

De Tordesilhas ao Governo Geral do Brasil(*)

MARIO CASASANTA

Antes de entrarmos no estudo de nossa Constituição, impõe-se-nos considerar as linhas essenciais da formação política e jurídica do Brasil.

Sem tal consideração, dificilmente ou impossivelmente poderíamos compreender o ordenamento vigente, já que êle não passa de uma resultante, uma ordem de fatos e de idéias que deitam as suas raízes muito antes do descobrimento e da povoação de nosso território.

Fundadamente, escreveu Federico Patetta, em sua *STORIA DEL DIRITTO ITALIANO*, introdução, que o objetivo precípua dos estudos jurídicos é, sem dúvida, o conhecimento científico do conhecimento vigente, mas que não conhece cientificamente o direito vigente quem ignora a gênese e as transformações sucessivas de cada um dos institutos jurídicos.

O que isso representa envolve tôda a nossa história e prende-se ao direito e às instituições portuguesas, que, por sua vez, se prendem ao direito das Espanhas, ao direito romano, ao direito canônico, ao direito norte-americano, ao constitucionalismo europeu, ao direito natural e a outras influências de menor extensão.

Deveria constituir uma cadeira própria, e tal se tem feito nos melhores centros de cultura. No Brasil, fêz ela parte do currículo nos primeiros tempos da República. Atualmente, algumas escolas a incluem no Curso de Doutorado, bastando para assinalar-lhe a importância a circunstância de ter a Faculdade de Direito da Universidade de S. Paulo cometido o seu ensino

(*) Notas taquigráficas revistas pelo professor.

a Waldemar Ferreira, como coroa de uma vida em que revolveu a nossa legislação, ponderou a nossa jurisprudência, discutiu a nossa doutrina e fêz doutrina, ao longo de uma intensa e extensa atividade na cátedra, no pretório e na tribuna política. Ao darmos estas aulas, não tínhamos ainda a HISTÓRIA DO DIREITO dêsse eminente mestre, e é para nós motivo de satisfação registrar a coincidência da maioria de nossas idéias no tocante à formação da nacionalidade.

Carlos Maximiliano

II — Não sem razão declara Carlos Maximiliano, na introdução dos seus COMENTÁRIOS À CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1946, que o estudo da origem e evolução do nosso Direito Constitucional «podia e devia constituir o objeto de uma obra especial e volumosa.»

Não achando oportuno fazê-lo nos seus COMENTÁRIOS, propôs-se considerar «apenas o indispensável para a perfeita exegese do estatuto supremo: um ligeiro escôrço de nossa história constitucional.»

Se se considera que escôrço já é de si uma redução de alguma figura maior a menor, um resumo ou uma obra de pequenas dimensões, e se lhe aplica o adjetivo **ligeiro** que fomos buscar à língua francesa, com pio horror dos puristas, vê-se que a intenção consistia tão só na fixação das linhas dorsais da formação e evolução constitucional do Brasil.

Como se verá, porém, não conseguiu o preclaro jurista e homem público o seu bom intento.

Não vai nisso, — é preciso deixar bem esclarecido, — um julgamento total do jurista e do homem público. Além dos COMENTÁRIOS, em que vocês encontram uma informação útil, é êle o autor de uma HERMENEUTICA E APLICAÇÃO DO DIREITO, que deve estar nas boas estantes dos que tratam o Direito. Gaucho, foi aluno de nossa Faculdade. Através de uma larga vida, legou-nos lições de honradez, de operosidade e de espírito público.

Boa parte das objeções que lhe faremos explica-se precisamente pelos anos de sua formação. Com efeito, tendo nascido

e tendo sido educado por volta da proclamação da República, manteve até o fim os ideais da república liberal e da federação que lhe informaram o espírito e caracterizaram os homens novos de seu tempo.

No seu ligeiro escôrço, peca exatamente por interpretar o passado à luz das coordenadas de sua formação e por ter incluído, numa sùmula, alguma coisa demais como omitido alguma coisa ponderável.

Tecendo algumas considerações acêrca de seu resumo, daremos, por nossa vez, a nossa conceituação sôbre a formação jurídica e política do Estado Brasileiro.

Acentuaremos, apenas, os pontos principais, e nem seria necessário estendermo-nos, visto que se trata de fatos, datas e nomes que lhes serão de algum modo familiares, desde os bancos da escola primária.

O nosso território

III — Entre os fatos de menos, sobreleva, logo nas primeiras linhas, um e fundamental.

Começa com Pedro Alvares, que, «embora incumbido de consolidar a obra de Vasco da Gama», se afastou «propositadamente da costa africana, aproou de preferênciã a rumo ocidental», o que determinou o descobrimento do Brasil.

È isso certo, porque, em vez de retrilhar o caminho da Índia, o descobridor desviou-se para o Ocidente, contrariando uma orientação constante das navegações portugûesas até o seu tempo.

Por que o teria feito?

Precisamente porque entre o dobrar do Cabo das Tormentas, em 1487, por Bartolomeu Dias, o que significava a certeza de atingir a Índia, o descobrimento da América por parte de Castela, com a aventura de Colombo, em 1492, e a revelação definitiva do caminho da Índia por Vasco da Gama, em 1497, ocorrera um fato novo e decisivo, qual foi a intervenção do Papa Alexandre VI no conflito que se delineava entre Portugal e Castela.

