AS CAPITANIAS HEREDITÁRIAS, O GOVERNO GERAL, O ESTADO DO BRASIL — ADMINISTRAÇÃO E DIREITO QUINHENTISTAS

SIEGMUND ULRICH KAHN

1. As Capitanias Hereditárias; 1.1 Carta de doação e foral, analogias e contrastes; 1.2 Resumo do conteúdo da carta de doação; 1.3 As cláusulas tradicionais da carta de doação; 1.4 Unidade jurídica das Capitanias e diversidade dos regimes tributários; 1.5 A distribuição de doação; 1.4 Unidade jurídica das Capitanias e diversidade dos regimes tributários; 1.5 A distribuição de sesmarias e dos direitos do donatário; 1.6 O foral; 1.7 Organização fiscal das Capitanias; 1.8 As Capitanias e as vilas; 2. O Governo Geral; 2.1 A persistência dos forais e as bases da administração da Bahia; 2.2 Tomé de Souza, capitão-mór da armada e governador; 2.3 O governador, o ouvidor geral, o provedor-mór e o corregedor da comarca; 2.4 A autoridade de Tomé de Souza no setor da justiça; 2.5 Resumo; 2.6 A cláusula derrogatória; 2.7 O caráter itinerante do governo; 2.8 Órgãos e regime financeiros; 2.9 O regimento de Tomé de Souza e o foral; 3. O Estado do Brasil; 3.1 Denominações anteriores; 3.2 Primeiros testemunhos da nova denominação; 3.3 Evolução semântica de "Estado" e "Real Estado"; 3.4 O "Estado do Brasil" e a denominação anterior; 3.5 Conclusão.

1. As Capitanias Hereditárias

1.1 *Carta de doação e foral, analogias e contrastes*

Ao dividir, nos anos de 1534 e 1535, a costa do Brasil em 15 lotes, doando-os a 12 Capitães-governadores, Dom João III adotou o sistema de Capitanias Hereditárias, empregado com bom resultado no século anterior, nas ilhas do Atlântico. Tal qual nas prin-

cipais dessas ilhas,[1] a carta de doação e o foral dados pelo rei formavam, também no Brasil, o fundamento do direito específico ao lado do direito geral do reino. Todas as capitanias receberam a mesma carta de doação, o mesmo foral, abstraindo-se pequenas diferenças de pouca importância.[2]

Os dois diplomas completavam-se mutuamente, fazendo cada ato referência ao outro. Dado o primitivismo da redação, repetiram-se até mesmo em muitos pontos. Ambos promulgavam-se em forma de carta dirigida: "A quantos esta minha carta virem".[3] Não obstante tais coincidências, importantes diferenças que separam os dois diplomas não devem ser negligenciadas.

A carta de doação "por fyrmeza de todo" assinada e selada pelo rei e entregue ao capitão-donatário, detalhava determinado negócio jurídico — a doação — indicando o favorecido direto e os seus sucessores.[4] Na falta destes ou caso a doação fosse anulada, a carta perderia o valor.

O foral estabelecera, ao contrário, regras gerais de natureza econômica, fiscal, militar e administrativa para número indeterminado de habitantes de dado território, a capitania. Para a devida publicação desse ato legislativo ordenara-se o seu registro nos livros da Alfândega de Lisboa e da feitoria, das câmaras das vilas e povoações da capitania.

Fazendo referência à doação, subentendia a existência dela.[5] Contudo, uma vez posto em vigor, não dependeria da validade futura desse contrato gracioso. Assim, como no Portugal medieval o direito fundamental do município deixava de sofrer alterações essenciais, em virtude da transferência deste das mãos do rei para uma ordem militar,[6] tampouco o foral deixaria de existir no Brasil quinhentista, somente porque o rei recuperasse a capitania.[7]

[1] Nem todas as ilhas receberam foral do rei. Quanto às do Cabo Verde, veja nota 72.

[2] Veja Garcia, Rodolfo. *Ensaio sobre a história política e administrativa do Brasil (1500-1810)*. Rio de Janeiro, 1956. p. 56.

[3] Há diversas edições. Para nossas citações, preferimos a edição cuidada *História da colonização portuguesa do Brasil*. Porto, 1921-1926. v. 3 (abreviado *H. Col. Port. Bras.*) v. 3, p. 309 e seg. (Carta de doação de Duarte Coelho); p. 312 e seg. (Foral de Duarte Coelho).

[4] Veja, porém, a cláusula da nota 142.

[5] Merêa, Paulo. A solução tradicional da colonização do Brasil. In: *H. Col. Port. Bras.* v. 3, p. 167 e seg., especialmente p. 174.

[6] Gama Barros, Henrique da. *História da administração pública em Portugal nos séculos XII a XV*. 2. ed., por Torquato de Souza Soares, Lisboa, 1945-1954. t. I a XI, t. 8, p. 101.

[7] Veja p. 39.

1.2 *Resumo do conteúdo da carta de doação*

Pela carta de doação, Dom João III fazia doação ao capitão e "seus herdeiros e sucessores" de grande trecho (50, 80, 100 etc. léguas) da costa do Brasil junto a amplos direitos de jurisdição cível e criminal — privilégios de elevar à categoria de vilas os povoados, de nomear tabeliães públicos com as alcaidarias-móres das vilas e povoações, com as moendas de água e quaisquer outros engenhos, com o direito de participação (a redízima) na dízima do rei, com isenção da entrada de corregedor na capitania, etc.

Do trecho principal da costa o rei autorizava o capitão a separar, dentro de 20 anos, outra porção menor (10 ou 20 léguas) da qual lhe fazia também doação, mas sob condições especiais que ainda indicaremos.[8]

Finalmente, a carta vinculava a capitania à família do capitão-donatário, prescrevendo, com todos os pormenores, a ordem de sucessão que incluía além dos descendentes masculinos e femininos, os ascendentes e transversais e até bastardos, e proibia qualquer alienação, divisão ou troca da capitania.

1.3 *Cláusulas tradicionais da carta de doação*

No início da parte dispositiva da carta, o rei lança mão de antiga fórmula: "de meu próprio moto e certa cyencia poder reall e ausoluto sem mo elle pedir nem outrem por elle".

1.3.1 "Motu proprio"

A expressão "motu proprio", às vezes reforçada por dizeres redundantes como "sem mo elle pedir" etc., fora de uso corriqueiro na chancelaria medieval do Papa que a recebeu, por sua vez, da chancelaria dos imperadores romanos. [9]

O significado sofreu alterações no correr dos séculos. O Papa empregava a cláusula, conforme as palavras indicam, originalmente ao conceder de vontade própria alguma graça; mais tarde, porém, com desprezo da semântica até em resoluções motivadas

[8] Veja, p. 15 e seg.

[9] Bresslau, Harry. *Handbuch der Urkundenlehre fuer Deutschland und Italien.* 4. ed., Berlim, 1960-1968-1969. t. I, t. II, t. do índice, p. 7. Gallo, Alfonso Garcia. Las bulas de Alejandro VI. In *Anuario de historia del derecho español.* Madrid, 1957-58. (abreviado AHDE) t. 27-28, p. 461 e seg., especialmente p. 654 e seg., com interpretação algo diferente.

por petição formal do interessado. Este chegava, às vezes, a solicitar expressamente a inserção, no diploma de outorga, do texto alusivo à espontaneidade, certamente por lhe ser vantajoso.

Portanto, a expressão despojada do seu sentido autêntico tornava-se cláusula de estilo e como tal passava para a chancelaria dos reis de Portugal, ainda durante o século XIV. [10] Como texto integrante da nossa carta, atendia apenas a essa praxe antiga, sem significado específico.

1.3.2 Certa ciência

Os dizeres "de certa ciência" constavam igualmente em muitos documentos medievais emanados não só da chancelaria do Papa, mas também do imperador e de outros príncipes. [11] Embora eles perdessem, devido à repetição constante durante séculos, o significado original, tornando-se claúsula diplomática que não merecia muita fé, [12] não chegaram ao esclerosamento completo da fórmula "motu proprio", à inversão do sentido usual das palavras. É, nesse contexto, notável a cautela do Papa Julio II que na bula "Ea quae pro bono" mandara confirmar o tratado de Tordesilhas "de premissis certam noticiam nom habentes", [13] cláusula que excluía a outra "de certa ciência".

[10] Doação de D. João I, doação da "Era" de 1423 (ano 1385), in Caetano de Souza, Antonio. *Provas da historia genealógica da casa real portuguesa.* 2. ed. Lisboa 1946-1954. 6 t. em 12 partes, t. 6, parte 1, livro 13, n. 11, p. 200, e o ato referido por Fernão Lopes; veja nota 53.

[11] Os exemplos são muito numerosos. Veja a respeito das leis de Felipe o Belo o texto referente à nota 46. Carlos IV alega "certa scientia" em vários parágrafos da "Bulla Aurea" citada na nota 48. A interpretação da cláusula por Vásquez de Menchaca (século XVI) encontra-se em Agesta, Luis Sanchez. *El concepto del estado en el pensamiento español del siglo XVI.* Madrid, 1959. p. 100.

[12] *Ordenações do senhor Rey D. Manuel.* Coimbra, 1797. 3 t., v. 2, cap. 49, § 1.º: "Mandamos, que quando Nossos Alvaraes, Privilegios ou Cartas, que nom forem Doações, forem contra Nossas Ordenações, pôsto que nellas digua, que o Fazemos de Nossa certa sciencia, nunca se entenda deroguada ninhũa Nossa Ordenaçam . . . salvo se expressamente por Nós for deroguada a dita Ordenaçam, fazendo mençam sumariamente da substancia della de maneira que claramente pareça que Fomos enformado, ao tempo que a Deroguamos, do contheudo na dita Ordenaçam."

[13] A bula apud Gallo, A. Garcia. Las bulas . . ., artigo citado com esta p. 825 e seg., as palavras citadas à p. 826. Contrasta com esta bula, por exemplo, a de Nicolau V, de 1455 que diz: "De premissis omnibus et singulis plenissime informati maturaque deliberatione prehabita, auctoritate apostolica et ex certa scientia de apostolica potestatis plenitudine . . .", ibidem, p. 770.

1.3.3 Poder absoluto

As palavras que invocam o poder real e absoluto têm história própria. Usaram-se em Portugal, desde meados do século XIV até o governo de Pombal,[14] numa época, portanto, que viu concepções assaz diferentes do poder real.

Gama Barros alinhou essas palavras junto aos títulos magníficos: "Flavius gloriosus rex", "nostra celsituado", etc., pelos quais os reis visigodos costumavam enaltecer, a exemplo dos imperadores bizantinos, a sua glória, sua dignidade, sem visar, contudo, quaisquer efeitos de direito.[15] Ao contrário, no contexto da nossa cláusula, o rei citava o poder absoluto para conseguir fins jurídicos determinados.

1.3.3.1 Fora de Portugal

Sanchez Agesta ressaltou esse aspecto em estudo especializado,[16] no qual aduziu, além da prática diplomática da Espanha, as doutrinas dos seus grandes mestres quinhentistas, assim como do predecessor destes, Belluga, que escreveu na primeira metade do século XV.

De acordo com a explanação minuciosa desse jurista aragonês e as teorias análogas dos que se lhe seguiram,[17] ao príncipe assistia a faculdade de recorrer ao poder absoluto para anular a lei ou dispensar terceiros do cumprimento do direito existente em determinados casos e sob condições específicas.

Contudo, a prática das principais cortes européias, mormente a dos imperadores alemães, adotara tal recurso muito antes que as da Espanha, adiantando-se também séculos aos ensinamentos de Belluga e dos teóricos renascentistas espanhóis.

[14] As provas do século XIV nas notas 49, 52 e 53; as provas referentes ao tempo de Pombal, por exemplo, em *Colleção chronologica de leis extravagantes*, posteriores à nova compilação das *Ordenações do Reino*. (publicadas em 1603), Coimbra, 1819. t. I-V, t. IV, p. 307, 390 e 429 (Alvará de 12.3.1760 e duas Leis de 22.12.1761) com a cláusula: "de Meu Moto proprio, certa sciencia, Poder Real, Pleno e Supremo."

[15] Barros, Gama. obra citada na nota 6, t. I p. 157 e seg.

[16] Obra citada na nota 11, passim.

[17] Agesta, Sanchez. obra citada na nota 11, p. 96 e seg., onde cita também opiniões divergentes.

É de se presumir que tenha sido orientada pelos glosadores e canonistas, cujos escritos, porém, se conservam em grande parte inéditos [18] ou não foram ainda estudados com vistas ao nosso tema.

Os imperadores alemães que se consideravam os sucessores diretos dos imperadores romanos [19] ou de Justiniano [20] impunham as leis no incisivo estilo destes: "hac edictali lege sanccimus" [21] ou "statuimus igitur firmiter et districte precipimus", [22] "iussimus inviolabiter observari", [23] etc.

Não se apoiavam, em geral, em título específico algum, mas quando o faziam recorriam, durante o século XII, à "auctorita" (imperandi), [24] termo técnico de antiga história o qual chegara a indicar a magna autoridade do imperador (ou do Papa) em oposição à "potestas" (administrandi), o poder próprio também dos senhores de menor dignidade. [25]

Essa linguagem dos diplomas — e também a dos grandes teóricos [26] — sofreu alteração no século XIII.

A "plenitudo potestatis", expressão mais usada nos textos antigos, com a qual se equiparava [27] a "potestas absoluta", de

[18] Com relação aos glosadores veja Calasso, Francesco. *I glossatori e la teoria della sovranitá*. 2. ed. Milão 1951, p. 13 e seg., com relação aos canonistas veja Onory, Sergio Mochi. *Fonti Canonistiche dell'idea moderna dello Stato*. Milão, 1951, p. 5.

