, isso significava que os tribunais reais utilizavam regras canônicas em seus processos, provocando um conflito de competências judiciais, que, muitas vezes, sobrepunha o poder espiritual ao poder temporal. Não sendo possível a solução canônica, as Ordenações indicavam como “fontes secundárias” as Glosas de Accúrsio e as opiniões de Bartolo, desde que as mesmas não contrariassem as apreciações dos Doutores (ORDENAÇÕES, 1985, Livro III, pp. 663-664). As Ordenações encerravam o Título LXIV com a determinação expressa de que caberia ao monarca a devida solução dos conflitos que não estivessem previstos pelas mesmas (ORDENAÇÕES, 1985, Livro III, pp. 663-664).

A prática judicial setecentista era um exercício muito mais complexo, uma vez que o direito luso apresentava inúmeras “lacunas” e se sustentava mais em interpretações doutrinárias com base nos costumes, no direito canônico, nos dizeres de origem romanista do que na lei portuguesa. A “ciência jurídica vivia amparada, não por um corpo de leis, mas por um corpo de doutrina” (HESPANHA, 1978, p. 75), o que significava que a “argumentação partia da autoridade dos juristas citados, do cotejo de opiniões, da invocação de precedentes

judiciais” (HESPANHA, 1978, p. 75). A propósito, Hespanha aprofunda sua análise acerca desse panorama geral do direito luso até meados setecentistas:

Só que a prática invertia totalmente a situação, não apenas por serem muitíssimos os temas que o direito próprio do reino não abarcava, mas sobretudo porque, formados em escolas de direito romano e canônico e dependentes de uma tradição literária própria destes dois direitos, os juristas corroíam continuamente as especialidades do direito pátrio e aproximavam-no progressivamente das soluções doutrinárias do direito comum, que eles, por outro lado, controlavam. Daí, que a principal fonte para o conhecimento do direito efectivamente vigente em Portugal não seja a lei, mas sim literatura produzida (e não apenas portuguesa) durante os séculos XIV a XVIII. (HESPANHA, 2005, pp.139-140).

Rui Manuel descreve a confusa realidade interpretativa do direito português na mesma perspectiva de Hespanha:

Conseguia-se aplicar os direitos romano e canônico com desprezo do direito nacional, ou então, forçava-se a interpretação das leis pátrias num sentido mais conforme às orientações romanista. A praga da autoridade havia invadido incontrolavelmente os tribunais, através da citação de longas listas de opiniões de doutores que, sobre serem fastidiosas, se assumiam soberanas na convicção do juiz (MARCOS, 2006, p. 61).

Críticas semelhantes a estas apresentadas acima sobre o sistema jurídico português vieram na Lei de 18 de agosto de 1769, chamada de “Lei da Boa Razão”. Segundo a Lei, a falta de integração entre as fontes de direito produzia interpretações diversas que implicavam “raciocínios frívolos, e ordenados mais a aplicar com sofismas as verdadeiras disposições das Leis, do que a demonstrar por elas a justiça das partes” (LEI DA BOA RAZÃO, 2006, p. 147).

A intitulação da Lei de 1769 como “Lei da Boa Razão” parecer ser do jurista José Homem Correia Telles (1780-1849).⁴¹ Correia Telles escreveu várias obras jurídicas⁴² e, entre elas, o *Comentário crítico à Lei da Boa Razão em data de 18 de agosto de 1769*, de 1824, em que consagrou o nome “Lei da Boa Razão”. Os originais manuscritos do *Comentário crítico* estão no “Arquivo da Torre do Tombo, no fundo da Real Mesa Censória” (ANTUNES, 2011, p. 35). De uma forma geral, a obra de Telles afirma que, apesar da grandeza da lei, não houve

⁴¹ Nuno Espinosa Gomes da Silva (1985, p. 276) e Álvaro de Araújo Antunes (2011, p. 35) indicam que a nomeação da Lei de 1769 como “Lei da Boa Razão” pode ser atribuída a José Homem Correia Telles.

⁴² José Homem Correia Telles foi autor da *Theoria da interpretação das leis* e do *Ensaio sobre a natureza do senso consignativo*, de 1815. Em 1819, escreveu a *Doutrina das ações acomodada ao foro de Portugal* e o *Manual do tabelião, ou Ensaio de jurisprudência hermenêutica*. Em 1835, redigiu o *Digesto português ou Tratado dos direitos e obrigações civis acomodado às leis e costumes da nação portuguesa* (ANTUNES, 2011, p. 35).

uma aplicação eficaz dos ditames da Boa Razão no reino português (ANTUNES, 2011, p. 38), assunto que será tratado mais adiante no presente capítulo.

Em um texto alinhado ao discurso ilustrado, D. José I promulgou a Lei da Boa Razão a partir do “cuidado de todas as Nações polidas da Europa” (LEI DA BOA RAZÃO, 2009, p. 145) para “conservar entre eles [os litigantes ou vassallos do rei] o público sossego” (LEI DA BOA RAZÃO, 2009, p. 145). Logo no preâmbulo, revelava que os excessos jurídicos vinham das “interpretações abusivas que ofendem a majestade das Leis, desautorizam a reputação dos Magistrados; e tem perplexa a justiça dos litigantes” (LEI DA BOA RAZÃO, 2009, p. 145).

A Lei de 1769 não foi a primeira tentativa de organizar o direito português, no sentido de restringir a utilização de “fontes secundárias”. De qualquer forma, os regramentos anteriores a 1769 parecem ter sido inócuos, uma vez que foi necessária a Boa Razão para insistir na necessidade de reorganizar as fontes jurídicas (ANTUNES, 2011, p. 31):

Antes dela [da Lei da Boa Razão], para citar um exemplo, D. Manuel I estipulava restrições ao uso do direito civil, conforme estabelecido no livro 5, título 58 das Ordenações, publicadas em 1602. Os limites impostos ao direito romano, condenados pela Lei de 18 de agosto de 1769, também foram objetos da Lei de 3 de novembro do mesmo ano. O direito consuetudinário, regulamentado pela Lei da Boa Razão, teve seu uso restrito no âmbito da justiça e da fazenda pela Lei de 23 de novembro de 1770 (ANTUNES, 2011, p. 31).

Os fundamentos iluminados da Lei da Boa Razão eram a sua maior novidade para o direito português. Logo na introdução, o monarca justificava que estava assessorado por especialistas na construção do texto legal:

Tenho ouvido sobre este grave, e delicado negócio um grande número de Ministros de meu Conselho, e Desembargo, (...); e muitos doutros, e versados nas Ciências dos Direitos Público, e Diplomático, de que depende a boa e sã Legislatura; (...), e das de todas as Nações mais iluminadas, que se conhecem (LEI DA BOA RAZÃO, 2009, p. 145)

D. José I deixou explícito que contou com o respaldo de juristas para reformar a legislação. Trata-se de característica ilustrada, ou seja, os intelectuais eram os profissionais aptos a corroborar a governança real. Tal ajuda dos letrados na Lei de 1769 não significou uma ruptura com a autoridade monárquica, mas indicava que a legitimação real poderia ser melhor sustentada a partir do aparato teórico elaborado pelos letrados. Vários outros monarcas setecentistas, como Catarina da Rússia e Frederico II da Prússia, continuaram exercendo o poder de forma absolutista, mas não prescindiram das ideias ilustradas ou daqueles que

poderiam ensiná-las, o que não impediu que outras faces das Luzes mais contestadoras pudessem ser apreendidas de forma oposta à desejada pelos reis.

O apelo à utilização da razão esclarecida para resolver as dificuldades interpretativas que geravam o “desassossego público” vem logo no item 2 da Lei de 1769: “ordeno, que a esta glosa, e assento sobre ela tomado neste caso, em que não julga o direito das partes no particular de cada uma delas, mas sim a inteligência moral, e perpétua da Lei em comum (...)” (LEI DA BOA RAZÃO, 2009, p 146). No item 6, mais uma vez, foi ressaltada “a genuína inteligência da Lei antes que se julgue o direito das partes” (LEI DA BOA RAZÃO, 2009, p. 147). O item 9 definiu o significado da boa razão em sintonia com os pensamentos de Grotius e Pufendorf:

Consiste nos primitivos princípios, que contém as verdades essenciais, intrínsecas, e inalteráveis, que a Ética dos mesmos Romanos havia estabelecido, e o que os Direitos Divino, e Natural, formalizaram para servirem de Regras Morais, e civis, entre o Cristianismo (...) ou aquela boa razão, que se estabelece nas Leis Políticas, Econômicas, Mercantis, e Marítimas, que mesmo as Nações Cristãs têm promulgado com manifestas utilidades, do sossego público, do estabelecimento da reputação (LEI DA BOA RAZÃO, 2009, p. 148).

Gustavo Cabral lembra que o conceito de Boa Razão veio a ser melhor explicado pelos *Estatutos da Universidade de Coimbra* (1772):

Ainda que tenha tentado clarear o conceito de boa razão, a Lei de 18 de agosto de 1769 não o fez com o sucesso pretendido, e isso foi constatado pouco depois, com a reforma dos Estatutos da Universidade Coimbra, em 1772. Nesta, indicou-se a importante fórmula da verificação do uso atual: na dúvida sobre se uma norma de direito romano estaria conforme ou não à boa razão, deveriam os juízes verificar qual o uso moderno que se fazia, entre as nações civilizadas, da referida norma (CABRAL, 2010, p. 6119).

O objetivo primordial da Lei de 18 de agosto de 1769 foi reorganizar o título LXIV, das *Ordenações Filipinas*, no sentido de esclarecer como os casos omissos seriam julgados, dando primazia às leis positivas. Para tanto, adotou o paradigma jusnaturalista racionalista, limitando o emprego das regras do direito canônico, das opiniões doutrinárias e dos costumes, valorizando o “direito nacional”. Antônio Manuel Hespanha explica que a Lei da Boa Razão desvinculou a tarefa interpretativa do “cabedal dogmático tradicional”, promovendo uma interpretação “autêntica e vinculativa das leis nacionais” (HESPANHA, 1978, p. 76). A interpretação autêntica significava uma mudança na tradição jurídica portuguesa, no sentido de uma vedação do “direito doutrinal, interpretativo e norteador, em favor da adoção de uma jurisprudência racionalista com caráter uniformizador”

(CARVALHO, 2008, p. 70). Essa forma de uma hermenêutica autêntica da Lei de 1769 se assemelhava ao pensamento de Montesquieu⁴³, que defendia que “os juízes de uma nação não são, como dissemos, mais que a boca que pronuncia as sentenças da lei” (MONTESQUIEU, 1979, p. 152). Gustavo Cabral precisa o tema:

Assim como não eram todos os casos que ensejavam a necessidade de se interpretar, esse exercício não caberia a qualquer um. A interpretação ideal deveria ser realizada pelo autor da lei, pois, como dele partiu o ato legal, só ele poderia indicar o que se quis expressar. Mas a determinados órgãos caberia a interpretação das leis, como aos tribunais. Em Portugal, por exemplo, o rei D. Manuel I transferiu à Casa de Suplicação a possibilidade de indicar a autêntica vontade da lei (CABRAL, 2010, p. 6120).

Também é notória a intenção do legislador pombalino de centralização de poder nas mãos do rei. Ao condicionar o direito à Boa Razão e à lei pátria, o rei passou a monopolizar o campo interpretativo dos “operadores jurídicos”, uma vez que não haveria o amplo espaço hermenêutico possibilitado pelas “fontes secundárias”. Daí advém, segundo Arno Wheling, o consenso historiográfico sobre o “caráter inovador, modernizador e despótico” (WHELING, 2004, p. 449) da Lei da Boa Razão.

Álvaro Antunes precisa melhor a questão do despotismo na Lei da Boa Razão:

Este direito positivo era, em última análise, o resultado do discernimento e da vontade régios, condição que colocava D. José I em uma posição central no jogo de forças do campo jurídico. Tais determinações buscavam confirmar, portanto, o “monopólio do direito a favor da lei do soberano” (ANTUNES, 2011, p. 34).

A adoção do instrumento crítico racionalista é a mais expressiva manifestação legislativa ilustrada em Portugal, o que acreditava o legislador tornaria o direito mais “certo e mais seguras e previsíveis as relações sociais” (HESPANHA, 1978, p. 78). Arno Wheling resume os principais dispositivos da Lei da Boa Razão:

Seus principais dispositivos são francamente centralizadores e uniformizadores: a razão e a vontade do monarca são as fontes do direito; a jurisprudência deveria ser unificada e só seria reconhecida como tal se tornada assento da Casa de Suplicação; o direito consuetudinário só seria admitido se fosse condizente com a boa razão, tivesse mais de cem anos e não se chocasse com a lei; o direito comum só seria admitido quando não conflitasse com a boa razão (WHELING, 1997, p. 418).

Em vista do crivo racionalista da Lei da Boa Razão, o caráter anti-romanista foi explicitado nos itens 9 e 10 (LEI DA BOA RAZÃO, 2006, pp. 148-149). O direito romano

⁴³ A correlação entre o pensamento de Montesquieu e a Lei da Boa Razão foi feita a partir da sugestão original do historiador Flávio Carvalho (2008, p. 70).

era a base do direito civil luso, porém vinha de uma “República acabada, e daquele Império extinto depois de tantos séculos” (LEI DA BOA RAZÃO, 2006, p. 149), não conseguindo atender às demandas da sociedade setecentista e subjugando, muitas vezes, a lei nacional. Os romanos não tiveram conhecimento específico do “Comércio, da Navegação, da Aritmética Política, e da Economia de Estado, que hoje fazem tão importantes objetos dos Governos Supremos” (LEI DA BOA RAZÃO, 2006, p. 149). Em vista disto, a Boa Razão veio restringir o direito romano, ou seja, as orientações dos fundadores da “ciência do direito” no Ocidente somente seriam aplicadas quando justificadas pela referida Boa Razão. Esta limitação do uso do direito romano pelo critério racional consistia no método do *usus modernus pandectarum*, vindo dos autores esclarecidos alemães, bem como do jurista francês Jean Domat (1625-1696) e do holandês Arnold Vinnius (1588-1657) (HESPANHA, 1978, p. 82). A partir das reformas legislativas de Pombal, em especial da Lei de 18 de agosto de 1769, Portugal deixou o direito bartolista e romanista do período do *ius commune* para se equiparar ao sistema do *usus modernus* em vigor no restante da Europa ilustrada transpirenaica (HESPANHA, 1978, p. 83).

Moncada argumenta sobre outros motivos que não permitiriam a utilização indiscriminada dos dizeres romanos no contexto jurídico luso:

Esse direito romano era muito diferente já do aplicado outrora. Era o direito romano despojado de suas particularidades obsoletas e depurado, agora, através de um novo prisma filosófico, qual era o ponto de vista da sua conformidade com os ditames da boa razão, do direito natural e das gentes, e ainda com as exigências e condições da vida moderna (MONCADA, 1948, p. 90).

A cartada final para afastar o direito romano do direito luso setecentista veio no banimento das glosas de Accúrsio e Bartolo. O Item 13 da Lei de 1769 definiu que as opiniões doutrinárias destes glosadores não poderiam ser “alegadas em Juízo, nem seguido na prática dos Julgadores” (LEI DA BOA RAZÃO, 2006, p. 150). Arno Wheling (2004, p. 453) explica que o afastamento da doutrina pela Boa Razão visava “combater o doutrinário excessivo, causador, para os juristas pombalinos, das chicanas forenses, das dilações processuais e da perda da identidade do direito nacional”. Hespanha também salienta que tal ruptura com os glosadores representou o fim do “instrumental lógico-dogmático” associado ao direito comum em Portugal (HESPANHA, 1978, p. 79).

A Lei da Boa Razão determinou que, em certos assuntos, era preferível o emprego de leis estrangeiras do que o uso indiscriminado do direito romano. Hespanha considera que a abertura às leis estrangeiras completou a “revolução do direito nacional”, uma vez que

permitiu o conhecimento de diversas legislações em uma franca aproximação do direito luso junto a outras realidades jurídicas europeias (HESPANHA, 1978, p. 83). A noção jusnaturalista moderna da reta razão universal também havia de facilitar a utilização de leis de outros Estados, uma vez que todo o direito ocidental seria elaborado a partir do mesmo princípio racionalista. Nos dizeres da Lei da Boa Razão:

Sendo muito mais razoável, e muito mais coerente, que nestas interessantes matérias se recorra antes e caso de necessidade ao subsídio próximo das sobreditas Lei das Nações Cristãs, iluminadas, e polidas, que com elas estão resplandecendo na boa e sã Jurisprudência (LEI DA BOA RAZÃO, 2009, p. 149).

Luís Cabral de Moncada ratifica que o caráter anti-romanista da Lei de 1769 era uma tendência da Escola Moderna de Direito Natural de Grotius e Pufendorf (MONCADA, 1948, p. 91). Havia uma hostilidade à prática do direito romano puro, uma vez que era muito difícil adaptá-lo “às exigências da razão natural e pelo uso que dele faziam as nações modernas” (MONCADA, 1948, p. 91). O direito romano deveria ser encarado em sua historicidade, sendo que o direito moderno se pautaria muito mais pelas leis de cada país e pela orientação da razão universal, assim como prescrito pela Lei da Boa Razão.

Como vimos sobre o direito canônico, as *Ordenações Filipinas* o indicavam como fonte secundária. A Lei de 1769 excluiu a hipótese do direito canônico como fonte para o direito temporal. Segundo a mesma, o pecado fazia parte do foro íntimo e deveria ser julgado apenas pelos tribunais eclesiásticos a partir das regras do direito canônico. O critério racionalista evidenciava a necessidade de separação das esferas de julgamento dos delitos e dos pecados:

Deixando-se os referidos textos de Direito Canônico para os Ministros, e Consistórios Eclesiásticos os observarem (nos seus devidos e competentes termos) nas decisões da sua inspeção; e seguindo somente os meus Tribunais, e Magistrados Seculares nas matérias temporais da sua competência as Leis Pátrias, e subsidiárias, e os louváveis costumes, e estilos legitimamente estabelecidos na forma que por esta Lei tenho determinado (LEI DA BOA RAZÃO, 2006, p. 150).

Sobre a relação entre o direito canônico e o direito laico antes da Lei de 1769, explica Gustavo Cabral:

A convivência entre direito laico e direito canônico foi intensa, especialmente no medievo, tendo assim permanecido até o Setecentos, fruto da influência da Igreja no Estado. Apesar de essa ingerência religiosa nos assuntos de governo ter diminuído progressivamente desde a Baixa Idade Média, ela ainda persistia no século XVIII, manifestando-se, inclusive, na ampla utilização do direito canônico em Portugal, uma vez que o extenso rol de matérias enquadradas como “de peccado” fazia do direito

canônico verdadeiro substituto do direito pátrio em diversos temas, a exemplo do penal (CABRAL, 2010, p. 619).

A Lei Boa Razão também restringiu o uso dos costumes no direito português. A fonte consuetudinária, como já se informou anteriormente neste capítulo da tese, somente seria legítima se estivesse conforme a boa razão, ter mais de cem anos e não ser contrário à lei escrita (LEI DA BOA RAZÃO, 2006, 151). Segue o texto:

E o costume deve ser somente o que a mesma Lei qualifica nas palavras – longamente usado, e tal, que por direito se deva guardar – cujas palavras mando; (...) que seja conforme às mesmas boas razões, que deixo determinado que constituem o espírito de minha Leis; de não ser a elas contrário e coisa alguma, e de ser tão antigo, que exceda o tempo de cem anos (LEI DA BOA RAZÃO, 2006, p. 151).

Para Antônio Manuel Hespanha, a Lei da Boa Razão mitigou a utilização das práticas costumeiras no direito português, uma vez que era muito difícil cumprir os requisitos citados de ter mais de cem anos, não ser contra à lei ou à boa razão (HESPANHA, 1978, p. 79). Nesse aspecto, a Lei em evidência teria servido “de empecilho aos usos circunstanciais e as interpretações extravagantes das leis portuguesas e dos costumes” (ANTUNES, 2011, p. 33). Carla Anastasia vai mais longe e sustenta que a repercussão da Lei da Boa Razão, em médio prazo, provocou uma mudança no repertório de ações coletivas nas Minas coloniais. Segundo Anastasia, várias práticas contestatórias dos colonos eram baseadas nos costumes locais e uma vez que a Lei da Boa Razão estabeleceu condições rígidas para o emprego jurídico das mesmas, tais formas reivindicatórias costumeiras foram se tornando pouco eficazes. Em vista desse maior controle sobre os acordos e práticas consuetudinárias, o poder local de negociação frente à Coroa foi diminuído, pois o campo jurídico de barganha estaria submetido ao estrito cumprimento do direito proveniente da lei formal (ANASTASIA, 2002, pp. 37- 38).

O item 14 da Lei da Boa Razão finalizou a organização racionalista do direito português sobre as regras acerca dos estilos ou das decisões judiciais. O regramento instituiu que os “estilos da Corte devem ser somente os que se acharem estabelecidos e aprovados pelos sobreditos Assentos na Casa da Suplicação” (LEI DA BOA RAZÃO, 2006, p. 151). Somente a Casa da Suplicação, tribunal máximo da hierarquia judicante lusa, estava apta a uniformizar as sentenças a serem reproduzidas pelas instâncias inferiores. Por isso, com mais um intuito centralizador, a Lei de 1769 definiu que “a interpretação de eventuais dúvidas deveria ficar a cargo dos magistrados capacitados da Casa de Suplicação que fixariam suas resoluções por meio de Assentos que teriam o valor de lei” (ANTUNES, 2011, p. 34).

Gustavo Cabral opina sobre alguns temas padronizados pelos Assentos da Casa de Suplicação após a modificação da Lei de 1769:

O direito natural, que funcionava como um dos elementos da boa razão, apareceu, inclusive, como fundamento único de diversas decisões, a exemplo de um dos assentos de 20 de julho de 1780. Alguns desses assentos funcionavam, também, para fixar critérios interpretativos, alguns dos quais extremamente importantes, como o princípio da irretroatividade das leis, fixado em um assento do dia 23 de novembro de 1769, e da proteção do direito adquirido, em assento do dia 9 de abril de 1772 (CABRAL, 2010, p. 6121).

É necessário ainda um rápido comentário sobre a efetividade da Lei da Boa Razão. Demonstramos que a Lei foi marco teórico ilustrado do direito luso, no sentido de ter promovido as leis positivas e os limites às “fontes secundárias” de direito por meio do critério racionalista. Mas será que os “operadores do direito” setecentistas passaram todo o espírito racionalista da Boa Razão à prática forense?⁴⁴

Como indicamos nas páginas anteriores, José Homem Correia Telles não percebeu efetividade na Lei da Boa Razão (TELLES, 1985, p. 449). Para Telles, não houve uma limitação, de fato, das opiniões doutrinárias nos tribunais, e a lógica racionalista para a aplicação do direito romano era muito divergente (TELLES, 1985, p. 449). A Casa de Suplicação também pouco uniformizou seus assentos para a orientação das demais instâncias jurisdicionais (TELLES, 1985, p. 450). A opinião geral de Correia Telles pode ser assim resumida:

No somatório dos erros, apesar de considerar a Lei da Boa Razão como uma das mais “notáveis do feliz reinado do Senhor D. José”, Telles apresentava uma série de limitações internas e estruturais à lei. Nesse sentido, o autor apontou para algumas contradições entre os mecanismos da reforma jurídica e considerou alguns empecilhos práticos à execução das determinações legais fixadas em 18 de agosto de 1769 (ANTUNES, 2011, p. 38).

Não obstante a opinião de Telles, a pesquisa realizada sobre processos setecentistas em Vila Rica e Mariana demonstrou que a Lei da Boa Razão foi pouco mencionada nos julgados, mas há referências jurisprudenciais sobre a mesma. Álvaro de Araújo Antunes constatou que:

Nas ações de Mariana e Vila Rica, também foram poucos os casos em que houve referência explícita à Lei de 18 de agosto de 1769. Pelo que foi possível apurar, apenas dois, entre as centenas de processos analisados, fizeram menção à dita lei. (...). As mudanças promovidas por Pombal teriam resultados a médio e longo prazo.

⁴⁴ Álvaro de Araújo Antunes investiga com profundidade a dúvida acerca da efetividade da Lei da Boa Razão em artigo (2011, p. 35) e tese (2005) sobre o tema.

Repercussões que estiveram sujeitas a um diálogo de forças constituintes do campo jurídico. Da prática da justiça dependeu a valorização das leis pátrias e do direito natural sobre o direito civil, canônico.... Nas primeiras instâncias de Mariana e Vila Rica, o ambiente do direito vivo revela como as políticas modernizadoras atingiram extremos do Império português, obedecendo ao ritmo particular da administração local, sem, contudo, excluir as forças do regalismo, em favor do rei, com razão (ANTUNES, 2011, p. 44 e p. 46).

Arno Wheling concluiu de forma positiva sobre a aplicação da Lei da Boa Razão no Tribunal da Relação do Rio de Janeiro (WHELING, 2004, p. 461). Segundo Wheling, não havia tantas menções diretas à Lei da Boa Razão, mas era perceptível o esforço dos magistrados em seguir as orientações racionalistas (WHELING, 2004, p. 459). Segue o autor:

Dos processos que ascenderam ao Tribunal da Relação do Rio de Janeiro e à Casa de Suplicação de Lisboa e pelos assentos desta, poder-se-ia preliminarmente – à falta de um estudo exaustivo dos primeiros – concluir positivamente acerca da efetiva aplicação das novas normas. Resta, entretanto, investigar mais extensamente outros processos (WHELING, 2004, p. 461).

Não há como concluir em definitivo sobre a efetividade da Lei da Boa Razão somente a partir das posições apresentadas acima. Temos indícios sobre o cumprimento do estabelecido por essa lei, mas seria importante uma verificação em todas as esferas judicantes do Império português – o que pode vir a ser realizado no futuro. A necessidade de estudos sobre o direito vivo reside neste cruzamento de informações sobre o disposto na lei e o estabelecido nos julgamentos nas diversas comarcas que compunham um Império com extensão territorial que ia do Ocidente ao Oriente. Somente após esse gigantesco trabalho de investigação, poderemos ter uma amostra historiográfica mais fiel ao tema da aplicabilidade da Lei da Boa Razão.

A necessidade de uma nova *forma mentis* jurídica era indispensável para complementar os dispositivos da Lei da Boa Razão (MARCOS, 2006, p. 160). Para tanto, foi iniciada uma grande reforma educacional na Faculdade das Leis de Coimbra sob os auspícios das Luzes pombalinas entre 1770 e 1772. A reestruturação universitária possibilitaria “incutir nova mentalidade nos futuros juristas para modificarem, na prática, a jurisprudência realizada nos foros e tribunais portugueses” (CARVALHO, 2008, p. 74).⁴⁵

Os dois textos oficiais que fundamentaram a revisão universitária pombalina foram o *Compêndio histórico do estado da Universidade de Coimbra* (1771) e sua posterior consolidação nos *Estatutos da Universidade* (1772). Tanto o *Compêndio* quanto os *Estatutos*

⁴⁵ Flávio Carvalho (2008, p. 74) seguiu o posicionamento anterior de Antônio Manuel Hespanha (1978, p. 102) e de Kenneth Maxwell (1996, p. 105) sobre a ideia de que a educação reformista de Pombal tinha como um de seus objetivos a formação de um quadro de pessoal ilustrado para a burocracia estatal.

insistiram em pontos semelhantes aos abordados pela Lei da Boa Razão. Com o intuito de não repetir o que já vem sendo dito sobre o tema da reforma educacional de Pombal, vamos destacar em nossa análise a sintonia ilustrada entre a Lei de 1769 e a renovação curricular de Coimbra.

As reformas pombalinas na Universidade de Coimbra só se efetivaram em 1772.

⁴⁶ Francisco Falcon resume seus pontos fundamentais:

A rejeição total, categórica, de todo o aristotelismo; um novo método sintético-analítico; demonstrativo e compendiário; a não perpetuidade de qualquer autor adotado; a libertação completa da autoridade apostólica – é o anti-ultramontanismo; o regalismo e, segundo outros o febronismo; a criação das Faculdades de Matemática, e de Filosofia e de toda uma série de estabelecimentos anexos: Horto, Museu, Laboratórios, Observatório, Teatro Anatômico, etc.; a revisão dos currículos, programa, compêndios e a redução dos cursos das Faculdades de Teologia, Direito e Medicina, dentro do espírito mais moderno; as exigências rigorosas quanto ao ingresso, frequência e exames, para alunos e professores (FALCON, 1982, p. 438).

Como posto no início do capítulo, o atraso luso proclamado pelo *Compêndio* em relação às Luzes europeias tinha dois alvos principais (que já foram relativizados nas páginas antecedentes): a presença jesuítica e o escolasticismo. Segundo o *Compêndio*, o domínio dos inicianos na educação portuguesa produziu um ensino restrito a lições aristotélicas e afastado das ciências:

Tinha-se proposto a Sociedade Jesuítica os mesmos objectos e os mesmos fins que teve Aristóteles, isto é, maquirar sobre a base do Ateísmo um Sistema fornecido de todos os artifícios necessários para ganhar honras e acumular riquezas com a hipocrisia. E por isso é que escolheram e adoptaram a Moral daquele filósofo com preferência a todas para se ler nas Escolas da Universidade de Coimbra, para se difundir nas Aulas de todos estes Reinos e para constituírem nela o venenoso charco, donde saíram as mortíferas inundações que soçobraram e oprimiram a Moral Cristã em todas as Religiões do Universo, onde chegou a tomar assento a dita perversa Sociedade, da mesma sorte que as águas do Nilo fazem grassar a peste em todos os lugares onde da sua estagnação se segure a corrupção do ar por elas infestado (COMPÊNDIO, 2011, p. 255).

No caso da Faculdade das Leis, os males causados pelo retrocesso jesuítico no ensino estavam relacionados a três assuntos principais, que foram tratados pela Lei da Boa Razão: a ausência de estudos sobre o direito natural, os excessos do direito romano e a necessidade de um resgate de estudos próprios sobre o “direito nacional”. Sobre a situação anterior às reformas, relembramos que o curso das Leis:

⁴⁶ Sobre as reformas educacionais em Coimbra e o ensino em Portugal, ver as obras de Rômulo de Carvalho (1986) e de Virgínia Valadares (2004).

Até as Reformas de 1772 [era] constituído por oito cadeiras, nas quais a essência era o Direito Romano e, a base, o *Digesto* e o *Código* do Imperador Justiniano, para cujo estudo se recorria ao auxílio dos comentários e glosas de vários autores, com destaque para Acúrcio (1182-1260) e, sobretudo, Bártolo de Sassoferrato (1313-357) –, os reformadores criticavam o uso dos glosadores. Eles o imputavam aos jesuítas, acusados de tornar “a jurisprudência ‘versátil, confusa, incerta e toda dependente do arbítrio dos doutores’”, e de dar uma má formação de base aos futuros estudantes de Leis, no Latim, no Grego e na Retórica, sem conhecimento da utilidade da História. Crítica mais incisiva apontava para o desleixo em relação ao Direito Natural, que seria “a base das leis positivas e das leis pátrias”. Conforme o *Compêndio Histórico da Universidade de Coimbra*, o curso de Leis e Cânones priorizava as “sutilezas”, que sustentavam com sofismas as opiniões dos doutores, formando advogados de “inteligência quimérica”, voltados para a dilapidação dos bens alheios (VILLALTA, MORAIS & MARTINS, 2013, p. 33).

Assim como aconteceu na Lei de 1769, o direito natural racional se tornou o novo pilar da formação jurídica coimbreense, “já que ele constitui o alicerce ou fundamento de todo o direito positivo” (SILVA, 1985, p. 280). O ensino do jusnaturalismo era inseparável das leis portuguesas, pois o direito natural permitiria o “reconhecimento dos princípios sobre os quais se assentavam as leis positivas e a própria ordem social” (ANTUNES, 2011, p. 30).

O *Compêndio* deixou clara a importância do jusnaturalismo racionalista para a ciência jurídica portuguesa:

Porque ele [o direito natural] é o que, servindo-se da pura luz da razão e prescindindo de todas as Leis positivas, dá a conhecer as obrigações que a Natureza impõe ao Homem e ao Cidadão; as obrigações com que todos nascemos para com Deus, para conosco e para com os outros homens; os recíprocos Direitos e Ofícios dos Soberanos e Vassallos e também os das Nações livres e independentes. E com estas noções (verdadeiramente as mais vantajosas ao bem universal da Humanidade) lança os fundamentos mais sólidos de todas as Leis positivas Divinas e Humanas, Canónicas e Civis. Donde se vê ser o estudo da mesma disciplina tão necessário para a Jurisprudência, como são os alicerces para a construção de qualquer Edifício (COMPÊNDIO, 2011, p. 256).

O apelo à Boa Razão foi também evidenciado como instrumento de interpretação legal:

Quando, porém, reconhece que as disposições das mesmas Conclusões se apartam das Leis Naturais, deve explorar se se apartam de todo ou em parte. Se achar que se apartam de todo, deve interpretá-las inteiramente pelas razões Civis e circunstâncias particulares do Estado, pois que só estas poderão mover o Legislador a não seguir nelas os ditames da Razão Natural (COMPÊNDIO, 2011, p. 257).

Para introduzir as novas concepções jusnaturalistas com base racional, os *Estatutos* criaram a cadeira de Direito Natural Público Universal e das Gentes (ou cadeira de direito natural) no primeiro ano dos cursos de Cânones e Leis. Por causa de sua importância, o

jusnaturalismo se tornou disciplina comum às duas formações legistas, de Cânones e de Leis (CARVALHO, 2008, p. 80). O *Compêndio* apresentou nove razões para o direito natural ser considerado a base da nova formação jurídica lusa (SILVA, 2002, p. 17). Em resumo, o *Compêndio* justificava que o direito natural derivava da pura razão e precedia a todas as leis positivas. Permitia também uma boa interpretação das leis civis, mesmo que os fatos não estivessem previstos pelas mesmas. O direito natural possuía como base universal a natureza humana que regulava todos os direitos e deveres em qualquer parte. A natureza comum em todos os seres humanos permitia ainda a identificação correta entre as regras civis das canônicas (SILVA, 2002, pp. 17-18).

José Esteves Pereira explica que, por meio dessa nova concepção jusnaturalista racionalista, houve em Portugal uma:

A subordinação do direito à moral (e do direito natural à filosofia moral) que tinham sido a expressão do jusnaturalismo escolástico aparecem, agora, em termos de distinção plena e como dispositivos práticos à afirmação do poder civil da monarquia pura (PEREIRA, 2010, p. 12).

A colocação da matéria no início dos Cursos de Leis e Cânones revelava uma intenção pedagógica dos *Estatutos* com uma instrução propedêutica. Antes do estudo das normas positivas, o aluno das Leis deveria ser preparado com lições filosóficas, históricas e políticas sobre o direito (HESPANHA, 1978, p. 109). Era também uma preocupação em estabelecer uma harmonia entre a teoria e a prática, para que o aluno estivesse pronto para “interpretar e aplicar, de maneira uniforme, as leis aos fatos vividos no contexto forense do reino português” (CARVALHO, 2008, p. 84). Sobre o ideal pedagógico das reformas na Faculdade das Leis, reitera Hespanha:

O ensino, portanto, em vez de centrar na transmissão dos resultados da ciência do direito, ocupava-se primordialmente em fornecer todo o conjunto de instrumentos (conceituais, lógicos, filosóficos, etc.) com auxílio dos quais as soluções jurídicas são encontradas e fundamentadas; era por outras palavras, um ensino altamente prático, ou seja, preocupado com a ação (práxis) de fazer o saber e não com os resultados do saber feito (HESPANHA, 1978, pp. 111-112).

É importante salientar que a proposta racionalista em Coimbra não poderia ferir os dogmas católicos (CARVALHO, 2008, p. 93). Os *Estatutos* procuraram conciliar o catolicismo ao jusracionalismo (CARVALHO, 2008, p. 94). Segue parte dos *Estatutos*:

A corrupção dos corações humanos tem apagado nelles fogo sagrado, que a Natureza acende nos espíritos dos Homens, para allumiar na indagação das suas

Leis; e a mesma Razão, sendo o patrimônio mais nobre do homem, se acha nelle dissipada, destruída, e dilapidada pelas mãos affectos da vontade, que a tem por hum jugo pezado. (...) A perfeita harmonia, e concordia da Razão com a fé será o único fiador da exactidão do seu cálculo; da boa combinação das suas ideias; e será o único critério da verdade, e do acerto (ESTATUTOS, 1972, pp. 328-329).

Assim como ponderado no **Capítulo 2**, o jurista holandês Hugo Grotius não abandonou por completo a autoridade divina em seu pensamento laicizante sobre o direito. Grotius carregava aparente contradição em seu pensamento racional, uma vez que proclamava o devido respeito à ordem divina na elaboração da “ciência do direito”. O rompimento histórico completo entre direito e religião não se deu de forma tão evidente quanto se vê na célebre frase de Hugo Grotius, que constatava “que mesmo se Deus não existisse, existiria o direito natural”. Depois que terminou a frase, o próprio Grotius continuou insistindo que Deus era o autor de todas as leis. Da mesma maneira que não podemos afirmar que o Iluminismo foi um movimento intelectual ateu, em vista de sua multiplicidade de autores e ideias, a Escola Moderna de Direito Natural não pode ser classificada como aquela que pôs fim à interferência religiosa sobre o direito. A Escola começou a realizar tal papel secular sobre o conhecimento jurídico, mas não foi uma matriz fechada em seus princípios, mantendo certa ambivalência entre religião e direito. Portanto, a tentativa conciliatória entre razão e fé não foi uma situação específica dos *Estatutos* jurídicos em Portugal, mas parte de um pensamento multifacetado similar à Escola de Grotius.

Flávio Carvalho, por exemplo, atenta sobre a limitação do ideal de razão perceptível no contexto ilustrado francês:

Verifica-se que, em Portugal e na França, ao menos sob os parâmetros dos pensamentos epistemológico e metodológico formais, existiram discursos dotados de certa semelhança sobre o caráter limitado da razão natural e da respectiva necessidade de complementação, dessa faculdade humana – tida como decaída –, pelos saberes advindos da fé e da religião revelada (CARVALHO, 2008, p. 96).