Portugal obtivera do Papado a doação de um imenso domínio das terras descobertas e por descobrir, por fôrça das bulas de Nicolau V, em 1454, de Calisto III, em 1455, e de Sixto IV, em 1481, e, de um dia para o outro, com a viagem de Colombo, o Papa Alexandre VI, espanhol e vinculado à Espanha, desfaz pela bula **Inter Caetera** as bulas anteriores, ordenando que se traçasse uma linha de demarcação do Pólo Ártico ao Pólo Antártico. Por essa demarcação, tudo o que coubesse dentro de cem léguas a oeste do Cabo Verde e ao Sul dos Açôres pertenceria à Espanha. O conflito, já em si grave, subiu de ponto com outra bula em que se suprimiam as doações anteriores a favor dos portugueses.

D. João II protestou enèrgicamente em Roma contra o esbulho, ao mesmo tempo que se preparava para a luta das armas.

Os historiadores portugueses, não contestados nesse ponto pelos espanhóis, testemunham o fato, que, de resto, consta de documentos oficiais.

Vamos a um dos melhores mestres da história portugêsa, em nosso tempo, João Ameal, HISTÓRIA DE PORTUGAL, p. 256, em que nos informa de que D. João II quer a guerra, mas não a desejam os Reis Católicos:

«Ante a vigorosa atitude de D. João, prestou-se a negociar em bases mais razoáveis. E, dessa vez, a nossa Embaixada a Espanha consegue resultados positivos: a linha entre os dois pólos já não passará a cem léguas a oeste das ilhas de Cabo Verde — mas a trezentos e setenta léguas. Assim, conservamos o verdadeiro caminho da India e, mesmo no continente novo, abarcamos uma vasta zona.»

Mais adiante:

«O Tratado de Tordesilhas (7 de junho de 1494), assinado em Arévalo a 2 de julho — marca um momento culminante da glória de Portugal, que reparte com a Espanha o Universo ao meio.»

Vem daí o nosso aplauso àquele **propositadamente** de Carlos Maximiliano ao feliz desvio da frota de Cabral. Se Dom João II não aceitou as cem léguas a oeste de Cabo Verde, foi porque sabia certamente que dentro dessa demarcação lhe caberiam apenas as ondas do mar alto. Por outro lado, se aceitou as trezentas e setenta léguas, foi porque sabia, por igual, que dentro delas demoravam novos e vastos territórios.

Dessa maneira, a balela de que o Brasil foi descoberto por acaso se desfaz, sem maior esforço de reflexão.

Essa interpretação, explicável ao tempo e adotada por bons escritores portugueses, porque a história do velho Portugal andou cheia daqueles milagres que tanto irritavam o grande Alexandre Herculano, começou a ser desfeita pelo historiador brasileiro Joaquim Norberto de Sousa e Silva, por volta de 1854. Deu margem a muitas polêmicas, mas a tese da intencionalidade, que Carlos Maximiliano adotou, oferece melhores fundamentos históricos e lógicos.

Damião Peres, que estudou a preceito a matéria, publicando em 1949, em Lisboa, um livro sobre ela, dela não se afastou, dez anos depois, ao escrever a sua monografia PEDRO ÁLVARES CABRAL E O DESCOBRIMENTO DO BRASIL, consoante se vê a páginas 67:

«Seria, com efeito, desnecessário navegar tanto para sudoeste, se se queria apenas fazer caminho para o Cabo da Boa Esperança, navegar num afastamento que as correntes marítimas ou os ventos não justificam, e que Vasco da Gama não praticara, embora demandasse, com êxito, aquêlê têrmo austral da África, seguindo uma rota análoga à de Cabral, salvo nas modificações impostas pelo condicionalismo estival do Atlântico na parte inicial do percurso, entre o arquipélago caboverdiano e o Equador; e está demonstrado terem os pilotos da frota de Cabral pleno conhecimento dêsse afastamento, sem que lhes fôsse ordenado que o reduzissem.»

Encarregado de consolidar a obra de Vasco da Gama, na Índia, Cabral com seus técnicos não desconhecia o itinerário certo. Poderia, conseqüentemente, ir seguramente em direitura à Índia, navegando por mares já de antes navegados.

Tinha o descobridor, porém, outra missão, além de continuar a obra de Vasco da Gama, e era a de verificar o que coubera aos portugueses em razão do Tratado de Tordesilhas. Sabia que havia terra no caminho das Índias e, por isso, saiu do caminho.

Fazia-o dentro daquela **política de segrêdo**, que caracteriza as grandes realizações estatais, sobretudo de ordem internacional, não só porque a Espanha já estava com o pé na América, mas também porque não havia vantagem alguma em divulgar a tentativa. Cf. Jaime Cortezão, na sua monografia **A POLÍTICA DE SIGILO NOS DESCOBRIMENTOS**, Lisboa, 1960.

A prova de que sabia bem a que parte viera parar está em que, depois de alguns dias de Brasil, Pedro Álvares Cabral se encaminhou para o Oriente, retomando a rota de Vasco da Gama.

Em contrário do desrespeito de Cabral ao regimento que lhe fôra dado, Costa Brochado, **DESCOBRIMENTO DO ATLÂNTICO**, Lisboa, 1958.

A seu ver, as costas brasileiras eram já conhecidas dos caravelistas portugueses e do govêrno português, pois deve ficar bem assentado que a empresa dos descobrimentos, ao invés da de Castela, se revestia de cunho nitidamente estatal.