[19] Koschaker, Paul. *Europa und das romische recht*. Berlin, 1947, p. 38 e seg.

[20] Francisci, Pietro de. *Arcana imperii*. Milão 1947-48. T. 1, 2, 3, v. 1 e 2, t. 3, v. 2, p. 354.

[21] Altmann, Wilh. & Bernheim, Ernst. *Ausgewaehlte urkunden der verfassungsgeschichte Deuschlands im mittelalter*. 4. ed. Berlim, 1909. p. 173 (lei de 1158).

[22] Ibidem, p. 242 (lei de 1235).

[23] Ibidem, p. 241 (a mesma lei de 1235).

[24] Ibidem, leis de 1168 e 1188, p. 313 seg. e 410.

[25] Onory, Sergio M. obra citada na nota 18, p. 87, e seg., Koschaker. obra citada na nota 19, p. 51 e seg.

[26] A terminologia antiga apud Rufinus, Magister. *Summa decretorum* (antes de 1160), citado por Sergio M. Onory, obra citada na nota 18, p. 90, a terminologia mais moderna apud Huguccio, *Summa super decretis* (fins do século XII), citado por Onory, ibidem, p. 158 e seg.

[27] Huguccio, no trecho citado por Onory (veja na nota anterior), refere-se indistintamente à "potestas plena et absoluta". Covarrubias (século XVI expõe: "Plenitudo potestatis, quam absolutam ipse (Baldo) et alii apellant", citado por Sanchez Agesta, obra citada na nota 11, p. 98.

preferência dos mais modernos, veio a adquirir notável destaque entre os magnos títulos ostentados pelo imperador [28] que, porém, em geral, deles não lançava mão — também nesse período mais recente — para legitimar os atos legislativos.

No entanto, de acordo com dois formulários daquele século, o primeiro do tempo de Frederico II, [29] o segundo, algo posterior [30] — o imperador ou rei alemão recorria à "potestatis plenitudine" para nela fundamentar a dispensa de terceiros do direito vigente, em casos específicos. Elevava a cavaleiro (miles) alguém sem condições jurídicas para tal e promovia outro a conde, como se o fosse de nascimento e legítimo.

Tal evolução da terminologia e da técnica jurídica que não podiam deixar de sofrer a influência dos glosadores — colaboradores íntimos dos imperadores alemães [31] — testemunha o esforço, desses exímios juristas, de recriar, dar forma nova ao instrumental herdado dos romanos, a cujo direito devotavam, todavia, o maior respeito.

Os princípios desse direito foram, porém, complexos no tocante à força adstringente da lei ou — dito inversamente — à independência do príncipe. Não se transmitiram, conforme ensinava Kern, [32] máximas claras e facilmente inteligíveis, mas mal assimiladas pelos homens da Idade Média e por eles torcidas ou esvaziadas do sentido original, por motivos maliciosos.

Aos adágios "princeps legibus solutus "e" quod principi placuit legis habet vigorem" [33] não cabia o alcance amplo que a citação fora do contexto e sem consideração à sistemática fazia supor. [34] O confronto com outros princípios da mesma legislação de

[28] Lei de Frederico II, de 1231 ou 1232, em Altmann & Bernheim, obra citada na nota 21, p. 420: "Cum Tomane monarchiam dignitatis ipso auctore, per quem reges regnant et principes optinent principatus, qui super gentes et regna constituit sedem nostram, principalitar teneamus et simus in potestatis plenitudine constituti".

[29] Altmann & Bernheim, obra citada na nota 21, p. 175 (n. 87).

[30] Ibidem, p. 178 (n. 89).

[31] Koschaker, Paul. obra citada na nota 19, p. 71 e seg. chama os glosadores "aliados" dos imperadores.

[32] Kern, Fritz. *Recht und verfassung im mittelalter*. Darmstadt, 1965. Separata de *Historische zeitschrift*. 1919. T. 120, p. 1-79, p. 70.

[33] *Digesto* 1, 3, 31 e 1, 4, 1.

[34] Francisci, P. de. obra citada na nota 20, t. 3, 2 p. 202 e seg., Perez, Juan Beneyto. *Los orígenes de la ciencia política en Espanha*. Madrid, 1949. p. 217 e seg.

Justiniano que exaltaram o primado da lei e as virtudes do estado de direito,[35] recomenda a interpretação cautelosa e aprofundada tal como fora típica dos glosadores e canonistas.

Desconhecendo-se quase tudo que tenha sido por eles elaborado a respeito,[36] é de interesse capital a solução que os juristas da corte de Afonso X de Castela deram à matéria, no século de Frederico II. As *Sete Partidas,* depois de salientar que somente imperador ou rei pode legislar,[37] estatuíram que este deve guardá-las como: "à su honra e à su fechura"[38] e que as leis só deverão ser anuladas sob condições determinadas e mediante consentimento "de todos los homes buenos de la tierra, los mas honrados."[39]

No entanto, antes que essas disposições entrassem em vigor, a *Ordenação de Alcala* estabelecera, em 1348: "Et porque al Rey pertenesce e ha poder de facer fueros, e Leys, e de las interpretar, e declarar, e emendar do viere que cumple, tenemos por bien que si en los dichos fueros, ò en los libros de las Partidas sobredichas, ò en este nuestro libro, ò en alguna, ò en algunas Leys de las que en el si contienen, fuere menester interpretacion, ò declaracion, ò emendar, ò annadir, ò tirar, ò mudar, que Nós que lo fazemos."[40] Cerca de cem anos depois, Afonso V de Portugal

[35] Por exemplo, a constituição "Imperatoriam maiestatem" que introduz às Instituições, ou a outra de "Iustinianeo Codice confirmando". Veja Francisci, P. de. ibidem, p. 223 et passim.

[36] A respeito da discussão dos canonistas sobre "consuetudo" e "lex scripta" e o poder do príncipe de derrogar aquela, veja Onory, Sergio M. obra citada na nota 18, p. 243 e seg. e sobre "ius civile" e "lex generalis", ibidem, p. 134.

[37] Las Siete Partidas del Rey D. Alfonso el Sabio, glozadas por el Licenciado Gregorio Lopez, edição de *Los Codigos Españoles.* Madrid, 1848. t. 2 a 5, I, 1, 12 (t. 2 p. 13) corresponde ao "Especulo' (do mesmo rei) I, 1, 3, edição de *Los Codigos Españoles.* citados, Madrid, 1849. t. 6, p. 8. Veja Gallo, A. Garcia. *El Libro de las Leyes de Alfonso el Sabio,* em AHDE. Madrid, 1951-52. p. 345 e seg.

[38] Partida I, 1, 16, ibidem, p. 16, corresponde ao Especulo I, 1, 10 ibidem, p. 9.

[39] Partida I, 1, 18, ibidem p. 17. O Especulo I, 1, 13, ibidem p. 10 diverge, veja nota seguinte.

[40] Edição de *Los Codigos Españoles* citados, Madrid, 1847. t. 1, p. 464. Princípio semelhante enuncia já o Especulo I, 1, 13 que diz: "los reyes an poder de fazer leyes e de anader en ellas e de minguar en ellas e de camiar cada que mester sea."

dispôs nas Ordenações que o Rei: "he Ley animada sobre a terra, e pode fazer Ley, e revogualla quando vir que he compridoiro." [41]

As *Ordenações Manuelinas,* da segunda década do século XVI, expressavam outro princípio mais amplo ainda: " . . . . ninhũa Ley per Nós feita ligua, nem obrigua, senom em quanto Nós fundado em bom juízo e igualdade Quizermos a ella sojuguar o Nosso Real Poderio." [42]

Contudo, na prática, os monarcas portugueses seguiam tal regra fundamental, havia mais de cem anos.

Sabemos pelas queixas, freqüentemente apresentadas nas cortes, que o rei emitia, desde a segunda metade do século XIV, atos contrários às suas próprias leis e às resoluções tomadas em corte. Respondendo às queixas com evasivas, arrogara-se a suprema autoridade para desobedecer ao direito vigente. [43]

Não obstante a oposição sempre renovada pelas cortes a tal pretensão, os reis de Portugal conseguiram firmar a sua posição ao correr de mais de um século. Ao contrário dos reis mais fracos, mais condescendentes da Espanha, [44] não arredavam pé. Estabeleceram a tradição que ficara consagrada nas Ordenações citadas.

Desde a época na qual, prepotentes, começaram a enfrentar as cortes, lançavam mão da cláusula que, invocando o poder pleno, facultava aos monarcas poderes excepcionais, de acordo com a prestigiosa prática das principais chancelarias européias.

Com efeito, o uso diplomático caracterizado acima não se restringira à Alemanha. Passava, por volta de 1300, à França, onde veio, porém, atender finalidades mais amplas. Enquanto as duas fórmulas que citamos visaram a legitimar ao imperador ou rei daquele país o desvio do direito vigente, em casos de alcance limitado, Felipe o Belo de França, assessorado pelos legisperitos,

41 *Ordenações do Senhor Rey D. Affonso V.* Coimbra, 1786. v. 5, livro 3, 78, 1. A respeito da expressão "Ley animada sôbre a terra" ou "lex animata in terris" veja Gallo, Alfonso Garcia. *Manual del derecho español.* Madrid, 1964. 2 tomos, t. 1, § 1382; Perez, Juan Beneyto. obra citada nota 34, p. 215; Berger, Wilhelm. *Die fuerstenspiegel des hohen und spaeten mittelalters.* Stuttgart, 1938. p. 49, com bibliografia.

42 *Ordenações Manuelinas,* citadas na nota 12, II, 17, 18.

43 Gama Barros, H. obra citada na nota 6, t. 3, p. 169 e seg.

44 Veja a respeito as Cortes de Bribiesca de 1387 e Valladolid de 1442 em Gallo, A. Garcia. Manual citado na nota 41, t. 2, § 144 e 145, e t. 1 § 418 e 419.

que surgiram como classe nova nessa época,[45] procurando igualar-se ao imperador, chegou a fundamentar nos títulos deste (adaptados à sua própria dignidade de rei) as leis gerais que iniciava a dar a todo o reino.

A fórmula completa rezava: "de praelatorum et baronum consilio et certa scientia et auctoritate et de plenitudine regiae potestatis". Alegava, ao que parece, o "consilium praelatorum et baronum" para satisfazer às exigências da tradição, pois os grandes do reino costumavam participar até então dos atos reais destinados a vigorar também fora do domínio da Coroa e reforçava tal base formal, considerada insuficiente, em virtude da provável falta de verdadeiro "consilium" ou de "consilium" de alguma importância pelos títulos impressionantes de "auctoritas" e "plenitudo potestatis".[46]

Em 1344, o Papa Clemente VI apoiava de igual maneira a bula "Tue devotionis sinceritas" na "auctoritate apostolica de fratorum nostrorum consilio et assensu ac apostolicae plenitudine potestatis".[47]

Durante o século XIV, a cláusula passou a ser empregada também, de modo muito amplo, na chancelaria imperial. Haja vista a "Bulla Aurea" de 1356 em cujo intróito o imperador, usando linguagem excepcionalmente solene, declara: "matura deliberatione previa de imperialis potestatis plenitudine edidimus statuimus et duximus sanciendas . . .", para na parte dispositiva recorrer tanto à "auctoritate imperiali" como também à "imperialis potestatis plenitudine."[48]

1.3.3.2 Em Portugal

As primeiras provas da adoção da cláusula, pelos reis de Portugal, são pouco posteriores.

[45] Chenon, Émile. *Histoire générale du droit français public et privé.* Paris, 1926. t. 1, § 304, p. 816; Oliver-Martin, Fr. *Histoire du droit français.* Montchrestien, 1948. § 236.

[46] Viollet, Paul. *Histoire des institutions politiques et administratives de la France.* Paris, 1898. t. 2, p. 192 e seg.

[47] Gallo, Garcia. Las bulas, artigo citado na nota 9, p. 739. Cf. também os termos análogos da bula de 1455, citada na nota 13. Sobre "autoritas" ou "potestas apostolica" veja Gallo, Garcia. ibidem, p. 656 e seg.

[48] Altmann & Bernheim, obra citada na nota 21, p. 56 e seg.

É muito significativo o testamento de 1367,[49] de Dom Pedro I que invocou "nosso comprido e absoluto poder" para sanar falhas eventuais de forma ou de outros requisitos legais, dando o modelo — possivelmente recebido de outra chancelaria — a muitos monarcas posteriores, inclusive os Reis Católicos da Espanha e o Imperador Carlos V.[50]

A cláusula teve aplicação larga nas doações de bens da Coroa, desde o reinado de D. João I. Obviara-se, por meio dela, a fundadas dúvidas quanto à alienabilidade desses bens e à ordem de sucessão a obedecer[51] e procurava-se elidir as exigências, embora não bem assentadas, quanto à insinuação cuja desnecessidade somente as Ordenações Afonsinas estabeleceram.[52]

Incertezas tais, que várias ordens jurídicas devem ter estimulado o emprego da fórmula por Dom João I,[53] num período

[49] Em Caetana de Souza, A. obra citada na nota 10, t. 1, parte 1, livro 2, n. 32. A cláusula à p. 410 "e queremos, e outorgamos, e mandamos, que este nosso testamento se comprir, e . . . de nosso comprido, e absoluto poder, que havemos, como Rey, tolhemos toda mengua de solemnidade, e de falicimento de qualquer outra couza, per qualquer maneira, que os direitos escritos foros, e costumes mandam cumprir guardar, e poer nos testamento."

