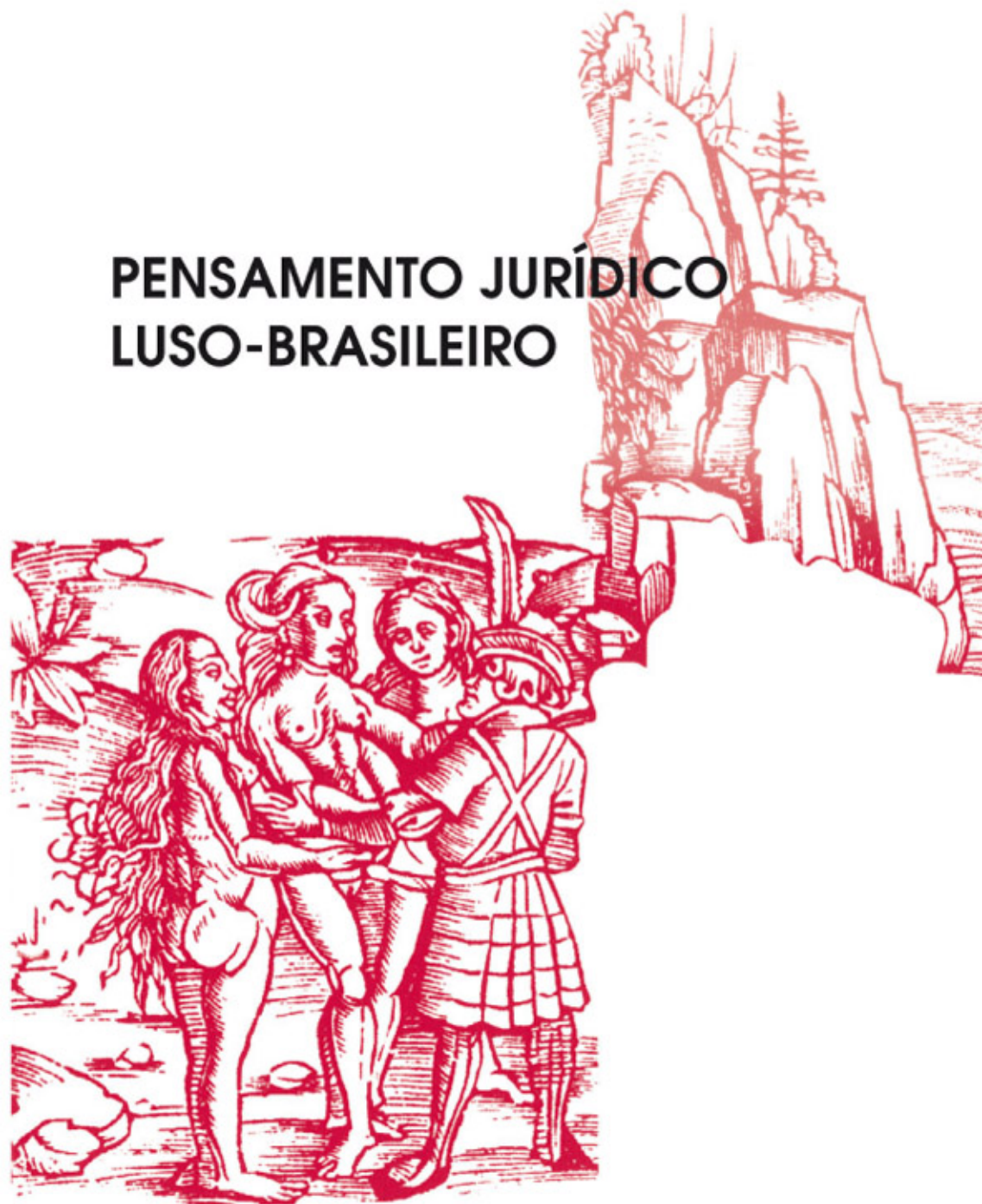


Paulo Ferreira da Cunha

PENSAMENTO JURÍDICO LUSO-BRASILEIRO



IMPRESA NACIONAL - CASA DA MOEDA

CAPÍTULO I

CRUZ E SILVA: DIREITO E LINHAS TORTAS?