A história do direito se tornou matéria essencial na formação jurídica pós 1772. A perspectiva histórica era um “instrumental ideológico adequado” (HESPANHA, 1978, pp. 118-119) para mostrar as “violações do direito no passado e assim possibilitar o afastamento” deste (HESPANHA, 1978, pp. 118-119). Por isso, a história era uma “chave indispensável de compreensão do direito que percorre o *Compêndio* histórico e os *Estatutos*” (HESPANHA, 1978, p. 109). Nos dois primeiros anos da formação em Leis, havia as cadeiras de história civil, universal e da Igreja (CARVALHO, 2008, p. 88). Antônio Manuel Hespanha destaca o

pioneirismo em Coimbra no ensino de história do direito, uma vez que a mesma praticamente não era “professada em quase nenhuma parte da Europa” (HESPANHA, 1978, p. 109).

Ponto combatido no *Compêndio* e modificado pelos *Estatutos* se relacionava à temática do direito romano. A tendência antiromanista da Lei de 1769 encontrou franco respaldo na nova formação acadêmica em Coimbra. Antes da reestruturação de Coimbra, o estudante das Leis se dedicava muito mais ao direito romano do que ao direito pátrio (SILVA, 1985, p. 280). Para modificar esses excessos na formação universitária, o direito romano passou a ser estudado em somente duas cadeiras, nos textos originais em latim, pelo *usus modernus pandectarum*, sem as glosas de Accúrsio e Bartolo, que foram proibidas (CARVALHO, 2008, p. 89). Os dois glosadores foram caracterizados pelos *Estatutos* como “inteligência ilusória das leis” (CARVALHO, 2008, p. 85).

Como exposto antes, o *usus modernus pandectarum*, vigente na Europa transpirenaica, procurou adaptar as noções jurídicas romanas à realidade moderna, no sentido de tratar o direito romano com seu devido valor histórico, mas percebendo-o de forma crítica. O criticismo kantiano, além disso, se aplicou de forma clara aos novos moldes da Faculdade das Leis: não haveria autoridade intocável vinda da tradição romana, uma vez que o crivo da razão é que determinaria ou não a utilidade do direito romano.

A Lei da Boa Razão já estabelecera a superioridade do direito pátrio em relação ao romano. Nos *Estatutos* se deu a mesma preocupação com o “direito nacional”. Lembramos que, segundo a matriz jusnaturalista moderna, o direito positivo deveria ser expressão do direito natural racional (MONTESQUIEU, 1979, p. 28). Desta maneira, como o direito natural era o alicerce da formação jurídica pombalina, o direito português teve seu papel destacado em Coimbra, uma vez que as leis positivas decorriam do jusnaturalismo (CARVALHO, 2008, p. 83). Especialmente, ao final do curso, o direito pátrio ganhou ênfase em relação ao papel subsidiário do direito romano. Seguem as orientações dos *Estatutos*:

Intoleráveis abusos, e excessos da autoridade, que nestes Reinos se dava ás ditas Leis Romanas em prejuízos das Leis Pátrias: fixando justos limites, e em certos casos, que ellas podem ter ainda alguma autoridade, e uso legítimo, que nos ditos casos se pode fazer ainda delas nestes Reinos (ESTATUTOS, 1972, p. 282).

O novo método de estudos na Faculdade das Leis foi denominado “sintético-demonstrativo-compêndiário” (SILVA, 1985, p. 282). Consistia em uma apresentação “clara, sistematizada e ordenada, aos alunos legistas sobre as principais regras e preceitos do direito” (CARVALHO, 2008, p. 90) a partir de compêndios específicos criados pelos professores das respectivas cadeiras. Em obediência a essa determinação dos *Estatutos*, o maior jurista do

período pombalino (SILVA, 185, p. 283), Pascoal José de Mello Freire dos Reis, então professor de Coimbra, redigiu o primeiro compêndio de história do direito, *Historia Iuris Civilis Lusitani*, de 1778. Mello Freire escreveu ainda uma obra sintética de direito português, chamada *de Institutiones Iuris Civilis Lusitani cum Publici e tum Privati*, em cinco volumes (SILVA, 1985, p. 283). O “enciclopedismo” (SILVA, 1985, p. 283) e a Ilustração deste jurista serão estudados nos **Capítulos 4 e 5** da presente tese.

Hespanha alerta que a “elaboração dos compêndios universitários era rodeada de múltiplos cuidados, sobretudo no que diz respeito ao seu conteúdo ideológico” (HESPANHA, 1978, p. 115). Pombal reservou à Real Mesa Censória o controle dos novos manuais e fazia recomendações em suas correspondências com o reitor sobre as correções que deviam ser feitas sobre os mesmos. Entre as recomendações do ministro, destacamos a indicação do manual de Heineccius (1681-1741), mas sem as posições favoráveis do autor a Aristóteles. A cautela pombalina demonstrava a preocupação com a “homogeneidade ideológica” do ensino jurídico em Coimbra (HESPANHA, 1978, pp. 115-116) que fazia parte da política despótica do governo de D. José I.

Segundo o *Compêndio*, o intuito primordial do método “sintético-demonstrativo-compendiário” era evitar o emprego de manuais analíticos que apresentavam informações que mais confundiam do que auxiliavam nos estudos das leis:

O Segundo inconveniente das mesmas Lições pelo Método Analítico foi o grande embaraço e invencível impedimento que com elas se pôs aos bons progressos dos Estudos Jurídicos, porque como elas eram formadas sem os necessários e impreteríveis subsídios da interpretação genuína dos Textos, como é manifesto, por faltarem estes totalmente na Escola de Bartholo, que era só a que nelas se seguia (o que também se faz certo com igual evidência pela inteira falta dos ditos subsídios, que muito facilmente se pode observar nos Comentários e Postilas que para as mesmas Lições se ditavam). De tudo isto provinha também, que as sobreditas Lições Analíticas mais serviam para confundir, escurecer e tornar a Jurisprudência arbitrária e para controverter e fazer disputável todo o Direito, ainda o mais certo, do que para ilustrá-lo e comunicar-lhe as luzes de que ele necessita. (...) De sorte que toda esta grande cópia de Lições e de Professores Analíticos, podia ser de muito grandes vantagens para a ilustração da Jurisprudência e de um aproveitamento notável para os Estudantes, se estes se chegassem para elas ou depois da sólida e competente instrução dos Princípios e de terem já formado Sistema do Direito por meio do Estudo Sintético ou se os Professores fizessem nelas o devido uso das Línguas Latina e Grega, das Disciplinas Filosóficas, do Direito Natural, da História, da Hermenêutica, da Crítica e de todos os bons subsídios da interpretação genuína das Leis, porque então aprenderiam por meio delas os mesmos Estudantes a interpretar solidamente as Leis e os Cânones, far-se-iam mais textuais, seriam mais hábeis para entenderem bem os Textos, saberiam deduzir deles as suas verdadeiras Conclusões e compreenderiam com maior perfeição as genuínas razões de decidir e de duvidar e, por fruto das mesmas Lições, adquiririam um conhecimento mais profundo do Direito, o qual verdadeiramente só está depositado no muito uso do Estudo Analítico, sendo este bem dirigido (COMPÊNDIO, 2011, p. 303).

Rui Figueiredo Marcos elucida o novo método de ensino “sintético-demonstrativo-compêndiário”:

O professor devia dar uma imagem geral da disciplina através da redução da matéria a um conjunto doutrinal ordenado e sistemático, subordinando a evolução expositiva a uma linha de crescente complexidade; este método apoiava-se na elaboração de manuais adequados, sujeitos a aprovação oficial (MARCOS, 2006, p. 165).

O método sintético prescrito no *Compêndio* seguiu as orientações do jurisconsulto francês Jacques Cujas, conhecido como Cujácio (1522-1590). Cujácio pertenceu à Escola Humanista ou Escola Histórica fundada, no século XVI, por André Alciato (1492-1550) (CARVALHO, 2008, p. 86). A opção metodológica por Cujácio se deu em função da viabilidade de conciliar “as letras humanas e o estudo da jurisprudência – de ler e interpretar os textos, e não ao sectarismo doutrinal” (CARVALHO, 2008, p. 86). Mozart Linhares Silva (2002, p. 15) justifica a escolha por Cujácio, porque sua Escola havia desenvolvido uma crítica mais acentuada aos glosadores e não ao direito romano propriamente dito. Para os cujacianos, os comentaristas corromperam o legado jurídico romano. O estudo sobre os fundadores da “ciência do direito” era imprescindível, mas sem as interpretações de Bartolo ou dos demais glosadores. A reforma de Coimbra partiu do mesmo pressuposto interpretativo da Escola Humanista de Cujácio, ou seja, reconhecimento das lições romanas, mas com a exclusão dos comentaristas.

Segue a menção a Cujácio no *Compêndio*:

Antes pelo contrário, somente estabeleceram Lições pelo Método Analítico, e para estas precisamente é que destinaram todas as Cadeiras que instituíram, não fazendo menção alguma das Lições Sintéticas, nem querendo admiti-las nas Escolas, sem embargo do vantajosíssimo uso que delas haviam já feito o incomparável Cujacio e outros Jurisconsultos egrégios que, com grande utilidade dos Ouvintes, haviam imitado o seu louvável exemplo (COMPÊNDIO, 2011, p. 302).

O debate sobre método de estudos em Coimbra traz à baila a discussão ilustrada sobre o tema. De uma maneira geral, as Luzes relegaram o espírito de conhecimento via sistema e passaram a uma opção sistemática do mesmo.⁴⁷ O espírito de sistema do século XVII “levava a razão ao extremo ao usá-la para construir teorias que abarcavam tudo” (DARNTON, 2005, p. 31). Os iluministas preferiam criticar tudo (DARNTON, 2005, p. 31). No exemplo da reforma da faculdade portuguesa das Leis, a “ciência do direito” não poderia estar restrita pelo apregoado no *Digesto* ou no *Corpus Iuris Canonici*. Era como se o direito

⁴⁷ Villalta (2015, p. 105) lembra que nem todos os iluministas optaram por esta inversão metodológica. Holbalch foi um *philosophe* que preferiu o método de sistema.

fosse, totalmente, explicado pelas noções contidas nestes corpos de leis que formavam um sistema único. Bem diferente foi a concepção sistemática trazida pelas alterações curriculares na segunda metade do século XVIII. O direito não seria mais compreendido como um sistema de regras romanas, mas dependeria de uma orientação crítica racional, de estudos preliminares de grego, latim, de noções de história, filosofia e, depois, da abordagem das normas positivas. Houve uma percepção muito mais ampla da ciência jurídica, no sentido de encará-la a partir de diversas áreas de conhecimento e por um instrumental crítico racionalista que perpassava todas elas. O direito português deixou de ser um repositório romano fechado para se tornar um campo de aprendizado em construção pela crítica racional à autoridade doutrinal composta pelo direito antigo.

Mostramos a estreita relação entre os ditames da Lei da Boa Razão e a reforma curricular de Coimbra de 1772. O direito português setecentista objetivava “cercear a antiga prática jurisprudencial doutrinária e interpretativa dos juízes, em prol do cumprimento claro, uniforme, preciso das leis” (CARVALHO, 2008, p. 100). Em um ambiente de fortalecimento do poder absolutista do monarca. Por causa dessa decisiva atuação real, o trono, em destaque na imagem *La Jurisprudence*, nos inspirou a pensar sobre todo impulso dado pela monarquia absolutista, encabeçada pelo Marquês de Pombal, ao direito ilustrado português. A “ciência do direito” moderna em Portugal, ou seja, *La Jurisprudence*, foi viabilizada em grande medida pelas ações monárquicas tomadas na promoção do direito escrito, na limitação do uso costumeiro e do direito romano nas práticas judicantes pela Lei de 1769, bem como na reestruturação do curso das Leis para formar os novos legistas a partir de 1772.

Nos próximos capítulos, veremos que o conhecido jurista português, Pascoal de Mello Freire, também se alinhou ao pensamento jurídico ilustrado. Dessa forma, corroboramos nossa tese que, mesmo diante das especificidades do contexto luso, o direito foi, especialmente, modificado pelas Luzes advindas da Lei da Boa Razão e do novo currículo de Coimbra. Os projetos de código de Mello Freire reforçam a ideia de Iluminismo jurídico pelo conteúdo que será visto nas páginas seguintes.

4. LUZES SOBRE O JURISTA: PASCOAL DE MELLO FREIRE DOS REIS (1738-1798) E O PROJETO DE CÓDIGO DE DIREITO CRIMINAL (1786)



FIGURA 3: “Pascoal de Mello Freire dos Reis”. Autor desconhecido. Fonte: http://delegacaodeansiao.blogspot.com.br/2008_02_01_archive.html (último acesso em 18/02/2015).

O retrato acima ilustra a página *on-line* da Delegação da Ordem de Advogados da cidade portuguesa de Ansião, distrito de Coimbra. Logo abaixo da imagem, em latim, vem a alusão ao “brilhante jurisconsulto português, ilustre ansianense, século XVIII: Pascoal José de Mello Freire dos Reis (1738-1798)”.

A homenagem atual é justificável, uma vez que Mello Freire foi o:

Mais abalizado da época e o executor mais autorizado da Reforma no campo da jurisprudência teórica, é por último, pode também dizer-se, como que o próprio Verney tornado jurisconsulto e professor de direito ou a mais alta personificação do século XVIII português nos domínios do direito positivo (MONCADA, 1948, p. 103).

Nascido em Portugal, na cidade de Ansião, em 1738, Pascoal de Mello Freire dos Reis, concluiu os estudos doutorais na Faculdade das Leis de Coimbra aos 19 anos (COSTA, 1978, p. 14). Logo depois do término da formação jurídica, foi professor de algumas cadeiras nessa instituição (COSTA, 1978, p. 14). Em 1774, após ter participado da reestruturação do curso, tornou-se professor substituto da então criada disciplina de Direito Pátrio (COSTA,

1978, p. 14). Sete anos mais tarde, passou a ser o catedrático titular desta matéria (COSTA, 1978, p. 14). Em 1780, integrou o quadro de sócios efetivos da Academia Real das Ciências de Lisboa (CRUZ, 1981, p. 32). Na vida pública, Mello Freire alcançou cargos, tais como o de desembargador na Casa de Suplicação, em 1785, e conselheiro régio, em 1793 (COSTA, 1978, p. 14). Foi ainda cônego doutoral das Sés da Guarda, de Faro e de Braga (COSTA, 1978, p. 14). Encerrou suas funções acadêmicas em 1790 e morreu em Lisboa oito anos depois.⁴⁸

Quanto às suas obras principais, Pascoal José de Mello Freire escreveu, em latim⁴⁹, o primeiro manual de história do direito português, *Historia Iuris Civilis Lusitani*, que continha três volumes, em 1777 (NEDER, 2012, p. 521). No ano de 1786, essa obra foi apresentada à *Real Mesa Censória* (NEDER, 2012, p. 526). O censor responsável pela análise foi o Padre Antônio Pereira de Figueiredo (1725-1797), que elaborou um parecer contrário ao texto, com cerca de 18 páginas.⁵⁰ Padre Figueiredo foi um intelectual renomado por ter sido o primeiro tradutor da Bíblia para a língua portuguesa. Entre o censor e o jurista houve verdadeiro embate ideológico acerca do poder, da forma de disposição do conteúdo da obra e das finalidades da disciplina história do direito. Segundo Antônio de Figueiredo, havia três defeitos principais na obra do jurista:

O estilo “(...) pois estes compêndios deviam ser sobremaneira puros. O autor, por usar muito os latinos em suas aulas, maculou o livro com certos barbarismos, que só podiam ter desculpa se não pudessem ser evitados com facilidade. Texto por vezes obscuro e duro que se torna cansativo”. 2. Faltava a crítica, pois para Pereira Figueiredo os compêndios deviam sempre apresentar a crítica diante dos olhos. “A cada passo do autor estava se esquecendo de fazer a crítica com grave prejuízo de sua reputação, mas também do aproveitamento do discípulo”. 3. O compêndio “*Historia Iuris Civilis Lusitani*” continha erros históricos e enumerou todas as páginas onde fez, para cada qual, sugestões de correção que seriam ‘defeitos’ na história e/ou ‘defeitos’ por omissão, e ‘defeitos’ na crítica (NEDER, 2012, pp. 525-526).

Em sua resposta à censura, Mello Freire, em tom ofendido, questionou o rigor com que foi tratado pelo Tribunal pelos “defeitos que se notão se dissessem sem manejo

⁴⁸ Houve uma certa dificuldade para encontrar dados biográficos de Mello Freire. Confiamos, especialmente, nas informações sobre a trajetória de vida do jurista a partir do verbete do *Dicionário de História de Portugal* (COSTA, 1978) e na ficha bio-bliográfica elaborada pela Universidade Nova de Lisboa. Disponível em: <http://www.fd.unl.pt/ConteudosAreasDetalhe_DT.asp?I=1&ID=9240>.

⁴⁹ A primeira tradução para a língua portuguesa do manual foi feita em 1968 por determinação do jurista contemporâneo Marcelo Caetano (NEDER, 2012, p. 521).

⁵⁰ O manuscrito desse parecer de Antônio de Figueiredo se encontra na Seção de Reservados da Biblioteca Nacional de Lisboa, Código 8257 (NEDER, 2012, p. 525). Como não tivemos acesso a esse escrito, optamos por apenas comentá-lo de forma breve e informativa. A resposta de Freire está *on-line*. Disponível em: <http://bibdigital.fd.uc.pt/C-13-4-3/C-13-4-3_item2/C-13-4-3_PDF/C-13-4-3_PDF_01-C-R0120/C-13-4-3.pdf>.

algum, e tão claramente, sem que se desculpassem ao menos com as palavras e termos: equivocação, descuido, engano, parecia” (REIS, 1800, p. 3). Gislene Neder explica que:

Basicamente, Mello Freire reclamou da falta de manejo e do uso de palavras que o ofenderam como: omissão, equívoco, descuido, engano. Alegando o curto espaço de tempo que teve para preparar o compêndio, o autor defendeu-se da acusação de omissão. Porém realçou como mérito o fato de tratar-se de obra original, apesar de conter alguns ‘defeitos’, porém não tão sérios (NEDER, 2012, p. 528).

Para o jurista de Ansião, o que fora chamado de omissão pelo censor deveria ser relativizado, uma vez que o compêndio foi feito para ser explicado nas aulas “no segundo e terceiro anos da Reforma e História do Direito Pátrio” (REIS, 1800, p. 3). Dessa forma, o professor da disciplina supriria o que o manual deixou de tratar. Ressaltou ainda que o objetivo geral da obra foi transmitir uma

ideia geral e hum systema tal e qual das leis e costumes Portugueses nos diferentes períodos da sua dominação: pois como de novo se creou a Sciencia do Direito Patrio, mandando-se methodica e systematicamente ensinar (o que tem bastante dificuldade, supostos os diversos princípios da nossa Legislação em todas as suas idades) era necessário que os Estudantes, para não serem toda a sua vida meros Rabulistas, se preparassem com a Historia das Leis Portuguesas; e por isso antes do Compendio ou Instituições do Direito Patrio, procurei ordenar o da Historia para o seu uso e meu governo, e por ella principiei as lições da cadeira (REIS, 1800, p. 4).

Muitos dos temas deixaram de ser investigados, porque não era o aprofundamento teórico cabível em um manual sintético compendiário, feito nos moldes estabelecidos pelos *Estatutos* de Coimbra. O jurista se defendeu da suposta análise rasa, mostrando que certos assuntos não foram melhor esclarecidos porque pertenciam ainda a outras áreas de conhecimento e não à da história:

A Censura de que fiz menção da divisão de Hespanha em Ulterior, e Citerior, e da que fez Augusto, e que não falei na de Constantino: confesso que assim foi; mas as primeiras duas erão necessarias para o meu assumpto, e a terceira, como logo direi, não o era. (...) e este motivo porque falei dela, que de outra sorte não falaria, porque nada importava para o meu assumpto, como logo veremos (REIS, 1800, p. 11).

Depois das correções e dos reparos solicitados, a *Historia Iuris Civilis Lusitani* foi aprovada por unanimidade pelos sete deputados que compunham a Mesa, que votaram contra o censor Padre Antônio de Figueiredo (NEDER, 2012, p. 527). “Deu-se vista de tudo ao Procurador da Coroa em 11 de dezembro de 1786. O Procurador respondeu: ‘Que examinando a obra, via que ela desempenhava convenientemente o seu melindroso assunto (...)’” (NEDER, 2012, p. 527).

Freire produziu uma obra sintética, também em formato de compêndio, que englobava todos os temas do direito luso, chamada *de Institutiones Iuris Civilis Lusitani cum Publici tum Privati*, em cinco volumes, no ano de 1789 (COSTA, 1978, p. 14).⁵¹ As quatro primeiras edições desses dois escritos foram uma iniciativa da Academia Real das Ciências de Lisboa (CRUZ, 1981, p. 33).

O Aviso Régio, de 7 de maio de 1805, aprovou a leitura dos dois livros, *Historia Iuris* e o *Institutiones Iuris*, de Mello Freire, na Faculdade das Leis de Coimbra (CRUZ, 1981, pp. 33-34). Para atender à demanda dos textos, a Universidade de Coimbra reeditou novos exemplares, que ficaram prontos em 1815 (CRUZ, 1981, p. 34).

Sobre a importância da obra *Institutiones Iuris Civilis Lusitani* na formação jurídica luso-brasileira, Hespanha reforça que

poucas foram as obras jurídicas que tiveram uma tão larga influência sobre o ensino e na vida do direito como o compêndio de Pascoal de Melo. Utilizado até 1843-1844 como livro de texto da cadeira de Direito Civil, embora anotado pelos vários professores que a iam regendo, só nesse ano é substituído pelas não menos famosas e influentes *Instituições de Direito Civil*, de Coelho da Rocha. Fora do ensino, é citado abundantemente nas decisões dos tribunais (HESPANHA, 1978, p. 119).

Outro grande destaque na carreira de Pascoal de Mello foi a autoria de dois projetos de códigos sistematizados: o Código de Direito Criminal (1789) e o Código de Direito Público (1789) na administração régia de D. Maria I (1777-1816). Em 1783, o ilustre jurista de Ansião⁵² foi encarregado, oficialmente, de escrever os livros segundo e quinto do projeto da nova codificação portuguesa (SILVA, 1985, p. 285). As duas tentativas de codificação nunca se tornaram vigentes em Portugal.

Os **Capítulo 4** e **5** desta tese se dedicam a compreender quem foi o jurisconsulto Pascoal de Mello Freire no contexto jurídico português sob os auspícios das Luzes. Paulo Ferreira da Cunha ressalta a falta de bibliografia sobre Mello Freire: “muito falado, mas desconhecido, e, na verdade, raramente, visto” (CUNHA, 1990, p. 475). Para suprir tal lacuna historiográfica, no presente capítulo, investigamos a trajetória do jurista em questão, com ênfase em seu pensamento criminalista, a partir de seu esboço de Código Criminal (1786) e de seu compêndio relativo a essa matéria, *Institutiones Iuris Criminalis Luistani* (1789), e de *Instituições do Direito Criminal Português* (1794). O texto codificado de Freire e a obra

⁵¹ Os quatro primeiros volumes da obra de Mello Freire tratavam do direito civil. O quinto foi dedicado ao direito criminal. Os volumes, em latim e português estão disponíveis *on-line*. Disponível em: < <http://www.fd.unl.pt/ConteudosAreasDetalhe.asp?ID=40&Titulo=Biblioteca%20Digital&Area=BibliotecaDigital#>>.

⁵² Pascoal de Mello Freire dos Reis foi proposto como redator das partes II e V do *Novo Código* em 23 de maio de 1782 (CUNHA, 1990, p. 473).

referenciada foram marcados pela originalidade ao preconizar em Portugal a humanização das penas nas trilhas do pensamento do jurista ilustrado milanês Cesare Beccaria (COSTA, 1978, p. 15).

No **Capítulo 5**, continuaremos a estudar Mello Freire examinando seu Código de Direito Público a partir das censuras sofridas. Diferentemente do Código Criminal, que não passou pelo crivo censório, o texto codificado acerca do direito público foi objeto da censura feita pelo canonista Antônio Ribeiro dos Santos (1745-1818). Nuno Gomes da Silva afirma que o “saber histórico-jurídico de Ribeiro dos Santos em nada era inferior ao de Melo Freire, só é de lamentar que não tenha chegado a escrever uma obra de caráter geral” (SILVA, 1985, p. 284). Na apreciação do texto codificado sobre o direito público de Mello Freire, Ribeiro dos Santos teceu crítica mordaz ao conteúdo exposto pelo jurista. O mote da discussão entre os autores estava relacionado, especialmente, à nova “filosofia do direito definida fundamentalmente pelos estatutos universitários de 1772” (PEREIRA, 1983, p. 244) e às concepções políticas quanto ao poder régio (PEREIRA, 1983, p. 244). No **Capítulo 5**, veremos tal obra codificada, os termos das censuras de Santos e as respostas dadas pelo jurista de Ansião sobre as condenações sofridas, que impediram a publicação do seu Código de Direito Público. O debate entre Freire e Santos nos indica que as Luzes estavam na ordem dia entre os dois legistas portugueses setecentistas.

No **Capítulo 3**, mostramos que a Lei da Boa Razão (1769) e a reforma na Faculdade das Leis de Coimbra (1772) transformaram a vida jurídica portuguesa colocando o direito luso “sob a influência doutrinária da Alemanha e da Holanda, do humanismo e do racionalismo jurídico” (MONCADA, 1948, p. 103). Pascoal de Mello Freire representa o mesmo espírito ilustrado da Boa Razão e da reestruturação curricular de Coimbra, tendo sido um “autor perfeitamente identificado com a melhor bibliografia do seu tempo, bom conhecedor dos intérpretes alemães do *usus modernus pandectarum*” (SILVA, 1985, p. 283). Daí nossa opção de pesquisa sobre seu pensamento jurídico, uma vez que o mesmo vem corroborar nossa pesquisa ao demonstrar que o direito bafejado pelas Luzes invadiu Portugal, tal como se deu no restante da Europa, mesmo diante das especificidades vistas da realidade lusa setecentista:

Mello Freire foi, em Portugal, um divulgador incansável do Iluminismo, nomeadamente em matéria penal. Foi um compilador hercúleo de legislação, história e doutrina do Direito pátrio. Foi um dedicado e rápido elaborador de projectos de reforma, penal e constitucional. Foi o criador de muito no nosso Direito – porque muito trabalhou. E porque muito trabalhou, concitou contra si a coligação

sacrossanta dos que não trabalharam. Morreu triste, realmente abandonado, embora viesse a ter faustoso funeral (CUNHA, 1992-1993, pp. 45-46).

Enveredamos, em primeiro lugar, no processo de codificação do direito europeu e, depois, no esboço e no pensamento acerca do direito criminal de Pascoal José de Mello Freire

4.1 O projeto de Código Criminal de Mello Freire (1786) diante do processo de codificação do direito europeu

A ideia de codificação do direito possui raízes no processo de racionalização desenvolvido no século XVII (MARQUES, 2009, p. 171). Como mencionado no **Capítulo 2**, a Escola Moderna de Direito Natural e seus diversos seguidores fizeram verdadeira “revolução metodológica” (MARQUES, 2009, p. 171) ao elaborarem a noção de superação da autoridade pela evidência racional “como regra de descoberta e de interpretação nas ciências, e como revolução filosófica, enquanto movimento de superação da teologia pela ciência como princípio regulador da reflexão” (MARQUES, 2009, p. 171). José Reinaldo de Lima Lopes ressalta que a teoria jusnaturalista baseada no direito racional se apoiava, exclusivamente, na razão, e tudo o que fosse contrário à mesma deveria ser retirado das leis (LOPES, 2009, p. 190).

Tal transformação metodológica, advinda do jusnaturalismo racionalista seiscentista, demonstrou a importância da ideia de um sistema jurídico a partir de um “direito emanado unicamente da razão imutável e universal” (MARQUES, 2009, p. 171). Mário Reis Marques nos lembra que os jusnaturalistas racionalistas defendiam, essencialmente, a concepção jurídica precípua de que há “um direito natural, expressão da razão, que é comum a todos os homens”. (MARQUES, 2009, p. 173). O autor elucida melhor o processo da elaboração dos códigos e sua relação com o direito da razão:

O abstracto <direito da razão>, desenhado como sistema ideal de uma renovada ordem do direito positivo, irá influenciar todo o processo codificatório. Esta abstracção, característica das teorias jurídicas do racionalismo, recobre-se de um fundamento político: a destruição do caótico direito comunitário e feudal. (...). Pode assim afirmar-se que foi a Escola do direito natural racionalista que fundou a ideologia da codificação: esta tem por objeto a exposição dos princípios da lei natural definidores das <grandes avenidas do futuro> (MARQUES, 2009, pp. 173-174).

No decorrer do século XVIII, a racionalização anterior foi instrumentalizada em práticas normativas que tinham em vista a “superlegitimação da lei e a estadualização do direito” (MARQUES, 2009, p. 172) por meio dos códigos modernos orientados pela razão universal e por “princípios claros, evidentes, compreensíveis por qualquer um” (LOPES, 2009, p. 190). Sobre essa ideia de que a lei deveria ser entendida pelo cidadão comum, Hespanha aponta que:

As novas leis – máxime, os novos códigos – já não são instruções, dirigidas a juízes técnicos, sobre a ordem a guardar no juízo (*Gerichtsordnungen*), mas textos dirigidos aos cidadãos, escritos em linguagem que lhes seja acessível e organizados de modo a poderem ser facilmente apreendidos e memorizados. A mesma intenção pedagógica tem a insistência no método axiomático, visível, por exemplo, em Pascoal de Melo; que, por outro lado, inclui no seu Código, dispositivos sem conteúdo normativo, destinadas exclusivamente a edificação dos cidadãos (HESPANHA, 1993, p. 535).

Isso significava ainda que “o pluralismo normativo sustentado pela prática das instâncias judiciárias e pelas fontes tradicionais do direito escolástico” (MARQUES, 2009, p. 172) deveria ser substituído “pela vontade monopolista do Estado” (MARQUES, 2009, p. 172). As novas codificações permitiriam unificar o poder de mando estatal, no sentido de que a criação do direito competiria somente aos legisladores e não aos juízes (MARQUES, 2009, p. 172). O legislador seria a própria expressão da razão de cada indivíduo na produção de uma única forma racionalizada de direito.

Cesare Beccaria e Montesquieu compartilharam dessa mesma opinião de que os juízes não deveriam atuar como criadores do direito, mas como sujeitos que repetiam os proclames que estavam nas leis (MARQUES, 2009, p. 172). Por sinal, os *philosophes* ajudaram vários monarcas na tarefa de organização codificada das legislações (LOPES, 2009, p. 191). A viabilidade de reformar o direito setecentista dependeu dos monarcas absolutos, que detinham o papel precípua de legisladores e dos pensadores iluministas, que colocaram seus préstimos a serviço dos soberanos (LOPES, 2009, p. 191), como mencionado nos **Capítulos 2 e 3**. Pela influência direta dos *philosophes*, o espírito codificador ganhou o impulso necessário (MARQUES, 2009, p. 172), uma vez que foram eles que difundiram as principais concepções para tal estruturação normativa, tais como a “experiência, o rigor matemático e a razão como critérios de sucesso diante da infeliz experiência de recorte religioso” (MARQUES, 2009, p. 173):

Mas em toda parte – na Prússia de Frederico II, na Rússia de Catarina II, na Áustria de José II, na Toscana do arquiduque Leopoldo, na Espanha de Carlos III, no

Portugal de Dom José I, na Suécia de Gustavo III – soberanos e ministros voltavam-se para os filósofos em busca de orientação ou legitimação. Quase todos liam em francês; quase todos consultavam a *Encyclopédie*, e os mais importantes dos seus súditos faziam o mesmo (DARNTON, 2005, p. 25).

Sob a influência dos *philosophes*, a organização normativa codificada representou ainda um sistema legal elaborado para a:

Unificação do sujeito de direitos e para a ideia de que todos são iguais perante a lei. O igualitarismo jurídico do século XVIII opera no campo das diferenças subjectivas religiosas e no campo das diferenças subjectivas de classe. É este igualitarismo que irá marcar as estruturas dos códigos modernos (MARQUES, 2009, p. 174).

Os códigos setecentistas inaugurais desta tradição normativa foram os que regulavam o direito penal.⁵³ Influenciados, principalmente, pelo jurista ilustrado Cesare Beccaria (GILISSEN, 2003, p. 368), os Códigos Penal (*Codex Juris Bavarici Criminalis*), de 1751, da Baviera e o da Áustria (*Constitutio Criminalis Theresiana*), do ano de 1768, procuraram a humanização e a proporcionalidade nas condenações sobre os atos delituosos criminais (GILISSEN, 2003, p. 450). Nessa mesma esteira das codificações criminais citadas, veio a proposta efetiva de Mello Freire em Portugal, em 1786 – investigada nas páginas seguintes.

As codificações legislativas modernas não se restringiram ao âmbito penal. Na Baviera, vieram, posteriormente, os Códigos de Processo (*Codex Juris Bavarici Judicialis*), de 1753, e o Civil (*Codex Maximillianeus Bavaricus Civilis*), de 1756 (GILISSEN, 2003, p. 450). Na Áustria, desde 1753, a rainha Maria Teresa (1740-1780) tentava unificar a legislação de seu reino para a formação de um código geral de direito privado (MARQUES, 2009, p. 179). Tratava-se de um plano ambicioso para reunir todas as regras civis em um único código que deveria “conter o direito certo e universal baseado no *usus modernus* corrigido e completado pelo direito da razão” (MARQUES, 2009, p. 179). Tal *usus modernus* significava um afastamento da autoridade do direito romano e sua subordinação ao princípio, tipicamente ilustrado e jusracionalista, eterno da razão (MARQUES, 2009, p. 180). Explica o autor sobre o *usus modernus* presente nas codificações modernas:

A partir deste ponto de vista, não existe nesta doutrina um lugar de relevo para o direito romano; este não é objeto de idolatria. O direito romano é um direito histórico entre outros. (...) Em vez de direito universal e necessário, este direito [o romano] é apenas válido enquanto expressão de um direito da razão (MARQUES, 2009, p. 180).

⁵³ O rei Leopoldo I (1745-1790) da Toscana aprovou o considerado primeiro Código Penal moderno europeu em 1786 (LOPES, 2009, p. 192).

O empreendimento civilístico austríaco foi concretizado, tão só em 1811, no *Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch* ou Código Civil Geral, que contava com 1502 artigos (MARQUES, 2009, p. 179). O código foi dividido em três partes: a primeira, referente às pessoas, a segunda, concernente às coisas e a última, sobre as disposições comuns das pessoas e das coisas (MARQUES, 2009, p. 179). Mário Marques acrescenta que o texto legislativo de 1811 incidia sobre a maior parte dos territórios da coroa dos Habsburgos, no sentido de ter sido utilizado como um instrumento normativo para a homogeneização social e política do poder do império (MARQUES, 2009, p. 180).

Antes da experiência da Áustria, a Prússia havia promulgado um código geral semelhante (GILISSEN, 2003, p. 450). O código prussiano, *Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten*, se destacou pela sua completude e abrangência de temas (MARQUES, 2009, p. 175). O texto foi publicado no ano de 1794 e contava com cerca de 19.000 artigos (GILISSEN, 2003, p. 450). Frederico, o Grande, já preparava essa codificação desde 1746, mas o trabalho só pôde ser efetivado a partir de 1780, sendo concluído 14 anos mais tarde (GILISSEN, 2003, p. 450).

O texto codificado da Prússia foi dividido em duas grandes partes: o direito dos indivíduos e o direito das corporações, que tratava da família, das corporações, municípios, ordens e Igreja (MARQUES, 2009, p. 175). Os temas do direito civil, do direito mercantil, do direito marítimo, do direito dos seguros, do direito da Igreja, do direito penal e do direito feudal também foram contemplados pela legislação em questão (MARQUES, 2009, p. 175). Percebemos a nítida aplicação da ideia esclarecida de centralização das normas jurídicas em um único código completo, que pretendia combater o arbítrio da ciência romanística e do uso das fontes externas, doutrina e costumes, predominantes das legislações anteriores.

Também vemos no código prussiano a ideia, compartilhada por Montesquieu e Beccaria, exposta no **Capítulo 3**, de que o “o legislador não deve deixar ao juiz qualquer margem à faculdade decisória” (MARQUES, 2009, pp. 175-176). Por isso, segundo o § 49, todo caso concreto somente pode ser julgado a partir das normas gerais presentes na codificação, seguindo a técnica casuística (MARQUES, 2009, p. 175). Conforme o § 46, não havendo uma regra específica sobre certa situação, o juiz deverá decidir a partir dos princípios gerais do código ou da aplicação analógica das suas disposições (MARQUES, 2009, p. 176). Permanecendo alguma obscuridade, o magistrado comunicaria sua dúvida à comissão legislativa e acataria a resolução conforme hermenêutica da mesma (MARQUES, 2009, p. 176). Podemos concluir que toda a interpretação judicial se vinculava às palavras da lei e ao

seu contexto, deixando de lado as interpretações feitas pelos próprios juízes ou advindas das leis romanas ou dos costumes.

Seguindo o processo de codificação europeu a partir das matrizes jusnaturalistas ilustradas, fazemos uma breve referência ao mais famoso dos textos civis, o Código Civil da França, o *Code Civil*, de 1804. O chamado Código de Napoleão (MARQUES, 2009, p. 176) consagrou em definitivo a estruturação das normas civis em forma de uma codificação moderna. Sem a pretensão de exaurir o tema⁵⁴, reforçamos que o propósito fundamental do código francês foi reunir as “fontes régias (*Ordonnances*), as consuetudinárias e as de direito comum (romano-canônica), geridas pela praxe jurisprudencial” (MARQUES, 2009, p. 177), em uma legislação civil, “única, breve e compacta (codificação)” (MARQUES, 2009, p. 177). A influência desse escrito legal se estendeu aos países que foram incorporados pela França ao longo do século XIX, inclusive na codificação civil portuguesa de 1867 (GILISSEN, 2003, p. 456).

Vejamos um pequeno trecho do discurso preliminar de Jean Portalis⁵⁵ (1746-1807), na apresentação do primeiro projeto do *Code Civil*, que exprime um tom jusracionalista ilustrado:

O direito é a razão universal, a suprema razão fundada sobre a natureza mesma das coisas. As leis são ou devem ser apenas o direito reduzido a regras positivas, a preceitos particulares. (...). Quando não somos guiados por algo estabelecido ou conhecido, quando se trata de um fato absolutamente novo, remontamos ao direito natural. Pois se a previsão dos legisladores é limitada, a natureza é infinita; ela se aplica a tudo que diz respeito aos homens (Discurso preliminar ao primeiro projeto de Código Civil de 1803 pronunciado por Portalis apud LOPES, 2009, pp. 210 e 207).