[50] Veja o testamento de Afonso V de 1475 em Caetano de Souza, A. obra citada na nota 10, t. 2, parte 1, livro 4, n. 4, p. 15, e o de João II, de 1495, ibidem, livro 4, n. 28, p. 212, ou em Pina, Ruy de. *Croniqua del'Rey Dom Johan II.* ed. por Alberto Martins de Carvalho, Coimbra, 1950, p. 263. Sobre os testamentos dos Reis Católicos e de Carlos V, veja Sanchez Agesta, obra citada na nota 11, p. 177 e seg.

[51] Sobre dúvidas que tais no reinado de D. João I veja Merêa, Paulo. Genese da Lei Mental. In: *Estudos de história do direito.* Coimbra, 1923, p. 61 e seg.

[52] Gama Barros, H. obra citada na nota 6, t. 6 p. 347, onde cita diploma de 1373 de D. Fernando que não pudemos verificar e no qual o Rei declara a doação por insinuada "se merece insinuação". Gama Barros não indica se D. Fernando invocara para tal o poder absoluto, o que estaria bem de acordo com o uso diplomático da época. É muito curiosa a "doação" do Duque de Lencastro de 1387 (Caetano de Souza, A. obra citada na nota 10, t. 1, parte 2, livro 3, n. 3, p. 20 e seg., resumida e comentada por Figueiredo, José Anastacio de. *Nova historia da militar ordem de malta, e dos senhores Grao-Priores della, em Portugal.* Lisboa, 1800. 3 tomos, 2. ed. t. 1, p. 218 e seg.) na qual o duque se intitula Rei de Castela e desiste de eventuais direitos sobre Portugal, invocando o poder absoluto para que a doação fizesse efeito "assi como se fôsse enssinuada". O ato realizara-se em solo português.

[53] Exemplos em Caetano de Souza, A. obra citada na nota 10, t. 3, parte 2, livro 6, n. 1 (1401) p. 1; ibidem n. 3 (1401) p. 12 (confirmação); n. 4 (1401), p. 15; n. 5 (1409) p. 16; n. 13 (1401), p. 53 (confirmação); n. 35 (1385), p. 92; n. 36 (1398), p. 94; t. 6, parte 1, livro 13, n. 4 (1386), p. 181; ibidem, n. 6 (1397), p. 187; ibidem, n. 11 (1385), p. 200, e (1386), p. 201 — Lopes, Fernão.

no qual ela não tinha ainda acolhida nas chancelarias do resto da Península, segundo o testemunho dos historiadores espanhóis. [54]

Desse primeiro tempo, faltam provas do uso da cláusula para sancionar leis gerais, a exemplo da prática seguida na França e Alemanha. Mas como o estilo se originasse desses países, é de supor-se que também em Portugal tenha sido empregado, desde o começo, com a mesma finalidade (suposição à qual falta maior grau de segurança devido ao estado atual das fontes).

A invocação do poder absoluto do rei, que tão cedo chegara a fazer parte dos formulários portugueses de certos tipos de atos, deles não fora desalojada pela legislação mais moderna. Tornara-se cláusula de praxe. Mas, como tal, sofrera o impacto da teoria e prática jurídica dos tempos posteriores.

Servindo inicialmente aos monarcas portugueses como instrumento útil para lhes fundamentar as ambições de absolutismo frente às cortes oposicionistas, mais tarde, quando estas já deixavam o cenário político, passando a constituir meramente elemento de tradição respeitável, de estilo, alegando o poder que o monarca usava normalmente (à semelhança dos reis de França) sem contestação e cujo conteúdo tinha recebido a delimitação autorizada por Bodin.

Por via de conseqüência, a citação ou omissão da cláusula, nos atos de Dom José, já não fazia diferença alguma. É pois muito natural que alguns a empregassem [55], outros não, de acordo com o gosto ou capricho do redator.

Depois de tudo que acabamos de expor, fica evidente que as cartas de doação das capitanias hereditárias brasileiras obedeceram ao modelo tradicional, já tantas vezes adotado nas doações de Dom João I. Tal qual naquele tempo distante, Dom João III invocara o poder absoluto, como cláusula de estilo, para derrogar

Crônica de D. João I. ed. por M. Lopes de Almeida e A. de Magalhães Basto, Porto, 1945-1949. t. 2, cap. 1, p. 9 (1385); Gama Barros, H. obra citada na nota 5, t. 8, p. 236 (1399) e p. 287 (1389). A seleção indica, certamente, uma parte pequena só dos atos realmente emitidos.

[54] Agesta, Sanchez. obra citada na nota 11, encontrou a fórmula "poderio real absoluto" a partir de 1438, e Gallo, Alfonso Garcia. La Ley como fuente del derecho en Indias en el Siglo XVI. In *AHDE*. Madrid, 1951-52. t. 21-22, p. 607 e seg., cita à p. 625 a fórmula usada, a partir de João II, para sancionar leis de caráter geral. Cf. também Gallo, A. Garcia. Manual citado na nota 41, t. 1, § 1377 e seg.

[55] Veja as citações na nota 14. Os atos que omitem a cláusula são numerosos. O reinado de D. José é muito característico para apoiar o nosso comentário, mas observações semelhantes podem ser feitas com relação a reinados muito anteriores.

o direito oposto — a "ley mentall e quaesquer outras leis ordenações dyreytos grosas e custumes que en contrario desto aja ou posa aver . . . "

A fórmula que acabamos de examinar é, na carta de doação, seguida por outras, também de longa tradição. Enquanto aquela relacionava-se com o processo de concessão do ato, com a situação psicológica do doador e o fundamento para a sanção, as outras que analisaremos em seguida diziam respeito ao objeto da doação, ao tipo de direitos que concedia.

1.3.4 Doação irrevogável

A carta rezava: "Faço merce irrevogável doaçam entre vyvos valedoyra deste dia pera todo sempre". São cláusulas também constantes em antigos formulários [56] que visando dar maior firmeza ao ato, pretendem excluir a revogação nos casos previstos em direito, opondo, ainda, a doação entre vivos à "donatio mortis causa", anulável em vida do doador, segundo o direito romano.

1.3.5 De juro e herdade

O diploma acrescenta: "De juro e herdade", expressão de história antiga. Deriva da expressão latina "iure hereditario" ou semelhante, muito usada na Idade Média. Sua interpretação é duvidosa. [57] Traçando a linha mestra de evolução, Garcia Gallo chegou à conclusão que "ius hereditarium que en su origen es un derecho sucesorio, o bien llegó a convertirse en un derecho real pleno o de dominio sobre las cosas, o bien a su lado surge, indepedientemente de el . . . un ius hereditarium como denominacion moderna del dominio". [58]

Contudo, a cautelosa análise do grande mestre de Madrid se restringe à Alta Idade Média, período da história que não chegou

[56] Os exemplos são muito numerosos, desde a segunda metade do século XIV. Veja Caetano de Souza, A. obra citada na nota 10, passim.

[57] Veja Bances, R. Prieto. La explotación rural del dominio de San Vicente de Oviedo en los siglos X al XIII. In *Boletim* da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1939-40. v. 26, p. 114 e seg., onde indica exemplos de "iure hereditario" vitalício. Merêa, Paulo. A concessão da terra portugalense a D. Henrique. In *AHDE*. 13, p. 398 e seg.

[58] Gallo, Alfonso Garcia. Bienes Propios y Derecho de Propiedad en la Alta Edad Media Española. In: *AHDE*. 29, 1959. p. 351 e segs., especialmente p. 378 e seg.

a testemunhar um direito de propriedade claramente distinto da posse, [59] de direitos limitados sobre a coisa. Equiparando-se "ius hereditarium" e "dominium", termo mais usado para significar a propriedade, iguala-se, portanto, um direito de alcance questionável com outro mal delimitado.

Durante a Baixa Idade Média o direito das coisas sofreu, em Portugal, assim como nos outros países da Península, o impacto maior do direito romano em virtude dos ensinamentos dos glosadores e comentadores que, imbuídos dos princípios clássicos, procuraram disciplinar as instituições tradicionais.

Dando, pela primeira vez, definição ao domínio, Bártolo destacou a faculdade plena de disposição como elemento essencial, embora admitisse a sua limitação pelo direito. [60]

Tal doutrina não trazia alteração notável senão graças à forma exata e exclusiva com que fora enunciada, pois o direito da Alta Idade Média já vinha também considerando a faculdade de disposição um dos caracteres importantes da propriedade. [61]

Fiel aos ensinamentos dos glosadores segundo aos quais "incorporalia possideri non possunt", [62] Bártolo admitia, todavia, como objeto do domínio unicamente a coisa corpórea, opondo-se, com tal exclusivismo, às tendências de direito dominantes na época, em Portugal e muitos outros países.

De acordo com essas tendências, características da Baixa Idade Média, as quais se filiavam possivelmente à prática vulgar do direito romano, a certos princípios do direito canônico, ou ao conceito germânico da "gewere", ou a tais influências juntas, [63] os direitos sem exceção, tanto os pessoais, os contratuais, como os sobre coisas, tanto os privados, como os públicos, e até digni-

59 Gallo, Alfonso Garcia. El Hombre y la tierra en la Edad Media Leonesa (El Prestiomonio Agrario). *Revista de la Faculdad de Derecho de la Universidad de Madrid*, Madrid, v. 1, p. 319 e segs. 1957.

60 Melchiorre, Roberti. *Svolgimento Storico del Diritto Privato in Italia*. 2. ed. Pádua, 1935. t. 1 e 2, t. 2 p. 26 e seg., onde cita a definição de Bártolo: "dominium est ius de re corporali perfecte disponendi, nisi si quis lege proibeatur".

61 Gallo, A. Garcia. Bienes propios. artigo citado na nota 58, p. 375 e seg.

62 Roberti, M., obra citada na nota 60, t. 2 p. 46.

63 Roberti, M., ibidem; Schupfer, Francesco. *Il diritto delle obligaazioni in Italia nell'etá del risorgimento*. Torino, 1921. 3 tomos, t. 1, p. 7 e seg.; Huebner, R. *Grundzuege des deutschen privatrechts*. 5. ed. Leipzig, 1930. p. 220, 226; Mitteis, Heinrich. *Lehnrecht und staatsgewalt*. Weimar, 1958. p. 295, (para a França e Inglaterra).

dades, posições sociais ou privilegiadas consideravam-se passíveis da posse.

Desse modo, apagaram-se os limites das categorias básicas do direito romano que, não admitindo direitos sobre direitos, impedia a confusão do direito com o seu objeto, daí resultando, por exemplo, a confusão da posse ou do domínio com o seu objeto; um direito talvez contra o devedor de obrigação contratual.

Essa prática medieval desenvolveu-se na época do maior culto e da influência mais intensa do direito romano — paradoxal, como parece, mas sobretudo significativo, a indicar que a grande extensão do conceito da coisa atendia melhor às necessidades do intercâmbio jurídico de então.

Haja vista a definição citada do domínio por Bártolo, a qual, não obstante o prestígio extraordinário deste,[64] teve pouco ou nenhum efeito em Portugal.

Demonstra-o, por exemplo, a situação jurídica do oficial, do titular de um ofício — não do simples encarregado — considerado proprietário, a não ser que o ofício fosse "de sua natureza" trienal ou expressamente outorgado por prazo. Como objeto do direito de propriedade, o ofício entrava no patrimônio do oficial tal como outra corpórea[65] qualquer, vendendo-se, transmitindo-se por herança, etc.

Os princípios dessa organização jurídica claramente delineada no Alvará de 11 de abril de 1661,[66] correspondiam às concepções correntes já no tempo de D. Manuel,[67] com raízes nos séculos XIV e XV.[68]

[64] Moncada, L. Cabral. O século XVIII na Legislação de Pombal. In *Estudos de história de direito*. Coimbra, 1948. t. 1, p. 82 e seg., especialmente p. 92.

[65] Veja o litígio interessante perante o Parlamento de Paris (1629), durante o qual se discutiu se o ofício deveria ser considerado coisa móvel ou imóvel, apud Imbert, Jean. Sautel, Gérard & Boulet-Sautel, Marguerite. *Histoire des institutions et des faits sociaux (X^e — XIXe siècle)*. Paris, 1956. n. 100, p. 198 e seg.

[66] Veja a *Colleção* . . . citada na nota 14, t. 2, p. 11 e seg. Aí distinguem-se os ofícios que, por sua natureza, são de propriedade (§ 13) de outros trienais (§ 3) (p. 13 e 14), etc.

[67] No seu testamento de 1517 (em Caetano de Souza, A. obra citada na nota 10, t. 2, parte 1, livro 4, n. 62, p. 406 e seg.) recomenda não dar a ninguém os ofícios de fronteiro-mór, nem as capitanias de cidades e vilas, e sim encarregar alguém para servi-los. Procedimento análogo indica quanto às capitanias dos "lugares de além".

[68] Kahn, Sigismundo. Poderes de Martim Afonso de Souza. In *Anhembi*, v. 32, n. 95, p. 246 e seg. especialmente p. 249. São Paulo, outubro 1958.

Tal como a propriedade, o "juro de herdade" ou "de juro e de herdade" (ou outras denominações semelhantes), traduzidas de "ius heredictarium", tiveram como objeto as coisas incorpóreas as mais diversas. Concediam-se "de juro e de herdade", ou como também se dizia simplesmente "de juro", pensões, "as tenças de juro", dignidades e títulos, os títulos de conde, marquês, etc. e os direitos a eles inerentes. [69]

A carta de doação das capitanias brasileiras proporciona exemplo significativo ao outorgar, de juro e de herdade, não só a terra como também a jurisdição, as alcaidarias-móres das vilas com todas as rendas, direitos, foros e tributos, a meia dízima e redízima, a vintena do lucro régio do pau-brasil, o privilégio de mandar, isento de impostos, certo número de escravos ao reino.