António Dinis da Cruz e Silva nasceu em Lisboa, a 4 de Julho de 1731, e faleceu no Rio de Janeiro, a 5 de Outubro de 1799. Foi jurista e poeta, fundador da Arcádia Lusitana, onde adoptou o nome de Elpino Nonacriense. E será decerto interessante assinalar que a sua relativa fama como vate tem obnubilado a importância exemplar do seu papel como juiz, sobretudo paradigmático de um tempo de contradições e transição como foi o do jusracionalismo ¹.

Bacharel em Leis de Coimbra (onde se matriculara em 1747), requer, terminado o curso, um lugar de letrado em 1753. Despachado juiz de fora em Castelo de Vide em 1759, depois de sujeito às inquirições de sangue da praxe, passa ao foro militar de Lisboa, em 1763, e no ano seguinte ascende, com a patente de capitão, à auditoria militar da importante praça de Elvas. Será aqui que a sua sorte irá mudar. Se sempre se houvera dedicado aos versos, uma querela de precedências protocolares, realmente de *lana caprina*, entre o bispo e o deão daquela diocese, motivou-lhe um cortante poema satírico, *O Hissope*. A composição, em que se notarão paralelismos com *Le Lutrin*, de Boileau, tantas malquerenças lhe valeu que está na base da sua transferência para o Brasil.

De 1776 a 1789 é desembargador no Rio de Janeiro. Aí — ironia do destino — ver-se-á envolvido numa querela de hon-

¹ Mais desenvolvimentos no nosso «As contradições do jusracionalismo. Cruz e Silva. Um jurista literato do Século das Luzes», in *Pensar o Direito*, I, Coimbra, Almedina, 1990, pp. 53-81.

rarias e cortesias oficiais não muito distante, no género, da que satirizara: por ocasião de uma sessão solene de comemoração de um aniversário do príncipe D. José, correram boatos de que o protocolo relegaria o poder judicial para segundo plano, dando a primazia aos militares. O corpo judicial falta ao acto em peso, e Cruz e Silva, aliás de novo objecto de invejas e inimizades, irá ser envolvido num processo complexo, do qual se sairá com argúcia. A tal, porém, não seria alheia uma dose de magnanimidade da coroa.

À custa de empenhos e poemas laudatórios (entre os quais o elogio fúnebre do príncipe a cuja cerimónia de aniversário faltara — finado a 21 de Setembro de 1788), consegue, sete anos volvidos, o retorno à metrópole, primeiro para o Porto, e logo depois para a Casa da Suplicação de Lisboa.

Mas Cruz e Silva, o irreverente poeta do *Hissope*, tinha-se tornado um homem de confiança da ordem instituída, e assim é nomeado membro da alçada que vai julgar a mal esclarecida «conjura» da Inconfidência Mineira, em que sobressai um conjurado ao que parece apenas parcialmente empenhado, o também magistrado e também poeta Tomás António Gonzaga.

Cruz e Silva leva na bagagem a missão de condenar.

Promovido a chanceler da Relação do Rio, em 1792, cerca de seis meses após a conclusão deste processo, não descansará três anos sem que novas questões de direito e de consciência venham abalar a tranquilidade de uma vida mais consagrada à sua lira, que então se ia espraiando nos motivos do exotismo tropical.

Cruz e Silva é solicitado a intervir num processo que ameaça os seus confrades poetas de uma Arcádia ultramarina em crescimento. Confluem na acusação o temor político reaccionário do homem forte do vice-rei e os preconceitos dos frades franciscanos. E os poetas já estão presos e sem esperança em 1795.

Mas Cruz e Silva desta vez não tem instruções de Lisboa, e está decidido a escrever direito, embora pelas linhas tortas que o formalismo jurídico ainda lhe permite trilhar. Procura não irritar os queixosos, não intenta sequer ilibar os poetas presos. Concedendo aos poderes locais que para a sua prevenção especial haveria que deixá-los presos, e ainda mais tempo, todavia, presume e efabula, a partir de um escrito da rainha, que Sua Majestade não quer a prisão dos árcades. O tipo de estratégia jurídica é paradigmática de uma época de despotismo esclarecido, e faz muito lem-

brar, por exemplo, a representação gorada que Melo Freire fará junto da mesma rainha em favor do sobrevivente da massacrada família dos Távoras ².