Segundo Mário Marques, o código francês foi muito mais do que uma coleção de 2281 artigos, pois o mesmo consagrou novos valores sociais tipicamente burgueses, que passaram a ser protegidos pelo direito (MARQUES, 2009, p. 177). As regras codificadas foram organizadas com base em três padrões valorativos: “o primado da propriedade, a organização da família a partir do casamento e o poder paternal” (MARQUES, 2009, pp. 177-178). A propriedade passou a ser tratada como um “direito exclusivo, individualista e perpétuo” (MARQUES, 2009, p. 178). A família e a autoridade do pai foram juridicamente respeitadas, uma vez que foram consideradas sustentáculo de todos os costumes da sociedade

⁵⁴ Sobre o Código Civil de 1804, existem muitos trabalhos. Para uma introdução geral sobre o Código, sugerimos ver os textos clássicos de GILISSEN (2003) e WIEACKER (1980).

⁵⁵ Jean Portalis (1746-1807) foi um dos quatro redatores do primeiro projeto que deu origem ao Código Civil de 1804. Brilhante jurista e filósofo foi encarregado do texto aqui citado referente ao discurso preliminar (GILISSEN, 2003, p. 452).

(MARQUES, 2009, p. 178). Todas as práticas costumeiras deveriam ser reguladas pelo Código Civil, ou seja, houve uma tentativa de limitar os conflitos advindos do comportamento social pelo prisma legal, no sentido de reduzi-los a uma única forma de solução, que estava estabelecida por lei – situação perceptível no Código Austríaco, de 1811, e no texto da Prússia, de 1794. Segue uma passagem da introdução ao *Code Civil*:

Amamos demasiado, no nosso moderno tempo, as mudanças e as reformas; se, em matéria de instituições e de leis, os séculos de ignorância são o teatro dos abusos, os séculos da Filosofia e de Luz não são, muitas vezes, senão o teatro dos excessos. Tais são os princípios de base segundo os quais partimos para a redação do projeto do Código Civil. O nosso objetivo foi o de ligar os costumes às leis e de propagar o espírito de família, que é tão favorável, por muito que se diga, ao espírito da cidade (Discurso preliminar ao primeiro projeto de Código Civil de 1803 pronunciado por Portalis apud GILISSEN, 2003, p. 482).

A tentativa de codificação setecentista em Portugal esteve relacionada a todo o contexto jusnaturalista ilustrado visto na Baviera, na Prússia, na Áustria e na França. Era relativo consenso entre os juristas⁵⁶ portugueses da época a necessidade de uma nova legislação que se adequasse ao modelo racional e codificado em voga no restante da Europa (SILVA, 1985, p. 284). Segundo Mário Marques e as considerações feitas no decorrer do **Capítulo 3**, as Ordenações Filipinas se tornaram uma compilação disfuncional que não formavam um “corpo de lei tal qual a razão e a experiência” precisavam para “a certeza do direito” (MARQUES, 2009, p. 181). Por isso, representavam um direito do passado, que deveria ser substituído por um sistema codificado que “privilegiava o futuro, a previsão das futuras necessidades dos povos” (MARQUES, 2009, p. 174).

Com o intuito de compreender a situação da legislação portuguesa nos séculos XVII e XVIII, é importante destacar que D. João IV (1604-1656) prometera rever as *Ordenações Filipinas*, mas apenas fez uma republicação das mesmas (SILVA, 1985, p. 284). D. João V (1689-1750) também manifestou claro interesse em atualizar as *Ordenações* portuguesas, porém não conseguiu realizar tal empreendimento (SILVA, 1985, p. 284). No **Capítulo 3**, vimos que, no reinado de D. José I (1750-1777) e de seu ministro Sebastião José de Carvalho e Melo, o direito português ganhou uma série de novas legislações e orientações, que procuraram suprir as “lacunas” das *Ordenações*, bem como reorganizar o sistema jurídico. Conforme já sublinhamos, a Lei de 1769 e as reformas de Coimbra de 1772 colocaram a estrutura jurídica lusitana nos mesmos moldes ilustrados racionalistas do restante

⁵⁶ Nuno Gomes da Silva (1985, p. 284) lembra que o diplomata e jurista Alexandre de Gusmão (1695-1753) foi um dos primeiros a defender a necessidade do árduo empreendimento para a reforma das *Ordenações Filipinas*, em vista de estarem superadas e precisarem ser reorganizadas.

da Europa (MONCADA, 1948, p. 103). No entanto, os códigos racionais-dedutivos não foram contemplados no governo de D. José I.

D. Maria I continuou o programa de reformas ilustradas naquilo que ficou a dever seu antecessor: a tentativa de promulgação de um Código de Direito Pátrio, que revogaria as antigas Ordenações. Hespanha diz que a rainha lusa pretendia a redução e a sistematização do corpo legislativo para se alinhar com outros reinos, em que existiam idênticas preocupações e em que projetos semelhantes começavam a ser discutidos, tais como a Toscana, Sardenha, Áustria e Prússia (HESPANHA, 2012, p. 478).

Para o feito pretendido, em 1778, a monarca instituiu uma junta de ministros⁵⁷ para o exame das *Ordenações* e das demais leis extravagantes e a elaboração de um *Novo Código*, sob a seguinte justificativa:

Tendo em conta que a felicidade das nações não podia conseguir-se sem um entendimento claro, certo e indubitável das leis, cuja inteligência se encontraria obscurecida pela sua multiplicidade e obsolescência (...). [Para] examinar a inúmera, dispersa e extravagante legislação que até hoje se tem observado, mas também a que compõe o corpo das Ordenações do Reino, recompondo-a sob a forma de um Novo Código (Decreto de 31 de março de 1778, apud HESPANHA, 2012, p. 478).

Cada parte do projeto de codificação de D. Maria correspondia à mesma divisão dos livros das *Ordenações*, no sentido de se produzir um *Novo Código* que acompanhasse os temas anteriores, mas sistematizasse os assuntos de forma racional e dedutiva. Sobre cada conjunto de matérias das *Ordenações* e os projetos que sucederam, temos que:

O Livro I continha muitos regimentos de officios reais e municipais (mas nada, por exemplo, sobre Cortes); o Livro II (que era o livro verdadeiramente “constitucional” numa estrutura corporativa), o regime das relações entre os poderes real, eclesiástico, senhorial, além de normas de natureza estatutária; o Livro III, direito processual; o Livro IV, normas dispersas sobre contratos e direito da família; o livro V, direito penal (HESPANHA, 2012, p. 478).

No ano de 1782, Pascoal de Mello Freire dos Reis, o renomado professor titular da cadeira de Direito Pátrio em Coimbra, deixou o ensino universitário para integrar a produção do *Novo Código* (COSTA, 1978, p. 14). Mello Freire foi encarregado de escrever o livro segundo, que tratava do direito público e, depois, o livro quinto, sobre o direito criminal (SILVA, 1985, p. 285). O esboço codificado acerca do direito penal foi apresentado à rainha em 1786, porém não foi sequer discutido pela censura (SILVA, 1985, p. 286). Em 1789, o

⁵⁷ A junta de ministros era composta pelo Visconde de Vila Nova de Cerveira, pelo Doutor José Ricalde Pereira de Castro, pelo Doutor Manuel Gomes Ferreira, pelo Doutor Bartolomeu J. Nunes Giraldes de Andrade, pelo Doutor Gonçalo J. da Silveira Preto e pelo Doutor João Pereira Ramos de Azevedo Coutinho (SILVA, 1985, p. 284).

texto referente ao direito público foi levado para avaliação na comitativa de Censura e Revisão e sofreu profunda crítica do grande canonista Antônio Ribeiro dos Santos. Vamos, então, investigar as ideias acerca do direito criminal e o projeto de código respectivo, deixando a polêmica entre Mello Freire e Ribeiro dos Santos para o **Capítulo 5**.

4.2 O projeto de Código Criminal de Mello Freire (1786) e as *Instituições de Direito Criminal* (1794)

Antes iniciar nossa análise, é importante esclarecer nossa opção teórica pelo estudo do pensamento de Pascoal de Mello Freire a partir de seu projeto codificado e do seu respectivo manual sobre o direito criminal. Este tipo de investigação pela “história textual” (HESPANHA, 1993, p. 494) vem sendo contestada pela atual historiografia jurídica, que procurou deixar de lado os aspectos legislativos ou doutrinários, propriamente dogmáticos, e se voltou para leituras “antropológicas, sociológicas e políticas” (HESPANHA, 1993, p. 494) sobre os crimes e as penas. Os textos legais foram sendo deixados de lado pelos historiadores do direito, uma vez que foi se observando que, na prática, não eram pontualmente cumpridos (HESPANHA, 1993, p. 494). Ademais, essas normas não constituem todo o direito, “existindo normas socialmente eficazes no plano da marginalização e da punição de diversíssima origem, desde os estilos de julgar até as regras muito pouco estruturadas de comportamento social” (HESPANHA, 2012, p. 494). Quanto à doutrina jurídica, “todos que estão familiarizados com a literatura jurídica cedo descobrem” (HESPANHA, 1993, p. 494) que ela não representa um “espelho da realidade social, mas seu filtro e reconstrução” (HESPANHA, 1993, p. 494). Dessa forma, os escritos legais ou produzidos pelos juristas de certo tempo “não são, eles mesmos, *realidades* da história jurídica e institucional” (HESPANHA, 1993, p. 495), constituindo uma “relação com outras realidades de que se alimenta quotidianamente a tal história social das instituições” (HESPANHA, 1993, p. 495).

Diante disso, devemos ponderar que os fatos sociais também nos chegam a partir destes textos legislados ou doutrinários da “grande tradição dogmática europeia” (HESPANHA, 1993, p. 495). Por isso, esses não devem ser vistos apenas como “receptáculos neutros e disponíveis de ideias ou de coisas, mas realidades, internamente, estruturadas, dotadas, por assim dizer, de uma vida e lógica evolutivas próprias” (HESPANHA, 1993, p. 495). Nesse sentido, esses tipos de escritos são objetos próprios a serem historicizados, porque mediam

assuntos, em detrimento de outros, argumentam, sugerem autores e leituras (HESPANHA, 1993, p. 495). A “tradição textual acaba por constituir uma chave indispensável” (HESPANHA, 1993, p. 495) na compreensão dos fatos históricos, pois permite a localização dos mesmos a partir do disposto nas linhas elaboradas por legisladores ou juristas.

A outra face que deve ser considerada quando se trata da história textual é o “sistema interno dos discursos” (HESPANHA, 1993, p. 496). Qualquer texto legal ou doutrinário possui um tipo de discurso a ser considerado pelo universo das referências materiais, sociais, culturais que condicionam sua linguagem, que se estende pelos “ídiomas, retóricas, maneiras de falar sobre política, jogos de linguagem distinguíveis, cada qual podendo ter seu vocabulário, regras, precondições, implicações e estilos” (POCOCK, 2003, p. 65). Essa linguagem comum é compartilhada pelos autores de uma época na elaboração de seus discursos sobre determinada época (ALVES, 2011, p. 13). Daí não nos limitarmos ao dizeres do código e do compêndio de Mello Freire, procurando, além disso, contextualizá-los em seu universo referencial linguístico. Isso significa, principalmente, que nossos comentários partem dos textos, mas também se enveredam, sobre as relações que se estabelecem com a formação do jurista, a carreira na magistratura, suas leituras, a influência do pombalismo e das Luzes.

O esboço de Código Criminal foi apresentado apenas três anos depois do ingresso na comissão para a reforma das *Ordenações*, ou seja, em 1786 (LOPES, 2009, p. 193). A fama e a experiência docente colaboraram para a nomeação de Mello Freire para a junta do *Novo Código* (HESPANHA, 1978, p. 147), bem como para a rápida produção dos textos codificados. Nesse sentido, devemos considerar que muitas de suas ideias sobre as instituições jurídico-penais foram sendo trabalhadas a partir de suas aulas na Faculdade das Leis e na elaboração de seu compêndio geral sobre o direito português, as *Institutiones Iuris Civilis Lusitani, cum Publici e tum Privati*, publicado no ano de 1789 (COSTA, 1978, p. 14). Mello Freire se tornou o primeiro catedrático de Direito Pátrio em 1781, depois de ter sido substituído da mesma cátedra desde 1774 (COSTA, 1978, p. 14). As *Institutiones* foram escritas para sua então disciplina (COSTA, 1978, p. 14) em atendimento aos novos *Estatutos*, que determinavam a utilização de manuais sintéticos expositivos no ensino universitário (HESPANHA, 1978, p. 126). Nas saudações iniciais, o autor elucidou esta opção didática:

Seguimos aqui um método tanto quanto possível breve, claro e simples; e, a exemplo do ilustríssimo Heinéccio em suas *Juris Civilis Praelectiones*, e de Boehmero nos *Elementa Jurisprudentiae Criminalis*, fizemos toda a diligência para que, apresentando antes de tudo breve e claramente os princípios, regras e axiomas, daí facilmente se tirassem os consectários e nexos doutrinários, método este que é o

mais adequado, não só para ensinar, mas também para aprender. (...). Basta, porém, já de prefácio, para que não saia mais longo que o livrinho. Só resta confessar a nossa eterna amizade para os que aprovarem o nosso propósito e plano de explicar o Direito Criminal Pátrio por novo caminho e método, sem que o contrário nos leve a testemunhar-lhes publicamente a nossa antipatia. (REIS, 1794, p. 51 e p. 54).

Os cinco tomos das *Institutiones*, respectivamente, abordavam o direito público, o direito das pessoas, o direito das coisas, o direito das obrigações e das ações e o direito criminal (SILVA, 1985, p. 283). A quinta e última parte, *Institutiones Iuris Criminalis Lusitani*, traduzida como *Instituições de Direito Criminal Português*, foi se tornando uma obra independente dos demais volumes de direito civil, em vista da matéria tratada ser exclusiva de direito criminal (HESPANHA, 1978, p. 118). O viés mais modernizador de Mello Freire estava no âmbito penal, uma vez que o mesmo seguiu de perto as orientações vindas de teóricos como Beccaria e Filangieri (HESPANHA, 1978, p. 118).

A proximidade de Mello Freire com os autores ilustrados, bem como sua proposta de codificação nos moldes europeus corroboram nossa tese de que Portugal estava imerso no mesmo processo do esclarecimento do direito em curso nos demais países europeus. A reprovação do Código em questão, por sua vez, esteve relacionada a outros fatores, que não significaram um necessário desconhecimento das Luzes sobre o direito pelos juristas lusitanos do século XVIII. Como o projeto criminal, correspondente ao tomo V, não foi sequer avaliado pela censura, inclinamo-nos a acreditar que o *Novo Código* foi interrompido em sua apreciação em sua parte II, relativa ao Direito Público. As críticas de Ribeiro dos Santos sobre as regras de cunho público, cuja autoria era também de Mello Freire, foram tão drásticas que não permitiram uma avaliação censória do seu esboço relativo ao direito criminal. Consideramos ainda que no ano de 1789 assistiu-se ao início ao processo revolucionário francês, o que pode ter intimidado a monarquia despótica portuguesa na ideia de promulgar um código mais humanista.

É importante observar que a edição consultada do Código Criminal de Pascoal de Mello Freire foi prefaciada por seu sobrinho, o também jurista Francisco Freire de Mello (1760-1838), que ajudou a promover as obras e a memória do tio, apresentando várias de suas obras (STOCKLER, 1799, p. 31). Freire de Mello era conhecido pelo gênio impulsivo e irreverente – o que lhe causou certos percalços junto à Academia das Ciências (CRUZ, 1981, p. 34).⁵⁸ Escreveu ainda o *Discurso sobre delictos e penas* (FREIRE, 1816), inspirado no

⁵⁸ Sobre a relação tumultuada entre Francisco Freire de Mello e a Academia de Ciências ver notas da obra de Guilherme Braga da Cruz (CRUZ, 1981, pp. 34-35) e informações em sua ficha bio-bliográfica elaborada pela Universidade Nova de Lisboa. Disponível em: http://www.fd.unl.pt/ConteudosAreasDetalhe_DT.asp?I=1&ID=984.

pensamento humanista criminológico do tio, em que defendia a pena de morte somente nos casos de “assassinio voluntário e de traição à pátria” (CRUZ, 1981, p. 35) e a proporcionalidade entre os delitos e as penas (FREIRE, 1816, pp. 7-9).

No prefácio do Código Criminal, o sobrinho de Pascoal Mello Freire dos Reis advertiu os leitores que fez as correções necessárias ao texto quanto à ortografia e em algumas inadequações anteriores da primeira edição, nutrindo ainda esperança de publicação do texto codificado:

Tirarei à luz segunda edição deste Código Criminal correcto por mim. A primeira edição está deturpada: a orthographia é incoerente: faltão períodos inteiros: faltão palavras substanciaes, que transformão o sentido do Autor. (...) Na Europa (que eu saiba) inda não raia um digno Código Criminal. Este é necessário entre nós. Se o nosso predilecto REI, o Senhor Dom João VI se dignar edificar novo Código de Leis, ou roborar este coroarà a grande obra imortal por sua MÃE de suave, doce, eternal memoria. O CÓDIGO JOANINO libertará o seu NOME da injusta lei da morte (REIS, 1823, p. V e p. VIII).

Como Jean Portalis fez uma apresentação geral do *Code Civil* expondo as razões e os princípios do mesmo, Mello Freire revelou, em sua *Introdução*, os motivos que o levaram ao seu projeto codificado, antes de listar os artigos correspondentes. Em geral, qualquer comando legal tende a ser um mero espectro normativo, cujas proibições ou permissões não são, propriamente, justificadas pelo legislador. No âmbito penal, a maior parte dos artigos de um código descreve as condutas e estabelece suas respectivas penas, em caso de descumprimento, o que pode torná-la uma fonte simplificadora do contexto jurídico de uma determinada época. A *Introdução* vai muito além desse agrupamento de regras, uma vez que mostra a erudição do autor, as vertentes teóricas às quais se filiou, os erros das legislações anteriores, a necessidade de uma nova regulação e as orientações futuras para magistrados e advogados. Por isso, nosso cuidado com esse texto preliminar, conduzindo nossa análise do Código a partir dos temas da referida *Introdução*, bem como pelas referências dos assuntos correspondentes em *Instituições de Direito Criminal Português*, manual de autoria de Mello Freire.

No § I da *Introdução*, Mello Freire salientou a urgência da reforma criminal, em vista dos excessos de decisões injustas, cruéis e inconsequentes (REIS, 1823, p. I). Era um “desejo de todos os homens bons e amantes da humanidade” (REIS, 1823, p. I) corrigir os ditames do direito penal antigo (REIS, 1823, p. I). O jurista de Ansião logo reconheceu, no § III, o verdadeiro nascimento da ciência criminal que ocorria na Europa ilustrada, bem como a necessidade de um código adaptado a estes novos ensinamentos:

Nada interessa mais á humanidade do que hum bom Código Criminal: porém eu não sei onde o há. As leis antigas e modernas da Europa comparadas entre si são a maior prova desta verdade. (...). Teve verdadeiramente neste século seu nascimento [o Direito Criminal] e parece sua última perfeição. O nascimento se deve ao MARQUEZ de BECCARIA, que, desenvolvendo no seu livro dos Delictos e das Penas, os princípios de LOCKE e de MONTESQUIEU, poz em movimento os espíritos de LINGUET, de LACROIX, de PHILIRON, de SERVANT, de BRISSOT, e de outros grandes genios, que aperfeiçoarão a sua Obra (REIS, 1823, pp. I-II).

Semelhantes comentários à nova Jurisprudência Criminal e aos *philosophes* Beccaria e Montesquieu podem ser vistos nas saudações que o jurisconsulto português fez aos estudantes de Direito Pátrio da Universidade de Coimbra, em suas *Instituições de Direito Criminal Portugêses*:

Mas certamente – maior se deve a Grócio, Pufendorf e ao Presidente Montesquieu, que, abalçando-se à empresa de erigir e levantar do chão a disciplina do Direito Natural e das Gentes, tão douta e sabiamente examinaram muitas questões, ao incidirem no capítulo que trata do direito competente ao supremo poder civil sobre a vida e bens dos cidadãos, que parecem ter, digamos assim arvorado a bandeira da boa esperança quanto ao futuro da Jurisprudência Criminal. Devem, pois, ser justa e merecidamente considerados chefes e mestres de todos os que, posteriormente assumiram o encargo de ornar e polir esta disciplina. Revolveram depois estas sementes e tornaram-nas, de facto, muito produtivas, entre outros, Thomásio, Gundling, Boehmero, o Marquês de Beccaria que merece até grande louvor pelo fato de haver juntado, em um só volume, todas as boas ideias dos outros a respeito de crimes e penas, e ter sido o primeiro que afoitamente tentou revestir de uma nova face a Ciência Criminal. (REIS, 1794, pp. 45-46).

De maneira mais comedida, Pascoal de Mello Freire insistiu em seu manual sobre a importância, naquele momento pelo qual passava a ciência jurídica, do estudo do direito criminal:

E, realmente, parecia de todo conveniente, que neste nosso tempo, em que diligentemente se cultivam todas as disciplinas, sobretudo as que visam a sólida utilidade humana, também se polisse e aperfeiçoasse o mais possível, recorrendo ao auxílio das outras ciências, aquela que é a mais útil de todas: a Ciência Criminal. Porque não sei de outra que mais interesse aos homens ver cultivada com extrema diligência e florindo com simplicidade e pureza (REIS, 1794, p.48).

Diante de tamanha urgência e da necessidade de uma nova ordem criminal, o único caminho jurídico viável deveria ser pautado pelos ensinamentos de “leis menos severas, e ao mesmo tempo as mais prontas e capazes para evitar os malfeitores” (REIS, 1823, p. I). Ele ainda considerou “que o criminoso inda he cidadão, e que pelo seu interesse e da mesma sociedade deve por ella ser tractado como um doente ou ignorante, que he necessário curar,

instruir e cauterizar segundo a infermidade” (REIS, 1823, p. I). As atrocidades cometidas na execução de penas foram intensamente combatidas na *Introdução*, no mesmo estilo observado na obra de Beccaria (1983, p. 97). O autor sentia verdadeira repugnância aos suplícios desnecessários por que os condenados passavam:

Creio que todos facilmente convirão comigo na abolição das penas crueis: taes são as de morrer queimado vivo, enterrado, entaipado, despedaçado, e outras que por horror não quero nomear: o mesmo juízo faço da pena de mutilação das mãos, pés, olhos, lingoa e outras. A crueldade da morte por excogitados vagarosos tormentos offende a humanidade e a religião, e de nada serve á sociedade, pois para ela ficar salva, basta que o criminoso morra (REIS, 1823, pp. VI-VII).

Nos pequenos excertos recapitulados acima, Pascoal de Mello Freire fez questão de reverenciar o papel do Marquês de Beccaria na ciência criminal, bem como repetiu várias de suas ideias. Freire não deixou dúvida que o presente e o futuro da ciência criminal foram transformados pelo pensamento do jurisconsulto milanês, responsabilizando-o pela organização dos novos preceitos sobre os crimes e as penas nos estudos universitários e no *Novo Código*. Mello Freire transitava sobre os temas jurídicos ilustrados de seu tempo para adaptá-los ao contexto português, demonstrando pleno conhecimento sobre o que se passava na Europa em termos penais. Dessa forma, ele estava bem longe da perspectiva de que seu país era um reino “cadaveroso” (SÉRGIO, 1972) quanto às noções humanistas em voga sobre o direito criminal.

Após as considerações gerais, o primeiro defeito grave sobre a quinta parte das *Ordenações* foi apontado por Mello Freire: a não distinção dos tipos de delitos (REIS, 1823, p. II). Em tom incisivo, o jurisconsulto argumentava sobre a não separação dos crimes por “ordem e classe” (REIS, 1823, p. II). Tal inferência diz respeito a uma demanda característica das codificações modernas, que era a falta de sistematização nas legislações antigas. Faltava método na forma de dispor as regras jurídicas, uma vez que, desde o período medieval, as mesmas eram um emaranhado de comandos sem qualquer critério para a sua disposição. Os códigos setecentistas europeus primaram pela busca de um sistema racional dedutivo que pudesse reestruturar os ajuntamentos legais anteriores.

Pascoal de Mello reiterou a tendência de sua época, explicando que seu código seria um sistema que estabelecia os delitos por tipos específicos, a partir de matérias comuns que os relacionavam. Segue sua justificativa para a organização sistemática:

Na primeira Parte, tractarei dos crimes em geral, sua divisão, das pessoas capazes de delinquir, dos diversos delinquentes, e diversidade das penas. Aqui faço entrar,

como appendicce e acessório, as diversas espécies e ordens de crimes, quaes são os religiosos, carnaes, públicos, particulares, communs e privilegiados. (...) Tractarei na segunda Parte da natureza e força das suas provas, sua diversidade, e dos indícios ou presunções jurídicas. (...) Na terceira Parte falarei da ordem do processo criminal, a qual como sejja tão connexa e dependente da ordem do processo civil, por ser huma e outra introduzida para averiguação da verdade, que he o que se procura saber em hum e outro processo (REIS, 1823, p V-VI).

Segundo Hespanha, no tipo de sistema normativo adotado pelo jurista português em seu esboço de código:

Pascoal de Melo, ao organizar o seu projecto de Código, corta com toda esta tradição sistemática das *ordines legates* (quer do direito romano, quer do direito canônico, quer do direito português) rendendo-se à ordem sistemática que ele tinha encontrado nos juristas alemães ou holandeses das escolas jusracionais ou nas *Institutiones* dos penalistas italianos do último quartel do séc. XVIII, como Cremano ou Renazzi, que tal como ele mesmo o faz nas suas *Institutiones* – abrem a exposição por capítulos dedicados aos axiomas do direito penal, tais como a definição de delicto e de pena (HESPANHA, 1993, p. 544).

O jurista manteve essa disposição organizativa no esboço codificado, de maneira a subdividi-lo em 66 títulos. Partiu da ideia geral do conceito de delicto e depois foi especificando cada um dos tipos criminais. A definição do delicto partiu do princípio da liberdade civil (HESPANHA, 1993, p. 535): “o que pode sua vontade obrar qualquer acção que a lei prohibe, ou deixar geralmente de fazer o que ella manda, commete delicto” (REIS, 1823, p. 1). Excluiu todas as demais ações que não foram proibidas por lei como crime: “O cidadão pôde livre e impunemente fazer todas aquellas acções que não forem opostas e contrarias ás leis” (REIS, 1823, p. 2). Colocou como segundo princípio do sistema normativo a utilidade pública (HESPANHA, 1993, p. 535), que se efetivava pela “verdadeira medida dos delictos e suas penas” (REIS, 1823, p. XIII).

Segue passagem do *Código Criminal* em que Pascoal de Mello fez questão de detalhar a ideia de proporcionalidade entre o crime e a pena. Sua preocupação não era exatamente descrever todas as condutas delituosas, mas ordená-las a partir de pressupostos fundamentais que estariam correlacionados aos artigos segundo um “systema premeditado, se devião entregar, sem que estivesse todo o edificio acabado (...)” (REIS, 1823, p. XIII):

Differem também pela qualidade, condição, e intenção da pessoa natural ou moral, que offende, ou he ofendida; pelo logar, tempo, occasião, e instrumento com que se commettem; pela sua raridade e frequênciã, notoriedade, facilidade, ou difficulddae da prova; e por deixarem ou não vestígio ou signal de se haverem commettido: pela ordem e formalidade do seu processo, averiguação e exame, e por outras circumstancias, que os fazem mais ou menos graves (REIS, 1823, p. 2).

O segundo ponto, duramente criticado por Freire nas *Ordenações*, eram as omissões (REIS, 1823, p. II). Faltavam “as doutrinas e regras geraes sobre os delictos, os delinquentes e as penas, e sobre as provas, indícios e presunções são absolutamente omissos” (REIS, 1823, p. II). Concluiu que “a sobredita ordenação muito defeituosa, e no seu silêncio, omissão ou remissão em hum ponto tão importante foi, quanto a mim, a principal causa e motivo das atrocidades cometidas nesta matéria por tantos séculos” (REIS, 1823, pp. II-III). Ele citou exemplos omissivos que comprometiam a aplicação da lei penal:

Logo no primeiro título vejo eu que a Ordenação manda castigar os hereges com as penas determinadas por direito: não declara que direito. E porque não deve haver outro no foro, senão o do reino, que as não define, deixa sua determinação ou á ignorancia dos juizes, ou ao direito romano e canonico, que nesta parte não póde servir de regra pela sua incerteza e diferentes princípios, como em logar proprio se mostrará (REIS, 1823, p. II).

No meio desse problema relativo às “lacunas”, o jurisconsulto, discretamente, reclamou dos temas supersticiosos tratados ainda pela compilação e que deveriam ser vistos por outro tipo de regramento:

A mesma Ordenação no tit. 3 suppoem que há verdadeiros feiticeiros e adivinhões, e os castiga com pena de morte. He errada a suposição, e barbara a pena: e, não exceptuando o § ultimo do mesmo título, onde se permite adivinhar por astronomia e pelas nascenças das pessoas, he tão miserável, que nenhuma desculpa pode admittir no tempo da compilação. Este assunto ha de ser tractado no seu logar próprio, e por ora me remeto ao que sobre ele diz o Jesuíta FRIDERICO SPEE⁵⁹ na Obra *Cautio Criminalis de Procesibus contra Sagas (...)* (REIS, 1823, p. III).

Nas *Instituições*, Mello Freire subestimou as circunstâncias que envolviam o fanatismo e a superstição (REIS, 1794, p. 94). O autor não se estendeu sobre o tema, porque não considerava essas práticas delituosas por si mesmas. No seu entendimento, os fanáticos ou supersticiosos somente deveriam ser punidos pela justiça criminal quando causarem danos à sociedade. Em uma linha racionalista, o jurista argumentou que o direito moderno não atuaria no exame destas ações, uma vez que o mesmo não poderia regular aquilo que pertencia à discussão religiosa:

A estes quase se devem juntar os fanáticos, os supersticiosos, e, para dizer tudo, as hipócritas, que simulando no rosto triste uma piedade externa, e nada curando da

⁵⁹ O jesuíta alemão Friedrich Spee (1591-1635) foi um dos precursores na contestação jurídica da tortura e dos processos contra as bruxas. Sucintamente, alegava que a bruxaria era um delito de ordem espiritual que não poderia ser julgado pelo Estado. Também dizia que era impossível se provar a inocência de um acusado por este tipo de crime. Caberia à Igreja tratar o causado e não o castigar (OESTERLE, 2004, pp. 169-175).

interna⁶⁰, apenas buscam a vanglória e a utilidade própria. Confundem sempre a Religião com o fanatismo, misturam todas as coisas divinas e humanas, e tudo fazem para vantagem pessoal (...). Os feiticeiros, e encantadores não por serem supersticiosos, pois isso é mais para ser ridicularizado, mas pelo dano que causam com os meios naturais de seu uso, e não pelos encantamentos em si (REIS, 1794, pp. 94-95).

Antônio Manuel Hespanha comenta que Mello Freire laicizou os crimes religiosos ou heresias ao penalizá-los somente quando ofendessem a ordem pública (HESPANHA, 1993, p. 546). A punição dependeria da perturbação causada, e não da dimensão espiritual e/ou teológica da ofensa (HESPANHA, 1993, p. 546), que não poderia ser castigada pelos homens, mas somente por Deus (REIS, 1823). Essa percepção laicizada provocou uma perda no sentido do simbolismo religioso sobre as penas heréticas, pois tornou desnecessário queimar para purificar uma alma criminosa, postulando, isso sim, a reparação dos prejuízos sociais causados pelos crimes religiosos (HESPANHA, 1993, p. 548):

Um exemplo destas modificações, no plano da tipificação, e fornecido pela nova caracterização da heresia, na qual se prescindiu dos traços que apenas tinham significado numa concepção puramente religiosa (ou teológica) do crime. (...) No plano da natureza e medida da pena, as consequências desta «laicização» do conceito de crime religioso são também importantes. A pena deve corresponder, não a magnitude da ofensa feita a Deus, mas a perturbação da ordem social estabelecida (...) Por outro lado, o simbolismo religioso perde todo o sentido: a morte pelo fogo, que se ligava a uma antiga ideia de purificação, e agora considerada como cruel e sem proporção com o delito. Por isso, vão ser propostas novas penas, não apenas mais brandas, mas, sobretudo, com uma nova simbologia, espelhando a ofensa, não a Deus, mas aos vínculos sociais (HESPANHA, 1993, p. 548).

O maior defeito das *Ordenações* não estava nos hiatos mencionados ou na falta de separação entre as esferas criminais, mas na “inconsequente, injusta e cruel” (REIS, 1823, p. II) legislação como um todo, que estabelecia uma desproporção entre as penas e os delitos e pecava pelo excesso de crueldade (REIS, 1823, p. III). Era preciso punir conforme a gravidade do delito, sem a brutalidade que “offende a humanidade e a religião” (REIS, 1823, p. VII). Nas *Instituições do Direito Criminal*, o jurista preconizou “axiomas” (REIS, 1794, p. 80) para mensurar as penas: “Quanto maior e mais grave for o delito, tanto maior deve ser a prova. A pena a infligir deve ser inteiramente proporcional à quantidade e gravidade do delito e à maldade do delinquente” (REIS, 1794, p. 80).

Mello Freire chamou a atenção para tamanha discrepância em certos tipos de condutas criminosas e suas consequências exageradas, como nos casos da lascívia e do furto

⁶⁰ A tópica da simulação de tristeza e piedade, mencionada por Mello Freire, é uma crítica recorrente nas Luzes portuguesas. Sobre esse assunto e seus possíveis significados no contexto do Antigo Regime, ver o artigo de Luiz Carlos Villalta (2011).

simples, que eram punidos com a pena de morte. Por sinal, esse tipo de penalização⁶¹ era muito frequente no Livro V das *Ordenações Filipinas*. Dizem que o monarca Frederico da Prússia teria lido essa parte das *Ordenações* e depois teria perguntado se havia gente ainda viva no país (HESPANHA, 1993, p. 503). Mello Freire salientou os inúmeros e discrepantes crimes punidos com a pena capital:

Os crimes de lascívia, chamados *moraes*, que tamanha escusa tem na fraca carne humana, são castigados com a pena de morte, como se vê nos títulos 13, 14, 15, 19, 25, 32 e outros, e que a Ordenação explica pelas palavras: *morra por ello, morra porém, morra morte natural para sempre*: expressões estas, que sendo adoptadas das leis mosaicas (*moriatur pro ea, moriatur in aeternum*) que derão ocasião a muitas disputas. (...) O furto simples de valor de marco de prata he crime capital no tit. 60. E quem não vê que esta pena não tem proporção com o delicto? (REIS, 1823, pp. III-III).

A execução do condenado deveria estar adstrita aos crimes gravíssimos e pela situação específica de seu país (FREIRE, 1823, p. VII). Mello Freire, em seu projeto codificado de direito criminal, foi o primeiro em Portugal que propugnou pela limitação legal da pena da capital (CRUZ, 1981, pp. 32-33). Para termos uma ideia da restrição da pena de morte no Código Criminal, o jurista de Ansião a aboliu nos crimes de contrabando. Esse consistia em “comprar, vender, negociar em fazendas ou em quaisquer cousas prohibidas pelas leis, deve ser castigado mais ou menos á medida do prejuízo que causar, da sua frequência, e outras circumstancias concomitentes” (REIS, 1823, p. 62). No seu entendimento, esse tipo de delito não precisava ser punido com a pena de morte, uma vez que sua gravidade não produzia tamanho mal à sociedade (REIS, 1794, p. 80). Prescreve o texto criminal que:

E considerando que estes delictos não são capitaes, nem infamantes de sua natureza, abolimos as penas de morte, de açoutes, e de infâmia, inda que se ache estabelecidas nas referidas leis: e mandamos que somente se observem as pecuniarias, o confisco das fazendas, o dobro ou o tresdobro do seu valor, a prisão, e outras semelhantes impostas e declaradas nas mesmas leis, exceptas as sobreditas (REIS, 1823, p. 63).

A opção pela manutenção das penas capitais foi explicada, mesmo diante das argumentações contrárias de Beccaria e Rousseau:

Sei muito bem os argumentos do MARQUES de BECCARIA no seu *Tractado dos Delitos e das Penas*, § XXVIII, tirados já da natureza do contracto ou pacto social,

⁶¹ Antônio Manuel Hespanha (1993, p. 503) explica que, estatisticamente, a pena de morte, excessivamente prevista nas *Ordenações*, era pouco aplicada em Portugal. “Pois, como diremos, o segredo da específica eficácia do sistema penal do Antigo Regime estava justamente nesta inconsequência de ameaçar sem cumprir. De se fazer temer, ameaçando; de se fazer amar, não cumprindo” (HESPANHA, 1993, p. 518).

já da razão e exemplo do suicídio, já da experiência: mas o autor da Instrução para o Código da Rússia no fim do Art. VII, ROUSSEAU, e outros que commentarão a Obra de BECCARIA, e que fizeram sobre ella as suas observações, respondem solidamente aos seus argumentos. Eu tenho por mim que em Portugal não pode porora haver segurança publica sem penas capitaes: todos sabem que o gênio e character da nação he a principal medida do argumento ou diminuição das penas. Esta matéria há de ser tractada em hum titulo especial, onde se dirá o modo com que se póde sem crueldade aggravar esta pena nos grandes delictos (REIS, 1823, pp. VI-VIII).

Um exemplo de crime que permaneceria com a condenação à morte, pelo seu grande alcance, era nos casos de alta traição (REIS, 1823, pp. 25-30). Considerava-se esse tipo de delito como: “o que directa e immediatamente ofender e atacar a sociedade, ou Real Pessoa, ou nosso real e supremo poder e autoridade, he réo do maior delicto que póde commeter o vassallo” (REIS, 1823, p. 25). Portanto, deveriam ser executados nos moldes medievais e/ou filipinos:

Os abominaveis réos deste crime serão enforcados, e morrerão de morte vil e afrontosa; e antes de a padecer, descalços e nus, e com o baraço ao pescoço e a cabeça rapada, serão publicamente açoutados pelas ruas da cidade, e apregoados por infames e traidores. Depois de mortos, seus corpos no mesmo lugar e ocasião do supplicio serão logos despedaçados em quatro partes, e postos nas praças da cidade até o tempo os consumir: o coração e fígados lhes serão ahi mesmo arrancados pelo algoz, e lançados ao fogo, e depois ao mar (REIS, 1823, p. 28).