A diferença entre esse "de juro e de herdade" e o "ius hereditarium" que Garcia Gallo analisou é realmente considerável. Ao contrário dos princípios jurídicos seguidos pela nossa carta, os objetos do "ius hereditarium" da Alta Idade Média foram sempre coisas corpóreas, as mais das vezes, imóveis: a terra, a casa, o solar, o mosteiro, o vinhedo, etc., de acordo com as fontes aduzidas pelo grande historiador e jurista.

O "ius hereditarium", direito sobre coisas, na acepção clássica do termo, permitira analisar-lhe a evolução e o conteúdo, com base nas velhas fórmulas romanas que resumiram ao proprietário as faculdades essenciais.

No entanto, ao se diluírem, na Baixa Idade Média, as linhas divisórias entre os direitos pessoal e real, mais impreciso se tornara o conteúdo da antiga instituição que veio a se confundir com o seu objeto, também direito, ou privilégio de natureza vária, aos quais acrescentara, por ventura, apenas o caráter de hereditariedade, de perpetuidade. [70]

Era esse também o sentido da expressão "de juro e herdade" em nossa carta de doação. Como, porém, a via de sucessão fosse ordenada com todos os pormenores em outro parágrafo da mesma carta, à expressão mencionada coube apenas estabelecer o princípio ao qual outros dispositivos vieram determinar o alcance exato.

[69] Sobre as "tenças de juro" veja Pegas, Manoel Alvares. *Comentaria in ordinationes regni portugalliae*. Lisboa, 1669-1703. 15 v. v. 11, lib. 2, tit. 35, p. 225. Sobre os títulos de "juro" veja Caetano de Souza. obra citada na nota 8, t. 6, parte 1, livro 11, n. 14, p. 95; ibidem, livro 14, n. 28, p. 320 e seg.; tomo 5, parte 2, livro 9, n. 19, p. 210. Veja ainda o Alvará citado, na nota 66, tit. 2, § 22 a 25, p. 23 e seg.

[70] Nesse sentido, Pegas, M. A. obra citada, v. 10, p. 351 e v. 11, p. 225.

1.4 *Unidade jurídica das capitanias e diversidade dos regimes tributários*

Conforme se depreende pelo contexto da carta e por sentença judicial muito instrutiva da época, [71] a doação fora um ato só, as suas cláusulas aplicaram-se, em geral, à "capitania e governança" como a um objeto, uma unidade sem exceção. O capitão exerceria a sua autoridade judiciária em todo o território, nomearia tabeliães indistintamente nas diversas partes, elevaria o povoado a vila, independentemente da sua localização, etc. Mas havia distinção quanto à tributação e a algumas questões de direito privado.

No tocante a essas matérias prescreveram-se três regimentos diferentes. Dois para o trecho maior da costa, a saber: um para a terra distribuída como sesmaria, outro para o restante sob administração do capitão; o terceiro para a parte menor, de 10 ou 20 léguas. A divisão dependeria de atos jurídicos do capitão.

Este enfeixava nas suas mãos, no tocante à porção menor, amplos direitos privados e prerrogativas de ordem pública maiores que para o restante da capitania. Seu pequeno território estava isento de tributos da metrópole, exceto a dízima devida à Ordem de Cristo. A situação guardava certa analogia com a das Ilhas de Cabo Verde cujos donatários foram beneficiados por direitos quase ilimitados, cerca de setenta anos antes. [72]

Como eles, os capitães brasileiros tiveram o privilégio de ordenar a vida dos colonos segundo o seu critério, arrendando ou aforando a terra, pondo os "foros e trebutos" que quisessem. Mas diferente daqueles, os Donatários brasileiros tiveram os seus direitos, também sobre esta parte da capitania, vinculados à família. [73]

71 Veja Merêa, Paulo. A solução tradicional . . ., artigo citado na nota 5, p. 175, nota 23.

72 Carta de Afonso V, doando ao Infante D. Fernando 12 ilhas (5 das partes da Guinea e 7 "atravez do Cabo Verde"): "E queremos que ele aja livremente as dictas ilhas e senhorio e povoadores dellas asi e tam compridamente, como a nos poderiam pertencer . . . com toda juridiçom civell e crime, rreservamdo soomente alçada pera nos nos fectos crimes nos cassos em que caiba morte ou talhamento de membro — e possa poeer quaessquer foros direitos e tributos em as dictas ilhas, que lhe bem parecerem". In *Alguns documentos do archivo nacional da torre do Tombo*. Lisboa, 1892. Academia Real de Ciências de Lisboa, p. 31. Cláusulas semelhantes na doação régia de 19.2.1462, das Ilhas Lono e Capraria, ibidem, p. 28 e seg.

73 Merêa, Paulo. "A solução tradicional" . . ., artigo citado na nota 4, p. 175.

Parece, no entanto, que os preceitos citados deixaram de ter aplicação. Não se conhece aforamento nem foral algum de donatário brasileiro, não há notícia da separação feita de determinada porção para que gozasse das franquias mencionadas. Tal separação deveria, para ter efeito, obedecer às formalidades de direito, como escritura perante tabelião, tomada de posse com o cerimonial típico da época, etc. Formalidades estas das quais seria de se esperar que deixassem algum vestígio.

Embora a isenção dos tributos reais e a faculdade de impor foro próprio não pudessem deixar de constituir forte atrativo para o capitão, este não se valeu de tais vantagens, ao que parece, por motivos práticos.

O povoamento da capitania, objetivo de primeira plana, dificilmente seria viável mediante o arrendamento ou aforamento das terras, enquanto o regime da parte principal previra como solução mais sedutora a outorga gratuita das mesmas terras a título de sesmaria, outorga freqüentemente realizada, como atestam numerosas fontes.

Resta saber porque os donatários deixavam de separar o trecho menor a fim de gozar, pelo menos, a isenção dos impostos, encarregando-se da administração em regime próprio. É provável que lhes faltassem, para tal, recursos, os quais foram investidos ao chegarem à capitania, ou nos primeiros anos, no cultivo da terra virgem.

Presumivelmente, atendendo a razões dessa ordem, as capitanias hereditárias, instituídas em datas posteriores, deixaram de obedecer ao modelo original. Ou as terras foram arrendáveis e aforáveis, [74] ou sujeitas à distribuição como sesmarias. [75] Faltalhes a duplicidade da organização preferida em 1534-1535.

1.5 *Distribuição de sesmarias e dos direitos do donatário*

A carta de doação dizia no tocante à parte principal: "o dito capitam e governador nem os que apos elle vyerem nam poderam

[74] Doação de 1558 das Ilhas de Taparica e Tamandiva ao Conde de Castanheira, em *Documentos Históricos*, publicados pela Biblioteca Nacional, Rio de Janeiro, t. 13, p. 196: "poderão arrendar, e aforar em fatiota, ou em pessoas, ou como quizerem, e lhes bem vier as terras das ditas Ilhas pelos foros e tributos que quizerem . . ." Doação da Ilha de São João e Fernão de Noronha, em 1559, em *H. Col. Port. Bras.*, t. 2, p. 340 e seg., com a mesma cláusula inserta na doação anterior.

[75] Doação da Capitania de Peruaçú de 1565, em *Documentos Históricos*, citados, ibidem, p. 239. Doação da Capitania do Xingu de 1685 (não efetuada) em Vianna, Helio. *Estudos de História Colonial*. São Paulo, 1948, p. 302 e seg. (o § sobre a distribuição de sesmarias à p. 306).

tomar terra alguma de sesmarya na dita capitanya pera sy nem pera sua molher nem pera o filho erdeiro della amtes daram e poderam dar e Repartyr todas as ditas terras de sesmarya a quaes quer pessoas de quallquer calydade e condyçam que seyam e lhes bem parecer lyvremente sem foro nem direito algum" e o foral: "daram e reportyram todas as terras della (a capitania) de sesmarya . . . lyvremente sem foro nem dereito algum . . ."

Embora pareça a dois mestres notáveis,[76] essas cláusulas não fundamentaram aos donatários a obrigação e sim a competência[77] para outorgar sesmarias a quem "lhes bem parecer". Salientavam ainda o contraste entre o regime dessa parte da capitania e o do trecho menor. Enquanto este estivesse sujeito ao aforamento pelo capitão, as terras da parte principal não reservadas pelo mesmo, para administração própria, seriam entregues livres, isentas de tributos, como sesmarias. Encarava-se, porém, a distribuição destas como excepcional. A terra sob regime próprio do capitão constituiria a norma, pois só àquela o foral, fundamento jurídico da vida dos habitantes, teria aplicação regular.

Segundo a carta de doação e de acordo com a tradição,[78] a sesmaria ficaria sendo propriedade plena do beneficiário que dela podia dispor sem restrições, ficando, porém, obrigado a cultivá-la dentro de número prescrito de anos.

Qual seria o direito do capitão-governador sobre o restante da terra principal, isto é, aquela que não chegara a distribuir como sesmaria, nem apartar para si como livre e isenta perante a metrópole?

Nenhum, respondem os mestres citados,[79] porque consideravam o capitão obrigado a distribuir as terras. Nem podia possuir essa parte, esclareceu Paulo Merêa, fora mero ocupante, sublinhou Waldemar Martins Ferreira. Apoiaram-se ainda em

[76] Merêa, Paulo. A solução tradicional . . ., artigo citado na nota 5, p. 175. Martins Ferreira, Waldemar. *História do direito brasileiro*. Rio de Janeiro — São Paulo, 1951-1956. 4 tomos, t. 1, p. 59.

[77] Assim, Porto Seguro, Visconde de. *História geral do Brasil*. 3. ed. São Paulo — Cayeiras — Rio, 5 tomos, t. 1, Secção 10, p. 181; Abreu, J. Capistrano de. *Capítulos de história colonial (1500-1800)*. 4. ed. por José Honorio Rodrigues, 1954, p. 93; R. Garcia, obra citada na nota 2, p. 60.

[78] Merêa, Paulo. A solução tradicional . . ., artigo citado na nota 5, p. 182; Barros, H. Gama. obra citada na nota 6, t. 8, p. 326.

[79] Veja nota 76.

cláusulas específicas dos diplomas. Contudo, nem o foral, nem a carta de doação proibiram ao capitão tomar terra alguma para si, como alegam. [80]

Proibiram-lhe, isso sim, apossar-se de terra "de sesmaria", o que quer dizer, tomar terra dada anteriormente e que, por via de conseqüência, tornara-se "terra de sesmaria", ou ocupá-la a título de sesmaria, por meio de ato público e de acordo com as formalidades prescritas pelas Ordenações. [81]

A proibição assim compreendida enquadrava-se perfeitamente no regime das sesmarias e na sistemática da carta de doação e do foral. O capitão não poderia reaver terra outorgada como sesmaria porque a Ordenação prescrevia que a sesmaria não cultivada dentro do prazo estabelecido deveria ser novamente entregue como sesmaria, não podendo, nem nesse caso de falta grave do beneficiado, voltar ao seu antigo dono. [82]

Na sistemática da carta de doação e do foral, a proibição se enquadrava, porque esses diplomas declararam como tributável, inalienável e indivisível, a terra que não fosse distribuída como sesmaria ou separada como porção menor, livre e isenta, pelo capitão.

Ora, como a sesmaria não pagasse direitos, a não ser o dízimo à Ordem de Cristo, e entrasse no patrimônio do titular, como propriedade plena, nas mãos do donatário ou dos seus sucessores, iria de encontro aos princípios fundamentais mencionados.

1.5.1 Os objetos da Doação

À tese de carência de direitos sobre o trecho principal da costa por parte do donatário, não só falta o apoio dos dispositivos que os mestres defensores dela aduzem, mas a mesma choca-se sobretudo com o sentido manifesto das cartas, isto é, equivale à negação da doação régia, como tal.

A doação régia possui diversos objetos, a saber: primeiramente, a terra — 50, 80, 100, etc. léguas da costa, conforme o caso, as ilhas marítimas contíguas e o sertão adjacente sem limite exato para o interior — e depois os direitos, faculdades, isenções, privilégios, etc., concernentes à administração pública ou privada dessas terras, ao comércio, à lavoura, indústria, etc.

80 Merêa, Paulo. A solução tradicional . . ., artigo citado, p. 175, Ferreira, W. Martins. obra citada na nota 76, t. 1, p. 57, onde reproduz o texto da carta de doação, em linguagem moderna, mas truncado, no essencial.

81 *Ordenações Manuelinas*, citadas na nota 10, livro 4, tit. 67, § 3.

82 Ibidem, livro 4, tit. 67, § 15.

Correspondia tal ordem da redação à tradição, situação real e interesses dos donatários. Estes iriam aventurar-se à empresa, cheia de riscos e de gastos elevados, na esperança de alcançar a prosperidade pela exploração, pelo cultivo das terras virgens. Era a costa extensa, promessa de grande riqueza, que os atraía, antes de tudo. Dom João III facilitou a Martim Afonso de Souza a escolha da sua capitania, [83] entre aquelas a distribuir, isto é, facilitara-lhe optar pelas melhores terras, no intuito de distinguí-lo, de gratificá-lo pelo pioneirismo da viagem de 1531-33.

De acordo com a tradição do Reino, doações de territórios, vilas, castelos — como também doações das Ilhas que serviram de modelo — abrangiam privilégios ou direitos, muitas vezes, de ordem pública, mas como objetos de segunda importância, como "pertences" da coisa principal, o imóvel, [84] em conformidade com os princípios e a prática do direito, vigentes à época em muitos países. [85]

Esses princípios e tal prática não foram, porém, exclusivos e únicos. Nos principais países de regime feudal, os direitos públicos, os poderes do conde, duque, etc., o "manus publicum" constituíram, na opinião de Mitteis, [86] muitas vezes o objeto, a "coisa" principal do convênio feudal, enquanto o território servia de "pertence".