Cruz e Silva é sobretudo um resumo das contradições da sua época: filho de um carpinteiro que se tornara soldado, ascende pela lealdade política e pelo panegírico poético; por isso mesmo com «mancha de sangue de mecânico», veste contudo o hábito de Avis e é nobilitado; adepto do marquês de Pombal e recusando as bizantinices eclesiásticas, exagera na crítica e é como que exilado, depois reabilitado e promovido; crítico das bizarras protocolos, não deixa de a elas sacrificar e por tais melindres ser incomodado; algoz de poetas, é todavia brando para com alguns, e até salvador de outros.

Dizem que muito saudoso de Portugal (e acrescentam outros, mais poéticos, mais opinativos) que «roído de remorsos» morre no Rio em grande medida inédito. O crítico literário Aubrey Bell considera que a publicação póstuma da sua obra, em seis volumes, teria sido uma «crueldade bem-intencionada».

² Cf. o nosso «Despotismo esclarecido, humanitarismo penal e direito natural», in *Faces da Justiça*, Coimbra, Almedina, 2002, pp. 135 e segs.

CAPÍTULO II

MELO FREIRE: O JURISTA DO ABSOLUTISMO ILUMINISTA

Pascoal José de Melo Freire dos Reis é um dos nomes conhecidos da jurisprudência portuguesa³. Nasceu em 6 de Abril de 1738, em Ansião, Leiria, e faleceu em 24 de Novembro 1798, em Lisboa. Estudou na Faculdade de Leis, onde obteve o doutoramento aos 19 anos de idade (a 3 de Maio de 1757). Após a reforma da Universidade (1772), viria a inaugurar (embora como «substituto») a cátedra de Direito Pátrio, que o marquês de Pombal acabara de criar. Quando foi nomeado definitivamente, nove escassos anos antes da sua aposentação, um vultoso monumento jurídico havia já erguido: a primeira história do direito português (*Historiæ Juris Civilis Lusitani*, 1788), os dois tratados fundamentais do nosso direito, o Civil e o Criminal, que ninguém jamais ousara escrever (*Institutiones Juris Lusitani, cum Publicitum Privati*, 1789, e *Institutiones Juris Criminalis Lusitani*, 1789), aos quais se juntam muitas obras menos conhecidas, ditadas sobretudo pela motivação polémica do momento, e alguns inéditos, ou publicados *post mortem*.

³ Além do estudo já citado, cf., sobre o autor, os nossos *Para uma História Constitucional do Direito Português*, Coimbra, Almedina, 1995, pp. 237 e segs., *Temas e Perfis da Filosofia do Direito Luso-Brasileira*, Lisboa, Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2000, pp. 87 e segs., *Mythe et Constitutionnalisme au Portugal (1778-1826). Originalité ou Influence Française?* (2.^a parte), Lisboa, Centro de História da Cultura, Universidade Nova de Lisboa, 2002, separata de *Cultura — Revista de História e Teoria das Ideias*, vol. xv (2.^a série).

Embora ao longo da sua carreira haja ocupado diversos cargos, Melo Freire apenas entrou verdadeiramente na vida pública e adquiriu interesse como juspublicista aquando da polémica em torno da sua utopia: um projecto de Novo Código (de Direito Público), em 1783. Aí, o famoso jurista, que tinha placidamente seguido no domínio criminal o iluminismo em voga, na esteira do humanitarismo de Beccaria e Filangieri, e adoptado da escola alemã o *usus modernus pandectarum*, teria o seu baptismo de fogo doutrinal. Perante as críticas de António Ribeiro dos Santos, seu colega da gémea Faculdade de Cânones, surge claramente como adepto do despotismo esclarecido, enquanto o canonista assume a defesa da velha constituição natural ou histórica, que o liberalismo acabaria por de algum modo vir a recuperar miticamente mais tarde. Melindrado com as críticas, Melo Freire passa a responder de sua casa à comissão de revisão do projecto, e a tal agastamento e distanciamento espacial devemos o poder seguir com rigor a documentação dessa «formidável sabatina» (como lhe chamaria Magalhães Colaço). É possível que se tenha vingado de Ribeiro dos Santos acusando-o à coroa de republicano e monarcómano. De uma tal calúnia há ecos nas *Poesias de Elpino Duriense*, pseudónimo árcade do seu opositor (como veremos *infra*).