Mello Freire foi um pombalista moderado (CUNHA, 1992-1993, p. 35). Mesmo tendo elaborado um código criminal sob a influência de Beccaria, não abandonou a defesa do poder absoluto do rei. Dessa forma, ele apoiava a execução cruel dos acusados nas circunstâncias que colocavam em risco a autoridade real. No **Capítulo 5**, estudaremos seu Código de Direito Público em que fica mais evidente sua “feição absolutista” (SILVA, 1985, p. 286).

É preciso anotar que, no exercício da crítica racional, o jurista de Ancião reconhecia as ponderações feitas pelos *philosophes*, mas não se sentia convencido por essas opiniões. Preferiu, pelas razões expostas, discordar dos letrados com os quais dialogou ao longo de todo o seu projeto de codificação, demonstrando atitude de crítica que foi exaltada pelas Luzes (DARNTON, 2005, p. 22): a autonomia kantiana somente poderia ser alcançada a partir do pensamento por si mesmo (TODOROV, 2008, p. 50).

Todorov manifesta-se sobre esse posicionamento crítico do Iluminismo:

Todos os fatos – acrescenta Diderot – “são também sujeitos à crítica”. Em matéria de ciências morais e políticas, insiste Condorcet, “é preciso ousar examinar tudo, discutir tudo, até mesmo ensinar”. Kant concluiu: “Nossa época é a época da crítica, à qual tudo tem de submeter-se. (...) A tradição e construtiva do ser humano, mas

não é suficiente para tornar um princípio legítimo, nem uma proposta verdadeira (TODOROV, 2008, p. 50).

Pascoal de Mello, seguindo suas convicções, optou por considerar que a pena de morte deveria ser restringida, porém não abolida em seu país. Ele alegou que a situação específica de sua nação o levava a não recomendar o fim da pena capital. Esse tipo de justificativa, que faz uma alusão à realidade de um lugar e ao caráter de um povo para a devida elaboração das leis, coincide com o pensamento de Montesquieu sobre o assunto (MONTESQUIEU, 1979, p. 266). O pensador francês também considerava que o legislador, em seu ofício precípuo, deveria seguir a “inclinação natural” (MONTESQUIEU, 1979, p. 266) de cada nação:

Cabe ao legislador obedecer ao espírito da nação, quando ele não é contrário aos princípios do governo, pois não fazemos melhor do que aquilo que fazemos livremente, obedecendo a nossa inclinação natural. (...). Que nos deixem tal como somos. Nossas qualidades indiscretas, unidas a nossa pouca malícia, fazem com que as leis que constringessem o temperamento sociável entre nós não sejam convenientes (MONTESQUIEU, 1979, pp. 266-267).

E para Freire, com efeito, Portugal não possuía “gênio e carácter” suficientes (REIS, 1823, pp. VI-VII) para lidar com a extinção total da pena de morte. Havia uma tendência “natural” lusitana para o emprego da pena de morte no estabelecimento da segurança pública, situação que não poderia ser modificada por nenhum Código. Portanto, Mello Freire, ao justificar a penalização capital, parecia convergir com o *Espírito das Leis*, quando este fundamentava a lei na perspectiva natural de um povo a determinadas regras.

O Título III, § 1º, do esboço do Código Criminal, repetiu o posicionamento mais comedido sobre a pena de morte, reafirmando a sua necessidade no contexto português:

Para estes fins julgamos inda útil e necessaria a pena de morte natural: prohibimos porém os castigos e penas crueis em todos os delitos e crimes, por mais graves que sejam. E taes são as penas de fogo em vida, de laceração ou cortamento de membro útil para a vida natural e social do homem; e geralmente todo genero de morte lenta e vagarosa á força de repetidos golpes e tormentos (REIS, 1823, p. 6).

Nas *Instituições do Direito Criminal*, manual autorizado para os estudos em Coimbra, Mello Freire não se ocupou com a penalização capital. O objetivo principal do manual era o ensino jurídico, não cabendo, propriamente, que seu autor catedrático, discorresse sobre um posicionamento polêmico que continuava autorizado, sem restrições, pelas leis portuguesas. O máximo que fez foi insistir nos “axiomas” (REIS, 1794, p. 80) sobre a maior proporção entre o crime e a pena, como por exemplo, “a medida da pena é o mal

causado à sociedade” (REIS, 1794, p. 80) e “na imposição das penas somente se deve olhar a utilidade pública” (REIS, 1794, p. 80). Ele mesmo afirmou que, com seu compêndio, tinha o seguinte norte: “aqui não tratamos de estabelecer leis, mas de apreciar as já estabelecidas, cumprindo-nos julgar por elas, e não acerca delas” (REIS, 1794, p. 49).

O jurista nas *Instituições* somente aventurou-se por algumas interpretações legalistas dos juriconsultos modernos como Thomasius (REIS, 1794, p. 74), Heineccius (REIS, 1794, p. 51) e Cujácio (REIS, 1794, p. 88). Deste último, apropriou-se, especialmente do *usus modernus pandectarum*, ou seja, referiu-se ao direito romano ou aos glosadores somente pelo direito pátrio. Hugo Grotius foi o jusnaturalista mais citado nesta obra. Praticamente, em cada título, foi citado o fundador da Escola Moderna de Direito Natural. Para termos uma ideia dessa importância, a noção basilar de delito foi retirada de *O Direito da Guerra e da Paz* (REIS, 1794, p. 55), bem como o conceito de pena (REIS, 1794, p. 64). O primeiro professor da disciplina de Direito Pátrio conhecia bem os *Estatutos*, tendo utilizado os principais autores ali recomendados, vistos no **Capítulo 3**, para a elaboração de seu compêndio universitário.

Quanto à relação do manual com os *Estatutos* de 1772, o autor fez questão de pautá-la ainda sob os fundamentos do direito natural e da valorização do “direito nacional”. Salientou a necessidade dos estudos sobre a história do direito. Foi contrário à influência do direito romano e não fez nenhuma referência a São Tomás de Aquino ou ao escolasticismo. Segue passagem que demonstra a sintonia entre os *Estatutos* e as *Instituições* de Mello Freire:

Entendo que eles quase nada menos souberam que o nosso Direito Criminal, cuja interpretação assumiram, visto ignorarem os verdadeiros princípios e as fontes quer próximas quer remotas, onde se deve buscar a sua genuína interpretação. E que esperar de homens que, ignorando a ciência do Direito Natural e das Gentes, do Direito Civil e dos costumes, empreendem interpretar a Jurisprudência criminal que daí flui e emana? Que não conhecem a história das nossas leis criminais, as diversas idades, os diversos costumes dos povos, e as diversas vicissitudes, mutações e origem dos tempos, e depois as causas eficientes dessas mutações? (...). Da autoridade, e a indiferença pelas leis pátrias, visto que eles apenas viam e aprovavam o que Claro, Farinácio, Carpzov, Ameno, Ursaya e outros deste gênero, deixaram escrito. Acresce que, arrebatados e obcecados pelo amor das leis romanas, buscavam nelas todo o refúgio. E consideravam uma espécie de sacrilégio tudo o que não podia ser aprovado a partir delas, pouco lhes interessando saber se as razões do direito do Lácio quadram ao nosso foro, ou se pelo contrário, lhe são completamente estranhas. Todavia, não são de todo desprezíveis, porquanto, se nada adiantam para a teoria, contêm muitas coisas úteis que, no tocante ao uso e aplicação das leis, podem prestar grande ajuda à nossa Jurisprudência Criminal (REIS, 1794, pp. 50-51).

De uma forma geral, o projeto de Código Criminal foi mais ousado. Freire expôs seu pensamento humanista referindo-se mais abertamente a mentes ilustradas, tais como

Beccaria (REIS, 1823, p. VII), Montesquieu (REIS, 1823, p. VII) e Rousseau (REIS, 1823, p. VII). Foi também mais duro quanto aos defeitos da legislação criminal portuguesa, não medindo críticas às *Ordenações*. Isso nos indica que a não aprovação do Código pode estar vinculada ao conteúdo mais ilustrado do mesmo, que não foi bem visto pelo governo de D. Maria I. Quanto à adoção oficial das *Instituições* em Coimbra, entendemos que esta foi viabilizada por terem seguido as determinações esclarecidas moderadas dos *Estatutos*. De qualquer forma, o jurista de Ansião foi um ativo participante das Luzes seja se apropriando de seus valores ou os adaptando ao contexto particular de Portugal.

As diferenças percebidas entre o teor do esboço codificado e o exposto nas *Instituições do Direito Criminal* foram confirmadas pelo próprio Mello Freire. A ciência criminal que ele concebia não poderia ser tratada em um manual universitário que estava adstrito às ultrapassadas *Ordenações*. Sua opinião foi de fato colocada no *Novo Código*, que poderia vir a modificar a estrutura jurídica lusa, caso fosse terminado. Para Mello Freire:

Porém, a Jurisprudência Criminal, tal qual existe entre nós, acha-se realmente purificada de muitos defeitos que outrora a enchiam, mas não de todos, pois isso como que estava reservado pelo destino aos tempos de D. Maria I e de D. João, Príncipe do Brasil, durante cujo feliz e benigno império todos os dias esperamos ver perfeita e totalmente acabado o Novo Código Criminal (mandado fazer por Decreto de 31 de março de 1778). Na verdade, por assim o disporem as leis, tivemos de escrever muitas coisas, que, se dependesse de nós, teríamos estabelecido de modo um pouco diferente (REIS, 1794, p. 49).

A moderação e a limitação vistas foram insistidas nas punições fiscais e de infâmia. As penas fiscais diziam respeito às multas cobradas pelas práticas de certos crimes. “Hoje todos reputão justamente por huma grande indignidade enriquecer-se ElRei com os crimes de seus súbditos” (REIS, 1823, p. VIII). Não havia dúvida que o fisco era direito do rei (REIS, 1823, p. VIII), mas não poderia ser admitido que os juízes condenassem para “si ou para seus officiaes, e para despesas do Conselho”. (REIS, 1823, p. VIII). Freire propôs que se restringisse o poder dos magistrados no arbítrio desse tipo de penalização, para evitar os abusos ou desvios destes valores (REIS, 1823, p. VIII). No mesmo sentido, uma posição similar apareceu no texto codificado, mais precisamente sobre o destino adequado das penas pecuniárias: “Os juizes não poderão aplicar as multas e penas pecuniárias, que não tiverem certo destino e aplicação, para si e para os officiaes, nem para as despesas da Relação ou do Concelho” (REIS, 1823, p. 7.).

Sobre a infâmia, ele também sugeriu evitar a sua frequência (REIS, 1823, p. VIII). Essa era caracterizada pela condenação moral baseada na humilhação do réu frente à

sociedade. Seguindo a mesma orientação de Beccaria (1983, pp. 53-54), o jurista português ressaltou que deveria ser feito o uso “moderado e necessário” das penas infamantes para que as mesmas fossem, de fato, eficazes (REIS, 1823, p. VIII).

Nos § XII e XIII, Mello Freire condenou a permanência da vingança privada na legislação portuguesa (REIS, 1823, pp. VIII-X). Explicou que o direito natural à defesa de “si e de suas cousas” (REIS, 1823, p. VIII) era antigo, tendo sido mencionado por Homero, na *Ilíada* (REIS, 1823, p. VIII). A possibilidade de autodefesa foi mantida pelas regras romanas, bárbaras e nos governos de D. Affonso III e V, D. Diniz e D. Pedro I (REIS, 1823, p. X). No entanto, não se “consente a cada hum fazer justiça a si mesmo” (REIS, 1823, p. XI), porque é impossível a elaboração da defesa do réu nestes casos (REIS, 1823, p. XI) que se baseiam em provas ‘d’agoa fervente ou do fogo, por desafio, guerra particular ou judicial, por outros modos chamados *juizos de Deus*, e finalmente pela prova e uso dos tormentos” (REIS, 1823, p. XII).

No Código Criminal, Mello Freire proibiu ou restringiu a autotutela para evitar os seus riscos:

Prohibimos debaxo das mesmas penas ao forçado recobrar por força cousa que lhe foi tomada, ou a posse huma vez perdida, inda que a pretenda recobrar logo que se perdeo ou lha tomarão, porque só o pode fazer por autoridade da justiça. (...). Poderá comtudo o cidadão prender impunemente o bannido, o matador, ladrão ou robador, os que vendem cousas furtadas, e geralmente todo malfeitor achado em flagrante, comtantoque o faça logo entregar á justiça: e retendo o em sua casa por mais de vinte e quatro horas, será castigado como réo do crime de carcere privado (REIS, 1823, p. 38 e p. 49).

Aqueles que faziam a justiça com as próprias mãos castigavam os supostos delinquentes para a obtenção de pretensas confissões, ou tomavam bens que diziam ser seus, não cumprindo nenhuma formalidade processual. Não havia qualquer amparo defensivo aos supostos criminosos. Para Mello Freire, todo homem tem direito à defesa contra “todos os crimes, mesmo notórios, e o réu não pode renunciar a ela, visto ela ser do direito natural, e pertencer ao direito público, o qual não pode ser alterado por acordo dos particulares” (REIS, 1794, p. 144). Sobre direito de defesa, Mello Freire assim se pronunciou nas *Instituições*:

O juiz deve conceder, sem restrições, ao réu e ao seu defensor, todos os meios necessários a defesa. Eis porque deve não só permitir ao réu a mora e dilações justas, mas também comunicar-lhe, e dar-lhe vista, a si ou ao seu defensor, das provas, das inquirições gerais ou especiais, e, em resumo, de todos os autos judiciais ou extrajudiciais, juntando também aquelas coisas que servem para desculpar o réu.

Os tormentos ou a tortura eram resquícios da histórica vingança privada ainda legitimada pelas *Ordenações*. Dessa forma dolorosa, os réus confessavam seus delitos não pela sua participação real, mas por causa do sofrimento imposto durante o processo:

Obrigando-os a confessar o que não fizerão ou mais do que fizerão, e a opinião que a simples confissão do reo sem outra prova basta para a condenação foi inventada e sustentada pelos vãos escolásticos, e inda hoje reinão no foro apesar de toda boa razão e filosofia (REIS, 1823, p. XII).

No trecho em destaque, o jurista, semelhantemente aos dizeres antijesuíticos dos *Estatutos* de Coimbra, culpou os escolásticos pelo direcionamento teórico jurídico que preconizava a condenação a partir de uma única prova confessional. Tratava-se de um despropósito, uma vez que não se poderia sentenciar um indivíduo somente por ter assumido um certo crime. Em geral, esse tipo de comprovação era advindo dos tormentos cruéis infringidos aos acusados. Segundo Mello Freire, os magistrados, seguindo essa equivocada orientação escolástica, utilizavam, comumente, da tortura como forma de obtenção das confissões:

Em que se acha a jurisprudência criminal pelo prejuízo dos escritores e crassa ignorância dos juízes, os quaes por boas e más artes, a torto e a direito, procurão e obrigão os reos ou a confessar o que não fizerão, ou o que não confessarião se não fossem iludidos ou enganados por aquelles modos e capciosas perguntas. O que he contrario ao officio do julgador, que deve principiar por ser bom e probó (REIS, 1823, p. V).

O Código Criminal determinou que a confissão do réu somente poderia ser aceita para seu sentenciamento quando fosse:

Voluntaria, espontanea, judicial, e especifica do delicto, e verossimil pelas circumstancias, concordando com as provas e indicios do processo, feita pelo maior de vinte e cinco annos, que sabe e intende as suas consequencias, sem dolo, erro ou engano, ameaças, terror, medo, e sem algum aborrimto, nojo ou tedio da propria vida, e só por consciencia do crime, he huma prova perfeita, legal, e a mais concludente de sua certeza (REIS, 1823, p. 110).

Mello Freire demonstrou, nas passagens acima, sua preocupação quanto à arbitrariedade dos juízes. Conhecia bem a função, uma vez que chegou a desembargador da Casa de Suplicação (COSTA, 1978, p. 14). Para ele, o julgador deveria ser, antes de tudo, “bom e probó” (REIS, 1823, p. V) em seu officio. O Título XXXXVIII do Código criminalizou, rigorosamente, as condutas de juízes e oficiais da Justiça contra a administração pública (REIS, 1823, pp. 100-105). Tal espécie de delito foi chamado de prevaricação (REIS, 1823, p.

100). Segue o § 5º do respectivo título, em que os magistrados foram, devidamente, lembrados sobre a conduta adequada em seu trabalho:

Os juizes, que esquecidos da sua propria honra e da dignidade do seu officio fizerem venal a justiça, acceitando elles mesmos, ou pela interposta pessoa de sua mulher, filhos, parentes, familiares ou amigos dinheiros, dadivas, presentes, em outras quaisquer peitas, por mais insignificantes que sejam, das pessoas que perante elles requererem em todo o tempo da causa, antes ou depois da sentença, serão removido com infâmia do seu logar, e pagarão em dobro o que receberem, aplicado para as obras públicas: isto inda no caso de se mostrar que julgaram bem e diretamente (REIS, 1823, p. 101).

Do mesmo modo, o jurista considerava uma forma de prevaricação os pedidos de favor junto aos magistrados. Na sua opinião, não era atributo da magistratura intervir em nome de terceiros para obtenção de qualquer vantagem:

A prevaricação é uma espécie de crime de falsidade, que comete não só os acusadores, que traido a causa ajudam à absolvição do réu, mas também os que de qualquer modo não cumprem o seu dever e agem com dolo mau para favorecerem alguém, o que se pode dar com os advogados, procuradores, juizes, etc. ..., lei I, no princ. e 5, 7, lei 3, 8 3, do tit. *De prevaricatione*. Hoje delinque-se todos os dias neste aspecto [de prevaricar] não só com dinheiro de contado, que leva os impudentes a fazerem do direito torto, mas também com cartas de recomendação e pedidos de pessoas importantes, mormente se os juizes delas esperam e procuram algum favor (REIS, 1794, p. 135).

Nesse mesmo sentido, ao tratar das condutas dos julgadores, o Código Criminal proibiu o magistrado de fazer “perguntas capciosas, suggestivas ou enganosas” (REIS, 1823, p. 111) ou que usasse de qualquer violência durante o processo. Caso fizesse uso de tais práticas, sofreria as penas de infâmia e afastamento (REIS, 1823, p. 112). Na hipótese de, dolosamente, castigar o réu até a morte, seria o juiz punido pelo crime de homicídio:

Da mesma sorte se castigarão os juizes, que por culpa ou ignorância condemnarem os criminosos a morte, ou o puzerem a tormento, ou os metterem em cárceres e prisões escuras e doentias contra a fórmula das nossas Ordenações. Havendo dolo e malícia no juiz ou nos sobreditos, e seguindo-se homicídio, serão castigados como verdadeiros e rigorosos homicidas (REIS, 1823, p. 68).

Além desse intuito orientador dispensado aos juizes, é importante verificar que a codificação de Mello Freire se inseriu na perspectiva iluminista europeia dos códigos modernas que visavam à “promoção do legalismo e limitação do arbítrio doutrinário e judiciário” (HESPANHA, 1993, p. 532). Antônio Manuel Hespanha explica, em síntese, que até meados do século XVIII, vigorou em Portugal uma monarquia corporativa em que o poder do rei se fundamentava em uma estrutura pluralista com vários centros periféricos. Um desses

poderes estava localizado no *arbitrium iudicis* que permitia ao juiz o máximo de autonomia em seu julgamento (HESPANHA, 1993, p. 528). Para se ter uma ideia, “os juízes, salvo os inferiores, poderiam corrigir as penas legais *per modum epikeiae*, por motivos tão diversos como o bem da república, o bem da fé, a observância da *ratio legis* ou *iuris*, a paridade de situações, etc.” (HESPANHA, 1993, p. 529).

A partir da segunda metade do século XVIII, sob os auspícios do despotismo ilustrado, a coroa passou a esvaziar os poderes periféricos e centralizá-los em suas mãos. Hespanha (1993, p. 530) chama essa perspectiva centralizadora de monarquia “estatalista”. O processo “estatalista” esteve relacionado à Lei da Boa Razão de 1769, que restringiu o uso das “fontes secundárias”, como o costume, o direito romano, conforme mostramos no **Capítulo 3**. Hespanha (1993, p. 532) menciona ainda como expressão dessa nova proposta monárquica a busca da sistematização da formação jurídica na reestruturação de Coimbra, a reforma da organização judiciária senhorial e a criação da Intendência Geral da Polícia. A mesma intenção se vê no *Novo Código* que passou a regradar o campo de atuação do juiz pela diminuição de seu poder arbitral (HESPANHA, 1993, p. 532). O projeto de Mello Freire fez o papel requerido pela coroa “estatalista”, no sentido de um combate expresso ao arbítrio da magistratura visto nos aconselhamentos citados na página anterior.

Nesse viés interpretativo da teoria da monarquia corporativa de Hespanha (1993), as torturas podiam fazer parte do exercício do julgamento. De alguma forma, o suspeito estava à mercê da vontade do magistrado, uma vez que ele possuía *arbitrium iudicis*. O jurista de Ansião, coadunando com política “estatalista”, determinou que, “por maior que seja o crime” (REIS, 1823, p. XIII), as torturas eram inadmissíveis nos tribunais. Também nas *Instituições* as reprovava:

Nada temos a dizer das torturas, isto é, dos interrogatórios judiciais, em que os réus ou as testemunhas de crimes mais graves são levados a dizer a verdade mediante a aplicação de vários tormentos corporais, visto que dela nenhuma prova legítima se pode tirar. E até o seu uso deve ser inteiramente proscrito dos tribunais cristãos como bárbaro e injusto (REIS, 1794, p. 136).

O combate à tortura era intensificado pelos *philosophes*. Freire estava com Beccaria, Voltaire, Montesquieu no que tange à reprovação completa da tortura como instrumento jurídico criminal:

Os sábios da Europa há muito tem declamado altamente contra a carnificia tortura. A Obra de GREVIO, impressa em Hamburgo em 1624, neste genero he a primeira que appareceo, e mereceo porisso ser citada por BAYLE com grandes elogios.

GROCIO, BODIN, THOMASIO, BOHEMER, BECCARIA, RIZI, VOLTAIRE, MONTESQUIEU, e o eloquentíssimo DE SERVANT, provão evidentissimamente a injustiça, a barbaridade, e insuficiência dos tormentos para o efeito de se descobrir a verdade: o que já hoje passa sem contradictor (REIS, 1823, p. XIII).

No mesmo tom condenatório do castigo como instrumento processual, este não poderia ser imposto ao acusado durante as prisões para averiguação. Determinava o Código Criminal:

Declaramos que estas mesmas prisões secretas pelo tempo e forma que fica dito, não tem outro efeito mais do que obviar que os presos falem e comuniquem nesse tempo com pessoas suspeitas: portanto não devem ser escuras ou soterrâneas, nem presos nelas maltratados: porque são ordenadas para averiguação da verdade, e para se não iludir a justiça, e nunca pelo castigo (REIS, 1823, p. 47).

Sobre o processo criminal, o jurista de Ansião fez pequena ponderação no § XVII da *Introdução*. Afirmou, no parágrafo citado, que: “Emquanto á ordem do processo criminal (...) eu procurarei redigilla de maneira, que sem ofensa do direito da parte, se castiguem breve e prontamente os delictos: no que tanto interessa á república” (REIS, 1823, p. XIII). Não era necessário discorrer sobre a questão processual, uma vez que a proposta de codificação era sobre os crimes e as penas, mas notamos a preocupação com o tempo do processo criminal pelo autor. De fato, as *Ordenações* determinavam um longo percurso até a efetiva sentença do réu (REIS, 1823, p. XIII). Havia de se fazer antes desta o “libelo, contrariedade, replica, treplica, dilação e tempo ordinario para a prova, artigos e contradictas, &c” (REIS, 1823, p. XIII). Caso o mesmo fosse inocentado, a espera pela decisão era uma condenação temporal, mesmo diante da ausência de culpa comprovada. Dessa forma, toda apreciação judicial, que pretenda ser justa, deve ser breve para condenar ou absolver:

Farei uso do *processo verbal*, supprindo também nesta parte da forma que fica dita as nossas leis: e finalmente direito o que me parecer util e conveniente sobre o perdão e abolição das obrigações criminaes, e sobre o modo de indemnizar o inocente injustamente condenado. (...) Admittimos nos mesmo crimes não só o processo ordinário e regular, mas o summario e verbal, comtantoque não seja precipitado e não se falte a necessaria defesa do reo. (REIS, 1823, p. XIII e p. 119).

A injustiça causada pela lentidão nos trâmites jurisdicionais leva a uma sensação geral de impunidade. Desconhecendo os motivos técnicos dessa demora e com receio de que o crime seja tolerado pelo Estado, a população tende a exigir penas mais rigorosas e cruéis. Mello Freire repetiu no seu manual que a “atrocidade das penas gera a impunidade e a indulgência do delito, que são as coisas mais funestas que há para a saúde pública” (REIS,

1794, p. 80). Para ele, a solução para essa insegurança social não estava nos castigos ou nas penas rigorosas, mas na celeridade judicial, que responsabiliza os culpados ou absolve os inocentes em prazo razoável. Com a maior rapidez processual, a sociedade consegue perceber o funcionamento da justiça estatal trazendo uma maior confiança de que todo delito, será em tempo hábil, punido. Do mesmo modo, o castigo que acompanha “de perto o delito” (BECCARIA, 1983, p. 37) se torna “um útil freio contra os criminosos” (BECCARIA, 1983, p. 37). “Para tal modo, que apressa a sentença definitiva, tira-se dos maus a esperança de uma impunidade tanto mais perigosa quão maiores são os crimes” (BECCARIA, 1983, p. 37). Seguimos a repetir a identidade entre o pensamento de Freire e Beccaria no que diz respeito ao tempo de punição do delito.

Mello Freire mencionou, ainda na passagem citada, seu temor quanto ao sentenciamento de um inocente. Acreditava que era “melhor deixar impune um crime que condenar um inocente; por isso, maior dano vem à sociedade da condenação dum inocente que da absolvição dum culpado” (REIS, 1794, p. 80). “Somente se devem castigar os verdadeiros delinquentes ou os quase delinquentes” (REIS, 1794, p. 80).

Para evitar esse tipo de condenação injusta, o magistrado não poderia “recorrer ao juízo das sortes” (REIS, 1823, p. 9) e partir de verdadeiros “axiomas” para a análise das provas (REIS, 1794, p. 128). Por exemplo, deveria considerar que “antes da sentença condenatória o réu deve ser havido como inocente” (REIS, 1794, p. 80) e que “ninguém deve ser condenado sem prova legítima e plena, mais clara que a luz do Sol tal é a que se forma segundo as prescrições da lei” (REIS, 1794, p. 128). O Código Criminal dispôs na mesma perspectiva:

Deve o juiz tratar o acusado por inocente, enquanto não houver contra ele a certeza bastante para o julgar delinquente, e que seja capaz de resolver e determinar o homem a obrar acções mais importantes da sua vida. E provado o caso em si, não condemnará o reo na pena ordinária do delicto, sempre tenha aquella prova e convencimento, que o obrigue a conformar-se com a sua propria condenação. (...). Pelo delicto da cidade somente se poderão castigar os verdadeiros culpados; e não constando quaes elles sejão, nunca para o castigo se poderá recorrer ao juízo das sortes, o qual o reprovamos por iníquo e perigoso, por poder cair nos innocentes (REIS, 1823, p. 106 e p. 9).

O Código intentado pelo jurista de Ancião, nos Títulos que vão de XXXXV ao LIII, trata sobre as provas (REIS, 1823, pp. 106-120). As provas eram a única forma racional de se verificar a culpa do réu para o pleno convencimento do juiz. Para alcançar tal finalidade, não bastavam os meros indícios (REIS, 1823, p. 107) ou evidências construídas a partir da tortura (REIS, 1823, p. 106), da testemunha falsa ou de delitos improváveis (REIS, 1823, p.

116 e p. 107). Era preciso fazer a comprovação do delito pela “recta razão” (REIS, 1823, p. 106). Sem a “prova perfeita ou legal” (REIS, 1823, p. 106), ninguém poderia ser castigado, ou seja, no foro criminal “apenas se deve admitir a prova plena e perfeita” (REIS, 1794, p. 80). Explica, nas *Instituições*, que “faz-se fé e prova plena ao juiz, ou por meio de testemunhas fidedignas e acima de toda a exceção, ou por confissão espontânea e judicial do delito, ou por instrumentos” (REIS, 1794, p. 126).

No último comentário acerca do texto codificado, salientamos que, para Mello Freire, qualquer condenação criminal “só pode cair no criminoso, e nunca na sua família” (REIS, 1823, p. 10). Esse princípio não foi apenas uma sugestão teórica feita pelo jurista de Ansião, sendo utilizado como argumento principal em uma petição que fez à rainha D. Maria em favor do nobre D. Martinho Mascarenhas (1740-1804). O referido manuscrito é bastante desconhecido e está arquivado em Braga.⁶² Faremos breve menção sobre o episódio, com o objetivo de vislumbrar a face de nosso autor como advogado em uma causa controversa datada do governo pombalino. Vamos à peça.

Em 1758, houve um atentado contra o monarca D. José I, sendo vários os nobres posteriormente condenados pelo referido delito.⁶³ Os Távoras e outros membros da nobreza foram acusados de participação no crime de lesa-majestade e, sob torturas, sentenciados sob a égide do despotismo pombalino. O processo foi eivado de erros, de forma que as provas de culpa dos réus não foram bem analisadas e, antes de fazerem suas próprias defesas, foram considerados os responsáveis pela tentativa de morte ao rei (CUNHA, 1992-1993, p. 35).

Entre os incriminados, figurou o Duque de Aveiro (1708-1759), que foi executado com requintes de crueldade e teve seus bens e honrarias privados aos seus herdeiros pela coroa (CUNHA, 1992-1993, p. 35). Por causa da penalização imposta ao patrono da casa de Aveiro, além do confisco feito, Martinho Mascarenhas, seu filho, ficou preso de 1759 até 1777. Tratava-se de pena grave, que provocou grande comoção, porque atingira toda uma família distinta socialmente.

Quando se deu a “Viradeira”, D. Maria I procurou soltar os perseguidos aristocráticos e rever as supostas injustiças provocadas pela política despótica encabeçada pelo Marquês de Pombal (CUNHA, 1992-1993, p. 35). Entre aqueles que se sentiram erroneamente condenados no processo dos Távoras, estava o filho do Duque de Aveiro, D. Martinho Mascarenhas. Provavelmente, no ano de 1778, em nome deste, Mello Freire

⁶² Paulo Ferreira da Cunha (1992-1993) explica que o manuscrito em análise é o MS 907 do Arquivo Municipal de Braga. Provavelmente o documento era desconhecido até do sobrinho de Mello Freire, que não o publicou como obra póstuma (CUNHA, 1992-1993, p. 33). Informamos que não tivemos acesso direto ao mesmo.

⁶³ Sobre o atentado e o processo dos Távoras, ver a interessante tese de Patrícia Wooley Cardoso Lins (2011).

suplicou à rainha pela reabilitação do nobre e por sua reintegração patrimonial, em uma petição com cerca de 44 páginas (CUNHA, 1992-1993, p. 33). Sobre a atuação dele como advogado de D. Martinho, comenta Paulo Ferreira da Cunha que o mesmo defendeu uma proposta moderna e iluminista, “inspirado em Beccaria, Filangieri e Montesquieu” (CUNHA, 1992-1993, p. 35), em que as penas não poderiam ser “meramente pessoais, executadas ou sofridas na pessoa dos agentes criminosos” (CUNHA, 1992-1993, p. 35).

No início do pedido junto à rainha, não é possível ver nenhum argumento ilustrado do advogado de Martinho Mascarenhas (CUNHA, 1992-1993). Pelo contrário, a postura foi de total reverência à soberana na súplica do vassalo: “a sua infelicidade fez indigno de aparecer na Real de S.V. Magestade, e beijar-lhe a Sua Benigna e Real Mão por lhe conceder a Liberdade, a Luz e a própria vida” (Pascoal José de Mello Freire dos Reis, apud, CUNHA, 1992-1993, p. 36).

O tom da defesa começou a mudar quando Mello Freire invocou o princípio que determina que não existe crime, sem a respectiva culpa, ou seja, *nullum crimen sine culpa*. A tese era que o filho, Martinho Mascarenhas, não poderia pagar pelos erros do pai. Segundo o jusnaturalismo e a perspectiva esclarecida humanista, os descendentes não são responsáveis pelos ascendentes em suas ações ou omissões:

As Leys naturaes, e escritas no coração do homem, mandão que não se castigue o inocente: que não possa haver pena, a onde não há delicto: que o crime somente acompanha o Seu Autor e isto he o mesmo eu mandar que não castigue o filho pela culpa do Pay (Pascoal José Mello de Freire dos Reis, apud, CUNHA, 1992-1993, p. 39).

Apelou ainda que “todos concordao, doutos e indoutos” (Reis, apud CUNHA, 1992-1993, p. 40) e “não poderá haver alguma dúvida” (Reis, apud, CUNHA, 1992-1993, p. 40) sobre isso. “Mesmo Deos todo poderoso que hé, não pode castigar a inocência, porque não pode deixar de ser Justo” (Reis, apud, CUNHA, 1992-1993, p. 41).

Mello Freire também buscou o perdão de Mascarenhas nas “leis civis e positivas de todas as Nações” (Reis, apud, CUNHA, 1992-1993, p. 42). Do mesmo modo que procurou as leis romanas para argumentar que

falando somente das [leis] Romanas, de que em grande parte se derivão as nossas, por ellas reina a mesma Santa, e imutavel Regra tirada das eternas Leys da Natureza de que a pena, somente acompanha o Seu Autor, e de que não deve estender-se só o castigo, e o medo além do Delicto (Pascoal José Mello de Freire dos Reis, apud, CUNHA, 1992-1993, p. 42).

Termina a defesa afirmando que

estas são, em summa, as razões de Direito, que favorecem toda a Cauza, e pertença do Suplicante, e que ele humildemente expõem á indefectível justiça de V. Magestade. As de Humanidade, ainda são maiores, e mais capazes de attraiherem, a seu favor, a Real Compaixão, e inimitável Piedade de V. Magestade (Pascoal José Mello de Freire dos Reis, apud, CUNHA, 1992-1993, p. 43).

A súplica do jurista em favor do nobre foi negada pela monarca. Toda a erudição do catedrático da disciplina de Direito Pátrio não surtiu efeito, não havendo a clemência real pretendida. Ele argumentou que a punição não deveria se estender ao filho de um condenado, mas somente a justa rainha, “pela graça de Deus e bem dos povos” (CUNHA, 1992-1993, p. 45), poderia aplicar tal princípio consagrado pelo direito natural. Vejamos que a ordem natural racionalista invocada foi subordinada à vontade da monarca, demonstrando o “insanável problema do jusracionalismo do período despótico ilustrado” (CUNHA, 1992-1993, p. 45):

Há a sensibilidade para a questão da Justiça. Há a clara ideia que existem princípios que transcendem o positivado. Mas simultaneamente acredita-se que o soberano, que o é pela graça de Deus e para bem dos povos (mas não por sua mediação – os Jesuítas são expulsos por Pombal com a acusação de republicanos e monarcómacos), tudo pode, e fará necessariamente boas leis. Crê-se no direito natural, mas crê-se já excessivamente na lei e no seu autor ou responsável, o poder. E mesmo o direito natural em que se acredita acaba por ser rigidificado, como esses códigos que aspiravam todos à eternidade e à universalização (CUNHA, 1992-1993, p. 45).

Merio Scattola analisa o intrincado tema do direito natural visto na petição de Mello Freire e tratado por toda a teoria da escola jusracionalista (SCATTOLA, 2001). Segundo o autor, na tradição teológica e/ou antiga, a ideia de um direito natural estava vinculada a uma ordem universal que a fundamentava e permitia a sua própria existência. Essa lei eterna estaria acima das outras, estabelecendo um comando supremo sobre tudo e todos. Nesse sentido, nem o rei poderia violar o direito natural, porque infringiria, ao mesmo tempo, a lei maior que sustentava todo o universo, provocando uma injustiça tirânica passível de ser questionada e/ou resistida (SCATTOLA, 2001, p. 45).

Na concepção moderna, o direito natural desvinculou-se de qualquer ordem universal superior, uma vez que teria origem apenas na expressão racional humana. Ao optarem pela vida em sociedade, os homens, em seu exercício racional, transferiram à autoridade soberana o direito natural de cada um para que a mesma assegurasse o seu cumprimento efetivo. O soberano passou a governar pela ordem estabelecida no direito natural alienado pelos seus súditos. Desta forma, as ações soberanas se tornaram uma

emanação do direito natural, que não poderia ser violado, sob o risco de corromper o pacto outrora firmado. Houve uma espécie de identificação entre quem exerce o poder e o direito natural, sem a intermediação de qualquer outra ordem normativa. Desobedecer ao soberano representava a desobediência aos homens em seus direitos naturais. Não havia uma outra instância normativa a quem apelar, uma vez que o direito natural era a instância máxima, e que esta estava nas mãos do monarca. A hipótese de tirania, ventilada na tradição antiga jusnaturalista, foi descartada em privilégio dessa lógica em que o direito natural estava subsumido na figura real. Nos dizeres de Scattola:

O que o soberano faz é o que, realmente, o que queriam os sujeitos: estes não podem se recusar a obedecer aos comandos do rei, porque eles não podem desobedecer a si mesmos. Toda decisão ou ato do soberano é legítimo enquanto não ameaçar a vida dos indivíduos. As ações do rei podem ser avaliadas como certas, erradas, tirânicas apenas a partir de um padrão externo. Agora os homens não podem apelar para qualquer tipo de ordem moral universal independente do soberano. Eles não podem lutar contra a tirania: a tirania é, simplesmente, impossível, impensável (SCATTOLA, 2001, p. 44-45).⁶⁴

Os códigos setecentistas demonstram que o direito natural saiu “da mente, da razão” (CUNHA, 1992-1993, p. 45), em uma estrutura rígida de princípios a serem deduzidos para a tipificação de cada crime, porém dependendo dos reis na sua aprovação. Até mesmo a forma de nomeação dos códigos setecentistas, tais como Código Penal da Toscana, como sinônimo de Código de D. Leopoldo, ou o *Novo Código*, como o de D. Maria I, nos revela uma ambiguidade terminológica que envolve o problemático conceito dado pelos modernos ao direito natural.