Embora conflitantes na concepção fundamental, tanto uma quanto outra corrente jurídica encarava o distrito do titular de poderes públicos, como eventual objetivo de direitos a ele transferíveis.

A carta de doação das capitanias hereditárias não deixa dúvida de que também transferira tais direitos, e conforme já acen-

[83] Carta de Dom João III de 28.9.1532 a Martim Afonso de Souza em *H. Col. Port. Bras.*, t. 3, p. 160 e seg., onde diz: ". . . algumas pessoas me requerião Capitanias em terra dela [da "Costa do Brazil"]. Eu quizera. . . que na repartição, que disso se ouver de fazer escolhaes a milhor parte . . . e antes de se dar a nenhuma pessoa, mandar apartar para vos cem legoas, e para Pero Lopes, vosso Irmão sincoenta nos milhores limites desta Costa. . ."

[84] Os exemplos são numerorríssimos, muitos encontram-se em A. Caetano de Souza. obra citada na nota 10, passim. Veja também como característico *Ordenações Manuelinas,* citadas na not 12, livro 2, it. 26.

[85] Huebner, R. obra citada na nota 63, p. 183 e seg., onde cita o juizo de Pollock e Maitland, segundo os quais a reificação dos direitos e o seu tratamento como imóveis (Verdinglichung und Verliegenschaftung) fora "a parte mais medieval do direito medievo". Roberti, M. obra citada na nota 60, t. 2, p. 64 e seg.

[86] Obra citada na nota 63, p. 200 e seg. 473 e seg.

tuamos, reservara-lhes lugar destacado.[87] O parecer oposto de Waldemar Martins Ferreira, que viu no donatário apenas o governador, delegado do rei sem direitos à porção principal da terra, choca-se também com a interpretação dos contemporâneos que, não obstante a confusão habitual entre direitos públicos e privados, distinguiam perfeitamente entre os donatários por herança, do Brasil, e os capitães das fortalezas de África,[88] o titular de direitos duráveis e amplos, inclusive a jurisdição, de um lado, e o funcionário do rei, por um certo tempo, de outro. É possível discutir a extensão e a natureza dos direitos dos primeiros sobre a terra,[89] mas não negá-los.

1.5.2 *O direito do donatário à posse*

A opinião contrária dos ilustres autores citados vai, além disso, de encontro ao dispositivo específico pelo qual o capitão ficara autorizado a tomar "pose Real corporall e autorall" para si das terras, etc.

Esta cláusula distingue-se, de maneira expressiva, de outra análoga, inserida na carta de poderes[90] outorgada, poucos anos antes, a Martim Afonso de Souza quando, como capitão da armada, foi ao Brasil. Nessa função teve autoridade para tomar posse real e atual das terras que descobrisse, mas em nome do rei, não em nome próprio como os donatários.

A tomada de posse por Martim Afonso de Souza visava à consolidação e salvaguarda dos títulos jurídicos do monarca perante o direito internacional. O mesmo ato executado pelos donatários brasileiros atenderia, ao contrário, aos interesses destes, no campo restrito do direito português.

[87] Sentença interessante de 1685 define, bem de acordo com a doutrina da época, "a Capitania e terra de Itamaracá com todas as jurdiçoens e mais pertenças que lhe pertencem pella doação", em Caetano de Souza, A. obra citada na nota 8, t. 6, parte 1, livro 14, n. 35, p. 416.

[88] Cabedo, Jorge de. *Practicarum observationum seu decisionum supremi lusitaniae senatus*, Lisboa, 1604. 2 tomos, t. 2, decisão 28: "Et hoc nomen capitanei illis impositum videtur, ut in praedictis Insulis, et in aliis Castris Brasiliae provinciae Ducum Belli offica gererent . . . quod non ita fit in aliis dominiis terrarum in regno. . . Capitanei autem locorum Africae, non sunt hujus modi, ut quia ad tempus serviunt, et sunt ut ceteri Duces, . . . ex expensis Regis serviunt, et militant, et salarium habent; non autem habent jura Regalia ex donatione, sed solum habent jura aliqua ratione officii Capitanei bellici. . . et jurisdictio quam habent, est ordinaria, et non donata."

[89] Veja p. 23 e nota 105.

[90] *H. Col. Port. Bras.*, t. 3, p. 159 e seg. (carta de 1530).

A cláusula constante da carta de doação brasileira fora usual em doações de bens da Coroa. Ficava, muitas vezes, completada por outra pela qual o rei ordenava aos órgãos da administração constituídos e aos funcionários, em serviço na região, de dar ao beneficiário a posse ou de lhe permitir o pleno gozo dela.[91]

É evidente, no diploma brasileiro não havia lugar para tal mandamento, em vista da falta completa na colônia de qualquer organização administrativa, na ocasião da chegada dos donatários. Somente no século seguinte, a carta de doação da capitania do Xingu rezava: " pello que mando ao meu Gouvernador e Capitão Geral do Estado do Maranhão e a todos os mais Ministro da justiça e fazenda delle . . . dem posse ao ditto Luiz de Abreu de Freitas da ditta Capitania, e terras della . . ." [92]

1.5.3 A Posse do rei

Embora os donatários brasileiros adquirissem, pois, a posse, o rei não abdicava nem dela, nem dos seus direitos, em geral. Passava, havia muito, o tempo no qual os reis de Portugal, entre eles Afonso Henrique,[93] doavam parcelas do seu território com todos os privilégios, sem exceção, dando forma a transferência tão completa pela cláusula usual, também entre particulares, em contratos de venda ou de doação: "ita ut de odie et tempore siant ipsos vilares de iuri nostro abrasos et in vestro iure vel dominio sint traditus . . .", cláusula, que se lê no latim bárbaro, de escritura de venda do ano 883.[94]

Aumentara o poderio material dos reis, extendera-se, povoara-se e organizara-se administrativamente o território do reino. Constituía-se, separado do patrimônio particular do rei, o patri-

[91] Há muitos exemplos em Caetano de Souza, A. obra citada na nota 10, passim.

[92] Vianna, Helio. Estudos citados na nota 75, p. 312.

[93] Reuter, Abiah Elisabeth. *Chancelarias medievais portuguesas.* v. 1. *Documentos da chancelaria de Afonso Henriques.* Coimbra, 1938. veja n. 95, 99, 119, 122, 125, 131, etc.

[94] *Portugaliae monumenta historica, diplomata et chartae.* Lisboa, 1867, n. 10. carta de venda de 883, o exemplo mais antigo da coleção que contém numerosos outros. Provas de outras partes da Península aduz Gallo, A. Garcia. "Bienes proprios", artigo citado na nota 56, p. 376 e segs. Às p. 366 e seg. do mesmo artigo o autor demonstra a equivalência de "ius" e "dominium" durante a Alta Idade Média.

mônio da Coroa.[95] A doutrina jurídica, assim como a polícia da Baixa Idade Média, vinha elevando o monarca muito acima dos súditos. Promulgaram-se leis gerais que lhe afirmaram o direito à jurisdição sobre as apelações;[96] e tal direito, aliado à prerrogativa de mandar corregedor às terras dos donatários, passou a ser considerado atributo essencial da superioridade monárquica.[97]

Seguindo essa orientação moderna, os reis costumavam reter os direitos mencionados e outros que tais, nas doações de bens da Coroa. Por via de conseqüência e de acordo com a teoria contemporânea, que não definia a posse como a detenção material da coisa corpórea e sim como o exercício de qualquer direito,[98] os monarcas eram considerados no gozo ininterrupto da posse, não obstante terem-na conferido ao donatário.

Não havia, pois, lugar para a declaração de desistência da posse, nem do domínio, nem da totalidade dos direitos.[99] Segundo a doutrina dos glosadores sobre a divisão da propriedade, de aplicação mais ampla nos países feudais ao monarca era conferido o "dominius eminens" e ao donatário titular o "dominium utile.[100]

[95] Veja Gama Barros, H. obra citada na nota 6, t. 7, p. 305 e seg. e a bibliografia mais antiga ali indicada. A perfeita separação entre o patrimônio particular e do rei e o da Coroa subentende-se pela Lei Mental cujos princípios já foram observados praticamente durante o reinado de Dom João I, conforme mostrou Paulo Merêa, *in*, Genese. . . artigo citado na nota 49. O artigo interessante de Manzano y Manzano, Juan. La Adquisicion de las Indias por los Reyes Catolicos y su incorporacion a los Reinos Castellanos, em *AHDE*. Madrid, 1951-52. v. 21-22, p. 4 e seg., versa sobre a situação espanhola, sob muitos aspectos diferente da portuguesa.

[96] Gama Barros, H. obra citada na nota 6, t. 2, p. 425.

[97] Idem, ibidem, p. 426 e seg.

[98] Roberti, M. obra citada na nota 60, v. 2, p. 46 e seg.

[99] Há exceções, mormente, nas doações às esposas e filhos etc. Veja, por exemplo, a carta de arrhas de Afonso IV (1340) na qual declara "tiro de mim a posse que ei das dittas Cidades e Villas, termos, e couzas sobredittas, e ponhoa na dita Constança, para as aver, e possuir livremente. . . (A. Caetano de Souza, obra citada na nota 10, t. 1, parte 1, livro 2, n. 34, p. 414). É digna de nota a cláusula da doação real de 1433 "da aguoa de Alviella e suas prayas" a saber: "tiramos de nos todo o direito, titulo propiedade, aução, e posse que nós em a dita augoa, e prayas della havemos, e os tresmudamos em o dito Conde." (Caetano de Souza, A. obra citada, t. 5, parte 2, livro 10, n. 2, p. 233). Talvez o imóvel fosse do patrimônio particular do rei.

[100] A doutrina é referida nos manuais correntes de história do direito privado, alguns dos quais vimos citando. Pode consultar-se, com bom proveito, Paul Ourliac e J. de Malafosse, *Droit Romain et Ancien Droit, Les Biens*, Paris 1961 p. 144 seg. e 231. Lehnrecht, H. Mitteis. obra citada na nota 61, p. 500, comenta a falta da "resignatio" na investidura do feudo.

Elaborara-se, portanto, ao decorrer do largo período do tempo ao qual estamos aludindo, o novo formulário das doações régias, enquanto o estilo das transações particulares sofreu mudanças de menor relevo.

Continuara em uso a cláusula acima citada, embora vazada em língua vernácula e destacada, por vezes, a desistência, por parte do vendedor ou doador, da posse, cujas formalidades, efeitos e tendências contemporâneas vinham exaltando. [101]

Desde a sua incorporação à Coroa, [102] o Brasil obedecia às mesmas considerações jurídicas, como o Portugal, em relação às doações régias.

Embora o rei concedesse aos capitães-donatários magnos direitos, conservou importantes privilégios, reteve sua parte da posse, manteve, como dizia a *Ordenação* "a superioridade e o maior e mais alto senhorio." [103]

Tal política correspondia aos padrões usuais da época, que não estava ainda madura para considerar as colônias corpos independentes da metrópole. Mesmo na Inglaterra, onde o rei não veio a ter a preeminência absorvente dos reis do Continente,

[101] Veja Moncada, L. Cabral. A "traditio" e a transferência da propriedade imobiliária no direito português. In *Estudos* citados na nota 64, v. 4, p. 1 e seg. à p. 19, cláusulas em vernáculo, por exemplo: "tolho de mim todo o direito e propriedade e posse" do século XIV. O Condestável recorreu em 3 atos de 1401 à cláusula seguinte: "desto dia em diante quito e tolho e dimito de minha mão e poder a pose Real e corporal civil e natural e todo o senhorio e propriedade e todolos diritos e auçõens que eu ei e de direito devo daver" ou semelhante em Caetano de Souza, A. obra citada na nota 8, t. 3, parte 2, livro 6, n. 2, p. 5; ibidem, n. 3, p. 9; ibidem, n. 13, p. 51.

[102] No seu testamento de 1517, citado na nota 65, à p. 419, Dom Manuel manda "que todas as Ilhas que athe hora são achadas, andem sempre na Coroa", não mencionando o Brasil. Em 1530, Dom João III declara, ao seu embaixador, referindo-se à navegação ao Brasil e seus portos: "todas estas navegações dos meus mares e terras eu as tenho de mui bons titulares por bulas de Santos Padres de muitos tempos para cá fundadas em direito, pelo qual são cousas própria minhas e da coroa de meus reinos. . ." (citado por Paulo Merêa, "A solução tradicional. . .", artigo citado na nota 5, p. 186 e seg.). Parece duvidoso que as "conquistas" tivessem sido vinculadas à Coroa unicamente em virtude das concessões papais terem beneficiado, além do monarca nominalmente indicado, os seus sucessores (ou às vezes também os "reinos"). Veja Manzano y Manzano. artigo citado na nota 95, p. 81, e Gallo, A. Garcia. Las Bulas . . ., artigo citado na nota 9, p. 698. Dom João III sucedendo a Dom Manuel nos seus direitos sobre o Brasil, este se tornou parte do patrimônio da Coroa, de acordo com o ensinamento de Garcia Gallo (veja o Manual citado na nota 41, t. 1, § 1119 e 1216).

[103] *Ordenações Manuelinas,* citadas na nota 12, livro, 2, tit. 26, § 15, semelhante, ibidem, tit. 26, pr.

concepções idênticas predominavam ainda no século XVIII. Embora algumas das colônias inglesas chegassem a adquirir, nesse período, direitos políticos de notável alcance, continuavam como parte integrante do reino. [104]

1.5.4 O "dominium utile" do donatário

O rei de Portugal que manteve, pois, o "dominium eminens" concedeu aos donatários brasileiros o "dominium utile" [105] que, incluindo a posse efetiva e o direito de utilizar a terra e as prerrogativas anexas, lembrava o usufruto romano, o qual ultrapassava, porém, sob aspectos importantes, mesmo abstraindo-se do tempo limitado de vigência admissível deste.