Os ventos revolucionários de França e a dissensão entre os nossos jurisconsultos desencorajaram a rainha a rever as *Ordenações*, ficando os códigos de Freire na gaveta. E, não fossem os desvelos apologéticos e editoriais de seu sobrinho, Melo Freire teria sido certamente esquecido. Ainda o é, de algum modo, quiçá sobretudo porque pouco lido e apenas ritualisticamente celebrado.

CAPÍTULO III

TOMÁS GONZAGA: DAS TEORIAS ÀS PRÁTICAS

Tomás António Gonzaga, nascido no Porto a 11 ou 10 de Agosto de 1744 e falecido em Moçambique no ano de 1810, foi já considerado o segundo maior poeta português a seguir a Camões (até ao século xx). A verdade é que foi também juiz e filósofo do Direito ⁴. A sua amada e musa, a Marília de Dirceu, celebrada nos seus mais conhecidos poemas, tem na literatura de língua portuguesa um lugar mítico. Já o seu *Tratado de Direito Natural*, a sua obra jusfilosófica, só postumamente e muito mais tarde seria editado. Trata-se de um trabalho de juventude, com o qual o autor aspirou, baldadamente, obter um lugar na Universidade, sendo significativamente dedicado ao marquês de Pombal. Gonzaga não tem êxito com esta acção laudatória, como o não terá, por exemplo, Feliciano Joaquim de Sousa Nunes com a dedicatória dos seus *Discursos Político-Morais*, de 1758 ⁵.

⁴ Sobre o autor, cf. o prefácio de Rodrigues Lapa a Tomás António Gonzaga, *Poesias. Cartas Chilenas*, ed. crítica de M. Rodrigues Lapa, Rio de Janeiro, Instituto Nacional do Livro, 1957, António Braz Teixeira, *O Pensamento Filosófico-Jurídico Português*, Lisboa, Instituto de Cultura e Língua Portuguesa, 1983, pp. 46 e segs., e o nosso «Tomás António Gonzaga e o destino do iluminismo jurídico luso-brasileiro», in *Temas e Perfis da Filosofia do Direito Luso-Brasileira*, Lisboa, Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2000, pp. 71-86.

⁵ Cf. Feliciano Joaquim de Sousa Nunes, *Discursos Político-Morais*, 4.^a ed., com prefácio de António Braz Teixeira, Lisboa, Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2006.

Formado na Faculdade de Leis em Coimbra em 1768, o seu desaire no prosseguimento da carreira académica levá-lo-ia à magistratura judicial e ao Brasil, onde foi nomeado juiz, em Minas Gerais, no ano de 1782.

O *Tratado de Direito Natural* merece uma análise cuidada, sobretudo como testemunho de uma época: contratualismo moderadíssimo, sincretismo jusnaturalista afastando-se significativamente da tradição nacional tomista sem todavia a infirmar completamente, antidemocratismo, legalismo, positivismo *avant-la-lettre* sob a forma jusracionalista e com predomínio absoluto do poder do monarca e da sua vontade, etc. Algum esforço de compatibilização do fogo ainda vivo da tradição jusnaturalista clássica com os ventos jusracionalistas da época parece ser a mais significativa aportação pessoal do autor.

Apesar de esta obra ser, no plano político, sobretudo uma apologética do despotismo esclarecido, amalgamando e conformando à ilustração nacional contributos ecléticos, Tomás Gonzaga viria na prática a revelar-se um paladino contra as injustiças e as prepotências, quando, colocado como juiz ouvidor em Vila Rica (actual cidade de Ouro Preto, em Minas Gerais), denunciou à rainha e satirizou nas anonimamente publicadas *Cartas Chilenas* a acção despótica e arbitrária do respectivo governador, o «Fanfarrão Minésio». Essa acção denodada terá certamente contribuído para a sua conotação com a conjura independentista denominada «Inconfidência Mineira», na qual, porém, só parcialmente estaria comprometido.

Preso durante três anos (1789-1792) e sentenciado (e tendo assim entretanto perdido a noiva, essa Marília inspiradora, mas traidora), seria deportado para Moçambique, onde acabaria por desposar uma abastada viúva ligada ao tráfico de escravos, e teria passado a proclamar, no seu círculo de amigos, os ideais da Revolução Francesa. Rico que estava, dar-se-ia ainda ao luxo de servir o Estado graciosamente. Não se lhe conhecem mais escritos dessa época, nem poéticos nem jusfilosóficos.