P. 70:

«Bartolomeu Dias, **príncipe dos caravelistas**, que, «tirando as castanhas do lume», abriu aos navegadores, os mares do Sul, legou ao mundo um **novo Atlântico**, com suas praias ainda por ocupar. Ele descobrira que, se «o Mar não tem cancelas», como diziam os antigos, é certo que tem **mãos**; e foram as suas explorações, e as dos seus camaradas, que nos advertiram

e ensinaram, para sempre, que, no Atlântico-Sul, se deve navegar **pela direita**, à ida e à volta — lição logo aproveitada nas rotas de Gama e Cabral...»

IV — Mas que tem isso com a evolução constitucional do Brasil? O Tratado de Tordesilhas não passa de uma simples espécie histórica, cuja omissão seria perdoável num «ligeiro escôrcço de nossa história constitucional.»

Pois não se dirá bem, porque um dos elementos fundamentais do Estado, no consenso quase unânime dos juristas, é o território, a ponto de se lhe chamar **ente territorial**, e o Brasil, graças ao Tratado de Tordesilhas, oferece a particularidade extraordinária de ter tido o seu território, seis anos antes de ser descoberto.

Mais ainda.

Sôbre ter território, antes do feliz desvio de Cabral, deve-se considerar que o Brasil teve, antes do descobrimento, os seus limites definidos, e essa circunstância envolve, não menos, conseqüências jurídicas de maior alcance.

O território é a parte da superfície terrestre em que uma convivência humana se organiza soberanamente.

Quer os que consideram o território como elemento essencial do Estado, e são a maioria dos doutores, quer os que, como Donati, STATO E TERRITORIO, acham que seja apenas uma condição necessária, mas exterior do Estado, quer os que o reputam objeto do poder do Estado, e em tôdas as teorias há uma parte de verdade, todos convêm em que se trata de uma extensão de terra, em que o Estado exerce o seu poder de império.

O chefe da Escola de Viena, Kelsen, assevera, com razão, que o território constitui o limite da validez do ordenamento jurídico, concluindo que, sem a delimitação do lugar, não tendo o ordenamento jurídico uma validez localizada, acabaria por não ter nenhuma validez.

Trata-se de opinião de há muito radicada, bem antes de Kelsen, pois já Micelli, cuja última edição de seus PRINCIPII DI DIRITTO COSTITUZIONALE saiu em 1913, explicava, com a peculiar segurança de conceitos, p. 104:

«Este ordenamento, pois, não está acampado no ar, existe em um dado lugar, em uma parte qualquer da superfície terrestre, em relação à qual o seu caráter específico adquire consistência e pode fixar os limites da sua individualidade e da sua ação.»

Mais adiante, p. 124, versando a *vexata quaestio* das relações entre o Estado e o território, reitera:

«O território é, portanto, a base natural do Estado, necessária à completa exteriorização e afirmação de seu poder, seja pela precisa designação dos confins dentro dos quais deve desenvolver-se a sua atividade, seja pela jurídica determinação das relações que se estabelecem entre os homens e os lugares em que fixam a sua habitação.»

A importância da fixação dos limites é que deu ao segundo Rio Branco a glória de **Deus Terminus** da nacionalidade, pois a ampliação do nosso território tornara indeterminados os nossos confins.

Ainda há pouco, por ocasião da agressão do fascismo italiano contra a Etiópia, alegou-se que êste país não constituia um Estado, à falta de limites definidos. A razão não era de todo em todo má. Ao contrário, muito melhor do que as do Lobo contra o Cordeiro. O que era de esperar é que Mussolini, por outros títulos eminente, em vez de uma agressão injusta e infeliz, devia aconselhar o Negus a proceder à delimitação de seu território, se realmente queria fazer dêle um Estado.

V — Não consta, por igual, na introdução de Carlos Maximiliano, a ampliação de nosso território, depois que se constituiu a união hispano-portuguêsa. Feita a união, desapareceu a linha de Tordesilhas, porque tôda a América do Sul se tornou espanhola. Portugêses e brasileiros saltaram a linha e estenderam a nossa organização, o nosso govêrno, a nossa gente, a nossa língua, a uma imensa extensão de terra. Triplicaram o Brasil de Tordesilhas.

Esse crescimento que, na prosa épica de Euclides da Cunha, *A MARGEM DA HISTÓRIA*, se perfez, «na rota acelerada das bandeiras e ao passo tardo dos missionários», veio a ser consagrado pelo Tratado de Madrid, 1750, e pelo Tratado de S. Ildefonso, 1777.

Boa parte dessa glória cabe aos bandeirantes de São Paulo, como também lhes cabe, pela voz do paulista Alexandre de Gusmão, que defendeu com felicidade o direito de Portugal às terras ocupadas.

O nosso Basílio de Magalhães, no seu excelente *MANUAL DE HISTÓRIA DO BRASIL*, p. 182, assim resume o processo de nosso crescimento territorial:

«Alexandre de Gusmão, aproveitando a oportunidade da boa avença em que se achavam Portugal e Espanha (pois Fernando VI havia desposado D. Maria Bárbara, irmã de D. João V), redigiu e logrou fôsse aprovado, a 13 de janeiro de 1750, o tratado de Madri, pelo qual, trocando-se a Colônia do Sacramento pelos mencionados Sete Povos, eram simultâneamente integradas no Brasil as conquistas territoriais de que foram agentes os bandeirantes, os criadores de gado e os missionários católicos. O referido pacto foi o primeiro que traçou aproximadamente a configuração de nossa terra, a qual, com pequenas modificações posteriores, se tornou cêrca de três vêzes maior do que o resultado do ajuste diplomático de Tordesilhas.»