Para finalizar nosso capítulo, entendemos que “Mello Freire não foi um inovador em termos absolutos” (CUNHA, 1992-1993, p. 46). Foi um ilustrado em termos da humanização da ordem penal, mas “lutou com as armas de seu tempo” (CUNHA, 1992-1993, p. 45) e com as contradições de uma teoria jusnaturalista que foi superada no século seguinte. Mesmo com toda sua retórica que contemplava os saberes fundamentais do direito moderno, em nenhum momento, ele pôs em xeque as injustiças despóticas causadas pelo poder, fosse da época pombalina ou mariana.

⁶⁴ Tradução livre da autora: “What the sovereign does is really wanted by the subjects: the latter cannot therefore refuse to obey the commands of the king because they cannot refuse to obey themselves. Every decision or action of the sovereign is legitimate and may not be resisted inasmuch as it does not threaten the life of the subjects. The actions of the king could appear as good and right or wrong and tyrannical only if they were measured on an external standard. Now the subjects cannot appeal to any kind of moral order of the good, universal, independent or unrelated to the decisions of the sovereign. They cannot neither identify nor fight the tyrant: the tyranny is simply impossible, unthinkable” (SCATTOLA, 2001, pp. 44-45).

Vejamos agora mais uma nuance do jurista de Ansião: o projeto do Código de Direito Público. Aproveitaremos o tema para conhecer o maior crítico de Mello Freire: o canonista Antônio Ribeiro dos Santos que fora outro letrado das Luzes portuguesas.

5. LUZES SOBRE A CENSURA: O PROJETO DE CÓDIGO DE DIREITO PÚBLICO (1789) DE PASCOAL DE MELLO FREIRE DOS REIS (1738-1798) E AS NOTAS CENSÓRIAS POR ANTÔNIO RIBEIRO DOS SANTOS (1745-1818)



FIGURA 4: “Göttin der Toleranz”: gravura por Daniel Chodowiecki (1726-1801). Fonte: http://ds.ub.uni-bielefeld.de/viewer/image/2235093_017/33/LOG_0011/ (último acesso em 13/04/2015).

A figura acima representa a deusa Minerva entre padres, pastores e rabinos. A obra foi intitulada “Toleranz” ou, em português, “Tolerância”, pelo seu autor Daniel Chodowiecki (1726-1801). Trata-se do mesmo artista que criou o “Aufklärung”, ou o “Esclarecimento”, com que abrimos nossa tese. Ambos os trabalhos artísticos de Chodowiecki ilustraram um calendário de bolso, o “Göttinger Taschen Calender Für das Jahr”,⁶⁵ do ano de 1792, e se tornaram muito conhecidos (HOF, 2005, p. 11). As imagens nos

⁶⁵ O calendário de 1792 se encontra completo *on line* no *site* da Universidade de Bielefeld, que possui as edições do “Göttinger Taschen Calender Für das Jahr”, de 1776 a 1800. Disponível em: <<http://ds.ub.uni-bielefeld.de/viewer/toc/2235093/1/>>.

remetem ao nosso tema principal referente às Luzes e nos ajudam a pensá-las sob os seus diversos prismas.

Na gravura acima, temos a tolerância religiosa representada pela deusa romana Minerva da sabedoria. A tolerância foi um dos preceitos mais valorizados pelos ilustrados, em sua contraposição às disputas religiosas acentuadas pela Reforma e pela Contrarreforma. Voltaire (1694-1778), em seu famoso *Tratado sobre a Tolerância*, fez libelo universal em prol do respeito às crenças:

Não é preciso ter grande arte nem dispor de grande eloquência bem-elaborada para provar que os cristãos devem tolerar uns aos outros. Mas eu vou mais longe: eu lhes digo que é necessário considerar todos os homens como nossos irmãos. O quê? Meu irmão, o turco? Meu irmão, o chinês? O judeu? O siamês? Sim, sem a menor dúvida, pois não somos todos filhos do mesmo pai, criatura do mesmo Deus? (VOLTAIRE, 2008, p. 109).

Em Portugal, o baluarte ilustrado da tolerância demonstrado por Voltaire esteve ausente “em toda a historiografia do tolerantismo” (SCHWARTZ, 2009, p. 20). Para todos os historiadores e os intelectuais do século XVIII, “Espanha, Portugal e suas respectivas inquisições pareciam ser o próprio símbolo da intolerância” (SCHWARTZ, 2009, p. 20). Desconhecem, em certa medida, o grau de intolerância existente em outras partes da Europa, como na “Genebra reformada, na Inglaterra elisabetana e na Nova Inglaterra puritana” (SCHWARTZ, 2009, p. 21) e preferem apontar em direção somente à situação da Península Ibérica (SCHWARTZ, 2009, p. 21).

O principal historiador moderno do tolerantismo, Henry Kamen, rompeu esse paradigma historiográfico sobre a intolerância plena nas nações ibéricas. Kamen refreia a ideia de que Portugal e, principalmente, a Espanha eram em absoluto intolerantes nos períodos modernos. Para ele, “a Espanha nunca se entregara às terríveis caças às bruxas que assolaram a Europa setentrional, e que tampouco pusera os dissidentes a arder na fogueira com tanta frequência quanto a maioria dos outros países” (SCHWARTZ, 2009, p. 21).

Seguindo as trilhas interpretativas menos pragmáticas de Henry Kamen, o historiador norte-americano Stuart Schwartz demonstrou, a partir de vários documentos inquisitoriais dos arquivos nacionais da Espanha, do México e de Portugal, que a tolerância esteve presente no contexto ibérico nos discursos de pessoas comuns no limiar da época moderna (SCHWARTZ, 2009, p. 27). O autor pondera que não se trata de uma posição comungada por todos os membros dessas sociedades e que a perspectiva intolerante

predominava. Entretanto, observou que o número dos dissidentes tolerantes foi aumentando com o passar do tempo (SCHWARTZ, 2009, p. 25 e p. 30). Afirma que

as sociedades da Espanha, de Portugal das colônias eram, por definição, intolerantes, e estou ciente de que, para cada pessoa que apresentava ideias tolerantes, havia muitas outras prontas para repreendê-la ou denunciá-la às autoridades. (...). Finalmente, quero ressaltar que esses casos extraídos dos registros da Inquisição não são *exempla* medievais, peças didáticas criadas e narradas para instruir e admoestar, e sim, por maiores que possam ser as limitações no trabalho com relatos registrados e arquivados por uma poderosa instituição eclesiástica, indícios e provas do que as pessoas pensavam, diziam e faziam e, se lidos com cuidado, uma forma de recapturar um passado furtivo (SCHWARTZ, 2009, p. 30 e p. 28).

A dissertação de Igor Tadeu Camilo Rocha também encontrou elementos no Reformismo Ilustrado português que favoreciam o tolerantismo, em vista das medidas pombalinas empreendidas em prol da secularização (ROCHA, 2015).⁶⁶ Para o historiador, tais iniciativas

afetaram o Santo Ofício e instâncias como as da educação formal e, por conseguinte, o clero. De algum modo, tais reformas contribuíram para secularizar as instituições no mundo luso-brasileiro. (...) Indiretamente, com a secularização, as Reformas pombalinas tornaram possível que ideias em defesa da tolerância religiosa tivessem uma mais ampla circulação e se difundissem em vários pontos e em vários núcleos do mundo luso-brasileiro (ROCHA, 2015, pp. 168-169).

Henry Kamen, Stuart Schwartz e Igor Rocha viram um espectro da deusa Minerva da tolerância nos contextos luso e espanhol. Reberam pesquisas que quase majoritariamente insistiram em não relativizar a situação ibérica, ignorando a possibilidade da divindade representativa da tolerância ter aparecido ali em outros trajes, talvez mais modestos e próprios de suas circunstâncias. Enfrentamos em nossa tese desafio semelhante ao de Kamen e Schwartz, ao questionarmos um padrão historiográfico que não vislumbra a presença ilustrada europeia no direito português. Em uma alusão ao quadro citado de Chodowiecki, tal tendência, em geral, que menospreza as Luzes em Portugal, parte do pressuposto teórico de que o movimento esclarecido se resumiu a um ideal único simbolizado, por exemplo, pela tolerância perfeita de uma deusa projetada entre lideranças religiosas.

As Luzes se constituíram além de Minerva ou da tolerância celebrada por Voltaire. Como proposto por Kant (1995), em seu conceito de autonomia, “o primeiro passo constitutivo do pensamento das Luzes consiste em privilegiar o que escolhemos e decidimos por nós mesmos em detrimento daquilo que nos é imposto por uma autoridade externa”

⁶⁶ Sobre o tema da tolerância e o Reformismo Ilustrado português, ver a dissertação de Igor Tadeu Camilo Rocha (2015).

(TODOROV, 2008, p. 14). Tal atitude de crítica, ampla e irrestrita, causou, muitas vezes, contradições em vários pontos de vista dos *philosophes* dos Pirineus ou além deles. Os temas ilustrados não eram unânimes e devem ser compreendidos nos discursos dos atores de cada tempo e lugar. A partir desse diapasão conceitual mais elástico e menos preciso cronologicamente, confirmamos nossa hipótese acerca do direito ilustrado luso a partir da Lei da Boa Razão, das reformas estatutárias de Coimbra e do projeto criminal codificado de Mello Freire, que seguiu de perto os passos de Beccaria, o maior jurista das Luzes. Ao mesmo tempo, não desprezamos as peculiaridades lusas setecentistas e/ou as formas das vestimentas da deusa que foram marcadas pelo ambiente despótico do período.

Neste capítulo, continuaremos a estudar as ideias do jurista Pascoal José de Mello Freire dos Reis a partir de seu ensaio de Código de Direito Público (REIS, 1844), apresentado à Junta de Revisão e Censura do Novo Código em fevereiro de 1789 (PEREIRA, 1789, p. 51). Como vimos, os trabalhos para um código português, nos moldes dos que estavam sendo elaborados no restante da Europa e revogador das *Ordenações Filipinas*, foram iniciados por ordem de D. Maria em 1778. Entre 1782-1783, Mello Freire fora encarregado dos Livros II e V que abordavam, respectivamente, o direito público e o direito criminal. Para viabilizar o *Novo Código*, uma Junta revisora, presidida pelo jurista José Seabra Silva, comentado no **Capítulo 3** e autor da *Dedução Cronológica e Analítica*, foi estabelecida pelo decreto de 12 de janeiro de 1784 (PEREIRA, 1789, p. 51). Seabra Silva se empenhou, pessoalmente, para tentar concluir a revisão dos textos codificados e quiçá torná-los vigentes em Portugal no governo mariano (PEREIRA, 1983, p. 51).

Em fevereiro de 1789, Pascoal de Mello finalizou as partes encomendadas do direito público e do direito criminal para serem avaliadas pela mencionada Junta do *Novo Código*.⁶⁷ Segundo determinação real, tal exame crítico deveria ser iniciado pela matéria de direito público, ou seja, pelo Livro II, em vista da importância do tema tratado relativo à organização estatal. O livro em questão era ainda uma espécie de constituição, porque nele eram estabelecidos os limites e os fundamentos do poder monárquico. Para análise deste, foram nomeados como deputados censórios José Joaquim Vieira Godinho, Francisco Xavier de Vasconcelos, Francisco Pires de Carvalho, João Pereira Ramos de Azevedo Coutinho e Antônio Ribeiro dos Santos (PEREIRA, 1789, p. 51). O canonista Ribeiro dos Santos redigiu

⁶⁷ O Livro IV, relativo ao direito testamentário, ficou pronto em 1789 e não chegou a ser avaliado pela Junta da Censura e Revisão. Seu autor foi o jurista Duarte Alexandre Holbeche, Desembargador da Casa de Suplicação (PEREIRA, 1983, p. 53). Segundo José Esteves Pereira, o manuscrito redigido por Duarte Holbeche está na Biblioteca Geral da Universidade de Coimbra (PEREIRA, 1983, p. 53). Sobre o projeto de Duarte Alexandre, ver o artigo específico de Luís Bigotte Chorão (2001).

o parecer acerca do texto codificado de direito público de Pascoal José de Mello Freire dos Reis (PEREIRA, 1983, p. 51-52). O Livro V, sobre o direito criminal, comentado no **Capítulo 4**, e também escrito por Freire, não chegou a ser visto pelos censores citados ou pela Junta de Revisão e Censura do Novo Código (SILVA, 1985, p. 286).

Antônio Ribeiro apresentou sua crítica ao esboço de Freire em sete censuras. A primeira parte tratou sobre o plano do Código de Direito Público e foi dividido em dois segmentos: sobre as matérias e sobre sua ordem e método (SANTOS, 1844, p. 5 e p. 30). As demais censuras foram feitas sobre os títulos do Código relativos aos “Direitos Reaes” (SANTOS, 1844), às “Leis e dos Costumes” (SANTOS, 1844), “Dos juízos e das penas” (SANTOS, 1844), “Da Religião e da Fé Catholica” (SANTOS, 1844), “Da imunidade das pessoas e dos direitos eclesiásticos” (SANTOS, 1844) e “Do Asylo” (SANTOS, 1844). Mello Freire rebateu os primeiros questionamentos ao seu plano quanto ao conteúdo e ao método expositivo (SANTOS, 1844, p. 62). Ribeiro dos Santos chegou a comentar as respostas do censurado, mas não houve réplica do jurista de Ansião contra o censor (SANTOS, 1844, p. 62).

O censurado abandonou as sessões e não se manifestou sobre as outras seis reprovações mencionadas. Preferiu se silenciar no embate teórico travado junto ao seu censor e denunciá-lo como monarcômaco em dezembro de 1789 (PEREIRA, 1983, p. 249). Rodrigo Elias Caetano explica que o termo monarcômaco era utilizado para designar “autores tanto protestantes quanto católicos que, nos seus escritos, defendem a supremacia do ‘povo’ no que concerne ao poder político, ou seja, a ideia de contrato, limitando assim a autoridade do príncipe” (GOMES, 2005, p. 73).

O conselho camerário que cuidou da denúncia contra Antônio Ribeiro foi formado pelo bispo do Algarve, o marquês de Ponte de Lima, o jurista Seabra Silva e o ministro Martinho de Melo e Castro (PEREIRA, 1983, p. 55). O conselho absolveu o canonista, mas o afastou da Junta de Revisão, enviando-o a Lisboa para ocupar o cargo de desembargador na Casa de Suplicação (PEREIRA, 1983, p. 55). Ribeiro dos Santos comentou em carta, sem destinatário, sobre a acusação sofrida de Mello Freire:

Meu amigo: não me contais novidade, que eu já não soubesse: sei que Pascoal José de Melo, meu colega, me delatou a Sua Magestade como monarcômaco, como um propagador de doutrinas populares e republicanas.... Houve conselho camerário em que assistiram o bispo, o marquês de Ponte de Lima, Seabra, e Matinho de Melo. Fiquei absolvido e, dentro em poucos dias, despachado para desembargador da Casa de Suplicação, pelo bem que já tinha servido na Junta de Censura do Código (Antônio Ribeiro dos Santos, 1789, p. 447 apud PEREIRA, 1983, p. 249).

Dos títulos VII, “Dos Bispos, arcebispos e seus vigários”, ao LVI, “Dos donatários eclesiásticos”, ou seja, 49 no total de 56 capítulos do projeto do Código de Direito Público não foram apreciados pelo censor, que fora retirado da Junta revisora e não finalizou a análise do esboço codificado (REIS, 1844, pp. 23-178). As provas compiladas (REIS, 1844, pp. 179-439) na exposição final de cada título também não passaram pelo crivo censório. Mello Freire explicou que as provas constituíam as razões históricas de seu código. Lembramos que sua área acadêmica precípua era a história do direito, daí seu apelo à mesma na justificativa da colocação de seus artigos. Sobre tais provas, ele mesmo justificou que

no fim de cada Titulo trago as provas, e ahi exponho as razões das principaes cousas, que nelles se contém: não me canço em fazer largos discursos sobre a origem, história e progresso do direito de que se fala: contento-me em a tocar e referir simplesmente; persuadido de que semelhantes discursos e compridas dissertações, não só são desnecessárias, mas injuriosas á auctoridade e sabedoria da junta (REIS, 1844, p. VIII e IX).

Os códigos de Mello Freire de direito público e criminal somente foram publicados após a sua morte com o empenho de seu sobrinho Francisco de Mello Franco (CUNHA, 1990, p. 472).⁶⁸ O ensaio do *Novo Código* português naufragou nos primeiros momentos de sua revisão oficial. Somente em 1822, Portugal ganhou sua primeira Constituição, mais refratária ao absolutismo e nos moldes de uma carta de direitos (CUNHA, 1990, p. 474).⁶⁹ Os códigos sistematizados de direito comercial, penal e civil foram promulgados somente no século XIX, em 1833, 1852 e 1867, respectivamente (MARQUES, 2009).

Nosso capítulo se dedicará a compreender o projeto do Código de Direito Público a partir das censuras de Antônio Ribeiro dos Santos, que foram replicadas pelo censurado durante o processo de inquirição, enfocando, principalmente, as concepções do poder monárquico. Concentraremos nossa análise no conflito intelectual entre os letrados, marcados pelas Luzes, no contexto censório português. Não nos aprofundaremos nas demais censuras ou assuntos do texto codificado, em virtude de não ter tido uma refutação do seu autor – o que perde de vista nossa ideia de contrapor as opiniões entre censor e censurado.

Sobre as peças processuais como fontes históricas, destacamos o que Adriana Romeiro afirma mais especificamente sobre os documentos inquisitoriais, por ela

⁶⁸ Paulo Ferreira da Cunha credits em muito a fama de Mello Freire ao seu sobrinho, Francisco Freire de Mello, que salientou em suas obras os esforços do tio para a revisão das Ordenações. Os demais autores que participaram do projeto foram rebaixados por Freire de Mello e fez questão de engrandecer a obra de seu tio (CUNHA, 2004, p. 472).

⁶⁹ Sobre a história constitucional portuguesa, ver o sucinto artigo sobre o tema de Antônio Manuel Hespanha (2012).

considerados como “fonte rica para o estudo da cultura e das mentalidades” (ROMEIRO, 2013, p. 238) jurídicas, uma vez que nos permitem examinar tanto as fundamentações teóricas desenvolvidas pelo controle inquisitorial régio quanto as argumentações de defesa do autor preterido. A documentação inquisitorial, assim como os documentos da Real Mesa Censória (1768-1787), da Real Mesa da Comissão Geral para a Censura de Livros (1787-1794) e do Desembargo do Paço, costuma ser tratada de modo simplista como uma das representações do atraso ilustrado português em relação ao restante da Europa – o que será discutido detidamente nas próximas páginas.

Em nossa tese, veremos que a Real Mesa fez parte de um delicado aparato estatal estruturado no período despótico pombalino que procurou a “assimilação do pensamento crítico das Luzes e a contenção de seus possíveis efeitos: a contestação do absolutismo e do sistema colonial” (VILLALTA, 1999, p. 195). As modificações feitas no período josefino que culminaram com a criação deste órgão administrativo integraram a política centralizadora implementada pelo governo de Pombal que combateu tudo aquilo que ameaçasse a “preeminência do trono” (VILLALTA, 1999, p. 192). Villalta sintetiza bem sobre a ambivalência a atuação do aparato censório português sob as Luzes:

Após 1768, a ambivalência dos governos de D. José I, Dona Maria I e do Príncipe D. João, ao mesmo tempo reformistas e defensores do Antigo Regime, propondo-se a equilibrar uma e outra posturas, repercutiu de alguma forma na ação de censura: se houve da parte dela uma maior clareza no que toca ao combate aos opositores do Reformismo Ilustrado, como os jesuítas, existiu, de outro lado, em algumas circunstâncias, uma certa fragilidade e, até mesmo simpatia, em relação aos que criticavam as instituições do Antigo Regime (VILLALTA, 1999, p. 202).

Vamos, então, nos enveredar na análise do texto codificado de Direito Público, que colocou em lados opostos os principais juristas de Coimbra do século XVIII. Acreditávamos que iriam se contrapor as Luzes do censurado contra as trevas do censor. Além disso, veremos uma injustiça historiográfica oitocentista⁷⁰, para nossa surpresa e de Paulo Ferreira da Cunha (2004), a celebrar a proposta despótica de Pascoal José de Mello Freire dos Reis, em vez de ressaltar a argumentação esclarecida e limitadora do absolutismo real de Ribeiro Santos. Sobre esta tendência historiográfica característica do século XIX, que enaltece o projeto de Freire e condena a censura de Santos, Cunha afirma que:

⁷⁰ Paulo Mêrea (1923, p. 34) e Nuno Gomes da Silva (1985, p. 286), historiadores do direito português, ressaltam a reverência equivocada dos liberais do final do século XIX a Mello Freire por causa de seu projeto de Código de Direito Público e a condenação sumária da censura feita por Ribeiro dos Santos.

como jurista, Ribeiro dos Santos é injustamente, muito injustamente, apagado pela fama de Paschoal de Mello Freire dos Reis, tido miticamente como “ilustre Papiniano destes reinos”, ao qual nem a derrota na polêmica do Novo Código frente ao primeiro deixou a fama sequer beliscada – ainda não entendemos bem por que mistérios da historiografia, que por vezes parece chegar a tomar seu partido. (...) A verdade é que Ribeiro dos Santos foi seu paladino [das leis fundamentais naturais que moderam a soberania, e cuja violação constitui o despotismo], na teoria e na prática, tendo pelo vigor da sua ação, pago o altíssimo preço da incompreensão, da malquerença, da delação e do esquecimento (CUNHA, 2014, p. 473 e p. 474).

De qualquer forma, constataremos que o Iluminismo estava na ordem do dia em Portugal, inclusive na perspectiva de um membro incumbido pela Rainha a fazer a censura de muitas de suas manifestações.

5.1 Antônio Ribeiro dos Santos: vida, obras e cargos

Antes do embate censório descrito acima, vamos conhecer um pouco sobre Antônio Ribeiro dos Santos, o canonista do Porto, o algeu do Código de Direito Público de Mello Freire. Santos foi um letrado que se destacou pelos estudos em Cânones, mas percorreu caminhos literários, historiográficos e filológicos ao longo de sua trajetória intelectual. Para termos uma ideia de sua erudição, destacamos que, na literatura, o canonista foi o poeta árcade com pseudônimo Elpino Duriense (CUNHA, 2004, p. 472). Como historiador, investigou as origens da tipografia em Portugal e a história dos matemáticos lusos.⁷¹ Ainda se dedicou aos estudos de bibliografia bíblica e anti-rabínica e à literatura sacra dos judeus.⁷² Por tudo isso, ele foi

um dos mais relevantes homens da Cultura do Século das Luzes português, foi polígrafo: poeta (e fundador da Arcádia Lusitana), também historiador e até filólogo, mas fundamentalmente jurista (autor de importantes trabalhos, designadamente no Direito Público e no Direito Natural) (CUNHA, 2004, p. 471).

Diante dessa vasta carreira, analisaremos apenas, sucintamente, sua formação, algumas de suas várias obras, os cargos ocupados e as disputas ao longo de suas carreiras profissionais. Ressaltaremos as semelhanças nas trajetórias entre Mello Freire e Ribeiro dos

⁷¹ As obras de Ribeiro dos Santos sobre a história da tipografia portuguesa nos séculos XV e XVI e a história dos matemáticos portugueses e outras estão reunidas nas *Memórias da Litteratura Portuguesa* publicadas pela Academia Real das Sciencias em seu volume 8 (SANTOS, 1856).

⁷² Para a lista completa de obras de Antônio Ribeiro dos Santos, veja o verbete sobre o canonista de Rui Abreu Torres (1978, pp. 782-783).

Santos em relação aos caminhos da docência em Coimbra, à magistratura e aos círculos sociais em que se encontravam.

Nascido no ano de 1745 em Massarelos, nas proximidades da cidade do Porto, Ribeiro dos Santos estudou no seminário de Nossa Senhora da Lapa no Rio de Janeiro (PEREIRA, 1983, p. 14). Cursou o ensino secundário na mesma cidade, onde fez Filologia e Humanidades sob a orientação dos jesuítas (TORRES, 1978, p. 782). Em 1764, regressou a Portugal para cursar a Faculdade de Cânones em Coimbra, em que concluiu a formação doutoral sete anos mais tarde (PEREIRA, 1983, pp. 15-18).

Para se tornar doutor, escreveu sua primeira obra em latim: *De Sacerdotio et Imperio selectae dissertationes quibus praemittitur dissertatio de Deo, de religione naturali, ac revelata, tanquam earum basis, et fundamentum, pro supremo juris canonici gradu obtinendo*, mais conhecida pelo título resumido *De Sacerdotio et Imperio*, publicada em 1770.⁷³ O texto, dedicado ao patrocinador da publicação, Joaquim Inácio da Cruz, discutiu, essencialmente, os fundamentos do poder eclesiástico e do poder civil. Nesse sentido, Antônio Ribeiro defendeu que as relações entre esses poderes deveriam ser pautadas por uma mútua concórdia (PEREIRA, 1983, p. 89). A harmonia entre as esferas seria viável na medida em que o monarca cuidaria das questões temporais e a Igreja, dos temas espirituais, em um pacto pela utilidade da república:

O autor não se cansa de lembrar a vantagem que nasce do apoio mútuo do trono e do altar. (...). Não tem os príncipes, de facto, qualquer poder de julgar ou decidir sobre questões doutrinárias da Igreja. E de modo idêntico, extravasam da esfera de sua competência quaisquer disposições sobre matérias de fé, sobre sacramentos, sobre as cerimônias ou os ritos (PEREIRA, 1983, p. 154 e p. 162).

O papel do rei, em Ribeiro dos Santos, é soberano, absoluto, mas de forma conciliatória e sem afrontamentos à instituição católica. “O canonista não tem dúvida sobre a sujeição dos clérigos, a par dos leigos e em última instância, à lei geral do imperante” (PEREIRA, 1983, p. 168). Ponderou o autor que somente no âmbito espiritual, o príncipe, como todo fiel, era súdito da Igreja de Deus (PEREIRA, 1983, pp. 174-175). Esse posicionamento político de Antônio Ribeiro foi sendo modificado com o passar dos anos, afinal precisava moldar suas ideias ou vê-las moldadas em vista dos controles realizados pela censura. Em 1789, na censura a Mello Freire, veremos um censor menos arraigado à

⁷³ Não encontramos uma versão na língua portuguesa da primeira obra de Ribeiro dos Santos. A edição citada de 1770 está na Biblioteca Geral de Coimbra.

autoridade plena monárquica e com posturas mais limitadoras do poder real bafejadas pelas Luzes.

Em *De Sacerdotio et Imperio* tratou também sobre a existência metafísica de Deus. Investigou ainda a religião revelada, a religião natural e o direito natural (PEREIRA, 1983, p. 99). Ao abordar a religião natural e o jusnaturalismo, Ribeiro dos Santos trouxe argumentos dos precursores das Luzes no direito, Grotius e Pufendorf:

O tema da religião natural é candente no século XVIII europeu. (...) Desde cedo Ribeiro dos Santos, cujas convicções muito devem ao jusnaturalismo racionalista, mesmo se seduzido pelo ecletismo genovesiano [isto é, Antonio Genovesi, ou Genuensi], mais próximo das Luzes, faz apelo para a restrição à liberdade pela lei. (...) Antônio Ribeiro dos Santos utilizou no seu pensamento inicial boa soma de conhecimentos extraídos dos tratados jusnaturalistas da época racionalista, embora sem fazer deles uso significativo e superador da perspectiva teológico-canônica (PEREIRA, 1983, p. 103-104 e p. 179).

O conteúdo geral do livro *De Sacerdotio et Imperio* “se insere no campo da ação política pombalina e constitui um instrumento imediato de clarificação pedagógica que deveria imprimir-se às Faculdades de Cânones e de Teologia” (PEREIRA, 1983, p. 88), especialmente, por ter se afastado das fundamentações escolásticas, das filosofias aristotélicas (PEREIRA, 1983, p. 116) e se aproximado do jusnaturalismo racionalista. Além do mais, o canonista defendeu a supremacia do rei em relação à Igreja, nos moldes desejados por Pombal. Por causa dessa fundamentação, seu texto se tornou ideal às práticas reformistas universitárias no governo de D. José I. Sobre a relação entre *De Sacerdotio* de Ribeiro dos Santos e as reformas em Coimbra, José Esteves Pereira explica que

uma das faculdades mais carenciada de reforma era, exatamente, a de Cânones. Visava [o reitor Francisco de Lemos] à submissão do seu corpo docente ao estudo que Antônio Ribeiro dos Santos andava a escrever. Em novembro de 1770, conheceram-se as teses ribeirianas e é sintomático que o programa adoptado pela Faculdade [de Cânones], em 1772, seja precisamente, o que, em termos acomodados a um texto de índole científico e não legislativo, Ribeiro dos Santos propunha. Podemos, assim, com segurança, dizer que o autor estava em sintonia com o aperfeiçoamento da reestruturação universitária (PEREIRA, 1983, pp. 88-89).

Ao que tudo indica, o canonista do Porto apresentou em sua primeira obra um conteúdo muito semelhante aos dispositivos dos documentos coimbrenses relativos aos *Estatutos* e ao *Compêndio*. Como estudamos no **Capítulo 3**, ambos os textos da política educacional pombalina propunham as reformas das Faculdades com fulcro no antijesuítismo e nas orientações jusnaturalistas advindas da Escola Moderna de Direito Natural – a mesma fundamentação geral que pode ser constatada nas argumentações de Antônio Ribeiro. A

própria escolha do reitor da reestruturação de Coimbra para a leitura do *De Sacerdotio et Imperio* pelos docentes reforça nossa hipótese da sintonia do mesmo com as mudanças ocorridas na estrutura educacional universitária.

Depois de publicado *De Sacerdotio et Imperio*, o canonista se dedicou ao magistério. Iniciou sua carreira no Real Colégio das Ordens Militares em 1772 (PEREIRA, 1983, p. 18). Em setembro do mesmo ano, tomou o hábito da ordem de São Tiago da Espada (PEREIRA, 1983, p. 18).

Em 1777, o reitor de Coimbra e apreciador da dissertação doutoral *De Sacerdotio et Imperio*, Francisco de Lemos, nomeou seu autor como bibliotecário da universidade (PEREIRA, 1983, p. 19). Provavelmente, conheceu Mello Freire neste ínterim. O jurista de Ansião era professor da Universidade desde 1774 e deve ter esbarrado com o canonista nos corredores ou na biblioteca, que passou a ser gerida pelo mesmo. Além da universidade, outro lugar comum entre os legistas foi a Academia das Ciências de Lisboa, à qual ambos pertenceram. Em junho de 1790, Antônio Ribeiro apresentou uma comunicação aos acadêmicos intitulada *Memória sobre a fidalguia portuguesa* (PEREIRA, 1983, p. 26).

Na biblioteca de Coimbra, Ribeiro dos Santos passou a ter contato mais aprofundado com o universo intelectual da leitura. O filósofo Jose Esteves Pereira acredita que, sob a função de gestor dos livros universitários, o canonista do Porto leu muitas obras proibidas e ainda as colocou nas estantes (PEREIRA, 1983, p. 20). Sua mentalidade disponível às filosofias modernas pode ter sido desenvolvida em função de ter lido muitos títulos indexados (PEREIRA, 1983, p. 20). A abertura intelectual ribeiriana teria alcançado o campo, por exemplo, do direito natural, no sentido de ter conhecido um “jusnaturalismo mais liberal de Burlamaqui, comentado por De Felice, ou de Vattel” (PEREIRA, 1983, p. 20), antes do mesmo ter sido apresentado seu conteúdo no *Novo Código* (PEREIRA, 1983, pp. 20-21).

Da biblioteca de Coimbra, Santos passou à regência substituta na disciplina de Cadeiras Sintéticas na Faculdade de Cânones em 1779 (PEREIRA, 1983, pp. 24-25). Posteriormente, pelo decreto de 6 de maio de 1782, se tornou o primeiro titular da cátedra de Direito Natural (PEREIRA, 1983, p. 27). Mais uma semelhança entre os legistas: Mello Freire foi catedrático pioneiro de Direito Pátrio, um ano antes de Antônio Ribeiro. Os dois professores de Leis participaram das reformas curriculares e logo foram efetivados em novas disciplinas curriculares que surgiram em Coimbra após a reestruturação pombalina. Percebemos que ambos tiveram seus lugares garantidos na estrutura universitária reformada no período mariano.

Pouco depois, o canonista do Porto iniciou uma série de desavenças junto ao então reitor de Coimbra, o principal Mendonça (PEREIRA, 1983, p. 27).⁷⁴ Santos discordava, especialmente, sobre os procedimentos relativos às censuras nas teses defendidas na faculdade, contrariando o posicionamento da reitoria de Mendonça (PEREIRA, 1983, pp. 27-32). O reitor o considerava ainda um pombalista ortodoxo por causa de seu texto *De Sacerdotio et Imperio*, que o promoveu em Coimbra pelas mãos da direção anterior de Francisco de Lemos (PEREIRA, 1983, p. 32). Outro motivo para a rivalidade entre os dois advinha dos colégios em que exerceram o magistério. O canonista se vinculava ao Colégio dos Militares e o principal Mendonça vinha do Colégio de São Paulo – o que, pela importância social das referidas instituições educacionais, acirrava os ânimos entre os acadêmicos (PEREIRA, 1983, p. 32). A rainha chegou a advertir o professor, tomando o partido do principal, para que se evitassem os conflitos dessa natureza na universidade (PEREIRA, 1983, p. 32).

As disputas acima descritas foram agravadas com o aparecimento do manuscrito *O Reino da Estupidez*.⁷⁵ O principal Mendonça intensificou as perseguições a Ribeiro dos Santos, porque acreditava que o mesmo tivesse sido o autor desse poema satírico à sua gestão (PEREIRA, 1983, p. 28). Diante dos vários atritos mencionados em Coimbra, a mando do reitor, Santos foi expulso da Universidade, em 1785, e se exilou na cidade do Porto (PEREIRA, 1983, p. 33). Continuou mantendo contato com alguns colegas e tinha a esperança do esclarecimento da autoria do polêmico escrito que culminou com a sua saída do meio universitário (PEREIRA, 1983, p. 44).

A expulsão de Ribeiro dos Santos não foi definitiva. Logo que saiu o principal Mendonça, o reitor seguinte, Francisco Rafael de Castro⁷⁶, chamou o professor exilado para ser secretário da Congregação no início do ano letivo de 1786-1787 (PEREIRA, 1983, p. 44). O afastamento dele esteve mais relacionado aos desentendimentos pessoais junto a Francisco de Mendonça. Por isso, seu breve regresso a Coimbra sob a nova administração. Destacamos que o reitorado de Rafael de Castro foi marcado pela implementação mais efetiva das reformas previstas pelos *Estatutos*. Castro se dedicou, em especial, a promover a elaboração dos compêndios pedagógicos para as cátedras respectivas (PEREIRA, 1983, p. 46).

⁷⁴ Francisco Rafael Miguel Antônio de Mendonça, o Principal da Sé Patriarcal de Lisboa, foi reitor de Coimbra entre 1779-1785 (VILLALTA, 2015, p. 147).

⁷⁵ *O Reino da Estupidez* foi escrito em 1785 pelo médico letrado Francisco de Mello Franco (1757-1822). Em sua colaboração, circulação da obra, participou José Bonifácio de Andrade e Silva (1793-1838) (VILLALTA, 2015, p. 156). Sobre os descaminhos desse texto, ver o capítulo 3 do livro de VILLALTA (2015).

⁷⁶ O reitorado de Francisco Rafael de Castro, em Coimbra, perdurou de 1786 a 1799 (VILLALTA, 2015, p. 147).

Para a referida tarefa compendiária, Antônio Ribeiro foi encarregado de redigir os manuais de *História Sagrada e Eclesiástica* e de *Instituições Canônicas* para a Faculdade de Cânones (PEREIRA, 1983, p. 46). O canonista inovou, especialmente, ao elaborar uma parte da *História Sagrada* voltada para a Igreja portuguesa (PEREIRA, 1983, p. 48). Vemos que as trajetórias docentes de Ribeiro Santos e Mello Freire se assemelham em mais um aspecto fundamental. Os professores referenciados se dedicaram a escrever manuais pioneiros em que privilegiaram o conhecimento histórico nacional. Santos escreveu a história da Igreja lusa. Freire elaborou o primeiro compêndio de história do direito de seu país. Segundo José Esteves Pereira, o método de investigação histórica foi, essencialmente, o mesmo utilizado pelos legistas, no sentido de abordarem o passado por meio de uma leitura crítica fundada nas fontes (PEREIRA, 1983, p. 48). Os textos de Ribeiro dos Santos foram finalizados em 1788 (PEREIRA, 1983, p. 46).

Antes dos compêndios mencionados ficarem prontos, aproximadamente em 1787, apareceu em Coimbra um livro intitulado *A verdade da religião cristã*. Apesar de não revelar a autoria, a obra foi considerada de Antônio Ribeiro dos Santos e demonstrava suas preocupações “antideístas, antifilosofistas e antimaterialistas” (PEREIRA, 1983, p. 206), em um manifesto apologético do catolicismo contra as Luzes radicais que estavam circulando em Portugal no mesmo período. Foi escrito em dois tomos e publicado pela Real Imprensa Universitária (PEREIRA, 1983, p. 206).

Os capítulos X e XI da *Verdade da religião cristã* foram um ataque cerrado aos pensamentos de Voltaire e Rousseau (PEREIRA, 1983, p. 223). Santos atacou Voltaire ao afirmar que o *philosophe*, “em todos os seus escritos, sem exceptuar aqueles mesmos que pertencem às matérias mais indiferentes, estão cheios de blasfêmias..., ditos picantes..., objectos venenosos” (Antônio Ribeiro dos Santos, 1787, p. 142 apud PEREIRA, 1983, p. 224). Sobre o autor da tese do “bom selvagem”, vociferou:

que este filósofo [Rousseau] caia em contradições tão espantosas, quando vemos que, no discurso sobre a origem dos diversos estados, quer igualar em tudo o homem aos animais, pretendendo mostrar que o gênero humano foi destinado a viver solitário entre os bosques, nu, desarmado, solto dos laços do matrimônio da família, e de toda a sociedade com os demais homens, mais feroz e mais separado de toda a comunicação do que as mesmas feras, que ao menos habitam nas cavernas com as fêmeas da sua espécie (Antônio Ribeiro dos Santos, 1787, p. 125 apud PEREIRA, 1983, p. 224).