CAPÍTULO IV

RIBEIRO DOS SANTOS, O MONTESQUIEU PORTUGUÊS

António Ribeiro dos Santos era natural do Porto, onde nasceu a 30 de Março de 1745, tendo falecido em Lisboa, em 16 de Janeiro de 1818. Apesar de não suficientemente celebrado ⁶, foi um dos mais relevantes homens de cultura do Século das Luzes português: polígrafo, fundamentalmente jurista (autor de importantes trabalhos, designadamente no Direito Público e no Direito Natural) e poeta, mas também historiador e até filólogo.

Professor da Faculdade de Cânones da Universidade de Coimbra, a sua carreira desenvolveu-se a princípio normalmente, apesar de ter sido dos mais novos a candidatar-se à cátedra. Tendo estudado Humanidades no Rio de Janeiro (1756-1763), para onde fora chamado por um tio, obteve o grau de bacharel em 12 de Junho de 1768, doutorou-se em 21 de Janeiro de 1771 e começou a reger as Cadeiras Sintéticas como lente substituto por dis-

⁶ Sobre o autor, cf., entretanto, José Esteves Pereira, *O Pensamento Político em Portugal no Século XVIII. António Ribeiro dos Santos*, Imprensa Nacional-Casa da Moeda, Lisboa, 1983, José Adelino Maltês, in Rui de Albuquerque e Martim de Albuquerque, com a colaboração de J. Artur A. Duarte Nogueira, José Adelino Maltez, Mário Leite Santos, *História do Direito Português*, vol. II, Lisboa, 1983, policóp., e os nossos *Para uma História Constitucional do Direito Português*, Coimbra, Almedina, 1995, pp. 237-268, *Temas e Perfis da Filosofia do Direito Luso-Brasileira*, Lisboa, Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2000, pp. 87-207 (elaborados a partir da nossa tese de doutoramento *Mythe et Constitutionnalisme au Portugal (1778-1826). Originalité ou Influence Française?*, Paris, Univ. Paris II, 1992).

ÍNDICE

LIVRO PRIMEIRO

DO JURACIONALISMO AO LIBERALISMO

PARTE I — PERFIS E ENCRUZILHADAS DO JURACIONALISMO LUSO-BRASILEIRO	11
Cap. I — Cruz e Silva: direito e linhas tortas?	13
Cap. II — Melo Freire: o jurista do absolutismo iluminista	17
Cap. III — Tomás Gonzaga: das teorias às práticas	19
Cap. IV — Ribeiro dos Santos, o Montesquieu português	21
Cap. V — Encruzilhadas do juracionalismo português	25
PARTE II — ANTÓNIO RIBEIRO DOS SANTOS E O DIREITO NAS POESIAS DE <i>ELPINO DURIENSE</i>	29
Cap. I — António Ribeiro dos Santos, jurista e poeta	31
Cap. II — Poesia e direito	35
Cap. III — Tópicos jurídicos e jurídico-políticos nas <i>Poesias de Elpino Duriense</i>	39
PARTE III — AS LIBERDADES HISTÓRICAS E O GOVERNO DE D. JOÃO VI NO BRASIL	47
Cap. I — Pressupostos e itinerário de uma investigação	49
Cap. II — Sentido geral da legislação e administração de D. João no Brasil	65
Cap. III — Das liberdades e direitos	71
PARTE IV — JOSÉ DA GAMA E CASTRO, O ESTADO E A IGREJA	95