O que não está certo na fórmula de Euclides da Cunha é «aquêlê passo tardo dos missionários», visto que, não raro, os bandeirantes encontravam os indígenas aldeados pelas gloriosas roupetas de Santo Ignácio.

Já que estamos em aula, permita-se-me nova digressão. O nosso Euclides, logo no início dêsse admirável ensaio *DA INDEPENDÊNCIA À REPÚBLICA*, que está na *MARGEM DA HISTÓRIA*, alude à concordata de Tordesilhas. Concordata, não. Concordata é um tratado entre um papa e um soberano sôbre assunto religioso do Estado. Ora, o ajuste ou melhor os ajustes

de Tordesilhas constituíam verdadeiros tratados, não só porque se estabeleceram entre dois Estados, Portugal e Castela, mas também porque versavam matéria puramente estatal.

O povo

VI — Se o ilustre autor dos COMENTÁRIOS pecou por omissão, quando não nos esclarece sôbre a formação do território, esquece-se não menos de reservar designadamente um período para o povo, que é também elemento essencial do Estado. Faz algumas alusões a Portugal, e essas nem sempre felizes, porque lhe refletem o radicalismo de um republicano, mormente gaúcho, ao tempo de Floriano e da contra-revolução monárquica.

Refere-se à «organização embrionária das tribos indígenas» e diz-nos que «de Portugal recebemos a dominação, a raça, a língua, as instituições, os preconceitos (entenda-se religião) e os costumes.»

Escreve «recebemos», como se fôssemos aquêles indígenas de organização embrionária, mas a enumeração do que devemos a Portugal compreende tudo quanto um Estado precisa para alcançar a unitariedade que caracteriza os Estados perfeitamente evoluídos.

Efetivamente, vieram-nos de Portugal a dominação, as instituições e os costumes, e isso equivale ao ordenamento jurídico, bem como a raça, a religião e a língua, que compõem a nação.

Não se trata, no Estado do Brasil (esta expressão é corrente nos documentos portugêses) de uma formação primária, em que se vai da horda à ordem estatal, mas de uma formação secundária, porque — braço de Portugal aquém do Atlântico — não começamos da estaca zero. Os portugêses, que aqui desceram e compuseram o nosso povo, traziam o seu chefe, as suas autoridades, as suas ordenações, a sua religião, os seus sacerdotes.

Não havia diferença de portugêses e brasileiros, e a simples presença do paulista Alexandre de Gusmão (1695-1753) nos negócios de Portugal, a que já aludimos, bastaria para

prová-lo. Deixou-nos dêle um belo perfil Oliveira Lima, na sua peça O SECRETÁRIO DE EL-REI. Dêle disse Camilo Castelo Branco ter sido «na sagacidade e lucidez de fino sentir o espírito mais avançado do século.»

Essa configuração especial de não-colônia, que o absolutismo português, no seu auge, propositadamente procurou elaborar e manter em relação ao Brasil, acaba de ser confirmada pelo erudito e operoso historiador paulista Tito Lívio Ferreira.

Na verdade, afirma êle ter manuseado milhares de documentos portugueses relativos ao Brasil, sem que uma só vez se lhe deparasse o termo **colônia**.

Temos bem presentes o número e a afirmação, porque a resumimos para nosso uso de um artigo do CORREIO PAULISTANO, neste ano de 1961.

Terra de Santa Cruz, Província do Brasil, Estado do Brasil, Vice-Reino do Brasil ou Brasil *tout court* é que se acham nos documentos portugueses.

As capitánias hereditárias

VII — Na impossibilidade de colonizar novas terras descobertas, com recursos próprios, porque, como avisadamente ensina Pedro Calmon, na sua HISTÓRIA DO BRASIL, I, 144, o tesouro português não suportava novas e extraordinárias despesas e se via já assoberbado pela desvalorização das especiarias, pelos infortúnios da Índia, pelos gastos do Estado e pelo incessante aumento de suas responsabilidades d'além mar, no trágico e longínquo Oriente, o que leva o mesmo egrégio historiador a resumir a «negra situação financeira» numa exclamação significativa «uma ruina!», resolveu Dom João III em 1532 a conceder, na costa do Brasil, capitánias hereditárias a vassallos que moral e materialmente se lhe afiguraram idôneos para as defender.

Resolveu-o a contragosto, porque até então havia indeferido os pedidos que se lhe fizeram, não obstante partirem de pessoas idôneas, e resolveu-o porque as tentativas de exploração e povoação direta se haviam mostrado ineficazes.

Mas voltemos aos donatários.

Novamente Pedro Calmon, p. 152:

«Ao todo, onze. E dados à melhor gente. Navegantes célebres, homens de guerra, personagens da côrte. Foram amigos na Índia Duarte Coelho, Francisco Pereira, Vasco Fernandes, Aires da Cunha. Um feudalismo, é certo, mas cujos titulares tinham conquistado esporas de cavaleiro no serviço do Estado. O cuidado do Rei foi escolher pessoas decididas a morar na América: e bastante ricas para empreender-lhe a colonização.»