O deísmo proposto pelos *philosophes* horrorizava o religioso, que questionou seus fundamentos em várias partes de sua *Verdade da religião cristã*. Vejamos seu tom, claramente antideísta:

É certo que os libertinos admitem um Deus criador, separado da matéria, e confessam que ele é um espírito de infinita perfeição, feliz, e bem-aventurado por essência; mas dizem, ao mesmo tempo, que este Deus é tão grande e tão superior às coisas criadas que nunca pode distrair-se da contemplação de si mesmo, nem ocupar-se em olhar para os homens, os quais são a seu respeito uns vis insectos, indignos de merecer a atenção de um ente tão soberano... É, pois, o Deus destes filósofos um Deus ocioso, o qual, colocado sobre o seu trono, não tem olhos senão para se ver e contemplar a si mesmo, sem jamais distrair-se desta contemplação para se ocupar do cuidado das coisas do mundo, a respeito das quais já não tem nada que fazer. O universo é um relógio, a que deu corda quando o criou e que agora deixa mover-se por si mesmo (Antônio Ribeiro dos Santos, 1787, pp. 110-111 apud PEREIRA, 1983, p. 218).

Defendemos, nesta tese, a presença das Luzes no contexto jurídico luso. O direito português, como campo de conhecimento, no período em exame, deixou-se esclarecer. Havia abertura intelectual suficiente na segunda metade do século XVIII para o jusnaturalismo racional, a codificação das leis e o humanismo no direito criminal. Entretanto, como visto acima, no pensamento do canonista Antônio Ribeiro dos Santos, a entrada de ideias ilustradas sofreu o prisma do reformismo que

buscava conciliar a valorização da Razão e das ciências à anteposição de obstáculos ao que soava como ameaça ao absolutismo monárquico, à religião católica e à manutenção do Império Colonial, cerceando a influência das vertentes mais radicais da Ilustração (VILLALTA, 2015, p. 28).

Constata-se, ao mesmo tempo, que o letrado Ribeiro dos Santos conheceu textos de autores radicais ou controversos no contexto lusitano, como Voltaire e Rousseau (PEREIRA, 1983, p. 20). Isso por si só demonstra que tais vertentes mais controvertidas das Luzes chegavam em Portugal. É bem verdade que Ribeiro dos Santos as abominava, especialmente, pelas críticas incisivas à fé e aos valores a esta relacionados. Preferiu uma postura como a de Montesquieu. Isso nos permite afirmar que coube no movimento das Luzes a radicalidade e a moderação, em Portugal ou na França. Paulo Ferreira da Cunha comenta sobre o pensamento reformista ilustrado do canonista do Porto:

Tal como hoje se torna pacífico que Montesquieu não fora um revolucionário ou um liberal do mesmo modo Ribeiro dos Santos não deverá ser assim considerado, senão só o adjetivo de *avant-la-lettre*. Representa, na verdade, as posições da tradição de liberdade pré-moderna e pré-revolucionária, que objetivamente confluiu com os liberais nas lutas contra o despotismo das Luzes (CUNHA, 2004, p. 474).

Em 1789, Antônio Ribeiro dos Santos escreveu sua obra jurídica mais conhecida (CUNHA, 2004, p. 474): *Notas ao Plano do Novo Código de Direito Público por Antônio Ribeiro dos Santos*. Na censura do texto codificado de Mello Freire, Santos travou sua maior disputa, que lhe rendeu uma denúncia como monarcômaco e republicano, como já informamos. Como mencionado anteriormente, após esse episódio, o censor foi despachado a Lisboa e se tornou desembargador da Casa de Suplicação. Nos anos seguintes, ocupou os cargos de cônego doutoral das Sés de Viseu, Faro e Évora e de deputado do Santo Ofício como censor régio. Em 1796, foi nomeado bibliotecário-mor da Real Biblioteca Pública, futura Biblioteca Nacional, onde muito contribuiu para sua catalogação e organização.⁷⁷ Veio a se aposentar por causa da cegueira, em 1816, e morreu dois anos depois em Lisboa (TORRES, 1978, pp. 782-783).

5.2 A Introdução do Código de Direito Público de Pascoal de Mello Freire, as Notas ao Plano do Novo Código por Antônio Ribeiro dos Santos, as Respostas do censurado Mello Freire e as réplicas do censor

A *Introdução* de Mello Freire continha apenas 6 páginas (REIS, 1844, pp. III-IX) e as notas censórias respectivas renderam 54 (SANTOS, 1844, pp. 5-59). Basicamente, o autor do projeto codificado o definiu a partir do conceito de direito público, enumerou alguns dos títulos de seus temas expositivos e justificou sua breve introdução por ter seguido a mesma linha do Livro II das *Ordenações*:

Applicando pois e accommodando ás nossas leis e costumes estas ideas e noções geraes, principio ou Tractado de Direito Público Portuguez pelo Título dos Direitos Reaes, no qual refiro em suma os principaes direitos majestaticos, e dou a conhecer o plano e disposição das materias, que se hão de tractar, e vem a ser aquelle Titulo, como preliminar e preparatorio de toda a obra. (...) Esta é em summa, a ordem geral das materias que faço entrar neste Código, em que vem todas as que achão no Liv. 2 da Ord à excepção dos títulos dos almoxarifes e rendeiros d'el rei e das execuções pelas suas dividas pertencentes mais ao Livro 3, em que se tracta da ordem judiciaria do processo, do que a 2º (REIS, 1789, p. V e p. VII).

⁷⁷ Sobre a atuação de Ribeiro dos Santos na organização da Biblioteca Nacional, ver o verbete de Rui D'Almeida Torres (1978, p. 783). Paulo Ferreira da Cunha salienta que a metodologia organizativa da biblioteca foi a mesma criada por Antônio Ribeiro durante “larguíssimo período” (CUNHA, 2004, p. 472).

Antônio Ribeiro dos Santos dividiu sua crítica sobre a *Introdução* em duas partes: o “Exame do Plano” (SANTOS, 1844, pp. 5-29) e a “Continuação do Exame” (SANTOS, 1844, pp. 30-59).⁷⁸ No “Exame do Plano”, o censor verificou “as materias delle” (SANTOS, 1844, pp. 5-29) e a “ordem e methodo, por que vão distribuídas” (SANTOS, 1844, pp. 56-59), que logo serão analisados. Na “Continuação do Exame” (SANTOS, 1844, pp. 30-59), Ribeiro dos Santos julgou que faltavam artigos no código e destacou estas ausências temáticas (SANTOS, 1844, pp. 6-7).

Para o censor, faltaram os “artigos capitaes” (SANTOS, 1844, p. 30) a respeito do “governo municipal” (SANTOS, 1844, pp. 30-31), das “colônias” (SANTOS, 1844, pp. 31-32), “das diversas classes de cidadão” (SANTOS, 1844, pp. 32-33), “dos officios da Casa Real” (SANTOS, 1844, pp. 33-34), “da família real” (SANTOS, 1844, p. 34), “dos crimes públicos” (SANTOS, 1844, pp. 34-35), da “legislação economica” (SANTOS, 1844, pp. 35-36), da “povoação” (SANTOS, 1844, pp. 36-37), da “indústria e artes” (SANTOS, 1844, pp. 38-39), do “commercio” (SANTOS, 1844, pp. 39-40), da “navegação” (SANTOS, 1844, pp. 40-41), da “educação” (SANTOS, 1844, pp. 42-43), das “sciencias” (pp. 43-48) e do “direito publico ecclesiastico” (SANTOS, 1844, pp. 48-49).

Ao fazer as considerações acerca do que estava ausente no Código de Direito Público, Ribeiro dos Santos propôs novos rumos legais a Portugal, de forma a citar temas ilustrados que tratavam, em especial, das ciências e da educação. Ele acreditava, por exemplo, que a base da legislação estava na “educação nacional” (SANTOS, 1844, p. 42) e “sem ella [educação] não há que se esperar refórma sólida de opiniões e de costumes, nem observância constante e prompta das obrigações sociaes e das leis” (SANTOS, 1844, p. 42). Por sinal, a educação nacional era tema de direito público e seu maior defeito na ocasião era que “deixarão de todo entregue á discricção do governo paternal e doméstico” (SANTOS, 1844, p. 42). Essa teria sido a “origem, em grande parte, da depravação, em que ella veio a ficar entre as nações, e das grandes calamidades, que affligirão a muitas delas, e lhes troxerão a sua total ruina” (SANTOS, 1844, pp. 42-43). A “policia supõe a educação nacional, não a fôrma corrige, ou previne os abusos, mas não cria os bons costumes e a virtude” (SANTOS, 1844, p. 43). Em seu ponto de vista, várias áreas de conhecimento careciam de uma verdadeira “legislação scientifica, pelas quaes cresção e se propaguem as sciencias, que temos recentes, e se estabelecção as outras, a que ainda se não deo assento e domicilio próprio” (SANTOS, 1844, p. 46).

⁷⁸ Como ambas as partes se referem ao texto da *Introdução*, optamos por tratá-las como uma única censura. A resposta de Mello Freire se refere somente a essa contestação censória.

Sua compreensão de uma educação adequada também vinha da Rússia (SANTOS, 1844, p. 42), da Hungria (SANTOS, 1844, p. 45) e até dos hebreus (SANTOS, 1844, p. 44). Segundo o censor, as instruções do “Código Russiano” (SANTOS, 1844, p. 42), “sabiamente” (SANTOS, 1844, p. 42), definiram a importância da educação doméstica que serviria de “base á educação pública” (SANTOS, 1844, p. 42). A Imperatriz Catarina (SANTOS, 1844, p. 42) ofereceu “excellentes regras” (SANTOS, 1844, p. 42) para a educação física dos meninos, que os faria “homens sadios, ágeis e robustos” (SANTOS, 1844, p. 42).

Outro problema na educação portuguesa advinha da carência de uma cadeira de economia civil e política “em que se ensine e tracte a sciencia da legislação dos princípios geraes da economia á natureza do governo, e aos costumes e circumstancias da nação” (SANTOS, 1844, p. 45). Para o censor, era de “se espantar que tendo quasi todas as artes e sciencias estabelecimento e ensino publico entre nós, o não tenha a arte de manter e governar os povos” (SANTOS, 1844, p. 45). Até mesmo a “Imperatriz Rainha de Hungria erigio uma cadeira de economia política em Milão, em que se ensinou o marquez de Beccaria” (SANTOS, 1844, p. 45). É interessante notar que o jurista milanês foi uma sugestão ribeiriana para os insuficientes estudos econômicos e políticos em Portugal. Nada mencionou acerca do direito criminal, área precípua de Cesare Beccaria, no restante de seu parecer sobre o projeto codificado.

O modelo judaico educacional deveria ser seguido nas primeiras escolas em que “se leião e apprendão dos exercícius gymnasticos e da practica geral da hygiene, etc., etc.” (SANTOS, 1844, p. 43). Ribeiro dos Santos era um especialista em história dos hebreus (TORRES, 1978, p. 783) e fez questão de mostrar as possíveis contribuições deste povo milenar aos portugueses cristãos. Não notamos nenhuma conotação intolerante do censor no que tange à sua referência à educação dos hebreus. Ao contrário, celebrou a postura judaica ao mencioná-la em sua censura.

Diante da grave situação exposta da educação portuguesa, entendia que:

é mui necessario propor e firmar bem neste Codigo o systema e espirito geral das instrucções scientificas, e dos principaes estabelecimentos literarios para que a nação o possa ver e comprehender, como em summario, no mesmo corpo das leis. Tanto mais necessario se faz isto, quanto mais atrasadas se achão ainda entre nós as sciencias, a pesar das utilíssimas reformações, que se tem feito; por quanto (SANTOS, 1844, p. 44).

O censor reconhecia as mudanças vistas na educação lusa, mas ainda não se satisfazia com as mesmas. Faltavam “lições de historia particular da nação, e as da

diplomática, que não tem ainda entre nós estabelecimento publico, nem o tem verdadeiramente as mesmas lições de geografia, chronologia e historia universal” (SANTOS, 1844, p. 44). Outras ciências pouco conhecidas eram

as sciencias econômicas, que analysão profundamente a natureza e as forças fysicas e moraes da sociedade civil, e ensinão por principios a arte da povoação, da sustentação, da riqueza, e de toda a administração economica do Estado, isto é, os meios de fazer uma nação povoada, rica, abundante e poderosa. (...) Ainda não se tem promovido, como deve ser, a mechanica e a sciencia do movimento, que são os apoios das artes, e a alavanca, pelo dizer assim, que sustenta e facilita as maquinas agrarias, a táctica, a náutica, a architectura civil, militar e naval (SANTOS, 1844, p. 45 e p. 46).

O canonista pouco dissertou sobre o ensino das leis. Apenas ressaltou que a “jurisprudência e sabedoria civil e canônica mais se ocupa nas indagações de um direito ou estranho, ou antigo, do que no conhecimento do direito próprio e actual, ou da nação, ou da Igreja” (SANTOS, 1844, p. 44). Portanto, Santos não se opôs às mudanças curriculares de Coimbra, mas não percebeu uma transformação em sua própria área de atuação docente. Ele reforçou em seu parecer a necessidade dos estudos sobre o direito pátrio e o distanciamento do direito antigo, ou seja, do direito romano – tal como determinavam os *Estatutos* e o *Compêndio* na faculdade das Leis vistos no **Capítulo 3**. Ao que tudo nos indica, o breve apelo censório realizado foi em prol de uma maior efetividade das diretrizes pombalinas na formação dos legistas.

Segundo o censor, o projeto de Código de Direito Público era uma oportunidade para a nação portuguesa se adequar aos parâmetros vistos em outros lugares da Europa:

Não podia deixar de se conhecer, ao menos pela mesma experiencia de nossos males, a necessidade, que havia, de mudar de face e de systema, como fez Inglaterra, Flandres, e de algum modo França; e promover por novas leis e providencias todos os ramos da economia civil e politica, e fazel-os plantar no corpo da legislação do reino. Este era um dos grandes objectos, a que deverão attender os compiladores da ultima collecção (...) (SANTOS, 1844, p. 35).

Ao final, Antônio Ribeiro dos Santos fez libelo em prol das ciências:

fui insensivelmente levado do amor das sciencias, e do desejo das utilidades da patria, persuadido que estas e outras maximas, que pela maior parte se achão consagradas em estatutos, instrucções e providencias nacionaes, se por ventura se compilassem e reduzissem a fórmula da lei neste Código, e recebessem nelle nova força, poderão servir de grandes apoios ás sciencias, e de saudáveis preservativos contra a corrupção e decadência (SANTOS, 1844, p. 48).

O censor se mostrou muito mais do que um canonista em seu exame censório. Em sua análise do que faltava no código, ele sugeriu mudanças econômicas, políticas e educacionais ao seu país. Era um homem conhecedor das principais questões ilustradas relativas à ciência, à economia, à educação, que circulavam em todo o Ocidente e eram elaboradas sob diversos pontos de vista. No que tange ao direito, em especial, apreciava as instruções do código russo em seu método e como foram tratadas as questões da “administração do governo” (SANTOS, 1844, p. 119) no que “tocão as leis fundamentais do Estado” (SANTOS, 1844, p. 119). Via neste instrumento legislativo russo e no projeto português de direito público uma forma de transformar os diversos âmbitos da sociedade. Desta forma, vemos seu engajamento na mesma causa dos *philosophes*.

A resposta de Pascoal de Mello Freire sobre a censura de Ribeiro dos Santos à sua *Introdução* se deu em 37 páginas (SANTOS, 1844, pp. 63-100) e o tom geral foi de uma grave acusação ao censor em querer “fundar em Portugal uma monarquia nova, e uma nova forma de governo, ou quer temperar e acomodar a actual aos desejos e filosofia” (SANTOS, 1844, p. 84). Nada mencionou sobre as sugestões temáticas discutidas acima. Ribeiro dos Santos se defendeu das provocações de Freire, em 35 páginas, e afirmou que “o censor nunca apontou artigo algum, em que fosse necessario, que Sua Majestade impoesses leis a si mesma, nem a seus Augustos sucessores” (SANTOS, 1844, p. 127).

Discutiremos os pontos principais de desacordo entre censurado e censor. Destacaremos as divergências sobre o método na organização codificada, no conceito de direito público e nas origens do poder real. Vejamos a “formidável sabatina”⁷⁹ (COSTA, 1999, p. 385) jurídica empreendida pelos legistas na censura do projeto do Código de Direito Público.

5.2.1 “Exame do Plano”: a questão do método no Código de Direito Público pelo censurado e pelo censor

Toda introdução codificada, melhor tratada no **Capítulo 3**, é de suma importância na elaboração legislativa moderna, porque revela o método e o plano para sua organização. O

⁷⁹ Mário de Almeida Costa explica que a expressão “formidável sabatina” foi utilizada para designar o embate entre Mello Freire e Ribeiro dos Santos pelo jurista João Maria Tello de Magalhães Collaço (1893-1931), em sua obra *Ensaio sobre a inconstitucionalidade das leis no direito português* (COLLAÇO, 1915, p. 32).

método foi instrumento essencial nos códigos modernos, uma vez que por meio dele se estabeleceu um sistema integrador racional-dedutivo de regras. Para viabilizá-lo, conceitos gerais eram dispostos para depois serem especificadas as condutas proibitivas ou permissivas, interligando cada um dos artigos a uma base teórica comum. Esta forma sistemática organizativa abandonava os modelos anteriores de legislações que se constituíam em mero ajuntamento de regras.

O plano do código diz respeito às matérias que eram dispostas por assunto. As leis, antes do século XVIII, não possuíam, propriamente, uma ordem por assunto. Os legisladores redigiam um amontado de prescrições sem dividi-las por objeto e tema. A proposta ilustrada dos códigos era pautada por um método racional dedutivo e uma divisão por matérias, no sentido de organizar as condutas prescritas, conforme seus temas. Mário de Almeida Costa explica que a nova sistemática funcionava a partir da

criação de pequenas partes gerais, restritas ao primeiro título de cada matéria, onde se deveriam indicar as regras básicas a ela pertinentes, acompanhadas das divisões que parecessem oportunas. Assim se visava, desde logo, proporcionar uma abordagem compreensiva das soluções adoptadas. E só depois se desenvolveria a estruturalmente a matéria (COSTA, 1999, p. 383).

O esboço de Pascoal de Mello economizou palavras em relação à preocupação sistemática dos códigos modernos. Ele conhecia as diretrizes ilustradas quanto ao método e ao plano, bem como a necessidade de modificação geral das leis portuguesas vigentes. Ressaltou tudo isso em seu projeto reformador de direito criminal, como discutimos no **Capítulo 3**. No código de direito público, o jurista de Ansião somente explicou sua divisão temática a partir dos direitos reais (REIS, 1844, p. V), passando aos poderes legislativo e judiciário (REIS, 1844, p. V). Depois dessa parte, mostrou que trataria da Igreja, da sua autoridade e do direito eclesiástico (REIS, 1844, pp. V-VI). A respeito do direito público civil, abordou temas como a agricultura, a polícia, o comércio e as milícias (REIS, 1844, p. V).

A preocupação do censor com o fragmento introdutório do código, por sua vez, nos mostra sua sintonia com as Luzes no que diz respeito ao método organizativo. Ele, com o estilo de uma “contenção neoclássica” (PEREIRA, 1983, p. 251), começou seu parecer censório sobre a *Introdução*:

Havendo porém de começar a sua revisão e censura pelo exame de seu Plano Geral, segundo se assentou na conferencia passada, e não tendo eu ainda por inteiro todos os Titulos, de que elle se compõe, sou obrigado a formar, por ora, o meu juízo pela mesma exposição, que deles se faz na *Indrodução* desta obra, e pelos unicos quinze títulos inteiros, que dela tenho recebido. Pelo que as minhas notas e reflexões,

havendo de ser sempre muito imperfeitas e diminutas pela estreiteza de meus estudos e talento, muito mais o serão presentemente nesta parte (SANTOS, 1844, p. 4).

Antônio Ribeiro reivindicou uma ordem “systematica” (SANTOS, 1844, p. 58) em que os artigos se

abraçassem as cousas no seu maior ponto de vista, e as reunissem entre si por uma ligação tão sensível e natural, que umas se fossem desenvolvendo das outras, que as geraes servissem de base ás particulares, e que todas se fossem seguindo e sucedendo, quando fosse possível, segundo a maior proximidade de seu parentesco e analogia (SANTOS, 1844, pp. 58-59).

Criticou a “ordem e methodo, que vão distribuídas” (SANTOS, 1844, p. 5), uma vez que não viu “seguir-se constantemente nelle [Código de Direito Público] nem a ordem e divisão vulgar das pessoas e acções, nem a ordem systematica das materias” (SANTOS, 1844, p. 56). Para ele, a desorganização estava no “que respeita ás pessoas, vai de mistura entre os Títulos pertencentes ás cousas; e estas se achão por consecuencia cortadas e interrompidas na ordem por Títulos, que lhes são estranhos” (SANTOS, 1844, p. 57). E que o problema do esboço de Mello Freire era que

não se formou a principio um plano universal, uniforme e combinado, que se seguisse depois constantemente; que as cousas se não considerarão em um ponto de vista geral, mas não só por partes, e cada uma sobre si; que não se ordenarão, segundo a classification dos objectos capitaes do Direito Público, mas segundo forão lembrando ao compor diversos artigos da obra (SANTOS, 1844, p. 58).

O canonista queria um projeto de código que corrigisse as antigas *Ordenações* segundo

o nexa e ordem natural das materias, para que por esta via se vejão, como de um só ponto, as suas intimas relações e vinculos com todo o corpo da legislação em geral, e com suas leis em particular; e se facilite assim a sua compreensão aos povos pela mesma ordem, posição e nexa, em que estão postas (SANTOS, 1844, p. 27).

Freire esboçou uma alusão discreta ao método racional-dedutivo:

Agora trago á censura os Títulos, que constão, da taboa seguinte, e em cada um deles dadas as primeiramente as noções e princípios geraes proponho o que sinto sobre as matérias, que fazem o seu objecto, e que me sirvo de estilo simples, natural e preciso, porque nenhum destes me parece proprio da legislação (REIS, 1844, pp. VII-VIII).

O censor reforçou ainda seu argumento acerca do novo método a partir de um exemplar codificado sistemático de outra nação europeia. Citou que a “Imperatriz da Rússia, tractando da composição de seu Código, julgou que devia mandar pôr em um mesmo corpo, segundo a sua ordem e lugar próprio (...)” (SANTOS, 1844, p. 27). A interação entre Santos e a proposta codificada russa demonstra o sentido da expressão mencionada pelo historiador Robert Darnton, a partir do *philosophe* Pierre Bayle, de uma “República das Letras internacional” (DARNTON, 2005, p. 20) para o movimento ilustrado. Os discursos dos iluministas circulavam em diferentes partes, compondo um “intercâmbio intelectual” (DARNTON, 2005, p. 22), de forma que “pensadores em Estocolmo e em Nápoles não precisavam ler Voltaire para aprender sobre tolerância e lei natural” (DARNTON, 2005, p. 22). Ribeiro dos Santos, sem perceber, propriamente, estava na “Igreja”⁸⁰ de Voltaire ao tratar de um conceito, código sistemático, típico do acervo das Luzes (DARNTON, 2005, p. 22).

Sob este aspecto de uma “República das Letras internacional” (DARNTON, 2005, p. 20), em outro momento do parecer censório, o canonista se referiu à mesma proposta do Cesare Beccaria acerca da clareza das leis. Para Beccaria,

enquanto o texto das leis não for um livro familiar, como um **catecismo**, enquanto elas forem redigidas em língua morta e não conhecida do povo, e enquanto forem, de maneira solene, mantidas em oráculos misteriosos, o cidadão que não puder aquilatar por si próprio as consequências que devem ter os atos que pratica sobre a sua liberdade e os seus bens, estará dependendo de pequeno número de homens, que são depositários e intérpretes das leis (BECCARIA, 1983, p. 19).

O censor salientou, como o jurista milanês, que o código fosse “breve, claro e methodico, e de uma compreensão e uso vulgar, que todos podessem haver commodamente; e que, como um **catecismo**, andasse sempre nas mãos e na memoria de todos os cidadãos” (SANTOS, 1844, p. 26). A partir das citações acima, vemos que ambos os letrados utilizaram o termo “catecismo” para evidenciar a necessidade de tornar as leis mais inteligíveis. O repertório conceitual das Luzes foi mais uma vez compartilhado pelo censor Ribeiro dos Santos e por Beccaria, demonstrando que os juristas faziam parte da mesma “Igreja”.

Diante de todas as críticas acerca do método sistemático moderno, Mello Freire, o censurado, afirmou que seu projeto não seguiu a proposta sistemática de outros códigos do período, porque acompanhou a forma organizativa das *Ordenações Filipinas*:

⁸⁰ Voltaire utilizou a expressão “Igreja” para explicar o intenso diálogo entre os *philosophes* nas trocas de correspondências e compartilhamento de ideias (DARNTON, 2005, p. 22).

Porque não entrarão, nem tem lugar nos códigos modernos da Sardenha, da Prussia, Russia, Toscana, e do Imperio; nem nos antigos dos Wisigodos, e de outras nações do norte; nem ainda no código immenso das leis romanas, aonde apenas em um outro lugar se falla da Lei Regia. Porque eu me propuz fazer um Codigo, que servisse para a administração da justiça no fôro externo e contencioso, a que não pertencem os sobreditos artigos. Porque o preceito, que se me deu foi, para compilar e reduzir, e pôr em sua melhor ordem, methodo e clareza a Ordenação actual do Liv. 2, aonde não vem os títulos e artigos, cuja falta se me nota (...) (SANTOS, 1844, pp. 63-64).

5.2.2 O direito público e as leis fundamentais do Estado português na perspectiva do censor e do censurado

O único conceito trazido na *Introdução* de Mello Freire versou sobre o direito público, como se vê a seguir:

Este, [direito público], ou seja universal, ou particular, compreende dois objectos, ou partes principaes, que são os direitos e officios do imperante e dos vassallos em relação à sociedade. Ao imperante pertence regulal-a, de modo que se consiga e obtenha o seu fim, que é a segurança interna e externa: e os meios são, fazer leis, crear juizes, determinar penas prêmios, e fazer honras e mercês aos beneméritos. E aos vassallos toca amor e obedecer ao imperante, e aos que em seu Nome governão, servir os cargos públicos, e pedir ao seu Príncipe, não só a sua protecção, mas graças e mercês em remuneração dos seus serviços (REIS, 1844, pp. IV-V).

A partir da passagem acima, vemos que Mello Freire atrelou seu conceito de direito público a partir de um atributo típico do poder monárquico do Antigo Regime: a graça. Segundo o historiador do direito Antônio Manuel Hespanha, o rei imitava a Deus em sua governança terrena ao conceder graças aos súditos merecedores (HESPANHA, 2006, p. 31). Como a graça seria merecida, o ato de concedê-la implicava uma ação de justiça pelo monarca. Dessa forma, a justiça se tornou o “alicerce e a face mais visível do rei” (ANTUNES, 2013, p. 32) na fundamentação do poder absoluto até meados do século XVIII. Sobre o significado da relação entre a graça e o monarca no Antigo Regime, Hespanha explica:

Constituem o domínio da chamada graça, provido de órgãos próprios (em Portugal, o Desembargo do Paço), e desempenhando uma função política e legitimadora fundamental, estreitamente ligada a um tópico central de legitimação das sociedades de Antigo Regime – a aproximação entre “rei” e “pai” (“patriarcalismo”) (HESPANHA, 2005, p. 132).

As *Ordenações Filipinas* não mencionavam, propriamente, a justiça como finalidade do governo monárquico ou que seu poder se estenderia aos súditos em virtude da graça. Era a tradição europeia política que recorria a essa argumentação taumatúrgica para explicar as origens e fins do absolutismo monárquico (HESPANHA, 2005, p. 132). A ideia de uma monarquia corporativa acompanha essa discussão sobre a justiça e o poder real no Antigo Regime. Segundo essa havia uma

indispensabilidade de todos os órgãos da sociedade e, logo, da impossibilidade de um poder político “simples”, “puro”, não partilhado. Tão monstruoso como um corpo que se reduzisse à cabeça, seria uma sociedade em que todo o poder estivesse concentrado no soberano. O poder era, por natureza, repartido; e, numa sociedade bem governada, esta partilha natural deveria traduzir-se na autonomia político-jurídica (*iurisdictio*) dos corpos sociais. A função da cabeça (*caput*) não é, pois, a de destruir autonomia de cada corpo social (*partium corporis operatio propria*), o funcionamento próprio de cada uma das partes do corpo), mas por um lado, a de representar externamente a unidade do corpo, e, por outro, a de manter a harmonia entre todos os seus membros, atribuindo a cada um aquilo que lhe é próprio (*ius suum cuique tribuendi*), garantindo a cada qual o seu estatuto (“foro”, “direito”, “privilégio”); numa palavra, realizando a justiça (*iustitia est constans et perpetuavoluntas ius suum unigue tribuendi*), a justiça é a vontade constante e perpétua de dar a cada um o que é seu (HESPANHA, 2005, pp. 30-31)

Para Antônio Manuel Hespanha, em Portugal, a partir de meados do século XVIII, com a laicização do pensamento juspolítico acentuada pelas Luzes, a justificativa monárquica absolutista corporativa de um rei justo, que premiava seus súditos como Deus aos fiéis, desapareceu (HESPANHA, 2005, pp. 30-31). No entanto tal perspectiva não foi totalmente abolida, talvez tenha esmaecido. Para termos uma ideia da manutenção desse ideal, o Príncipe Regente D. João, ao deixar Lisboa em 1807, usou a tópica referenciada em Mello Freire de distribuir prêmios e castigos. Segue pequeno trecho da Proclamação dirigida aos governadores para o Reino no momento da transferência da corte para o Brasil:

Tenho resolvido, em benefício dos mesmos meus vassallos, passar com a Rainha Minha Senhora e Mãe [D. Maria I], e com toda a Real Família para os Estados da América, e estabelecer-me na Cidade do Rio de Janeiro até á Paz Geral [...] Sou servido nomear para na Minha Ausência governarem, e regerem estes Meus Reinos, o Marquez de Abranches [...], Francisco da Cunha de Meneses [e outros governadores] [...] Tendo por certo que os Meus Reinos, e Povos, serão governados, regidos por Maneira que a Minha Consciência seja desencarregada, e elles Governadores cumprão inteiramente a sua obrigação, em quanto Deus permitir que Eu esteja ausente d’esta Capital, administrando a Justiça com imparcialidade, distribuindo os **Prêmios e Castigos** conforme os merecimentos de cada hum (Proclamação dirigida aos governadores para o Reino pelo Príncipe Regente D. João em 26 de novembro de 1807 apud BRANDÃO, 1919, pp. 144-145).

O governo josefino iniciou o processo de apropriação das ideias ilustradas com um dos objetivos de assegurar a manutenção do poder real e se afastando da noção do monarca justa, porém sem conseguir descartá-la por completo:

A partir da ascensão de D. José I e seu poderoso ministro, triunfou o “governo político”, ditado por motivos de Estado e por meio do qual este último arrogou-se o papel de organizar a sociedade e de impor-lhe uma ordem. Assim, passou-se de uma administração monárquica jurisdicionalista, “passiva”, centrada no fazer justiça, a uma “administração ativa”, que procurava se libertar dos constrangimentos corporativos (VILLALTA, 2015, p. 132).

Do ponto de vista legislativo, o *Novo Código* deveria reforçar as bases monárquicas em um contexto ocidental crítico aos excessos das mesmas. Lembramos que D. Maria continuou a empreender a mesma política anterior reformista ilustrada (VILLATA, 2015, p. 133). Por isso, o Livro II de Mello Freire tinha uma missão precípua: estabelecer as bases fundamentais do Estado moderno português diante de uma monarquia absoluta que procurava se esclarecer pelo Reformismo. Era preciso modernizar, sem retroceder. Seria possível fazer isso? O autor do código preferiu manter tudo do jeito que estava, conforme as *Ordenações*. Muitas vezes, Freire justificou sua forma de abordagem em função de uma preferência por seguir adstrito os ditames filipinos:

O fundo da legislação, e ainda a mesma ordem das matérias em substancia é a mesma da Ordenação, e trabalhei quanto me foi possível por me conformar com as intenções de Sua Majestade, que em reverencia das Leis antigas, e por uma sabia e prudente economia, por não parecer alterar e mudar inteiramente o systema da actual legislação, mandou observar quanto soffresse a mesma boa ordem, os mesmos livros e disposição de matéria (REIS, 1844, p. IX).

Na sua réplica ao censor, o censurado repetiu o argumento já citado, ou seja, que seguiu o

preceito, que se me deu, foi para compilar e reduzir, e pôr em melhor ordem, methodo e clareza a Ordenação actual do Liv. 2, aonde não vem os títulos e artigos, cuja falta se me nota; e sendo a sua materia tão delicada, seria em mim uma grande culpa tractal-a sem ordem especial de Sua Majestade (REIS, 1844, p. 64).

O censor mostrou as “[matérias] que são proprias e privativas do Direito Publico da nação” (SANTOS, 1844, p. 5), que consistia

parte na convenção *expressa* ou *tacita* entre o povo e o Principe , isto é , nas leis primodiaes e fundamentaes do Estado, parte *leis publicas* civis dos mesmos imperantes; e que por consequencia consta do Direito Publico *pactio* ou convencional, e de Direito Publico civil; ou, pelo dizer assim, das leis do reino, e das

leis do Rei. Que este Direito regula tão somente duas cousas: 1º *a constituição fundamental*; 2º o *estado publico* da nação. Que esta constituição e estado publico consiste principalmente nas cousas seguintes: I. Na fôrma particular do summo imperio. 2. Na ordem particular da successao do poder supremo. 3. Na maneira particular de exercer os direitos de soberania. 4. No systema de administração publica, e organização das partes, de que ella se compõe, isto é, na disposição de todos os poderes da cidade, e na distribuição dos diversos magistrados, ou mandatários da suprema auctoridade, que exercitão estes poderes. 5. Nos direitos particulares e officios reciprocos dos Principes e dos povos em razão das leis fundamentaes e publicas, isto é, nas prerrogativas dos reis, que os povos devem respeitar, e nos foros, costumes, liberdades e privilegios, que devem os Príncipes guardar a seus povos. 6. Nas ordens, que compõem o Estado. 7. Nas cortes, ou assembleias publicas da nação. 8. Nas rendas destinadas para sustentação dos encargos da republica e do Estado, e família do Principe. 9. Em todas aquellas cousas, que pertencem directa e immediatamente á administração e ordem publica de todo o Estado, isto é, na povoação, sustentação, religião, educação, opulência, polícia e segurança, e em outros grandes objectos da governança e economia politica, em que se firma a conservação, perfeição e felicidade da republica (SANTOS, 1844, pp. 6-7).

A longa citação acima exprime os temas principais que deveriam ser abordados em um Código de Direito Público. Para o censor, o direito público se iniciava pelas leis fundamentais, perpassava a organização do Estado e regulava a vida da sociedade, em seus aspectos ligados à “povoação, sustentação, religião, educação, opulência, polícia e segurança, e em outros grandes objectos da governança e economia politica” (SANTOS, 1844, pp. 6-7). Como vimos, Mello Freire equiparou, essencialmente, o direito público ao direito absoluto do rei de conceder graças aos súditos pela obediência ou merecimento. Não discutiu as origens do poder monárquico, as funções governamentais ou assuntos mais diretamente ligados à ordem estatal. Na perspectiva de Ribeiro dos Santos, o papel do rei a ser descrito, precipuamente, em um Código de Direito Público, não poderia se resumir a de mero patrono da justiça, distribuidor de mercês,

pois que todos os direitos anunciados no dito Titulo [da proposta do código de Mello Freire] parece que se reduzem ao único artigo de poderem pedir os vassallos ao Principe em recompensa de seus merecimentos as mercês e prêmios, que constão de doações dos bens e direitos da Coroa, e concessão de graças novas, e confirmação das antigas que é o de que se tracta desde o Titulo 48 até o Título 67 (SANTOS, 1844, p. 21).

Na opinião do censor, o código começaria por descrever as leis fundamentais e/ou “constitucionaes” (SANTOS, 1844, p. 10) não bastando “fazer neste Codigo tão curta menção destas leis” (SANTOS, 1844, p. 10) sob as quais se assentaria a “forma e constituição da monarchia” (SANTOS, 1844, p. 8):

Que as leis fundamentais do Estado, sem exceptuar as mesmas de Lamego, longe de deverem ficar em escuro e confusão, devem ser as primeiras, que mais se declarem,

e se ponhão em maior luz; para que os povos e os Príncipes saibão exactamente os seus foros, e conheção todos sem alguma dúvida e controvérsia, sempre arriscada em semelhantes materias, quaes são os sagrados direitos, por que uns imperão, e outros obedecem, e quaes os officios, que se devam mutuamente (SANTOS, 1844, p. 10).

Para Ribeiro dos Santos, tais leis fundamentais foram criadas por “mutuo consentimento de nossos Reis e dos povos que se estabeleceram em côrtes” (SANTOS, 1844, p. 8) “para que se entenda o respeito sagrado, que lhes deve o povo, e o mesmo Príncipe, e se não atente nada contra ellas sem o mutuo consentimento de ambos” (SANTOS, 1844, p. 10). Ele evidenciou a necessidade da participação das cortes, ou seja das “assembleas geraes da nação, representada pela união dos três estados do reino, em que consiste o conselho e vontade geral dos povos” (SANTOS, 1844, p. 24). Fez questão ainda de propor que era necessário em Código de Direito Público “assignalar os meios legítimos, por que os povos devem representar ao seu Príncipe, e fazer valer entre elles estes foros e liberdades” (SANTOS, 1844, p. 22). As leis fundamentais deveriam estabelecer os limites da atuação do rei e dos súditos, mas sem abandonar por completo a “monarchia pura e absoluta, como a nossa, em que todos os poderes da soberania residem na única pessoa de nossos Príncipes” (SANTOS, 1844, p. 10).

José Esteves Pereira credita a proposta das assembleias e/ou cortes feita por Ribeiro dos Santos, acima posta, à necessidade de recuperação do papel da nobreza afastada pelo pombalismo no Estado monárquico português:

A reivindicação das Ordens bem como dos Estados do reino, na época em que é feita, ou seja, depois da desfuncionalização relativa da nobreza e do clero na época pombalina, traz um reforço objetivo à reivindicação das classes que andavam interessadas, fosse na recomposição patrimonial, fosse na reafirmação do seu poder político, social e econômico. Ribeiro dos Santos, visa, objectivamente, uma integração <constitucional> para a nobreza, para o clero e para os estratos dominantes, em geral, a que a alta burguesia de extração pombalina ou mariana tem que ser anexada. Aliás é, no interior de uma aristocracia, de um alto-clero e de uma burguesia educada, que Ribeiro dos Santos se move e de que se torna visita e poeta venerador e venerado (PEREIRA, 1983, p. 261).