As capitanias hereditárias projetaram-se como divisões primárias da colonização — para "se a dita terra povoar e aproveytar". A atividade e os poderes dos capitães subordinaram-se a esse objetivo. Enquanto ao usufrutuário romano era vedado alterar a substância da coisa que era obrigado a devolver em bom estado, o donatário podia cultivar a terra "sicut suam", como se fosse sua, [106] queimar as matas, fazer e mudar plantações, levantar e derrubar obras etc., tudo em prol da colonização do "Continente".

104 Veja Ewing, J. The constitution and the empire. In *The cambridge history of the British Empire*. Cambridge, 1929. v. 1, a p. 603 e seg., especialmente p. 613: "The idea of empire as a congeries of nations did not exist; the various factories, plantations, and colonies simply formed part of the English realm."

105 Assim, Caetano, Marcelo. As reformas pombalinas e post-pombalinas respeitantes ao Ultramar. In *Historia da expansão portuguesa no mundo*. Lisboa, 1937-1940. t. 1 a 3, t. 3, p. 251 e seg., especialmente p. 254. No tocante a detalhes doutrinários e práticos haverá dúvidas. Veja o debate sobre questões análogas apud Paschoal Mello Freire, Hoseph. *Institutiones iuris civilis lusitani cum publici tum privati*. 5. ed. Coimbra, 1858-1860. 2 tomos, t. 2, liv. 3, tit. IX, § 28. Huebner, R. obra citada na nota 63, p. 342. Veja também a nota seguinte.

106 A respeito do direito romano veja *Digesto* 6, 1, 1 e os tratados. A autorização de aproveitar a terra "sicut suam" em carta de Eslonza (1132) apud Gallo, A. Garcia. El concilio de Coyanza, *AHDE*. Madrid, 1950. v. 20 p. 509, nota 495. Tipos de direitos que ficam aquém da propriedade plena, mas sobrepassam consideravelmente o usufruto são comuníssimos, na Idade Média. O titular ficava, muitas vezes, expressamente autorizado "ad faciendum quodcumque volueritis" ou semelhante. Veja alguns exemplos em Climent, M. Bassols de; Parera J. Bastards; Binué, E. Rodon; Gratacós, D. Condom; Sensat, R. Quevedo, & Pock, Ma. C. Catalá. *Glossarium mediae latinitatis cataloniae*. Barcelona, 1960 (em vias de publicação), verbum "alodis", colunas 89 e seg., onde, porém, o "alodis" é classificado como propriedade plena e total, ao contrário de diversas das fontes citadas nas quais se revela claramente limitado.

Vemos assim Duarte Coelho, donatário da "Nova Lusitânia" desbravar terras, construir engenhos de açúcar, trazer para esse fim braços de fora, de Portugal e das Ilhas Canárias, com dispêndio de capital e crédito próprios.[107] Procede deste modo, na convicção dos amplos direitos que lhe assistiam sobre a terra.

1.5.5 O Pretenso caráter feudal das capitais

Podemos considerar aqueles direitos no seu conjunto, como feudais? As capitanias hereditárias, como feudos? Representava o sistema administrativo do Brasil de então o sistema feudal? Assim o afirma a maioria dos historiadores, entre eles os mais prestigiosos.

1.5.5.1 Os privilégios "senhoriais"

Ao que parece, foram levados a tal juízo antes de tudo pelo privilégio de isenção das capitanias, pois fazem o fim do regime coincidir com a revogação, em 1549, desse mesmo privilégio[108] que constava da carta de doação e rezava: "nas terras da dita capitanya nam entrem nem posam entrar em tempo algum coregedor nem alçada nem outras algumas justiças pera nelaas usar de jurdiçam alguma . . . nem menos sera o dito capitam sospenso da dita capitanya e gouvernamça e jurdiçam della . . ."

Com base nesta cláusula e nas outras concessões de ordem pública, Varnhagen chegou à conclusão de que a Coroa transferiu aos donatários "a maior parte dos seus direitos majestáticos e quase conservara sobre as novas capitanias brasílicas um protetorado, com poderes mui limitados."[109] Seguindo-lhe as pegadas, Capistrano de Abreu,[110] Rodolfo Garcia,[111] Malheiro Dias[112] e muitos outros[113] viram nos capitães-donatários senhores todo poderosos, quase soberanos, senhores feudais.

[107] Carta de Duarte Coelho de 14.4.1549 em *H. Col. Port. Bras.* t. 3, p. 318 e seg., especialmente p. 320.

[108] Muito característico: Lahmeyer Lobo, Eulalia Maria. *Administração colonial luso-espanhola nas Américas.* Rio de Janeiro, 1952, p. 209 e seg.

[109] Porto Seguro, Visconde de. obra citada na nota 75, t. 4, seção 10, p. 182.

[110] *Capítulos* . . ., obra citada na nota 75, p. 94.

[111] Obra citada na nota 2, p. 55.

[112] Dias, C. Malheiro. O Regimen feudal das donatarias. In *H. Col. Port. Bras.* t. 3, p. 219 e seg.

[113] Ainda modernamente, Calmon, Pedro. *História do Brasil.* 2. ed. São Paulo, Brasiliana, 1951. v. 176 e 176 C, t. 1, dá ao cap. 7 o título Solução Feudal: Capitanias, sem entrar, porém, em detalhes. Criticaram a con-

Os privilégios de natureza pública, outorgados aos donatários, assemelham-se em verdade, a concessões muito vulgares na Idade Média.

A cláusula, que isentava o capitão-donatário da correição, lembra de algum modo outra que vedava ao agente do rei a entrada no imóvel "coutado" ou "honrado", como se dizia em Portugal. [114]

A transferência de poder judiciário ao donatário parece refletir situações análogas dos nobres possuidores daquelas "honras" que, ou por concessão do rei, ou por tradição antiga, ou por usurpação exerciam poder idêntico.

Tais privilégios dos poderosos não só de Portugal, mas de muitos países, não foram, todavia, tipicamente feudais. O "senhorio", a "seigneurie" dos franceses, a "grundhrrschaft" dos alemães, aos quais a imunidade e a jurisdição própria do senhor deram nota peculiar, foram tipos de exploração da terra que se encontraram muitos séculos antes do feudalismo e também em países estranhos a esse regime. [115] No trecho introdutório à história da imunidade, Afonso Dopsch [116] já salientara, por exemplo, que, ao final do período romano, a submissão dos habitantes dos grandes domínios à jurisdição ordinária vinha cedendo à prática de executá-la na presença de um funcionário pertencente à administração do domínio e que se vedara a entrada do juiz ordinário para atos executivos, nos domínios, em virtude de uma constituição de Valentiniano.

cepção da capitania como feudo: Vianna, Helio. *Estudos . . .*, obra citada na nota 73, p. 300, e *História do Brasil*. 5. ed. São Paulo, 1967. 2 volumes, v. 1, cap. 7, seção 2, p. 63 e seg. Martins Ferreira, W. obra citada na nota 76, t. 1 p. 48 e seg. Caetano, Marcelo. em As reformas . . ., artigo citado na nota 105, caracteriza à p. 254 as capitanias como verdadeiros "senhorios", em perfeito acordo com as tendências modernas da historiografia. Semelhantemente, Paulo Merêa refere-se ao "sistema senhorial das capitanias". (A solução tradicional . . . artigo citado na nota 5, p. 171). Veja também Almeida Prado, G. F. de. O regime das capitanias em *História geral da civilização brasileira*. (direção de Sérgio Buarque de Holanda). *A época colonial*, 2. ed. São Paulo, 1963. t. 1, p. 96 e seg., especialmente p. 96 onde nega às capitanias caráter feudal que vê, porém, surgir mais tarde "nos vastos latifúndios de senhores de engenho e fazendeiros de gado, estabelecidos em autarquias . . . ."

114 Gama Barros, H. obra citada na nota 6, t. 2, p. 430 e seg.

115 A bibliografia é muito grande. Boa orientação dá a obra da Universidade de Cambridge, *Historia econômica da Europa*. tradução espanhola, Madrid, com trabalhos de Marc Bloch, F. L. Ganshof, A. Dopsch, J. Ostrogorsky e outros.

116 *Fundamentos economicos y sociales de la cultura europea (de Cezar a Carlomagno)*. tradução espanhola. México, 1951. p. 156.

Os historiadores citados, que atribuíram, pois, caráter feudal a concessões de outra ordem, basearam-se além disso, em conceito de feudo hoje superado, e não deram o devido valor aos importantes direitos que o rei conservara.

Considerara-se como típico o feudo francês tal qual a historiografia francesa o apresentara. Dominara a tendência, no século XIX e no começo do nosso, de generalizar as condições dos feudos mais importantes, como a Normândia, a Bretanha, a Champanha, etc., verdadeiros estados cujos senhores concentraram nas suas mãos, tal como o rei, todos ou quase todos os atributos da soberania. Entretanto, nem todo senhor fora duque ou conde ou barão. Ao pequeno castelão não se aplicara a regra de Beaumanoir: "Chacun baron est souverain en sa baronnie." [117]

Estudos mais modernos mostraram que o critério deveria ser outro, que assim como o "senhorio" também o feudo conheceu formas numerosas de organização, repartição do exercício da justiça entre o senhor da terra e um ou mais potentados que tiveram mando direto sobre os vassalos do senhor feudal. Não podia prevalecer o esquema de Guizot, harmonioso e uniforme, mas distante da realidade histórica, segundo o qual o feudo teria sido território fechado à interferência de terceiros, onde um único senhor legislava, distribuía justiça, estabelecia e arrecadava impostos.

1.5.5.2 Falta de independência do donatário

Dizendo que os capitães brasileiros foram senhores feudais, os historiadores citados não dizem, pois, de acordo com o entendimento atual do termo, que foram senhores soberanos ou quase soberanos. Mas quiseram dizê-lo, assim como Varnhagen e alguns autores que o acompanharam mais de perto o disseram expressamente.

As fontes evidenciam, porém, situação bem diversa. Waldemar Martins Ferreira apontara, [118] com razão, que os capitães não tinham o poder legislativo do qual o rei não abdicara. As capitanias estavam sujeitas como as outras partes do reino ao direito que a metrópole impunha.

Quanto ao poder judiciário, a alçada dos donatários estava limitada pelas cláusulas detalhadas da carta de doação; no administrativo o rei reservara-se o direito de exigir a nomeação de

117 Chenon, E. obra citada na nota 45, t. 1, § 227, p. 580 e seg.

118 Obra citada na nota 76, t. 1, p. 63.

mais um ouvidor, caso o acúmulo de serviço o recomendasse. Segundo o foral, o monarca conservara nas suas mãos, como vimos, importantes direitos tributários em relação ao trecho principal da capitania.

Instalara-se para a arrecadação e administração desses tributos, uma rede de feitorias, alfândegas, almoxarifados com os respectivos oficiais, feitores, provedores de fazenda, contadores, todos de nomeação e controle diretos do rei. Enviara-se o oficial da Fazenda Real junto ao donatário no primeiro navio pelo qual se transportara à sua capitania, e na falta ou no impedimento posterior daquele, a corte tratara da substituição para garantir a continuidade administrativa. [119] Tal organização, complexa para a época, evidencia as tendências fiscais da coroa a presidir à colonização do Brasil e põe por terra a tese da independência dos capitães-donatários.

1.5.5.3 Falta de relações de fidelidade

Entre os elementos assinalados pelos historiadores modernos como típicos do feudalismo destaca-se a "fides", a fidelidade, elemento pessoal e básico das relações entre senhor e vassalo.

A "fidelidade" que nas palavras de Kern, [120] é, ao contrário da obediência, algo recíproco e pressupõe que uma parte a deve somente à outra enquanto esta cumpre também o seu dever de fidelidade, tornara o convênio feudal sinalagmático. [121]

A submissão do inferior deixara de ser a obediência cega do dependente involuntário para se converter na adesão voluntária,

[119] O foral, item I, menciona o "feytor ou almoxarife que na dita capitania por mim estyver", e item último "meu feitor e almoxarife". Veja ainda as notícias diversas a respeito de provedores da fazenda, escrivães da feitoria e almoxarifado, proveder e contador da terra da capitania apud Azevedo, Pedro de. Os Primeiros Donatários — In *H. Col. Port. Bras.* t. 3, p. 191 e seg., especialmente p. 202-5-6, 214. Leite Cordeiro, J. P. *Braz Cubas e a capitania de São Vicente.* São Paulo, 1951. p. 139 e seg. Quanto ao envio do oficial por ocasião da primeira viagem do donatário veja carta de Duarte Coelho de 22.3.1548 em *H. Col. Port. Bras.* t. 3, p. 316. A respeito da substituição dos oficiais veja as indicações *H. Col. Port. Bras.*, t. 3, p. 202-5-6.

[120] Kern, Fritz. *Derechos del Rey y derechos del pueblo.* Madrid, 1955. p. 150, tradução espanhola.

[121] Conf. também as palavras de Beaumanoir: "autant l'homme doit à son seigneur de foi et de loyauté à raison de son hommage, autant le seigneur en doit à son homme", citadas por Bloch, Marc. *La société féodale.* Paris, 1949. 2 v. v. 1, p. 351.

circunspecta, sempre controlada do vassalo que se guiava, antes de tudo, pelos padrões tradicionais de direito e justiça, igualmente válidos para ambas as partes.[122]

Relações tais de fidelidade que cimentavam o poderio limitado do rei feudal deixaram de caracterizar o estado mais forte de fins da Idade Média e da Renascença. Ao contrário do rei da Alta Idade Média, confinado, muitas vezes, no exercício da autoridade, aos lugares nos quais estivesse presente e dependente do contato direto com os seus vassalos para valer-se dos seus direitos,[123] o rei dos tempos mais modernos, que passava a promulgar leis gerais para todo o reino, exigia a pronta obediência dos súditos, mesmo os mais distantes, às suas ordens, apoiadas na superioridade da instituição monárquica e no poder de fato.