Como encara Carlos Maximiliano essa providência necessária, que as urgências da defesa contra corsários estrangeiros lhe impunham e que, na própria opinião do autor dos COMENTÁRIOS, se tinha revelado eficiente «em pequenas porções territoriais, como o Arquipélago dos Açôres e a Ilha da Madeira»?

Melhor diria Arquipélago da Madeira, pois o é tanto quanto o de Açôres.

Nem tão pequenas são tais ilhas, pois os Açôres se estendem por 2.300 km o que abrange 383 léguas — e nenhuma das capitánias tinha de comêço êsse tamanho: a testada das capitánias brasileiras variava de 30 a 70 léguas.

Pois bem: como encara essa providência o nosso autor?

«A monarquia absoluta retalhou-nos o território em capitánias hereditárias, que distribuiu por vassallos mais ou menos ilustres...»

A invocação da monarquia absoluta quer acentuar o poder **discricionário** do rei, que os liberais insistentemente confundiram com **arbitrário**, e o **retalhou-nos** dá a crer que o rei absoluto fêz pedaços o nosso território, como se aqui já estivéssemos.

Discrição houve, mas no verdadeiro e bom sentido, e, longe de decorrer do capricho do rei, representou uma imposição das circunstâncias, um conselho de entendidos e um ato de legítima defesa contra as incursões da pirataria.

Explicam-se as primeiras negações de D. João II a êsse retalhamento, precisamente pelo absolutismo, que os reis portugueses vinham, ao modo do que passava na Europa Continental, elaborando na luta contra a nobreza e na recepção do Direito Romano, por via dos juristas de Bolonha.

A monarquia absoluta não poderia ver com bons olhos a delegação do poder real aos donatários de suas terras do Brasil.

João Ribeiro, que afirma não saber as razões por que não foi atendido o pedido de concessão de Diogo de Gouveia e Cristóvão Jaques, oferece-nos, no período seguinte, a verdadeira explicação, na p. 63, de sua notável HISTÓRIA DO BRASIL, que a minha geração compulsou como compêndio:

«Não era aliás cousa nova êsse regime, já antes aplicado aos Açores e à Madeira; mas era um golpe ousado nas leis e no próprio interêsse do absolutismo real a tanto custo conseguido contra os privilégios dos senhores e fidalgos. Presumivelmente, não quereriam os conselheiros da coroa que a iniciativa dêsse golpe partisse de vassalos. D. João II não hesitou em vibrá-lo contra a própria realeza...»

Como se sabe, apenas duas dessas doações alcançaram êxito, a de Pernambuco e a de S. Vicente. As demais redundaram em decepções de tôda sorte, inclusivamente miséria, atribuições e morte de donatários. João Ribeiro, na sua HISTÓRIA DO BRASIL, condensa o grande sacrifício dêsses primeiros chefes de colonização, em um capítulo a que dá por título uma palavra tão dolorosa quanto lapidar e significativa: **O drama e a tragédia das capitanias.**

Como qualifica o distinto autor dos COMENTÁRIOS a arriscada aventura daqueles portugueses de prol, que se resolveram a incumbir-se da defesa do que é hoje o nosso território e de colonizá-lo convenientemente, com seus próprios recursos?

Palavras textuais:

«Exploraram alguns dêstes a dádiva real, povoando e desenvolvendo regiões opimas; desdenharam outros o galardão principesco, deixando as terras desabitadas e incultas.»

Dádiva real... galardão principesco... regiões opimas..., tudo no espírito do operoso jurista se tinge de uma côr de rosa de todo o ponto distanciada e diferente da mais rude realidade.

Senhores de baração e cutelo

VII — Quais os poderes que D. João II conferiu aos donatários, ao oferecer-lhes essa dádiva real e êsse galardão principesco que redundaram em tragédia para quase todos e sacrifícios imensos para os dois únicos que não malograram?

Vamos ao texto:

«Feitas algumas reservas a favor dos fidalgos e dos interêsses materiais da Coroa, ficavam os donatários senhores de baração e cutelo, dispondo, em última instância, da propriedade, da honra e da vida dos habitantes das capitánias.»

Se por **senhor de baração e cutelo** tomarmos o senhor feudal que dispunha da vida de seus vassallos, os habitantes das capitánias não o conheceram, e, o que é mais, nem ainda os índios ou negros escravos e os peões.

Ê que em hipótese alguma podiam julgar de plano, sem forma nem figura de juizo, porque se achavam enquadrados nas leis do Reino, que lhes punham ao lado um ouvidor.

Rocha Pombo, HISTÓRIA DO BRASIL, v. III, p. 138:

«Os Juizes locais tinham alçada no cível até a quantia marcada nas Ordenações. Daí para cima, davam apelação e agravo para o ouvidor. O ouvidor conhece de ações novas a dez léguas do lugar, onde estiver, e

de apelações e agravos em tôda a capitania. No crime, o capitão e seu ouvidor têm jurisdição conjunta, com alçada até pena de morte inclusive quanto a escravos, negros ou gentios, peões cristãos e homens livres, em todo e qualquer caso, tanto para absolver como para condenar, sem apelação nem agravo. Quanto a pessoas de mór qualidade, porém, a alçada vai só até dez anos de degrêdo e cem cruzados de multa (salvo nos crimes de heresia, traição, sodomia e moeda falsa, nos quais a alçada se estende até a pena de morte, inclusive, qualquer que seja a qualidade do réu), e a sentença executa-se também sem apelação nem agravo, apelando-se sòmente por parte da Justiça, quando ao réu absolvido da pena de morte se der outra menor».