As noções participativas das leis fundamentais, elaboradas a partir de uma origem popular e limitadora do poder real, via Cortes de Lamego⁸¹, nos remetem, em primeiro lugar, a uma possível filiação teórica de Antônio Ribeiro dos Santos às teorias corporativas da

⁸¹ Ribeiro dos Santos se referiu ao mito português das “Atas das Cortes de Lamego de 1145”, documento que fora forjado durante a União Ibérica (MARTINS, 2008, p. 49). Reza o mito que as Cortes de Lamego teriam sido “a primeira reunião de Cortes do Reino de Portugal, na qual o seu primeiro rei, D. Afonso Henriques, teria sido confirmado soberano daqueles povos” (MARTINS, 2008, p. 54-55) e que teriam sido estabelecidas “as normas de sucessão do trono português daí em diante” (MARTINS, 2008, p. 55). Para ver mais sobre as origens do mito das Cortes de Lamego e sua relação com as teorias da Segunda Escolástica, ver também Luís Reis Torgal (1981).

Segunda Escolástica discutidas nos **Capítulos 2 e 3**. Ao retomar o mito dessas Cortes⁸², o canonista justificaria o poder real a partir das deliberações das mesmas (MARTINS, 2008, p. 55). Segundo ainda essa lógica participativa, “o povo reunido em Cortes poderia instituir leis às quais todos, inclusive o monarca, deveriam se submeter” (MARTINS, 2008, p. 55). Dessa forma, as leis fundamentais do reino português teriam sido mediadas pelas Cortes e depois designadas ao rei, restringindo sua atuação.

Mesmo em sua defesa neotomista da participação das cortes no governo monárquico, o canonista não rompeu com o ideal absolutista:

nunca o censor requereo nelle, que se fizessem novas leis, ou se alterassem as antigas, mudando, ou reformando a constituição do Estado, e impondo Sua Majestade novas obrigações a si mesma, que limitassem sua suprema auctoridade e a de seus Augustos sucessores, como se lhe pretende imputar: requereo tão somente, que se compilassem as leis fundamentaes, que já havia entre nós [oriundas das Cortes de Lamego] (SANTOS, 1844, p. 128).

De fato, o absolutismo não era algo irreconciliável à toda tradição da Segunda Escolástica. Para Francisco Suarez (1548-1617), por exemplo,

o rei estaria sujeito ao povo-comunidade no exercício do poder, dimensão em relação à qual o pensador espanhol fazia uma defesa do absolutismo: o rei teria recebido o poder de maneira “plena e absoluta”, sendo assim independente; o ato de um povo livre de instituir um governante não seria apenas um “ato de transferência, mas também de ab-rogação de sua soberania original (VILLALTA, 2015, p. 33).

A sua instrução seminarística com os jesuítas também deve ter contribuído para sua posição neoescolástica, afinal os religiosos da Companhia foram os principais difusores das noções neotomistas que propunham balizas à soberania absoluta do rei e até “a insurgência do povo-comunidade contra seus soberanos” (VILLALTA, 2015, p. 33).

No caso do posicionamento do censor, há certos traços do pensamento do neoescolástico, especialmente, ao ter feito referência às leis fundamentais das Cortes de Lamego. Porém, ele foi mais ousado na insistente argumentação em prol da participação das cortes no governo monárquico e sem nenhuma justificativa divina para a mesma. Nesse sentido, afirmou que “é necessario não restringir as leis fundamentais ás únicas leis de Lamego” (SANTOS, 1844, p. 9) e que essas já estavam revogadas (SANTOS, 1844, p. 10). Ao não se prender ao argumento das cortes e ampliar os sentidos da participação popular, Ribeiro dos Santos se afastava das teorias limitadoras do poder real da Segunda Escolástica e

⁸² Esta mesma justificativa fundante do reino português pode ser encontrada na obra seiscentista *História de Portugal Restaurada* de autoria do Conde de Ericeira (1945).

revelava uma linguagem mais ilustrada, materializada na expressão “vontade geral dos povos” (SANTOS, 1844, p. 24), que nos trazem um cheiro das elaborações de Jean-Jacques Rousseau.

Para Ribeiro dos Santos, a convocação das cortes não constituiria um “clima de subversão” (PEREIRA, 1983, p. 263), mas um “meio concreto de fundamentar o equilíbrio de forças” (PEREIRA, 1983, p. 263) em uma espécie de formação consensual de uma “vontade geral dos povos”. O canonista sugeriu que o rei chamasse as cortes para decidirem acerca das leis fundamentais, no sentido de legitimar a sua própria governança via participação das mesmas. Ele detalhou, no título XIII de seu parecer, como se efetivaria o funcionamento dessas cortes nas deliberações reais, sem mencionar o suposto modelo assentado nas Cortes de Lamego:

É de primeira necessidade falar delas [das cortes] em um Código de Direito Público nacional, e declarar: 1º A sua natureza e representação, ou seja, no estado ordinario da monarchia, ou seja no estado extraordinario, assim por dúvida e incerteza, como por falta do legitimo sucessor da Corôa. 2º A quem compete em um e outro estado o direito da convocação, presidencia, regimento, prorogação, encerramento e conclusão das côrtes. 3º A maneira de sua convocação. 4º Por que causas se devem convocar. 5º Quaes são os representantes da nação, ou dos estados do reino, isto é, quaes os prelados e mais pessoas eclesiásticas, que representam o primeiro estado; quaes os nobres, que representam o segundo, e quaes os logares do reino, que por seus procuradores representam o terceiro. 6º Qual a ordem de precedência entre os estados, e dentro de cada um deles. 7º A maneira de se propor e votar. 8º Qual a auctoridade dsa côrtes, e os efeitos de suas deliberações e assentos, ou leis estabelecidas nelas, assim nos estado ordinario, como no extraordinário (SANTOS, 1844, p. 24).

A proposta de Ribeiro Santos sobre a “vontade geral” e as assembleias regulares das cortes para a legitimação das ações do soberano nos remetem à temática semelhante *Do Contrato Social* (1762). Para Rousseau:

Não dispondo de outra força senão o Poder Legislativo, o soberano só atua pelas leis; e não sendo as leis mais do que atos autênticos da vontade geral, não poderia o soberano agir senão quando o povo se encontra reunido. (...). Não basta que o povo reunido tenha uma vez fixado a constituição do Estado, sancionando um corpo de leis; não basta que tenha constituído um governo perpétuo, ou provido de uma vez por todas a eleição dos magistrados. Além das assembleias extraordinárias, que casos imprevistos podem exigir, é necessário havê-las fixas e periódicas, as quais não possam ser abolidas nem adiadas, a fim de que, em dia marcado, seja o povo legitimamente convocado pela lei, sem que se faça preciso para tanto nenhuma outra convocação formal (ROUSSEAU, 2006, p. 97 e p. 99).

Rousseau ressaltou que o soberano pode agir somente “quando o povo se encontra reunido”, “não sendo as leis mais dos atos autênticos da vontade geral” (ROUSSEAU, 2006,

p. 97). Outra ideia dele para assegurar a reunião do povo era a convocação de assembleias periódicas na constituição do Estado (ROUSSEAU, 2006, p. 99). São esses dois pontos, bem como o vocabulário em comum, especialmente, que aproximam o canonista português em seu parecer censório junto ao autor do *Contrato Social*.

As semelhanças entre Ribeiro Santos e o *philosophe* acima referenciado podem ter sido a causa para a grave acusação de “republicano” por Mello Freire. Segue mais um trecho que aumenta as desconfianças de ter Ribeiro Santos se inspirado no *Contrato Social*:

Se isto assim é, cumpre acrescentar aqui este artigo; porque o bem do Estado pede, que depois de se haverem posto neste Código os sagrados direitos da majestade do Príncipe, não esqueçam os direitos invioláveis da nação. Assim me parece necessário: 1º Considerar os vassallos corpo de nação. 2º Declarar os seus direitos, foros, liberdades e privilegios claros, notórios e constantes, que ou são antiquíssimos e immemoriaes, e entrarão já na formação e constituição de nossa monarchia, ou forão depois adquiridos por títulos onerosos e direito inviolável das convenções, e concordados, outorgados e confirmados solemnemente por nossos Reis. 3º Determinar a força e efeitos destas fraquezas e liberdades nacionais. 4º Assignalar os meios legítimos, por que os povos devem representar ao seu Príncipe, e fazer valer perante elles foros e liberdades (SANTOS, 1844, p. 22).

Por todo o exposto, vemos mais do que um neoescolástico: trata-se de um letrado próximo das Luzes, pelo vigor dos termos utilizados, tais como “direitos invioláveis da nação” (SANTOS, 1844, p. 22) e liberdades dos povos “que não são incompatíveis com os direitos da soberania” (SANTOS, 1844, p. 23), sem qualquer menção da autoridade divina. O canonista não fez nenhuma referência ao tema do sagrado em sua censura ou na origem do poder monárquico, ao contrário da neoescolástica, que lograva um espaço divino em suas restrições à soberania real no combate ao despotismo. Antônio Ribeiro dos Santos acreditava em leis fundamentais que reconheciam os direitos dos povos, ou seja, de uma “vontade geral”, e que eram estabelecidas a partir do esclarecimento do soberano em

um seculo de razão e de humanidade, em que os monarchas da Europa reconhecem, que foram creados para seus povos, e que os interesses de seus vassallos são os unicos objetos de seu governo, não possam esperar-se, que a nossa Augusta Soberana, que nestas virtudes sobre excede a todos, deixe de approvar estes designios, e de firmar pela sabedoria e providencia de suas leis os antigos direitos e regalias de seus povos (SANTOS, 1844, pp. 22-23).

José Esteves Pereira ressalva esse possível alcance ilustrado de Ribeiro dos Santos na censura a Mello Freire, em função de um apontamento manuscrito deixado pelo canonista, *Sobre a origem do poder do real*. Nesse pequeno trecho, Santos afirmou que: “Quanto à origem, vem o poder de Deus; quanto à pessoa e à forma, vem do Homem” (Santos, s/d, apud

PEREIRA, 1983, p. 263). Pereira defende que não houve uma aproximação esclarecida do censor, apenas “o caminho do *aggiornamento* do absolutismo pela revitalização da tradição histórico-política anterior a ele” (PEREIRA, 1983, p. 266), em uma proposta que vinha a utilizar o papel representativo das cortes dentro do “ordenamento tradicional” (PEREIRA, 1983, p. 272). Mesmo diante do argumento de José Pereira, conseguimos vislumbrar uma inspiração em Rousseau nas ideias ribeirianas, em vista, principalmente, dos termos empregados na censura serem muito próximos das ideias participativas do *Contrato Social*.

Ao observar o pensamento de outro jurista contemporâneo do censor, o inconfidente Tomás Antônio Gonzaga (1744-1810)⁸³, em seu *Tratado de Direito Natural*, a ideia de um poder limitado do rei esteve muito mais ajustada à proposta neotomista de Suarez do que de Rousseau. Tomás Antônio sempre colocou em evidência as restrições divinas ao monarca e não fez nenhuma menção à participação das cortes ou assembleias. Sempre em tom moderado, Gonzaga pregava que não era apropriado aos soberanos conceder o poder “sobre a vida dos vassallos. Quem duvida que os monarcas se fizeram para a conservação dos povos? Logo parece que lhe não podemos dar o poder de destruir a quem foi eleito para conservar” (GONZAGA, 1957, p. 115).

A filiação neoescolástica de Gonzaga é reforçada pelo combate expresso feito ao pensamento considerado tirânico de Maquiavel (1469-1527):

Ora isso não quer dizer que o rei pode fazer tudo quanto lhe parece, porque isto seria ser sequaz de Machiavello, o qual afirmou que ao rei era lícito tudo quanto lhe agradava, e assim o pôs de tal sorte senhor dos bens, das honras e das vidas dos vassallos, que lhes não podia fazer qualidade alguma de injúria. Este erro é também nocivo à sociedade, pois é fazer aos reis absolutos e tiranos. O rei é um ministro de Deus para o bem; o fim para que ele se pôs foi a utilidade do seu povo; logo, lhe não será lícito obrar acção alguma de que a este siga o dano e a ruína (GONZAGA, 1957, p. 106).

O entusiasmo de Gonzaga em relação a ideias da neoescolástica, em seu *Tratado* dedicado ao Marquês de Pombal, não o impediu, então, de preservar o ideário do absolutismo. Para demonstrar seu apoio à centralização josefina, Gonzaga reforçou em seu texto jusnaturalista a submissão do poder espiritual ao poder real, no sentido de que até as bulas teriam que ser aprovadas primeiramente pelo monarca para serem adotadas pela Igreja portuguesa (GONZAGA, 1957, p. 118). Fez questão ainda de combater teses neoescolásticas mais radicais. Para ele, os limites ao soberano não significavam uma permissão ao povo para “armar de castigos contra ele” (GONZAGA, 1957, p. 106):

⁸³ Sobre o pensamento de Tomás Antônio Gonzaga e a Inconfidência Mineira, ver o livro do historiador João Pinto Furtado (2002)

Examinemos atentamente a opinião dos monarcômacos e as péssimas doutrinas que ensinam mui diversas desta nossa. (...) A minha opinião é que o rei não pode ser de forma alguma subordinado ao povo; e por isso ainda que o rei governe mal e cometa algum delito, nem por isso o povo se pode armar de castigos contra ele. Já mostramos que os delitos do rei não podem ter outro juízo senão de Deus, de que se segue que como o povo não pode julgar das acções dele, o que não pode também depor, pois que a deposição é um acto de conhecimento e por consequência de superioridade (GONZAGA, 1957, p. 103 e p. 106).

O pombalismo combateu veementemente a possibilidade suscitada pela neoescolástica de participação popular no poder real, o que não impediu a circulação de suas ideias no contexto luso e de seus domínios até a Independência (VILLALTA, 2015, p. 30).⁸⁴ Havia um repúdio expresso aos autores da Segunda Escolástica que preconizavam um pacto entre governantes e governados, que poderia ser revisto nos casos de tirania. A obra do jurista José Seabra Silva, mencionada no **Capítulo 3**, a *Dedução Cronológica e Analítica*, foi uma amostra do ideário pombalino antijesuítico e anticorporativo ao defender a emanção direta do poder de Deus para o monarca, sem qualquer intermédio da comunidade. A partir dessa tese regalista, permitia-se ao rei afastar as ideias neoescolásticas e justificar a centralização do poder em suas mãos, independentemente, da autorização popular.

O censurado Pascoal de Mello Freire, seguindo a mesma linha pombalina anticorporativa, exemplificada em Seabra Silva, repudiou o apelo às cortes pelo rei sugerido pelo censor, ainda mais nos tempos revolucionários que atravessavam a Europa:

Que se chamassem á capital do reino os povos para deliberarem sobre assumpto tão perigoso, delicado e implicado. Que bulha não faria na Europa um semelhante ajuntamento neste século! Deixo as despesas, vexações e intrigas, e outras manobras, que são de temer muito entro do reino, como inseparáveis da multidão. Basta lembrar-nos hoje das assemblêas de França e suas consequencias (REIS, 1844, p. 65).

A situação da França era algo que incomodava Mello Freire, no sentido de que qualquer forma participativa implicaria um convite revolucionário contra o rei. Ele expôs sobre a realidade francesa da época:

Na materia se tem escripto em França tantos livros, que andando pelas mãos dos mesmos camponezes, imprimirão no coração de todos um fingido amor da patria, isto é, da liberdade, e um ódio mortal ao despotismo, isto é da monarchia; de que se

⁸⁴ Villalta aponta a permanência das ideias da Segunda Escolástica no período pombalino a partir de Jorge Borges de Macedo (1981), Richard Morse (1995) e Torgal (1982).

tem seguido tantos estragos do poder Real naquelle reino, que nunca jámais se poderá recobrar, ou ao menos não sem grandes males. (...). É por tanto da primeira necessidade, que contenhão nos seus justos limites uma e outra liberdade, e que sejam de tal character, que se não embarcem com as vozes dos libertinos, que os tractão ou por ignorantes, ou por bárbaros (REIS, 1844, p. 98).

O carácter pombalista do pensamento do censurado quanto às origens do poder monárquico português pode ser notado no trecho a seguir:

Primeiro: que os nossos Principes não devem a sua auctoridade ao povo, nem dele recebêrão o grande poder que hoje e sempre exercitarão. (...) E com tudo não consta, que nesse tempo houvesse côrtes, ou alguma outra assemblea da nação, na qual o povo cedesse de sua liberdade em favor dos sobreditos Principes, e que lhes transferisse e desse a majestade, ou restricta, ou modificada com certas condições (...) E ainda são mais imaginarios e chimericos estes direitos, quando o Rei não fez ajuste algum com os povos, nem deles houve o seu poder; o que se verifica em Portugal, como acima deixo notado no princípio desta Resposta. E o chamado pacto social é um ente suposto, que só existe na cabeça e imaginação alambicada de alguns filosofos (REIS, 1844, p. 66).

Quanto ao seu ideal de bom governo, ele ponderava:

Nem daqui se entenda, que eu quero um Rei tyranno e despótico; que os vassallos sejam seus escravos, e por elle governados como um rebanho de gado pelo seu pastor; que não haja leis que nos governem, mais do que o seu livre capricho e mero arbítrio; que tenha direito para matar e prender criminosos e innocentes, para tirar a cada um sem causa e sem motivo, mais do que a sua vontade, a propriedade e domínio do que é seu, espalhando por toda a parte o terror, o medo e a desolação, que é o character e distinctivo dos governos despoticos. (...) E quero também por outra parte, que os vassallos amem e respeitem o seu Principe; que não pretendão privilegios e direitos chimericos e sediciosos, que fação gloria e ponto de honra da sua sujeição e obediência; e que reconheção, que a elle somente pertence a faculdade e direito de os reger e governar e ao Estado por aquella via e maneira e pelo meio daquellas leis, que lhe parecerem mais próprias e conveniente para manterem e segurarem a felicidade pública e particular dos seus reinos e vassallos (REIS, 1844, pp. 99-100).

A perspectiva acima nos remete ao pensamento de Montesquieu, especialmente, na parte em que Mello Freire defendeu que os vassallos não são escravos do rei, submissos como “um rebanho de gado pelo pastor” (REIS, 1844, p. 99). O *philosophe* abordou relações semelhantes entre o monarca e os súditos em seu *O Espirito das Leis* (MONTESQUIEU, 1979, pp. 182-184). Afirmava que os monarcas deveriam ficar “encantados por terem súditos a quem a honra é a mais cara que a vida” (MONTESQUIEU, 1979, p. 183) e que devem “orgulhar-se do amor de seu súdito mais humilde, pois se trata sempre de homens” (MONTESQUIEU, 1979, p. 183). Na monarquia, “toda felicidade consiste na opinião que o povo tem da moderação do governo. Um ministro inábil quer sempre vos advertir de que sois escravos. Mas se isso fosse verdade, ele deveria procurar fazer com que esse fato fosse

ignorado” (MONTESQUIEU, 1979, p. 182). Concluiu seu pensamento afirmando que o rei deve ser “exorável à súplica” (MONTESQUIEU, 1979, p. 183) de seu povo “que exige tão pouca consideração, que é justo concedê-la” (MONTESQUIEU, 1979, p. 183). O príncipe encontraria sua ruína quando “desconhece a sua autoridade, sua situação, o amor de seus súditos, e quando não percebe que o monarca deve julgar-se em segurança, como um déspota deve crer-se em perigo” (MONTESQUIEU, 1979, p. 116).

Nos passos de Montesquieu, para Mello Freire, o monarca era investido, em sua função, de regência sobre seus súditos, mas não de forma tirânica. Era seu direito governar, independentemente, das cortes ou dos vassallos, sem espalhar o “terror” (REIS, 1844, p. 99). Tal monarquia pura, centralizada na figura do soberano, não legitimava qualquer ação conforme seu “livre capricho” (REIS, 1844, p. 100). Competia à face real mais visível, a justiça, estabelecer os possíveis limites ao arbítrio da cabeça real.

A perspectiva do censor não se restringia à mera condenação da tirania monárquica como seu censurado. Ribeiro dos Santos sugeriu um modelo constitucional monárquico a partir da participação popular das cortes. Isso não significava uma proposta subversiva, como vista em outras partes da Europa ou um atentado à monarquia portuguesa – como posterior acusação. A ideia ribeiriana estava no “limiar da aceitação de uma forma de representação nacional, de corpos constituídos, dos estados tradicionais da monarquia” (PEREIRA, 1983, p. 328) para o Estado monárquico português.

Ribeiro dos Santos rebateu Mello Freire nas *Notas do Doutor Antônio Ribeiro dos Santos* (SANTOS, 1844, pp. 115-150). Fizemos inclusive algumas menções anteriores a essa réplica. Cumpre destacar que cada ponto fora, detidamente, esclarecido pelo censor. A defesa mais recorrente em suas *Notas* versava sobre a posição acerca da participação das cortes na monarquia absolutista. Ele fez várias ponderações na tentativa de evitar futuras denúncias e não ser visto como monarcômaco. Mais prudente, Ribeiro dos Santos reconhecia que:

sem especial ordem de Sua Majestade se não devião tractar estas materias [das leis constitucionais]; mas creio também, que não havia impedimento para recorrer á Soberana, e apresentar ante seu throno quão necessário era fazer entrar nesta parte do novo Codigo as leis constitucionaes do Estado para o bem commum do reino e complemento da legislação nacional. (...) Depois de clausulas tão expressas podia-se dizer, que eu requeria que se fizessem novas leis?! Logo a respeito deste artigo [artigo XI dos direitos e, fôros e liberdades dos povos, que é o que mais horrorizou o compilador, não se póde verificar a imputação, que me faz, de pretender que Sua Majestade impozesse leis a si mesma e a seus Augustos successores (SANTOS, 1844, p. 127 e p. 132).

Na mesma linha de uma defesa de sua postura e não querendo ser mal interpretado, seguiu afirmando que

o compilador continúa supondo que o censor requereo, que por novas leis fundamentaes se alterasse e reformasse a constituição do reino pelo que tocava á soberania, poder e independencia de nossos Reis e à forma da successão da Corôa; e já se mostrou, que toda esta supposição era falsa e arremessada, e inteiramente alheia ds intenções e palavras do censor (SANTOS, 1844, p. 138).

Mesmo com as precauções mencionadas, Ribeiro dos Santos se manteve fiel ao seu pensamento de leis fundamentais participativas restritivas ao poder do soberano. Para ele:

Se um rei sabio e justiceiro, e cheio de amor pelo seu povo, diz elle havendo reflectido, que o poder absoluto em certas cousas, que lhe foi transmitido por seus antepassados, póde vir a ser perigoso e prejudicial ao Estado, propozesse ao seu povo o mudar nesta parte a lei fundamental, e substituir-lhe outra lei, que coarctasse o poder do Principe em limites mais estreitos; e se o povo consentisse unanimemente nesta mudança; ousaria alguém dizer, que o successor deste excellente Principe não ficava obrigado a submeter-se a esta lei, porque elle tinha o seu direito do primeiro instituidor? Sei que a ninguém se póde tirar o seu direito contra sua vontade; mas sei também, que é um abuso perigoso considerar os poderes e auctoridades, como direitos propriamente taes, como diretos uteis, que lhe pertença para seu commodo; mas antes estes poderes são funções; que lhe forão confiadas para bem e utilidade comum (SANTOS, 1844, pp. 141-142).

O censurado não se manifestou sobre as *Notas* do censor. Preferiu respondê-las com uma denúncia junto ao conselho camerário. Ambos nunca tiveram seus projetos contemplados pela coroa portuguesa. A “formidável sabatina” se tornou texto, relativamente desconhecido da historiografia. Mesmo diante disso, Mello Freire foi um dos juristas mais influentes no direito luso-brasileiro no século XIX (NEDER, 2012, p. 522).

Quanto à argumentação constitucional de Ribeiro Santos, a mesma possui alguma conexão com as propostas defendidas pelos revolucionários do Porto⁸⁵ em 1820.⁸⁶ No *Manifesto aos Portugueses*, datado de 24 de agosto de 1820⁸⁷, é possível identificar uma reivindicação monárquica constitucional semelhante à do canonista setecentista:

⁸⁵ O movimento de 1820 se iniciou na cidade do Porto a partir de uma sublevação militar. Foi ainda preparado por uma associação, provavelmente para-maçônica, chamada Sinédrio. Pretendia, essencialmente, a convocação de cortes deliberativas para se elaborar uma Constituição, a volta de D. João VI para o restabelecimento do papel de metrópole a Portugal no Império luso-brasileiro e o fim do domínio inglês (RAMOS, 1983-84).

⁸⁶ Para Luís de Oliveira Ramos, a matriz intelectual da Revolução de 1820 é de origem francesa. Sobre a relação entre a Revolução de 1820 e a Revolução Francesa, ver o artigo dele sobre o tema (RAMOS, 1983-84). José Adelino Maltez acredita que a principal influência sobre os revolucionários do Porto de 1820 veio do canonista Antônio Ribeiro dos Santos (MALTEZ, 1996).

⁸⁷ Sobre o movimento de 1820, ver ainda Luiz Carlos Villalta (2015).

Foram estes os votos de todos os Portugueses, quando proclamaram a **necessidade de uma Constituição, de uma Lei fundamental**, que regulasse os limites do Poder e da Obediência; que afiançasse para o futuro os direitos e a felicidade do Povo; que restituísse à Nação a sua honra, a sua independência e a sua glória; e que sobre estes fundamentos mantivesse firme e inviolável o Trono do Senhor D. João VI, e da Augusta Casa, e Família de Bragança, e a pureza, e esplendor da Religião Santa, que em todas as épocas da Monarquia tem sido um dos mais prezados timbres dos Portugueses, e tem dado o mais nobre lustre a seus heróicos feitos (Manifesto da nação portuguesa aos soberanos e povos da Europa, 1821, p. 27).

O *Manifesto* pediu ainda a volta das cortes de Lamego e sustentou a necessidade de retomá-las “segundo às luzes do século e as circunstâncias políticas do mundo civilizado” (Manifesto da nação portuguesa aos soberanos e povos da Europa, 1821, p. 28). Segue trecho do documento com forte proximidade junto à tese ribeiriana:

Os Portugueses deram o Trono em 1139 ao seu primeiro ínclito Monarca, e fizeram nas Cortes de Lamego as primeiras Leis Fundamentais da Monarquia. – Os Portugueses deram o Trono em 1385 ao Rei D. João I, e lhe impuseram algumas condições, que ele aceitou e guardou. – Os Portugueses deram o Trono em 1640 ao Senhor D. João IV, que também respeitou, e guardou religiosamente os foros e liberdades da Nação. – **Os Portugueses tiveram sempre Cortes até 1698**, nas quais se tratavam os mais importantes negócios relativos à Política, Legislação e Fazenda: e neste período que abrange a mais de cinco séculos, os Portugueses se elevaram ao cume da glória, e da grandeza, e se fizeram credores do distinto lugar, que a despeito da inveja, e da parcialidade hão de sempre ocupar na História dos Povos Europeus. **O que hoje, pois, querem, e desejam, não é uma inovação: é a restituição de suas antigas e saudáveis instituições corrigidas e aplicadas segundo as luzes do século e as circunstâncias políticas do mundo civilizado:** é a restituição dos inalienáveis direitos, que a natureza lhes concedeu, como concede a todos os Povos; que os seus maiores constantemente exercitaram, e zelaram; e de que somente há um século foram privados, ou pelo errado sistema do Governo, ou pelas falsas doutrinas, com que os vis aduladores dos Príncipes confundiram as verdadeiras e sãs noções do Direito Público (Manifesto da nação portuguesa aos soberanos e povos da Europa, 1821, pp. 28-30).

De qualquer maneira, seja no direito luso-brasileiro, seja inspirando o movimento revolucionário de 1820, os dois legistas portugueses estudados no presente capítulo, cada um a seu modo, estiveram unidos pelo contexto jurídico das Luzes no século XVIII.

5. 3 Luzes sobre Pascoal de Mello Freire dos Reis e Antônio Ribeiro dos Santos: breve síntese comparativa

Inspirados pelos vários sentidos possíveis da deusa Minerva, representativa da tolerância, abordamos o pensamento de dois legistas portugueses na “formidável sabatina”:

Mello Freire e Ribeiro dos Santos. A trajetória e o pensamento de Freire junto ao humanismo de Beccaria foram demonstrados em nosso estudo anterior acerca de seu projeto de direito criminal. Tal texto codificado não chegou sequer a ser recebido para análise censória.

O tema central do presente capítulo, o Código de Direito Público e as respectivas censuras, mostram Mello Freire no campo político minado pelos questionamentos ilustrados sobre os limites da atuação do rei. Como apresentar uma nova legislação constitucional a uma autoridade monárquica que padecia de inúmeras críticas às vésperas da Revolução Francesa? O jurista de Ansião optou por um modelo político nada transformador da realidade portuguesa, tendo seguido de perto os mesmos ditames do Livro 2 das *Ordenações Filipinas*. Nessa perspectiva da continuidade do modelo monárquico filipino, o rei, no Código de Direito Público, foi investido na função única de distribuir prêmios e mercês aos súditos.

Pronta a encomenda, o esboço codificado foi levado à censura, de que se incumbiu o canonista Antônio Ribeiro dos Santos. Santos e Mello Freire se conheciam de Coimbra onde foram catedráticos nas faculdades reformadas de Cânones e de Leis. Também seguiram pela carreira da magistratura até ao Desembargo do Paço. Foram ainda autores de manuais didáticos de suas respectivas disciplinas universitárias. Diferentemente do caminho seguido pelo jurista, o canonista se enveredou pela literatura e pelas bibliotecas se mostrando um poeta esforçado e um exímio organizador de livros. Deve ter sido no meio de tantas obras que Ribeiro dos Santos conheceu nomes proibidos como Rousseau e Voltaire (PEREIRA, 1983, p. 20).

A censura de Santos não mediu palavras sobre os problemas de método e temas dispostos no projeto do censurado. Para o censor, o esboço padecia de um plano desorganizado que se resumia a um amontado de assuntos sem ordem ou padrão (SANTOS, 1844). O censor reivindicava um sistema racional dedutivo, tal como visto nos códigos modernos da Toscana ou da Rússia (SANTOS, 1844). Quanto às matérias, faltava, em sua opinião, um novo tratamento legal às áreas da educação, economia, indústrias e comércio, temáticas revisitadas pelas Luzes e, como desenvolvidas no parecer, demonstrando a sintonia de seu autor com o pensamento ilustrado.

O ponto auge do debate entre os legistas se deu na defesa pelo censor de leis fundamentais estabelecidas por mútuo consentimento de “nossos Reis e dos povos” (SANTOS, 1844, p. 8). Era preciso que o código enfrentasse o assunto que resultava “perturbações e males” (SANTOS, 1844, p. 10) em “muitas das nações da Europa da ignorância e confusão, em que estão as leis fundamentaes e constitucionaes de seus

Estados” (SANTOS, 1844, p. 10). Propôs, então, uma monarquia fundada a partir das assembleias de cortes em consonância com a rainha absolutista.

Diante dos apontamentos ribeirianos, com ideias sugestivas de uma “vontade geral” do *philosophe* Rousseau, o censurado respondeu que “os nossos Príncipes não devem autoridade ao povo, nem d'elle receberão o grande poder que hoje e sempre exercerão” (REIS, 1844, p. 65). Mello Freire apelou para um monarca absolutista, porém não tirânico, no estilo de Montesquieu. Falou do perigo revolucionário, que rondava a França por causa desse tipo de ideal político reivindicado pelo censor:

não convinha, nem politica, nem economicamente fallando que se chamassem á capital do reino os povos para deliberarem sobre assumpto [leis fundamentais] tão perigoso, delicado e implicado. Que bulha não faria na Europa um semelhante ajuntamento neste século! Deixo as despesas, vexações e intrigas, e outras manobras, que são de temer muito entro do reino, como inseparáveis da multidão. Basta lembrar-nos hoje das assemblêas de França e suas consequencias (REIS, 1844, p. 65).

A forte reação acima reforça nossa tese de que as ideias do canonista do Porto não se resumiram a uma solução escolástica via participação das cortes de Lamego em um governo monárquico.⁸⁸ Caso o fosse, Mello Freire a teria, por exemplo, atribuído à influência jesuítica sobre Ribeiro dos Santos – recurso frequente na política pombalina que ele conhecia bem desde os tempos de Coimbra reformada –, uma vez que os inacianos defendiam a noção participativa advinda da Segunda Escolástica. Ao contrário, o jurista respondeu ao censor a partir dos perigos vistos na França. O país que preocupava o censurado era o principal difusor dos espectros ilustrados que redundaram em revoluções contra o poder real. Freire via em Santos uma ameaça concreta ao absolutismo português por causa de seu parecer sugestivo a respeito de ideias participativas, que lembravam as palavras de Rousseau.

A tensão foi tão grande que o jurista de Ansião abandonou as sessões da censura e não respondeu às demais ponderações que foram feitas por Ribeiro dos Santos em outros tópicos do Código de Direito Público. Preferiu rebatê-lo junto ao Conselho Camerário, acusando-o de “republicano”.

Pascoal José de Mello Freire morreu em 1798, afastado dos meios profissionais e talvez nunca convencido da recusa de seu projeto. Como dissemos, suas obras se tornaram importantes manuais jurídicos no contexto luso-brasileiro do século XIX (HESPANHA,

⁸⁸ Para Gizlene Neder, o embate entre Mello Freire teria se resumido à temática das cortes proposta por Ribeiro dos Santos. Segundo a autora, “para Pascoal de Mello Freire, o poder da Coroa era incontestavelmente absoluto, no sentido de incontestável; já António Ribeiro dos Santos defendia uma posição de fortalecimento das Cortes” (NEDER, 2012, p. 517). Santos se mostrou muito mais ilustrado ao falar em uma “vontade geral” dos povos, por isso a denúncia em seguida de Freire que o acusava como “republicano”.

1978). Antônio Ribeiro dos Santos terminou sua vida na Biblioteca Nacional. Não foi condenado pelo Conselho ou sofreu qualquer repressão monárquica. Morreu cego em 1818. O debate entre os dois legistas representa uma formidável amostra das Luzes sobre o direito em Portugal no ano da Revolução Francesa.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Esta tese abordou as Luzes sobre o direito e suas repercussões, com ênfase na situação portuguesa na segunda metade do século XVIII. Para tanto, analisou, especialmente, o ideal multifacetado do Iluminismo jurídico a partir do jusnaturalismo moderno, do humanismo no direito penal e da organização sistemática dos códigos modernos. Quanto ao contexto luso, focalizou os três aspectos citados a partir da Lei da Boa Razão, da reforma curricular em Coimbra e dos códigos propostos por Pascoal de Mello Freire dos Reis. O Código de Direito Público de Mello Freire foi objeto da censura pelo parecer de Antônio Ribeiro dos Santos. Santos foi um famoso canonista que nos surpreendeu ao mostrar sua sintonia ilustrada com uma proposta de uma monarquia de cortes deliberativas, baseada em uma vontade geral. Seu trabalho nas bibliotecas deve ter contribuído em sua formação enciclopédica, que incluiu, além dos Cânones, estudos históricos sobre os judeus aos matemáticos portugueses.

Sobre a Lei da Boa Razão, é importante evidenciar seu apelo à razão esclarecida e a valorização do direito pátrio, em detrimento às demais fontes de direito. A interpretação autêntica promovida pela Lei de 1769 significou uma mudança na tradição jurídica portuguesa, no sentido de uma vedação do uso do “direito doutrinal, interpretativo e norteador, em favor da adoção de uma jurisprudência racionalista com caráter uniformizador” (CARVALHO, 2008, p. 70). Essa forma de hermenêutica autêntica se assemelhava ao modelo interpretativo defendido por Montesquieu. Também é visível a intenção do legislador pombalino de centralização de poder nas mãos do rei ao condicionar a aplicação do direito a partir da Boa Razão e da lei pátria. Tratava-se de uma ação no sentido de monopolizar o campo interpretativo dos “operadores jurídicos”, não permitindo o amplo espaço hermenêutico possibilitado pelas “fontes secundárias”. Daí advém o consenso historiográfico sobre o “caráter inovador, modernizador e despótico” (WHELING, 2004, p. 449) da Lei da Boa Razão.

Como aconteceu na Lei de 1769, o direito natural racional se tornou o novo pilar da formação jurídica coimbrense. O ensino do jusnaturalismo era inseparável das leis portuguesas, pois o direito natural permitiria o “reconhecimento dos princípios sobre os quais se assentavam as leis positivas e a própria ordem social” (ANTUNES, 2011, p. 30).

Pascoal de Mello Freire representa o mesmo espírito ilustrado da Boa Razão e da reestruturação curricular de Coimbra. Daí nossa opção de pesquisa sobre seu pensamento

jurídico, uma vez que o mesmo vem demonstrar que o direito bafejado pelas Luzes invadiu Portugal, mesmo diante das especificidades da realidade despótica lusa setecentista.

Ao contrário dos inúmeros estudos sobre a reforma universitária em Coimbra e a Lei da Boa Razão, os projetos de códigos de Mello Freire são pouco lembrados pelos historiadores do período. Em geral, celebra-se seu nome, mas há uma preocupação maior em conjecturar sobre os possíveis motivos para não adoção dos textos codificados do que a análise dos conteúdos dos mesmos. Há ainda uma certa preferência em pesquisar o Código Criminal ao invés do Código de Direito Público (NEDER, 2012).⁸⁹ Talvez isso se dê pela clara alusão de Freire ao festejado pensamento humanista de Cesare Beccaria.

Antônio Ribeiro dos Santos é menos recorrente ainda nos trabalhos luso-brasileiro. Como dissemos, foi tortuosa a busca de referências acerca de seu pensamento. A censura realizada no texto de seu colega jurista é muito pouco investigada. Há até equívoco historiográfico em atrelar o pensamento de Mello Freire ao movimento de 1820. A proximidade teórica vintista é muito maior com os dizeres do parecer censório de Ribeiro dos Santos. Dessa forma, trata-se de juristas portugueses que foram referências na formação do direito e que merecem pesquisas acerca de seus pensamentos e das formas de recepção de que foram objeto por parte da tradição jurídica luso-brasileira.