LIVRO SEGUNDO
PERFIS CONTEMPORÂNEOS

PARTE V — DIREITO E JUSTIÇA EM PASCOAES	115
Cap. I — Em demanda de uma jusfilosofia em Pascoaes	117
Cap. II — O claro e o obscuro no diálogo de Pascoaes com o direito	121
Cap. III — O «aço das espadas» e a «carne dos deuses»: da antítese à síntese	127
 PARTE VI — ÁLVARO RIBEIRO, O DIREITO E A POLÍTICA	 131
Cap. I — Confissões	133
Cap. II — Heterodoxia	139
Cap. III — Inspiração	151
 PARTE VII — DIÁLOGOS SOBRE O PROBLEMA DA FILOSOFIA PORTUGUESA DE ÁLVARO RIBEIRO	 157
Cap. I — Estranhamento e clareza de um clássico	159
Cap. II — Diálogos	161
Cap. III — Final	171
 PARTE VIII — DO JURÍDICO E DO POLÍTICO NOS <i>DIÁLOGOS DE DOCTRINA DEMOCRÁTICA</i> DE ANTÓNIO SÉRGIO	 173
Cap. I — Contextos e textos	175
Cap. II — Uma tópica política	183
Cap. III — Direito, democracia e ética	201
Cap. IV — Final	207
 PARTE IX — ALGUNS PONTOS DA FILOSOFIA POLÍTICA DE AMORIM DE CARVALHO — NAÇÃO E UNIVERSALISMO, CLASSE E ELITE	 209
Cap. I — Desígnios e destinos	211
Cap. II — Nação e nacionalismo	213
Cap. III — As elites agentes. Itinerário teórico	217
Cap. IV — <i>Post scriptum</i> : fim, interregno, princípio?	223
 PARTE X — MINHAS MEMÓRIAS DO DOUTOR BRAGA DA CRUZ	 225
 PARTE XI — SÍNTESE SOBRE JOÃO BAPTISTA MACHADO	 235
Cap. I — Uma carreira	237
Cap. II — Um pensamento	239

PARTE XII — A POLÍTICA DA LUSOFONIA EM AGOSTINHO DA SILVA — RAZÕES DO «QUINTO IMPÉRIO»	241
Cap. I — Um outro olhar sobre nós	243
Cap. II — Especificidade e legado	247
Cap. III — Conclusão	255
PARTE XIII — DO LIBERALISMO POLÍTICO DE ORLANDO VITORINO	257
Cap. I — Liberalismo e Constituição	259
Cap. II — Em demanda de um liberalismo político constitucional: brevíssima exposição e comentário do projecto de Constituição de Orlando Vitorino	265
Cap. III — Que liberalismo político?	277
PARTE XIV — PINHARANDA GOMES E O MITO DO DIREITO	279
Cap. I — Introdução	281
Cap. II — Os paradigmas doutrinários do jurídico	283
Cap. III — O mito do direito na filosofia portuguesa	287
Cap. IV — Pinharanda Gomes e o mito do direito	289
Cap. V — Final	299
PARTE XV — MÁRIO BIGOTTE CHORÃO: REALISMO, PERSONALISMO E JUSNATURALISMO	301

LIVRO TERCEIRO

SÍNTESES

PARTE XVI — DO ESPÍRITO DA FILOSOFIA JURÍDICA PORTUGUESA CONTEMPORÂNEA	309
Cap. I — Constantes e raízes	311
Cap. II — Uma história paralela: apontamento brevíssimo sobre a jusfilosofia no Brasil	323
Cap. III — Da filosofia portuguesa contemporânea e do seu contributo jusfilosófico e jus-sociológico	327
Cap. IV — Teses, estilo e espírito da jusfilosofia portuguesa	333
Cap. V — Influência e singularidade no pensamento jusfilosófico da filosofia portuguesa contemporânea	341
PARTE XVII — DO DIREITO NA FILOSOFIA PORTUGUESA CONTEMPORÂNEA	355
Cap. I — Direito e filosofia	357
Cap. II — Silvestre Pinheiro Ferreira (1769-1846)	361

Cap. III — Pedro Amorim Viana (1822-1901)	363
Cap. IV — J. M. da Cunha Seixas (1836-1895)	367
Cap. V — Sampaio <i>Bruno</i> (José Pereira de Sampaio) (1857-1915)	369
Cap. VI — Teixeira de Pascoaes (1877-1952)	373
Cap. VII — Leonardo Coimbra (1883-1936)	377
Cap. VIII — Álvaro Ribeiro (1905-1981)	381
Cap. IX — Agostinho da Silva (1906-1994)	383
Cap. X — Orlando Vitorino (1922-2003)	387
Cap. XI — Jesué Pinharanda Gomes (1939)	393
Cap. XII — Afonso Botelho (1919-1997)	395
Cap. XIII — Balanço. Uma janela aberta de Dalila Pereira da Costa (1918)	397