Os ouvidores, conquanto nomeados pelos donatários, regiam-se por disposições do Reino e naturalmente de acôrdo com as Ordenações e demais leis. Não se esqueça de que os donatários eram apenas lugar-tenentes do Rei, agindo como êle dentro de um estatuto bem definido.

É o que se depreende de uma nota de Rocha Pombo, na p. 139, do mesmo volume, com a segura invocação de João Francisco Lisboa:

«Diz João Francisco Lisboa que não pôde encontrar o regimento dado aos ouvidores, mas de uma carta escrita ao Rei por Pedro Borges de Sousa em 1550 pôde colher o seguinte: O ouvidor conhece por ação nova dos casos crimes, e tem alçada, até morte natural inclusive, quanto a escravos, gentios e peões cristãos. Nos casos, porém, em que, segundo o direito, cabe a pena de morte inclusive, nas pessoas das ditas qualidades, o ouvidor procederá nos feitos afinal, e os despachará com o Governador sem apelação, sendo ambos conformes nos votos. No caso de discordância, serão os autos com os réus remetidos ao corregedor da côrte. Nas pessoas de mór qualidade, terá alçada até cinco anos de degrêdo.»

Pelo que tocava à propriedade e à honra, havia leis e juizes para defendê-las.

Rocha Pombo, no mesmo volume, p. 142:

«O Capitão tomava o compromisso de repartir tôdas as terras de sesmarias compreendidas no lote que se lhes doava, e dá-las a quaisquer pessoas, de qualquer condição, contanto que fôsem cristãos. As sesmarias eram adjudicadas livres de fôro ou de qualquer tributo, salvo o dízimo das colheitas pertencentes ao mestrado de Cristo.»

Mais e significativamente, p. 143:

«Não podia, porém, o capitão tomar sesmarias para si nem para sua mulher, nem para o filho que tivesse de suceder-lhe na capitania. A outros filhos e a quaisquer parentes poderia dar terras, da mesma maneira, mas em não maior quantidade que a estranhos, contanto que essas terras nunca pudessem reunir-se à casa do capitão, ou seus sucessores, salvo por compra real e não simulada — compra que só poderia, aliás, ter lugar, passados oito anos depois de aproveitadas as ditas terras pelos primeiros possuidores. E sucedendo o caso que alguns dos filhos ou parentes aquinhoados viesse a herdar a capitania, ficava no dever de renunciar, dentro de um ano, à sesmaria recebida, ou transpassá-la, sob pena de a perder, mais outro tanto de seu valor em proveito da real fazenda.»

É que, ao contrário do que se tem dito, o capitão não era donatário de todo o território da capitania. Tinha quinhão próprio e bem medido. Como o objetivo era a povoação, cumpria-lhe repartir os quinhões a quem quer que, português, indígena ou estrangeiro, o requeresse, desde que fôsse cristão.

Em suma, ainda na esteira de Rocha Pombo (146-147) que, confessadamente, se estribou no sábio João Francisco Lisboa, em seu JORNAL DE TIMON:

«Aos colonos ou moradores garantia-se: — o direito de pedir e receber sesmarias sem mais ônus que a dízima de Cristo; — isenção de todo e qualquer impôsto que não estivesse declarado no foral; — inteira liberdade de comércio e privilégio sôbre comerciantes estrangeiros; a justiça, as condições civis e políticas asseguradas pelas leis e costumes da metrópole... Tudo que respeita ao trabalho, à liberdade industrial, ao comércio, à navegação, ao fisco, à alçada das justiças, às próprias formas de processo e julgamento, à admoestação em geral, ao regime tributário, às fôrças de terra e de mar (tropas regulares), às ordenanças, milícias etc., etc., — tudo se vai daqui por diate regulando aos poucos, até chegar-se à integração do sistema».

Diante dêsses dados, que constam de documentos autênticos, verifica-se que os donatários, lugar-tenentes do Rei, administravam as respectivas capitanias não como proprietários, senão como altos funcionários.

Waldemar Ferreira, HISTÓRIA DO DIREITO BRASILEIRO, tomo I, p. 63:

«Em verdade, os poderes dos donatários não eram ilimitados. Restringiram-se nas cartas de doações e nas forais, em têrmos que não foram bem apreciados, tanto mais quanto não tinham o exercício isolado do poder judiciário, nem do poder legislativo. Êles não eram, não foram legisladores. Nem no público. Nem no privado. Nesse âmbito a Coroa nada delegou. Cabia-lhes, como capitães e governadores, executar as leis do Reino, que tudo dominavam, não apenas delimitando-lhes os poderes, como regendo direitos e obrigações de ordem privada concernentes às pessoas, aos bens e suas relações.»

Nada, portanto, mais errôneo nem mais injusto do que sentenciar Carlos Maximiliano:

«Investidos de poderes discricionários, porém sem coesão recíproca, dispersados os esforços, isolados os tiranetes, fracassaram, por inteiro, na luta contra míseros colonos e vingativos selvagens belicosos.»