Por fim, fazemos três considerações acerca da tese central deste estudo: a presença ilustrada no ambiente português da segunda metade do século XVIII. Em primeiro lugar, é necessário considerar que procuramos não isolar o direito como área estaque em relação aos demais aspectos do pensamento ligado ao Iluminismo. As Luzes envolveram todas as dimensões do homem. Os *philosophes* não construíram suas propostas de esclarecimento separando a tradição do direito das demais. Ao contrário, o Iluminismo foi um movimento jurídico, no sentido de ter sempre em seus debates as questões relativas à lei e à justiça. Mesmo diante dessa eminência do direito entre os ilustrados, encontramos uma abordagem historiográfica limitada, que não diz precisamente seus pontos fundamentais ou como foram os mesmos percebidos nas realidades próprias de cada lugar. Por uma necessidade de especificar o tema de nossa pesquisa sobre as Luzes, elegemos a seara jurídica para melhor trabalhá-la.

A segunda consideração nos foi despertada pela reflexão da historiadora Adriana Romeiro, em sua tese sobre o visionário Pedro Hates Henequim (1688-1744).⁹⁰ Henequim,

⁸⁹ O desconhecimento sobre o Código de Direito Público é tão grande que é possível encontrar na historiografia a notícia que o mesmo se encontra somente em manuscrito. Ora, o texto editado está disponível *on-line* no site da Biblioteca Nacional de Portugal!

⁹⁰ Sobre a trajetória completa da vida de Henequim e o milenarismo, ver Adriana Romeiro (2001).

personagem com uma trajetória instigante com passagens entre as Minas e a Europa, foi condenado à morte por heresia pela jurisdição inquisitorial em 1744 (ROMEIRO, 2001). Em sua atuação subversiva, inspirada em teorias milenaristas, chegou a proclamar um Quinto Império do Mundo na América Portuguesa. Mesmo tendo uma influência do milenarismo de Padre Vieira, Henequim não repetiu, simplesmente, as ideias dessa matriz intelectual, tendo suas discordâncias em alguns pontos, como na defesa do uso da cabala judaica (ROMEIRO, 2001, p. 71). Romeiro percebe nas falas do suposto herege um tom muito mais “ambíguo e heterogêneo” (ROMEIRO, 2001, p. 216), que impede uma rotulação simplista sobre seu pensamento. Isso quer dizer que, por maior alcance que certa corrente exerça, uma nova perspectiva foi criada por Henequim com elementos interpretativos e/ou inventivos próprios advindos de suas experiências, leituras e/ou do clima revoltoso em Minas na primeira metade do século XVIII.

Tal análise de Adriana Romeiro faz-nos ponderar que os juristas estudados, Mello Freire e Ribeiro dos Santos, não foram somente tributários das Luzes. Não podemos enclausurá-los nessa matriz. Cada um, ao seu modo, fez apropriações das ideias ilustradas, mas continuaram a se enveredar por outras tendências e construíram caminhos próprios em relação ao direito e ao poder real. Ribeiro dos Santos, por exemplo, em que vimos sua inspiração em Rousseau, não deixou de mencionar a tese das Cortes de Lamego, que possui origens no contexto da Restauração Portuguesa. Isso significa que, mesmo diante da constatação iluminista em Santos, não podemos vislumbrar somente Luzes em seu pensamento. Ele foi um homem de seu tempo, cuja tradução de ideias que fez de outros autores é genuína e qualquer tentativa de percebê-lo sob um viés único diminui a compreensão histórica acerca da formação do direito português. O mesmo pode ser dito também sobre o pensamento de Mello Freire.

A terceira consideração, inspirada na reflexão de Adriana Romeiro, é que o movimento iluminista não foi o único a provocar mudanças no direito moderno. Ver nas Luzes o único caminho histórico das transformações jurídicas é desconsiderar todas as tradições que conviveram com as ideias ilustradas. Daí ressalvamos: nem todo o direito moderno se fez baseado no Iluminismo, muito deve aos *philosophes*, mas continua sendo o direito um aspecto da ação humana condicionada ao tempo, lugar e formas de mediação. Considerar esses elementos é papel central do repensar histórico acerca do passado.

REFERÊNCIAS

Fontes Impressas

AQUINO, São Tomás. **Suma teológica**. Madrid: La Editorial Católica, 1953-60. 16v.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Trad. Torrieri Guimarães. São Paulo: Hemus, 1983.

CHODOWIECKI, Daniel. **Aufklärung**. Disponível em: <http://ds.ub.uni-bielefeld.de/viewer/image/2235093_017/23/LOG_0010>. Acesso em: 17/12/2013.

_____. **Göttin der Toleranz**. Disponível em: <http://ds.ub.uni-bielefeld.de/viewer/image/2235093_017/33/LOG_0011>. Acesso em: 13/04/2015.

CÓDIGO PHILIPINO OU ORDENAÇÕES DO REINO COMPILADAS POR MANDADO DEL REY D. PHILLIPE II. XIV edição. Rio de Janeiro: Tipografia Instituto Philomático, 1870.

COMPÊNDIO HISTÓRICO DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA [1771]. Covilhã: Lusofiapress: 2011. Disponível em: <http://www.lusosofia.net/textos/2011103marques_de_pombal_compendio_historico_da_universidade_de_coimbra.pdf>. Acesso em: 19/01/2015.

ERICEIRA, Conde da. **História de Portugal Restaurado**. Porto: Livraria Civilização, 1945 (Vols. I - IV).

FÉNELON, François Salignac de La Mothe. **As aventuras de Telêmaco, filho de Ulisses**. São Paulo: Madras, 2006.

FRANCO, Francisco de Mello. **Reino da estupidez**: poema. Hambourg: 1820

GONZAGA, Tomás Antônio. **Tratado sobre direito natural**. Rio de Janeiro: Instituto Nacional do Livro, 1957.

GÖTTINGER TASCHEN CALENDER FÜR DAS JAHR. Gottingen: Herzogin Anna Amalia Bibliothek, 1792. Disponível em: <<http://ds.ub.uni-bielefeld.de/viewer/toc/2235093/1>>. Acesso em: 02/06/2015.

GROTIUS, Hugo. **O direito da guerra e da paz**. Trad. Ciro Mioranza. Ijuí: Ed. Unijuí, 2004. 2v. (Coleção Clássicos do Direito Internacional).

KANT, Emmanuel. **A paz perpétua e outros opúsculos**. Lisboa: Edições 70, 1995.

LEI DA BOA RAZÃO. In: Lopes, José Reinaldo de Lima, Queiroz, Rabelo, Rafael Mafei, Acca, Thiago dos Santos. **Curso de História do Direito**. 2ª ed. São Paulo: Método, 2009, pp. 145-151.

MARRILIER, Clément Pierre. **La Jurisprudence**. Disponível em: <<http://bn.pt/purl.pt/4349/1/>>. Acesso em: 03/07/2014.

MELLO, Francisco Freire de. **Discurso sobre delictos e penas**: e qual foi sua proporção nas diferentes épocas da nossa jurisprudência principalmente nos três séculos primeiros da monarquia portuguesa. Londres: Officina Portuguesa, 1816. Disponível em: <<http://www.fd.unl.pt/Anexos/Investigacao/984.pdf>>. Acesso em 17/04/2015.

PUFENDORF, Samuel. **Os deveres do homem e do cidadão de acordo com as leis de direito natural**. Trad. Eduardo Francisco Alves. Rio de Janeiro: Topbooks, 2007.

PROCLAMAÇÃO DIRIGIDA AOS GOVERNADORES PARA O REINO PELO PRÍNCIPE REGENTE D. JOÃO EM 26 DE NOVEMBRO DE 1807. In: Brandão, Raul. **El-Rei Junot**. 2ª ed. Porto: Renascença Portuguesa, 1919, pp. 143-147

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **Do espírito das leis**. 2ª. ed. Trad. Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

NOTAS AO PRETENDIDO MANIFESTO DA NAÇÃO PORTUGUEZA AOS SOBERANOS E POVOS DA EUROPA: publicado em Lisboa a 15 de dezembro de 1820. Londres: Officina de T.C. Hansard, 1821. Disponível em: <<http://purl.pt/6654/5/#/28>>. Acesso em 03/10/2015.

REIS, Pascoal José de Mello Freire dos. **Código criminal intentado pela Rainha Dona Maria I**: castigada dos erros, corrector, o licenciado Francisco Freire de Mello, sobrinho do autor. 2ª ed. Lisboa: Typografo Simão Thaddeo Ferreira, 1823. Disponível em: <http://bibdigital.fd.uc.pt/C-16-8/C-16-8_item2/C-16-8_PDF/C-16-8_PDF_01-C-R0120/C-16-8.pdf>. Acesso em: 20/02/2015.

_____. **Dissertação histórica iurídica sobre os direitos e iurisdicção do Grão Prior do Crato e do seu provisor**: obra póstuma publicada por Francisco Freire de Mello, sobrinho do autor. Lisboa: Impressão Régia, 1809. Disponível em: <<http://www.fd.unl.pt/Anexos/Investigacao/7715.pdf>>. Acesso em: 13/04/2015.

_____. **Historiae Juris Civilis Lusitani**: liber singularis adcedunt de juriscosnultis lusitanis, de recta patrii juris interpretandi ratione. Capita Duo. Conimbricae: Typis Academicis, 1853. Disponível em: <<http://www.fd.unl.pt/Anexos/Investigacao/7701.pdf>>. Acesso em: 26/03/2015.

_____. **Instituições de Direito Criminal Português**. Disponível em: < <http://www.fd.unl.pt/Anexos/Investigacao/1012.pdf>>. Acesso em: 13/04/2015.

_____. **Institutiones Iuris Civilis Lusitani**. Conimbricae: Typis Academicis, 1853. Disponível em: <http://www.fd.unl.pt/Anexos/Investigacao/7702.pdf>. Acesso em 26/03/2015.

_____. **O novo código de direito público de Portugal com as provas em que contém a matéria do Livro II das actuais Ordenações.** Coimbra: Imprensa Universitária, 1844. Disponível em: <<http://purl.pt/6429/3/#/6>>. Acesso em: 20/01/2015.

_____. Petição que fez à Raynha, D. Martinho Mascarenhas, filho do Duque de Aveiro e que foi injustiçado pelo delicto de leza majestade de feito ao El Rei D. José I, a qual p. am feita por P.JM. Lente de Direito Pátrio *apud* CUNHA, Paulo Ferreira. Mello Freire advogado: notícia de um manuscrito. In: **Revista de Estudos Histórico-Jurídicos** (Seccion Historia del Derecho Europeo). Valparaíso, nº XV, 1992-1993. Disponível em: <<http://www.rehj.cl/index.php/rehj/article/viewFile/201/191>>. Acesso em 18/02/2015.

_____. **Resposta a segunda censura sobre o plano do Novo Código.** Coimbra: Imprensa da Universidade, 1844. Disponível em: <<http://www.fd.unl.pt/Anexos/Investigacao/1524.pdf>>. Acesso em: 13/04/2015.

_____. **Resposta de Pascoal José de Mello contra a censura do Compêndio Historia Juris Civilis Lusitani feita por Antônio Pereira de Figueiredo, Deputado da extinta Real Meza Censoria:** obra póstuma. Lisboa: Imprensa Régia, 1800. Disponível em: <http://bibdigital.fd.uc.pt/C-13-4-3/C-13-4-3_item2/C-13-4-3_PDF/C-13-4-3_PDF_01-C-R0120/C-13-4-3.pdf>. Acesso em: 26/03/2015.

_____. **Resposta que deu o Desembargador Paschoal José de Mello às censuras que sobre o seu plano do Novo Código de Direito Público de Portugal fez e apresentou na Junta da Revisão o Dr. Antônio Ribeiro dos Santos.** Coimbra: Imprensa da Universidade, 1844. Disponível em: <<http://www.fd.unl.pt/Anexos/Investigacao/1524.pdf>>. Acesso em: 13/04/2015.

REIS, Pascoal de Melo Freire dos. Retrato p&b. Autor desconhecido. Disponível em <http://delegacaodeansiao.blogspot.com.br/2008_02_01_archive.html>. Acesso em: 18/02/2015).

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social (1762).** Trad. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russell Editores, 2006

SANTOS, Antônio Ribeiro. A verdade da religião cristã. In: PEREIRA, José Esteves. **O pensamento político em Portugal no século XVIII:** Antônio Ribeiro dos Santos. Lisboa: Imprensa Nacional, Casa da Moeda, 1983, pp. 205-240.

_____. **De Sacerdotio et Imperio selectae dissertationes quis praemittitur dissertatio de Deo, de religione naturali, ac revelata, tanquam earum basis, et fundamentum, pro supremo juris canonici gradu obtinendo, in academia conimbricensi publice propugnandae.** Olisipone: Typographia Regia, 1770.

_____. Discurso sobre a pena de morte e reflexões sobre alguns crimes. **Jornal de Coimbra.** Lisboa, nº XXXIII, parte II, v. VII, pp. 101-147, 1814. Disponível em: <<http://www.fd.unl.pt/Anexos/Investigacao/964.pdf>>. Acesso em: 18/04/2015.

_____. **Notas á resposta que deu o Doutor Paschoal José de Mello Freire dos Reis à primeira censura que havia feito do plano do seu Novo Código do**

Direito Público o Dr. Antônio Ribeiro dos Santos apresentadas na Junta da Revisão. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1844. Disponível em: <<http://www.fd.unl.pt/Anexos/Investigacao/1524.pdf>>. Acesso em: 13/04/2015.

_____. **Notas ao plano do Novo Código de Direito Público de Portugal do Dr. Paschoal José de Mello feitas e apresentadas na Junta da Censura e Revisão em 1789.** Coimbra: Imprensa da Universidade, 1844. Disponível em: <<http://www.fd.unl.pt/Anexos/Investigacao/1524.pdf>>. Acesso em: 13/04/2015.

_____. **Notas ao Título I dos Direitos Reaes do Novo Código de Direito Público do Dr. Paschoal José de Mello feitas e apresentadas na junta da Censura e Revisão pelo Dr. Antônio Ribeiro dos Santos.** Coimbra: Imprensa da Universidade, 1844. Disponível em: <<http://www.fd.unl.pt/Anexos/Investigacao/1525.pdf>>. Acesso em: 13/04/2015.

_____. **Notas ao Título II das Leis e dos Costumes do Novo Código de Direito Público do Dr. Paschoal José de Mello escriptas e apresentadas na Junta da Revisão pelo Dr. Antônio Ribeiro.** Coimbra: Imprensa da Universidade, 1844. Disponível em: <<http://www.fd.unl.pt/Anexos/Investigacao/7351.pdf>>. Acesso em: 13/04/2015.

_____. **Notas ao Título III dos Juízos e das Penas do Novo Código de Direito Público do Dr. Paschoal José de Mello escriptas e apresentadas na Junta da Revisão pelo Dr. Antônio Ribeiro.** Coimbra: Imprensa da Universidade, 1844. Disponível em: <<http://www.fd.unl.pt/Anexos/Investigacao/1526.pdf>>. Acesso em: 13/04/2015.

_____. **Notas ao Título IV da Religião e Fé Catholica do Novo Código de Direito Público do Dr. Paschoal José de Mello escriptas e apresentadas na Junta da Revisão pelo Dr. Antônio Ribeiro.** Coimbra: Imprensa da Universidade, 1844. Disponível em: <<http://www.fd.unl.pt/Anexos/Investigacao/1527.pdf>>. Acesso em: 13/04/2015.

_____. **Memórias de litteratura portuguesa:** publicadas pela Academia Real das Sciencias de Lisboa. 2ª ed. V.8, Lisboa: Tipografia da mesma academia, 1856. Disponível em: <<https://books.google.com.br/books?id=zfEzAAAAMAAJ>>. Acesso em: 02/07/2015.

STOCKLER, Francisco de Borja Garção. **Elogio Histórico de Pascoal José de Mello Freire dos Reis:** pronunciado na Assembleia Pública da Academia Real das Sciências de 17 de janeiro de 1799 e dedicado à sua alteza real o príncipe Dom João Nosso Senhor. Lisboa: Typographia da Academia Real das Sciencias, 1799. Disponível em: <http://purl.pt/6817/4/#/2>. Acesso em: 15/03/2015.

SYLVA, José de Seabra da. **Dedução Chronologica, e Analytica na qual se manifestão pela successiva serie de cada hum dos Reynados da Monarquia Portugueza, que decorrerão desde o Governo do Senhor Rey D. João III até o presente, os horrorosos estragos, que a Companhia denominada de Jesus fez em Portugal, e todos seus Domínios por hum Plano, e Systema por ella inalteravelmente seguido desde que entrou neste Reyno, até que foi delle proscrita, e expulsa pela justa, sabia, e providente Ley de 3 de Setembro de 1759.** Lisboa: Officina de Miguel Manescal da Costa, 1768.

TELLES, José Homem Correia. **Comentário crítico à Lei da Boa Razão**. In: Almeida, Candido Mendes de. *Auxiliar jurídico: apêndice às Ordenações Filipinas*. 2.v. Rio de Janeiro, 1870. Edição fac-similada de Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1985.

VERNEY, Luís Antônio. **Verdadeiro método de estudar, para ser útil à Republica, e à Igreja**: proporcionado ao estilo, e necessidade de Portugal. Valença: Oficina de Antonio Balle, 1746. Disponível em: <<http://purl.pt/118>>. Acesso em: 17/01/2015.

VOLTAIRE. **Tratado sobre a tolerância**: por ocasião da morte de Jean Calas (1763). Trad. William Lagos. Porto Alegre: L&PM Editores, 2008.

BIBLIOGRAFIA

Artigos e Capítulos de Livro

ALMEIDA, Fábio Chang de. O historiador e as fontes digitais: uma visão acerca da internet como fonte primária para pesquisas históricas. **AEDOS**. Porto Alegre, v. 3, n. 8, 2011. Disponível em: <<http://www.seer.ufrgs.br/aedos/article/view/16776>>. Acesso em: 13/10/2015.

ANASTASIA, Carla. A Lei da Boa Razão e o novo repertório da ação coletiva nas Minas setecentistas. **Varia Historia**. Belo Horizonte, n. 28, pp. 29-38, dez. 2002.

ANTUNES, Álvaro de Araújo. As paralelas e o infinito: uma sondagem historiográfica acerca da história da justiça na América portuguesa. **Revista de História**. São Paulo, jul/dez 2013. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/revhistoria/article/viewFile/69164/71618>. Acesso em: 12/01/2015.

_____. Pelo rei, com razão: comentários sobre as reformas pombalinas no campo jurídico. **Revista IHGB**. Rio de Janeiro, jul/set/2011. Disponível em: <<http://www.ihgb.org.br/rihgb/rihgb2011numero0452c.pdf>>. Acesso em: 12/01/2015.

CABRAL, Gustavo César Machado. A lei da boa razão e as fontes do direito: investigações sobre as mudanças no direito português do final do antigo regime. **Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI**. Fortaleza (2010). Disponível em: <http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/GCabral.pdf>. Acesso em: 01/02/2015.

CHORÃO, Luís Bigotte. O discurso de Duarte Alexandre Holbeche: subsídios para o estudo do Novo Código. In: DE ALBUQUERQUE, Martim; DE ALBUQUERQUE, Ruy (Org.). **Estudos em homenagem ao professor doutor Manuel Gomes da Silva**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

COLLAÇO, João Maria Tello de Magalhães. **Ensaio sobre a inconstitucionalidade das leis no direito português**. Coimbra: Imprensa Universitária, 1915. Disponível em: <<http://purl.pt/721/3/#/4>>. Acesso em: 10/07/2015.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. Melo Freire, Pascoal José de (1738-1798). In: Serrão, Joel (Direção de): **Dicionário da História de Portugal**. 2ª ed. vol. III. Lisboa: Iniciativas Editoriais, 1978.

CUNHA, Paulo Ferreira da. Antônio Ribeiro dos Santos e o direito nas poesias de Elpino Duriense. **Estudos em homenagem a Luís Antônio de Oliveira Ramos**. Faculdade de Letras da Universidade do Porto, v. 2, 2004, pp. 469-480. Disponível em: <http://ler.letras.up.pt/uploads/ficheiros/4985.pdf>. Acesso em: 02/07/2015.

_____. Da proteção jurídica das pessoas no projeto de novo código de direito público de Paschoal de Mello Freire. **Revista Chilena de Historia del Derecho**. Santiago, nº 16, 1990. Disponível em: <<http://www.historiadelderecho.uchile.cl/index.php/RCHD/article/viewFile/24305/25658>>. Acesso em: 02/03/2015.

_____. Do jusracionalismo luso-brasileiro e da unidade essencial do jusnaturalismo: reflexão problemática filosófica histórica. **Collatio**. Porto, nº12, jul-set 2012. Disponível em: <<http://www.hottopos.com/collat12/17-30FC.pdf>>. Acesso em: 25/03/2014.

_____. Mello Freire advogado: notícia de um manuscrito. **Revista de Estudos Histórico-Jurídicos** (Seccion Historia del Derecho Europeo). Valparaíso, nº XV, 1992-1993. Disponível em: <<http://www.rehj.cl/index.php/rehj/article/viewFile/201/191>>. Acesso em 18/02/2015.

FASÓ, Guido. Jusnaturalismo. In: BOBBIO, Norberto, MATTEUCCI, Nicola, PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. 3ª ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1991.

FRANCO, José Eduardo. A ideia de Europa nas reformas pombalinas da educação. **Anais do VI Congresso Luso-Brasileiro de História da Educação**. Uberlândia. 2006. Disponível em: <http://www2.faced.ufu.br/colubhe06/anais/arquivos/590jose_eduardo_franco.pdf>. Acesso em: 16/01/2015.

GOMES, Rodrigo Elias Caetano. **As letras da tradição: o Tratado de Direito Natural de Tomás Antônio Gonzaga e as linguagens políticas na época pombalina (1750-1772)**. Dissertação de Mestrado. Niterói, UFF, 2005.

HESPANHA, António Manuel. A constituição do Império português: revisão de alguns enviesamentos correntes. In: Fragoso, J.; Bicalho, M. F.B.; Gouvêa, M.F.S. (orgs.): **O Antigo Regime nos Trópicos: a dinâmica imperial portuguesa (Séculos XVI-XVIII)**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001.

_____. Antigo regime nos trópicos? In: Fragoso, J.; Bicalho, M. F.B.; Gouvêa, M. F.S. (orgs.). **Na trama das redes: política no império português, séculos XVI-XVIII**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2010.

_____. Da Iustitia à disciplina: textos, poder e política penal no Antigo Regime. In: Hespanha, Antônio Manuel (org.). **Justiça e litigiosidade: história e prospectiva**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

_____. O constitucionalismo monárquico português: breve síntese. **História Constitucional**, nº. 13, pp. 477-526, 2012. Disponível em: <<http://www.historiaconstitucional.com/index.php/historiaconstitucional/article/viewArticle/341>>. Acesso em: 23/02/2015.

_____. Porque é que existe e em que consiste um direito colonial brasileiro? In: Paiva, Eduardo França (org.). **Brasil-Portugal: sociedades, culturas e formas de governar no mundo português (século XVI-XVIII)**. Belo Horizonte: Annablume, 2006.

MACEDO, Jorge Borges de. Formas e premissas do pensamento luso-brasileiro do século XVIII. **Revista da Biblioteca Nacional de Lisboa**. Lisboa, 1 (1), 1981.

NEDER, Gizlene. A recepção do constitucionalismo moderno em Portugal e a escrita da história do direito. **Passagens**, v. 4, n. 3, p. 510-533, 2012. Disponível em: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4017539>. Acesso em: 15/06/2015.

OESTERLE, Pauline. Friedrich Spee e a sua crítica à bruxaria. **Acta Scientiarum Human and Social Sciences**. Maringá, v. 26, n. 1, pp. 169-175, 2004. Disponível em: <<http://periodicos.uem.br/ojs/index.php/ActaSciHumanSocSci/article/view/1572/925>>. Acesso em: 17/04/2015.

PEREIRA, José Esteves. Jusnaturalismo pombalino e mariano. In: Silva, João Paulo (Coord.). **Pombal e o seu tempo**. Casal de Cambra: Caleidoscópio, 2010.

PINHO, Bruno de Oliveira. **Direito natural em Hugo Grotius**. Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Filosofia da USP, 2013. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8133/tde-05062013-105137/en.php>>. Acesso em 22/05/15.

RAMOS, Luís António de Oliveira. A Revolução de 1820 e a Revolução Francesa. **Revista de História**. Porto: Faculdade de Letras da Universidade do Porto, 1983-1984. Disponível em: <<http://repositorio-aberto.up.pt/handle/10216/13545>>. Acesso em: 03/10/2015.

_____. Sobre os ilustrados na academia de Coimbra. **Estudos em homenagem a João Francisco Marques**. Porto: Faculdade de Letras da Universidade do Porto, 2001. Disponível em: <<http://ler.letras.up.pt/uploads/ficheiros/2877.pdf>>. Acesso em: 22/05/2015.

ROMEIRO, Adriana. Inquisição. In: Romeiro, Adriana, Botelho Vianna, Ângela. In: **Dicionário Histórico das Minas Gerais**. 3ª ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2013.

SCATTOLA, Merio. Models in history of natural law. **Zeitschrift für Europäische Rechtsgeschichte**. Frankfurt, nº XXVIII, pp. 91-159, 2001. Disponível em: <http://www.maldura.unipd.it/dllags/docentianglo/dispense_scattola_st_dott_pol_1112/03.%20Models%20in%20History%20of%20Natural%20Law.pdf>. Acesso em 16/08/2014.

SÉRGIO, António. O reino cadaveroso ou o problema da cultura em Portugal. **Obras completas**: ensaios. V. 2, pp. 25-61, 1972.

SILVA, Mozart Linhares. A reforma pombalina e o direito moderno luso-brasileiro. **Memorial do Judiciário do Rio Grande do Sul**. Porto Alegre, v.2, nº 4, 2002. Disponível em:<http://www.tjrs.jus.br/export/poder_judiciario/historia/memorial_do_poder_judiciario/memorial_judiciario_gaucho/revista_justica_e_historia/issn_1676-5834/v2n4/doc/02Mozart_Linhares.pdf>. Acesso em 26/01/2015.

SUBTIL, José. Sistema penal e construção do Estado Liberal: algumas questões em torno da Revolução de 1820. **Penélope**: revista de história e ciências sociais, nº. 5, pp. 77-98, 1991.

TORRES, Ruy D'Abreu. Antônio Ribeiro dos Santos (1745-1818). In: Serrão, Joel (Direção de). **Dicionário da História de Portugal**. 2ª ed., vol. III. Lisboa: Iniciativas Editoriais, 1978.

UNIVERSIDADE NOVA DE LISBOA. Faculdade de Direito. **Ficha biobibliográfica de Pascoal de Mello Freire dos Reis (1738-1798)**. Desenvolvida por Raquel Galvão da Silva, 2007. Disponível em:<http://www.fd.unl.pt/ConteudosAreasDetalhe_DT.asp?I=1&ID=9240>. Acesso em 06/01/2011.

_____. **Ficha biobibliográfica de Francisco Freire de Mello (1760-1838)**. Desenvolvida por Raquel Galvão da Silva. Disponível em:< http://www.fd.unl.pt/ConteudosAreasDetalhe_DT.asp?I=1&ID=984>. Acesso em: 19/04/2015.

VILLALTA, Luiz Carlos; MORAIS, Christianni Cardoso; MARTINS, João Paulo. As reformas ilustradas e a instrução no mundo luso-brasileiro (1759- 1807). In: LUZ, Guilherme Amaral; ABREU, Jean Luiz Neves; NASCIMENTO, Mara Regina do (Orgs.). **Ordem crítica**: a América portuguesa nas “fronteiras” do século XVIII. Belo Horizonte: Fino Traço, 2013, p. 33-103.

_____. El-Rei, os vassalos e os impostos: concepção corporativa de poder e método tópico num parecer do Códice Costa Matoso. **Varia História**. Belo Horizonte, julho de 1999, nº. 21.

_____. A sociedade como um teatro: da ficção à história, na França, no ocaso do Antigo Regime. **Floema**. Vitória da Conquista 6 (1): 159-192, 2011. Disponível em:<<http://periodicos.uesb.br/index.php/floema/article/viewFile/788/788>>. Acesso em: 02/10/2015.

WEHLING, Arno; WEHLING, Maria José. Despotismo ilustrado e uniformização legislativa: o direito comum no período pombalino e pós-pombalino. **História, Revista da Faculdade de Letras**, v. 14, p. 413-428, 1997. Série II.

Livros e Teses

ALVES, Patrícia Woolley Cardosos Lins. **D. João de Almeida e a revisão do processo dos Távoras**: conflitos, intrigas e linguagens políticas em Portugal nos finais do Antigo Regime (1777-1802). Tese de doutorado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em História, UFF, 2011.

ANTUNES, Álvaro de Araújo. **Espelho de cem faces**: o universo relacional de um advogado setecentista. São Paulo: Annablume, 2004.

_____. **Fiat Justitia**: os advogados e a prática da Justiça em Minas Gerais (1750-1808). Tese de doutorado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em História, UNICAMP, 2005.

ARAÚJO, Ana Cristina. **A cultura das luzes em Portugal**: temas e problemas. Lisboa: Livros Horizontes, 2003.

ARAÚJO, Viviane Nunes de. **A saga do zangão**: uma visão sobre o direito natural. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

BITTAR, Eduardo C.B; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de filosofia do direito**: panorama histórico e tópicos conceituais. São Paulo: Atlas, 2001.

CALAFATE, Pedro; FRANCO, José Eduardo (Coords.). **A Europa segundo Portugal**: ideias de Europa na cultura portuguesa, século a século. Lisboa: Gradiva, 2012.

CARVALHO, Flávio Rey de. **Um iluminismo português?** A reforma da universidade de Coimbra (1772). São Paulo: Annablume, 2008.

CARVALHO, Rômulo de. **História do ensino em Portugal**: desde a fundação da nacionalidade até o fim do regime de Salazar-Caetano. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1986.

CASSIRER, Ernst. **A filosofia do Iluminismo**. Trad. Álvaro Cabral. 3ª ed. Campinas: Editora da Unicamp, 1997.

CHARTIER, Roger. **Origens culturais da revolução francesa**. Trad. George Schlesinger. São Paulo: Editora UNESP, 2009.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. **História do direito português**. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 1999.

CRUZ, Guilherme Braga da. **Obras esparsas**: história do direito moderno, 2ª parte. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1981.

CUNHA, Norberto Ferreira da. **Elites e acadêmicos na cultura portuguesa setecentista**. Lisboa: Imprensa Nacional/Casa da Moeda, 2001.

DARNTON, Robert. **Os dentes falsos de George Washington**: um guia não convencional para o século XVIII. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

DIAS, José Sebastião da Silva. **Portugal e a cultura europeia**: séculos XVI a XVIII. Porto: Campo das Letras, 2006.

FALCON, Francisco C. **A época pombalina**. São Paulo: Ática, 1982.

FEBVRE, Lucien. **O problema da incredulidade no século XVI**: a religião de Rabelais. Trad. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: persuasão, técnica e. 4ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FLÓREZ MIGUEL, Cirilo. **El siglo XVIII y la idea de Europa de La Ilustración**. Madrid: Editorial Síntesis, 2008.

FURTADO, João Pinto. **O manto de Penélope**. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

FURTADO, Júnia Ferreira. **Oráculos da geografia iluminista**: Dom Luís da Cunha e Jean-Baptiste Bourguignon d'Anville na construção da cartografia do Brasil. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2012.

GAY, Peter. **The Enlightenment**: the rise of modern paganism. New York: W.W. Norton & Company, 1995. 2v.

GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Trad. Antônio Manuel Hespanha e L. M. Mascarenhas. 4ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.

HAZARD, Paul. **O pensamento europeu no século XVIII**. Portugal: Editora Presença; Brasil: Livraria Martins Fontes, 1974.

HESAPANHA, António Manuel. **Direito luso-brasileiro no Antigo Regime**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

_____. **História de Portugal Moderno**: político e institucional. Lisboa: Universidade Aberta, 1995.

_____. **História do direito na história social**. Lisboa: Livros Horizontes, 1978.

_____. **O direito dos letrados no Império Português**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006.

HOF, Ulrich Im. **A Europa no século das luzes**. Trad. Maria Antônia Amarante. Lisboa: Editorial Presença, 1995. (Coleção Construir a Europa).

HORKHEIMER, Max, ADORNO, Theodor W. **Dialética do esclarecimento**: fragmentos filosóficos. Trad. Guido Antônio de Almeida. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1985.

ISRAEL, Jonathan. **O Iluminismo radical**. Trad. Cláudio Blanc. São Paulo: Madras, 2009.

KOSELLECK, Reinhart. Uma história dos conceitos: problemas históricos e práticos. **Estudos históricos**. Rio de Janeiro: v. 5, n. 10, pp. 134-146.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história**: lições introdutórias. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MACEDO, Jorge Borges de. **Estrangeirados**: um conceito a rever. Lisboa: Edições do Tempo, 1974.

MALTEZ, José Adelino. **Princípios de ciência política**: introdução à teoria política. Lisboa: Edições ISCSP, 1996.

MARCOS, Rui Manuel Figueiredo de. **A legislação pombalina**: alguns aspectos fundamentais. Coimbra: Almedina, 2006.

MARGUTI, Paulo. **História da Filosofia do Brasil**: o período colonial (1500-1822). São Paulo: Loyola, 2013.

MARQUES, Mário Reis. **História do direito português medieval e moderno**. Coimbra: Almedina, 2009. 2ª ed.

MARTÍNEZ, Rogelio Blanco. **Caracteres generales de la ilustración em Europa y em España**. Madrid: Endymion, 1999.

MARTINS, João Paulo. **Política e história no Reformismo Ilustrado Pombalino (1750-1777)**. Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em História, UFMG, 2008.

MAXWELL, Keneth. **Marquês de Pombal**: paradoxo do iluminismo. São Paulo: Paz e Terra, 1996.

MERÊA, Paulo. **Estudos de História do Direito**. Coimbra: Coimbra Editora, 1923. Disponível em: <<http://www.fd.unl.pt/Anexos/Investigacao/3883.pdf>>. Acesso em: 03/07/2015.

MONCADA, Luís Cabral. **Estudos de História do Direito**. Coimbra: Por ordem da Universidade, 1948. v. 1.

MUNCK, Thomas. **História social de la ilustración**. Trad. Gonzalo G. Djembé. Barcelona: Crítica, 2001.

NEDER, Gizlene. **Iluminismo jurídico-penal luso-brasileiro**: obediência e submissão. Rio de Janeiro: Revan, 2007. 2ª ed. (Coleção Pensamento Criminológico).

OUTRAN, Dorinda. **The Enlightenment**. Cambridge: University Press, 1995.

PEREIRA, José Esteves. **O pensamento político em Portugal no século XVIII**: Antônio Ribeiro dos Santos. Lisboa: Imprensa Nacional, Casa da Moeda, 1983.

PEREIRA, Marcos A. **Cesare Beccaria: precursor do direito penal moderno**. São Paulo: La Fonte, 2011. (Col. Filosofia Comentada).

POLITO, Ronald. **A persistência das ideias e das formas: um estudo sobre a obra de Tomás Antônio Gonzaga**. Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em História da UFF, 1999.

POCOCK, J. G. A.; MICELI, Sérgio (Org.). **Linguagens do ideário político**. São Paulo: Edusp, 2003. (Clássicos; 25).

PRADO JÚNIOR, Caio. **Formação do Brasil contemporâneo**. São Paulo: Brasiliense, 1973.

QUENTAL, Antero. **Causas da decadência dos povos peninsulares nos últimos três séculos**. Lisboa: Editorial Nova Ática, 2005.

REIS, José Carlos. **História & Teoria: Historicismo, Modernidade, Temporalidade, Verdade**. Rio de Janeiro: FGV, 2005.

ROCHA, Igor Tadeu Camilo. **Libertinos, tolerância religiosa e inquisição sob o Reformismo ilustrado luso-brasileiro: formulações, difusão e representações (1756- 1807)**. Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em História, UFMG, 2015.

ROMEIRO, Adriana. **Um visionário na corte de D. João V: revolta e milenarismo nas Minas Gerais**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2001.

SCHWARTZ, Stuart. **Cada um na sua lei: tolerância religiosa e salvação no mundo atlântico ibérico**. Trad. Denise Bottman. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

SILVA, Nuno Espinosa Gomes da. **História do direito português: fontes de direito**. Lisboa: Fundação Caluoste Gulbenkian, 1985.

SKINNER, Quentin. **As fundações do pensamento político moderno**. Trad. Renato Janine Ribeiro. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

SPECTOR, Céline. **Vocabulário de Montesquieu**. Trad. Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

STRAUSS, Leo. **Direito natural e história**. Trad. Bruno Costa Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

TEIXEIRA, Antônio Braz. **O pensamento filosófico-jurídico português**. Lisboa: Biblioteca Breve, 1983.

TODOROV, Tzvetan. **O espírito das luzes**. Trad. Mônica Cristina Corrêa. São Paulo: Barcarola, 2008.

TORGAL, Luís Reis. **Ideologia política e teoria do Estado na Restauração**. Coimbra: Biblioteca Geral da Universidade, 1982. 2v.

VARELA, Laura Beck. **Literatura jurídica y censura: fortuna de Vinnius em Espanha.** Valencia: Tirant lo blanch, 2013.

VALADARES, Vrginia Maria Trindade. **Elites mineiras setecentistas: conjugcao de dois mundos.** Lisboa: Edições Colibri, 2004.

VALLE, Sofia Alves. **As concepções jusnaturalistas de Tomás Antnio Gonzaga (1744-1810) no Tratado de Direito Natural e na Carta sobre a usura.** Dissertacao de mestrado apresentada ao Programa de Ps-Graduacao em História, UFMG, 2005.

VILLEY, Michel; RIALS, Stéphane. **A formacao do pensamento jurídico moderno.** 2^a. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

VILLALTA, Luiz Carlos. **1789-1808: o Império luso – brasileiro e os brasis.** São Paulo: Companhia das Letras, 2000. (Colecao Virando Séculos).

_____. **O Brasil e a crise do Antigo Regime (1788-1822).** Rio de Janeiro: FGV, 2015.

_____. **Reformismo ilustrado, censura e práticas de leitura: uso do livro na América Portuguesa.** Tese de doutoramento apresentada ao Programa de Ps-Graduacao em História, FFLCH/USP, 1999.

_____. **Usos do Livro no Mundo Luso-Brasileiro sob as Luzes: reformas, censura e contestações.** Belo Horizonte: Fino Traço, 2015.

WEHLING, Arno; WEHLING, Maria José. **Direito e justiça no Brasil colonial: o Tribunal da Relacao do Rio de Janeiro (1751-1808).** Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno.** Trad. Antnio Manuel Hespanha. Lisboa: Fundacao Calouste Gulbenkian, 1980.