Súditos foram os futuros capitães-donatários do Brasil, antes de receberem a doação. Esta não lhes alterava o "status", a dependência característica do seu rei. Faltava o relacionamento típico, causal, tal como entre a posse do feudo e as obrigações do vassalo. O donatário brasileiro continuava como antes, sujeito às leis do país, inclusive às leis penais, e às ordens do rei. A doação não lhe determinava comportamento novo. Contudo, mesmo que perdesse a capitania devido à competente punição, em conformidade com numerosas leis que previam o confisco de bens,[124] o seu sucessor deixaria de ser privado dos seus direitos (caso não houvesse "traição à Coroa").

Tal regra[125] da carta de doação, que abria exceção importante às Ordenações, favorecia a conservação da capitania na família do donatário, sem ser, por isso, feudal. Tipicamente feudal seria o dispositivo contrário, dando ao suzerano o direito ao comisso, caso o vassalo violasse certos deveres fundamentais.

A vida movimentada de Martim Afonso de Souza comprova de maneira expressiva o que acabamos de expor. A obediência

122 Detalhes do Direito Feudal apud Mitteis, H. *Lehnrecht. . .*, obra citada na nota 61, p. 531 e seg.

123 Block, Marc. obra citada na nota 121, v. 1, p. 227, v. 2, p. 196.

124 *Ordenações Manuelinas* citada na nota 12, livro 5, títulos 2, 6, 12, 23, etc.

125 "Outro sy me que por caso algum de qual quer calydade que seya que o dito capitam e gouernador cometa per que segundo direyto e leis destes Reynos merese perder a dita capitanja. . . a nam perca seu sobcessor saluo se for traidor a coroa destes Reynos e en todos os outros casos que cometer era ponjdo quamto o crime obrygar E porem o seu soçesor nam perdera por yso a dita capitanya. . ."

devida por esse notável servidor a Dom João III fora idêntica, quer fosse a obediência do capitão-mór de armada, na sua primeira viagem ao Brasil, antes da doação, quer fosse, anos depois, aquela do capitão-mór de armada e governador nas partes da India, o qual era, já então, ao mesmo tempo, governador da sua capitania de São Vicente.

1.5.5.4 Falta de estabilidade dos privilégios "senhoriais"

Dom João III comprometeu-se, pela doação brasileira, segundo o direito comum contemporâneo, interpretado, com autoridade, pelos comentadores, os mestres acatados. O direito feudal não regia a matéria. Se fosse o caso, o rei não ficaria somente obrigado em conformidade com a letra da carta de doação; a boa fé (a "fides") e os costumes da terra fundamentariam possivelmente compromissos bem mais amplos. [126]

De acordo com a doutrina dos comentadores e dos seus seguidores, o rei estava, em princípio, adstrito às doações "irrevogáveis" das capitanias brasileiras, pois, como contratos, ligavam o monarca tanto como a qualquer particular.

Cabedo, grande jurista português do século XVI, esclareceu, ao defender essa doutrina, que nem o recurso à cláusula do pleno poder ("de plenitudine potestatis") daria ao rei maior liberdade de se desligar do compromisso contratual. Mas admitiu exceções importantes dessa regra fundamental; o monarca poderia alterar contratos ou privilégios ou revogar ou limitar doações, no interesse público ou para evitar dano considerável à Coroa. [127]

Atendendo a razões dessa ordem os reis portugueses invalidaram, desde o governo de Dom Diniz [128] e durante séculos, benefícios de jurisdição e isenções da correição, revogando-os totalmente ou interpretando-os, de maneira restritiva, consolidando, dessa forma, o seu poderio por atos legislativos de grande alcance.

Esses atos, perfeitamente enquadrados na tendência moderna, acima indicada [129] e que visava à preservação do patrimônio da Coroa e à salvaguarda da superioridade monárquica, corrigiam liberalidades excessivas ou outras concessões feitas para atender a conveniências momentâneas, mas que não consultavam os interesses bem compreendidos da monarquia.

126 Mitteis, H. *Lehnrecht. . .*, obra citada na nota 63, p. 533 e seg.

127 Obra citada na nota 88, parte 2, decisão 75, n. 1, 2, 3.

128 Gama Barros, H. obra citada na nota 6, t. 2, p. 426 e seg.

129 Veja p. 21 e seg.

Essa legislação antiga e fundamental, amplamente incorporada às Ordenações Afonsinas, [130] inseriu-se, de novo, pouco antes da redação das cartas de doação brasileiras, nas Ordenações Manuelinas, [131] relembrando de maneira insistente, a falta de estabilidade das concessões régias de jurisdição e da isenção da correição. O rei, longe de estar devendo fidelidade aos beneficiados, como o rei feudal, nem sequer chegara a assumir compromisso sólido algum no tocante a essas concessões de caráter público, "senhorial".

1.5.5.5 Falta de resistência feudal dos donatários

A carta de poderes de Tomé de Souza, de janeiro de 1549, [132] a qual restringia aos capitães-donatários a alçada judiciária e os sujeitara ao governador geral, à correição, contrastando com cláusulas importantes das cartas de doação, deixou de provocar, por via de conseqüência, reação comparável à de tipo feudal. Esta, que comumente seria a "diffidatio" solene, o desafio, ou o apelo ao tribunal do senhor superior, em relação ao rei carecia de fundamento. [133] Perante este, o direito facultava ao vassalo pegar em armas, recorrer à guerra privada, dentro de formas e cautelas próprias de cada época, de cada reino. [134]

No Portugal medievo, onde as instituições feudais tiveram penetração mais fraca que na França e na Alemanha, o vassalo não estava firmemente vinculado ao seu senhor, tal como nestes

130 Obra citada na nota 41, livro 2, tit. 63.

131 Obra citada no nota 12, livro 2, tit. 26.

132 Cf. p. 61 e seg. Diz a carta: "Notefico asy a todos os capitães e governadores das ditas terras do Brasil ou a quem seus carregos tiverem e aos oficiais da justiça e da minha fazenda em ellas e aos moradores das ditas terras e a todos em geral e a cada um em especial mando. . . lhes (!) obedeção e cumprão e fação o que lhes o dito Thomé de Souza de minha parte reuquerer e mandar sem embarguo de pellas doações per mim feitas aos capitães das ditas terras do Brasil lhes ter concedido que nas terras das ditas capitanias não entrem em tempo algum corregedor nem alçada, nem outras algumas justiças. . . por algumas juntas causas e reipeitos que me a yso movem ey ora por bem de minha certa ciencia por esta vez. . . derogar as ditas doações e todo o nella contheudo em quanto forem contra o que se conthem nesta carta e nos ditos regimentos e provisões. . ." (publicada por Azevedo, Pedro de. A Instituição do governo geral. In: *H. Col. Port. Bras.* t. 3, p. 327 e seg. especialmente p. 334 e seg.).

133 Mitteis, H. *Lehnrecht* . . . citado na nota 63, p. 543 e seg.; Bloch, Marc. obra citada na nota 120, v. 1, p. 351 e seg.

134 Mitteis, Heinrich. Land und Herrschaft. In: *Herrschaft und staat im Mittelalter*. 1956. editado por Hellmut Kaempf, Bad Homburg vor der Hoehe, p. 21 e seg., especialmente p. 31.

países. Estava na sua vontade deixar o rei levando os seus dependentes para "ganar pan de outro Rey". Assim o prescreveram as Sete Partidas de Castela, codificando antigo costume.[135] Seja pois pela influência deste, seja pela influência das próprias Partidas, o Condestável, sentindo-se ferido nos seus brios e na sua posição social e financeira por Dom João I chegara a convocar os seus vassalos para com eles "buscar sua vida" fora de Reino, propósito que o rei soube atalhar, em tempo.[136]

Esta fora a última vez que o Estado português se entrevira na sua debilidade tipicamente medieval. Desde então o poder do rei e a dependência dos súditos aumentaram sem cessar e as bases da monarquia portuguesa estabeleceram-se solidamente.

Conformados com as tendência políticas e o direito dominante na sua época, a maioria dos donatários brasileiros não esboçou sequer reação alguma de peso. Nenhum entre eles cogitou de deixar Dom João III, de se passar talvez aos reis da Espanha, ou de se opor pela força à entrada do governador geral na capitania.

Ao donatário mais valoroso, o capitão da Nova Lusitânia, Duarte Coelho, que em termos vagos se queixou na correspondência pela falta do cumprimento das cláusulas da doação sem, todavia, conhecer exatamente as providências tomadas em Lisboa, o monarca atendeu, eximindo a sua capitania da ação de Tomé de Souza.[137] Tal queixa de um homem notável, cioso dos seus direitos, não teve, porém, nada de feudal.

1.6 *O foral*

Os forais que regulavam parte importante da vida das capitanias foram de tradição muito antiga. Durante a Reconquista ordenavam, sob facetas sempre novas, às vilas e povoações da Península Ibérica e aos seus habitantes, a situação jurídica, dando relevo inconfundível ao direito multiforme do período.

1.6.1 Apego à tradição

O apego, no nosso caso, a esse antigo modelo de lei é notável. Apoiava-se, conforme tem sido assinalado pelos historiadores, no

135 Partidas IV, 25, 13, em *Los Codigos* . . ., obra citada na nota 37, t. 3, p. 539. Gallo, A. Garcia. *Manual*. . ., obra citada na nota 41, t. 1, § 1099.

136 Lopes, Fernão. *Crônica*. . ., obra citada na nota 53, t. 2, p. 334 e seg.

137 Veja as cartas de 14.4.1549 e 24.11.1550 em *H. Col. Port. Bras.* t. 3, p. 318 e seg., 320 e seg.

procedimento análogo da mãe-pátria ao colonizar, no fim da Idade Média, as ilhas do Atlântico. Mas entre o começo dessa colonização e a instituição, em 1534 e 1535, das capitanias brasileiras medeara cerca de um século, testemunha sensível do progresso da política centralizadora e do poderio dos monarcas portugueses.

Promulgaram-se novas e importantes leis gerais, as Ordenações que vieram substituir os forais em assuntos de relevo, ao dispor, antes de tudo, sobre a organização dos municípios e o direito privado. [138]

O foral que se introduzira no Brasil conformara-se com essa legislação recente, a qual restringira em Portugal, ao tradicional tipo de lei, o campo de vigência — desde então, mormente o direito fiscal que abrangia área mais ampla que o atual. De acordo com o intróito do diploma legislativo, o rei atendia à necessidade das capitanias hereditárias de "aver hy forall dos dereitos foros e trebutos e cousas, que se na dita terra hão de pagar."

Na verdade, deu ao País, além da legislação tributária que, em nosso entender, introduziu principalmente o "quinto" dos metais e pedras preciosas, leis amplas e liberais de comércio e navegação; estancou a exploração de drogas e especiarias e do pau-brasil dispôs sobre o aproveitamento das terras por meio de sesmarias e sobre os deveres militares dos povoadores, em tempo de guerra; enfim, promoveu não só quanto à forma, mas também no tocante ao conteúdo, o renascimento do foral no Novo Continente.

Compreende-se tal recuo ao passado. O século XVI, prenhe de idéias novas, de conquistas materiais e espirituais, apontara em Portugal rumos modernos à vida, distante, sob muitos aspectos, dos séculos anteriores. Ao contrário, as contingências do meio inóspito colonial, a luta de índole missionária ao indígena, assemelhavam-se à situação ultrapassada na Europa.

Aos homens da Reconquista, quando fundaram no seu avanço ao Sul povoados e vilas ou as tomaram das mãos dos "infiéis", o foral dera garantias adequadas às circunstâncias. Segurança semelhante, embora de objetivo restrito, o rei oferece agora aos colonizadores do Novo Continente.

1.6.2 Força adstringente

Desde a Alta Idade Média, atribuía-se ao foral, em atos públicos, força de "pactum" que, na opinião da época, obrigava de igual

[138] Gama Barros, H. obra citada na nota 6, t. 1, p. 103 e seg.

modo legislador e dependente.[139] Essa antiga corrente de pensamento parece ter sido reavivada pelo direito romano, que servira de apoio aos comentadores para a doutrina, já referida,[140] da submissão do monarca ao compromisso contratual.

Com efeito, o "contrato per via do Foral" que Dom Manuel "concluiu", em 1515, com a Capitania de Funchal, reformando ato anterior, obedeceu às formas do pacto livremente convencionado a cujas cláusulas o monarca se submetera declarando: "O qual contracto . . . havemos por bom grato facto vallioso deste dia pera sempre & prometimos . . . de estarmos & havermos & levarmos soomente os direitos no dito contracto nomeados."[141]

Embora Dom João III não observasse, cerca de 20 anos depois, esse modelo e não desse ao foral brasileiro forma de contrato, por contrato — a doação — se vinculava às disposições dessa lei fundamental, inserindo na carta de doação cláusula,[142] que visava o mesmo efeito do foral de Funchal. Em outras palavras, Dom João III prometera ao capitão e seus sucessores, vizinhos e moradores da capitania, embora estes últimos não fossem partes da doação, de não pretender outros direitos ou tributos além daqueles estabelecidos pela carta de doação e pelo foral. Mudara a técnica jurídica, mas a intenção de Dom Manuel e Dom João III fora a mesma.