Em primeiro lugar — e isso já parece ter ficado provado — não dispunham os donatários de poderes discricionários.

Não virá demais a conceituosa lição de Sérgio Buarque de Holanda, na sua judiciosa introdução à obra HISTÓRIA GERAL DA CIVILIZAÇÃO BRASILEIRA, que um quadro de mestres está lançando com extraordinária repercussão.

Vem no capítulo II do primeiro volume, A ÉPOCA COLONIAL:

«Disponha, sem dúvida, o donatário, de latos poderes, como admitiam as idéias do tempo e exigia a terra que tinha de desbravar. O esboço de democracia existente na península ibérica, prolongado da Idade Média até o influxo político de Luís XIV nas monarquias católicas, assim como o zelo dos monarcas das Espanhas, que se apoiavam no povo contra vassallos demasiadamente poderosos, vedava a renovação de fórmulas feudais antigas. . . Avizinhava-se mais do processo peculiar à monarquia portuguesa, tendente a atrair elementos privados na exploração das conquistas.»

Mercê dos sacrifícios e das angústias dêsses pretensos tiranetes, Francisco Pereira Coutinho morto pelos índios, Vasco Pereira Coutinho, fidalgo de altos méritos, falece «tão pobre que foi necessário darem-lhe por esmola o lençol em que o amortalharam», Pero de Góis depois de amarguras de tôda sorte, volta para o serviço do mar, Francisco Romero, fundador de Ilhéus, como preposto de Jorge Figueiredo Corrêa, é agarrado e remetido para a Inquisição de Lisboa, Fernando Álvares de Andrade, Jorge de Figueiredo Corrêa, João de Barros e o seu sócio Aires da Cunha malogram totalmente, lançaram-se os fundamentos do Brasil. Além de sacrificados, tiranetes! Tiranete o insigne historiador João de Barros, que

nem sequer veio ao Brasil e que pagou até ao fim da vida as dívidas de sua desgraçada aventura?

Dêsses que obtiveram a dádiva real e o galardão principesco, a que se refere Carlos Maximiliano, apenas venceram os Sousas, na Capitania de S. Vicente, e por sinal que numa carta ao Conde de Castanheira Pero Lopes de Sousa lhe oferece a totalidade ou parte de seu quinhão «que será para mim a maior mercê e a maior honra do mundo», e o capitão de Pernambuco, Duarte Coelho, que morreu de desgosto em Lisboa, depois de uma conversa azêda com Dom João III.

A tarefa dêsses bravos e o sacrifício dêsses homens, que poderiam viver, com sossêgo, na metrópole, permitiram aos governadores gerais a execução de um plano de maiores proporções, com outros recursos e com maior êxito.

Demais, não se refere Carlos Maximiliano à «organização embrionária das tribos indígenas»? Como reconhece essa organização, ainda que embrionária, nas tribos indígenas, e não a atribui aos primeiros agrupamentos portugueses, sendo, aliás, certo que os portugueses traziam uma civilização em que o elemento jurídico tinha sido traço saliente?

Organização da sociedade humana sinonimiza com direito, (Del Vecchio, LIÇÕES DE FILOSOFIA DO DIREITO, tradução portuguesa, volume II, p. 192 e seguintes; Romano, L'ORDINAMENTO GIURIDICO, parte II; Ravà, LA TEORIA DELLA PLURALITÀ DEGLI ORDINAMENTI GIURIDICI), e daí poder-se afirmar que as tribos indígenas tinham e têm o seu direito.

Acresce, no caso dos nossos primeiros povoadores, particularmente os donatários, que vieram já enquadrados dentro de um ordenamento jurídico e com autoridades devidamente revestidas de poderes para realizá-lo.

Os Governadores Gerais

IX — Diante do malôgro da providência, resolveu o governo português comprar o quinhão de Francisco Pereira Coutinho, na donataria da Bahia, e instituir um governo geral, que confiou a Tomé de Sousa, fidalgo e soldado de altas virtudes

e de larga experiência. «Poucos homens no reino, àquela época, desfrutaram a reputação militar dêsse fidalgo austero e probo», informa Pedro Calmon, na sua HISTÓRIA DO BRASIL, I, 205.

Não se cogitava de acabar com as capitanias, senão de auxiliá-las e coordená-las, respeitando-se devidamente os direitos de donatários e colonos. Pois não é o próprio autor dos COMENTÁRIOS que nos informa de que «em 1549 D. João III comprou a Capitania da Bahia e ali estabeleceu o Govérno Geral do Brasil»?

Se o absolutismo significasse a negação de qualquer direito, não arcaria D. João III com o ônus da compra, visto que poderia confiscar os bens do donatário sem mais cerimônias.

Pois bem.

Ê essa mesma atmosfera jurídica que devia envolver os capitães das capitanias, como verdadeiros magistrados que eram.

Cumprê insistir-se sôbre êsse traço constante da vida portuguesa, que era o culto do Direito: as Ordenações Afonsinas, as Manuelinas, as Filipinas, como compilação sistemática de leis, não tiveram antecedentes no mundo de seu tempo.

Ê o de que nos informa Cândido Mendes de Almeida na sua introdução ao CÓDIGO FILIPINO.

Referindo-se às Ordenações Afonsinas, escreve, p. XX:

«O Código Afonsino, publicado em 1446 ou 47, é por si um acontecimento notável na legislação dos povos cristãos.»

Mais adiante:

«Considerada a época em que foi promulgado o **Código Afonsino**, êste trabalho é um verdadeiro monumento.»

Como não tivesse a necessária divulgação, não foi conhecido do resto da Europa e daí o engano de Benthan, p. XXI:

«A esta circunstância se pode em parte atribuir o que diz Benthan no cap. 31 da sua obra — **Vista geral de um corpo completo de legislação**, quando assegura

que o Código mais antigo da Europa era o **dinamarquês** de 1683, seguindo-se o **sueco** de 1734, o **Frederico** ou **Prussiano** de 1751, e finalmente o **sardo** de 1770.»

Dando-se nova organização ao Brasil, com a criação de um govêrno geral, mantiveram-se as capitanias existentes ou os direitos de seus donatários e sesmeiros, apenas com as alterações que se impunham para a melhor organização da justiça, defesa dos interêsses do fisco, combate à pirataria, povoamento da terra e cristianização dos indígenas.

Entretanto, para o autor dos COMENTÁRIOS, D. João II

«Pôs côbro à onipotência dos donatários: sujeitou-os à suspensão das funções e privou-os da alçada superior no cível e no crime.»

Não havia onipotência a que pôr côbro. Pobre onipotência que levou os onipotentes à ruína ou à morte! Por igual, não os sujeitou à suspensão das funções. Havendo no Brasil um delegado do Rei, era natural que a êle se confiasse um poder de supervisão. Pelo que toca à privação da alçada superior no cível e no crime, que era, como vimos, prudentemente defendida, deveu-se não à culpa dos donatários, mas à vinda de um magistrado competente. Aperfeiçoava-se a organização judiciária.

Ê o que Carlos Maximiliano confirma no período seguinte:

«Do reino veio o embrião do poder judiciário brasileiro, a judicatura com recursos para os tribunais de Lisboa, o primeiro Ouvidor Geral.»

Sem dúvida. Já não existia, porém, nas capitanias, o embrião do poder judiciário, com a eleição dos juizes locais e com a nomeação do ouvidor ou ouvidores? Não havia um sistema de recursos? A instituição de um Ouvidor Geral importava a existência de ouvidores das Capitanias, com jurisdição perfeitamente definida.

Afinal: o êxito de Tomé de Sousa se deve não só a seus grandes méritos, aos recursos com que veio aparelhado e aos homens capazes de que o cercaram, mas às tentativas de colonização levadas a efeito pelos donatários.

Os donatários tinham aberto o caminho com sacrifícios de tôda sorte: um govêrno geral, como o nome está indicando, vinha coordenar êsses esforços isolados e estabelecer um plano comum de povoamento, de trabalho e de defesa.

Em suma: não há que atribuir à tirania dos donatários o insucesso das capitâneas, como nos quer ensinar Carlos Maximiliano.

O insucesso, se o houve, teve outras causas, como a reação dos indígenas, a má qualidade dos colonos e a pirataria estrangeira.

Seria, porém, na verdade, um insucesso?

Se se considera que os governadores gerais puderam governar, fazendo frente àqueles fatôres adversos, poder-se-á, sem exagêro concluir que, mau pessoalmente para os donatários, o sistema nem por isso deixou de lançar os fundamentos do que se chamava e veio a ser o Estado do Brasil.

Por isso, em lugar de **tiranetes**, parece-nos mais justo proclamá-los pioneiros, que na verdade foram, da organização nacional.

Acresce que o processo de povoação, mediante a criação de capitâneas, não se extinguiu com a instituição do govêrno geral. Com efeito, se o sistema não produziu, de comêço, os efeitos desejados, produziu-os depois: por que e para que se continuou a criar capitâneas, quer na fase portugêsa, quer na espanhola? Em 1590, a Capitania de Sergipe d'El Rei. Em 1620, a Capitania de Cameté, doada a Feliciano Coelho de Carvalho. Em 1622, a de Caité. Em 1635, a do Pará. Em 1637, a Capitania do Cabo do Norte, doada a Bento Maciel Parente. Em 1655, a de Marajó. Em 1738, a do Rio Grande do Sul e Santa Catarina.

Para que irmos, porém, tão longe, se estamos em Minas e sabemos que só por volta de 1709 se criou a Capitania de S. Paulo e Minas do Ouro e só em 1720 é que a Capitania de Minas se separou de S. Paulo?

Não se esqueça de que o governo geral foi instituído em 1549 e que a Capitania de S. Pedro foi promovida a capitania independente em 1807, que a Capitania de Alagoas o foi em 1817 e que Santa Catarina o foi, em 1821, nas vésperas da nossa Independência.

È certo que as capitanias vieram assumindo configuração jurídica diferente das primeiras, mas as razões de criação eram as mesmas. Dessa continuidade de propósito, bem como da autodeterminação que as circunstâncias lhes impunham, é que decorreram a **monarquia federativa**, que organizamos no século XIX, e a **república federativa**, que se veio a estabelecer em 1889.

A organização atual do Brasil prende-se, por tudo isso, à criação das capitanias hereditárias e não hereditárias, num desenvolvimento natural de instituições. Daí também incorrer em erro quem atribuir o nosso federalismo à simples importação da forma norte-americana de Estado. Não se pode negar tal influência, no tocante à estruturação formal. O conteúdo, porém, é nosso, e um rápido cotejo dos dois tipos de federação facilmente o demonstra.