Lúcio de Azevedo afirmou nas *Épocas de Portugal econômico*[143] que muitos anos antes de Luiz XIV poderia ter dito Dom Manuel que "o Estado era ele". Contudo, ao dar o foral a Funchal, o rei aceitara limites exatos do seu direito a taxas e impostos e, antes, no preâmbulo das Cortes de 1498, declarara: "O qual ajuntamento assi fizemos, não por requerer a nossos povos ajudas de dinheirom nem outros pedidos, pera que geralmente as Cortes se costumão fazer".[144]

[139] Gallo, A. Garcia. *Manual. . .*, obra citada na nota 41, t. 1, § 415. Gibert, Rafael. *Historia general del derecho español.* Granada, 1968. p. 26, 29, 35.

[140] Veja p. 29 e seg.

[141] Publicado por Alvaro Rodrigues de Azevedo. *As saudades da terra.* pelo Doutor Gaspar Fructuoso, Funchal, 1873. p. 494 e seg.

[142] "Outro sy me praz por fazer merce ao dito capitam e gouernador e a seus socesores e asy aos vezynhos e moradores da dita capitanya que nella nam posa em tempo algum aver direytos de sysas nem enposyções saboaryas trebuto de sall nem outros alguns direytos nem trebutos de quallquer calydade que seyam saluo aqueles que per bem desta doaçam e do forall ao presente são ordenadas que aja." . .

[143] Azevedo, J. Lúcio de. *Épocas de Portugal econômico.* 2. ed. Lisboa, 1947. p. 292.

[144] Gama Barros, H. obra citada na nota 6, t. 3, p. 160.

O absolutismo de Luiz XIV acentuava-se, ao contrário, pela convicção manifesta do rei de que os bens dos seus súditos estavam à sua disposição e o lançamento de impostos dependia unicamente do seu critério.[145] Ligando-se aos forais, Dom João III continuara a política de Dom Manuel, a qual, confrontada com o absolutismo extremo, parece moderada. Durante o seu longo reinado, manteve-se fiel a esse direito foraleiro do Brasil, sem alterar o sistema de livre comércio, nele consagrado, nem aumentar os impostos ou obrigações outras aos colonos.

Na mesma época, os reis da Espanha lançaram, na América Espanhola, os impostos os mais diversos cujos percentuais alteravam freqüentemente de acordo com as conveniências do momento.[146]

1.6.3 Multiplicidade de forais e isolamento das capitanias

Deparara-se à Corte de Lisboa a tarefa de ordenar a vida dos habitantes da extensa costa brasileira. Em vez de promulgar um ato só que atendesse à situação, ela pôs em vigor numerosos forais uniformes.

Teriam, de certo, influído os longos séculos de legislação local — da qual o foral fora o protótipo — a criar hábitos que não seriam abandonados do dia para a noite; e influíram fatores reais do momento.[147]

As capitanias entreviram-se separadas por imensos espaços desconhecidos a desafiar o espírito empreendedor, o arrojo de cada donatário, em particular. Estes iriam realizar a obra colonizadora isoladamente, sem conjugar esforços, nem apoiar-se mutuamente.

Por via de conseqüência, tomaram-se as capitanias por colônias estanques,[148] e organizaram-se independentes umas das outras.

[145] Olivier-Martin, Fr. obra citada na nota 45, § 265, p. 341.

[146] Lahmeyer Lobo, E. M. obra citada na nota 108, p. 156. *Recopilacion de leyes de los Reynos de las Indias*. 3 tomos, ed. facsimilada, Madrid, 1943. t. 2, p. 515 e seg. (livro 8, tit. 15: De los almojarifazgos y derechos reales). Abadia, Jesus Lalinde. El regimen virreino-senatorial en Indias. *AHDE*. Madrid, 1967. t. 27, p. 5 e seg., especialmente p. 128 indica que os próprios vice-reis mudavam as taxas dos impostos.

[147] Gallo, A. Garcia. La Ley. . ., artigo citado na nota 54, p. 609 e seg., observa o "caracter predominantemente casuístico" e o "caracter territorial o local" da legislação castelhana para as Índias, tanto que uma mesma medida não se promulgara com caráter geral em várias províncias e sim ordenara-se, repetindo, para cada uma delas.

[148] Martins Ferreira, W. obra citada na nota 76, t. 1, p. 67.

Examinaremos essa organização, em seguida. Antes seja, porém, anotado, de passagem, que essas concepções e atitudes primitivas se modificaram na medida em que a colonização se intensificava e ampliava-se o conhecimento do País. A instalação do governo geral na Bahia, em 1549, ao mesmo tempo que refletiu nova orientação contribuiu para aproximar as capitanias entre si, e formar do Brasil um todo.

Em 1558, o rei deu ainda foral com o conteúdo de sempre, à capitania das Ilhas de Taparica e Tamandiva, criada nesse ano. [149] Mas no ano seguinte, a carta de doação da Ilha Fernando de Noronha se refere à "forma do foral das terras das dittas partes do Brazil" aplicando-o, assim, sem promulgação particular. [150] Embora introduzido individualmente, em cada capitania, o foral é agora considerado lei de caráter geral com vigência em todo o Brasil, inclusive a Ilha Fernando de Noronha, distante da área contemplada em 1534-35.

1.7 *Organização fiscal das capitanias*

Graças à sua própria natureza de "pertences", os poderes públicos dos donatários tiveram o território da capitania como âmbito. Contudo, de acordo com a orientação primitiva de 1534, que acabamos de assinalar, o rei — não obstante ser "dominus emines" de toda a costa — instalava apenas uma feitoria, ou um almoxarifado em cada capitania [151] cujos limites aceitava como válidos para a competência dos seus órgãos fiscais, medida que salientara a capitania como unidade administrativa da colonização.

Semelhante ao capitão-donatário também o oficial da Fazenda Real recebia como remuneração, não um ordenado pagável pelo Tesouro em Lisboa e sim porcentagem "de todo provento das Rendas dízimas e direitos que pera mim se arrendarem e feutorizarem na dita feytoria e almoxarifado." [152]

Os dados de que dispomos não permitem reconstituir exatamente a organização da Fazenda Real no âmbito de cada capitania. Criara-se certa unidade fiscal com as rendas e despesas a

149 Veja nota 74 e *Documentos históricos*, ibidem, p. 202 e seg.

150 *H. Col. Port. Bras.* t. 2, p. 341: cláusula idêntica na carta de doação da Capitania de Peruaçu, citada na nota 75.

151 Carta de 1.7.1536 em *H. Col. Port. Bras.* t. 3, p. 261 e resumo da carta de 22.4.1534, ibidem, p. 395 ("Errata" da p. 199). Veja também as indicações da nota 116.

152 Veja a carta de 1.7.1536 da nota anterior.

ela relacionadas, tendo como base forma e sistemática e contabilidade introduzida pelos oficiais régios, [153] em atenção à legislação do reino e aos regimentos, por acaso, a eles outorgados especialmente.

Com o apoio em organização tal, a Corte podia fazer o balanço de rentabilidade da capitania, o que representava notável adiantamento para a época. Deve-se, todavia, duvidar que se tratasse de unidade fechada, perfeita, sem dívidas a serem atendidas pelo Tesouro de Lisboa, nem rendas a saírem diretamente para alguma repartição da metrópole. [154] No estágio ao qual chegara a administração pública, desconheciam-se a distinção rigorosa dos negócios, a separação clara das competências.

Lado a lado com os funcionários do rei, os do donatário cuidavam da arrecadação dos tributos deste e da sua administração, atividades das quais faltavam, por completo, notícias quaisquer, nesse primeiro período.

1.8 *Capitanias e as vilas*

Pela carta de doação, concedera-se ao donatário o direito de fundar vilas que "teram termo e jurdiçam lyberdades e jnsinjas de villas segundo foro e costume de meus Reynos" e que seriam, portanto, pessoas jurídicas, como as da metrópole.

À capitania não se "atribuíra a mesma categoria jurídica. Faltara-lhe a tradição, o "costume de meus Reynos" e faltara-lhe a estrutura adequada para ser considerada sujeito de direitos e obrigações. O próprio reino adquirira mais tarde a personalidade jurídica. [155] O foral do século XVI, mesmo o amplo foral brasileiro que carece, porém, de disposições sobre a organização

153 O foral mencionado no item I e o "lyvro dos meus proprios" e no último os "lyvros da minha feytoria".

154 É característico o Regimento dos provedores da fazenda de 17.12.1548 (*H. Col. Port. Bras.* t. 3, p. 357), que manda remeter o dinheiro arrecadado em leilão público de espólio de pessoa falecida sem testamento, diretamente ao tesoureiro dos defuntos, em Lisboa, não obstante ter-se ordenado, na mesma data, o estabelecimento de tesoureiro, na Bahia, o qual deveria remeter-se o superavit de todas as capitanias, veja, em baixo, p. 50 e seg.

155 Na falta de estudos especializados sobre a questão portuguesa, convém consultar Olivier-Martin, Fr. obra citada na nota 45 § 256. Brunner Heinrich. e Schwerin, Claudius von. *Historia del derecho germánico*, Barcelona, Madrid, Buenos Aires, Rio de Janeiro, 1936. tradução e notas de José Lins Alvarez López, p. 304, nota 2. Heller, Hermann. *Teoria del Estado*. 2. ed. espanhola, México, 1947. p. 156 e seg.

interna das capitanias, não fora mais o ato indicado para lhe conferir personalidade tal, em contraste com seu congênere medieval. [156]

As *Ordenações,* ao regularem aos municípios constituição e administração, com grande soma de pormenores, [157] privaram-no de tal alcance público.

A capitania assemelhara-se, até certo grau, como distrito de grande extensão a abranger possivelmente numerosas comunidades, à comarca ou território dos donatários do reino. Distanciara-se, porém, pela origem. Enquanto a comarca ou a terra dos donatários se formaram em zonas povoadas, com aldeias e vilas feitas, as capitanias projetaram-se na costa brasileira, a colonizar.

Contudo, a colonização não seria viável sem fundação de vilas ou povoações. Com essas e os seus órgãos tradicionais contara, por isso, a Corte. Mandara registrar o foral nas "camaras" [158] e fazia, por exemplo, depender da fixação por estas o tributo que o capitão viesse a cobrar pelo uso de barcas, nos rios. [159] Os regimentos de dezembro de 1548, dos quais ainda trataremos, faziam referência freqüente aos registros das câmaras das capitanias.

Mesmo antes da fundação de vilas, a capitania teria, porém, significado jurídico. [160] Dentro do seu termo, o capitão exerceria a sua autoridade, o ouvidor por ele nomeado faria justiça, possivelmente haveria tabeliães com registros públicos, o feitor cuidaria dos negócios da Fazenda Real. Caso houvesse conveniência,

156 Herculano, A. *Historia de Portugal.* 5. ed. t. 4, livro 8, p. 52; Gama Barros, H. obra citada na nota 6, t. 1, p. 68 e t. 8, p. 104 definem o foral como carta constitutiva do município, excluindo, por via de conseqüência, muitos diplomas que os modernos consideraram foral. Veja Souza Soares, Torquato Brochado de. Política Administrativa. In: *Hist. Exp. Port.*, obra citada na nota 105, t. 1, p. 78 e seg. Gibert, Rafael. *História. . . .*, obra citada na nota 139, p. 26 e seg. Gibert, Rafael. "El derecho municipal de Leon y Castilla, *AHDE.* Madrid, 1961. t. 31, p. 695 e seg. e sobretudo o estudo fundamental de Gallo, A. Garcia. Aportacion al estudio de los fueros. *AHDE.* Madrid, 1956. t. 26, p. 387 e seg.

157 *Orden. Afonsinas* I, 26-7-8-9. (obra citada na nota 41). Orden. Manuelinas I, 44, 45, 46. . . (obra citada na nota 12).

158 O foral dispõe no final: "pela mesma maneira se registrará nos lyvros das camaras e villas e povoações da dita capitania."

159 No item antepenúltimo.

160 Paes Leme, Pedro Taques de Almeida. *Historia da capitania de São Vicente.* com um escorço biográfico do autor por Affonso d'E. Taunay, São Paulo, Rio Cayeiras, p. 82 refere-se à "capitania de Santo Amaro de Guaibe, a qual tinha somente o nome da capitania; porque nas dez léguas da costa d'esta capitania . . . não havia villa alguma que servisse de capital. . ."

o capitão distribuiria sesmarias para fixar povoadores. Tal capitania seria, em verdade, capitania tipicamente pioneira, a proporcionar aos habitantes futuros as bases de vida melhor organizada.

Fundada a vila principal, construídas as casas mais importantes, ali o donatário iria estabelecer o governo sobre a capitania e a incipiente comunidade local, promovendo e controlando a introdução das instituições municipais, prescritas pelas Ordenações, e presidindo, de acordo com a carta de doação, à eleição dos juízes e oficiais que dependeriam da sua confirmação.

Escrevendo a história jurídica desse período, Waldemar Martins Ferreira chegou à conclusão de que os capitães e governadores foram muitíssimo mais alcaides-móres das vilas do que da própria capitania. [161] Contudo, seria errôneo subestimar o papel da capitania.

O colonizador português fora centrífugo. Longe do litoral, desbravava as terras virgens, organizava em latifúndios lavouras tropicais, instalava engenhos de açúcar, extraía o pau-brasil, além de dedicar-se à caça de índios, sem se submeter ao governo do distante município. [162] Mas o donatário, cuja competência alcançava o sertão mais longínquo, seria autoridade a respeitar, assim como o ouvidor por ele nomeado.

O municípios, com as suas instituições tradicionais a proporcionar aos habitantes elementos prestigiosos da civilização portuguesa, formava o núcleo da incipiente sociedade, mas para toda a atividade colonial que passasse do termo do município, o vasto território da capitania constituía o âmbito do direito português e do governo do capitão.

Evidentemente, nos primeiros tempos que estamos descrevendo, a administração da capitania fora rudimentar dada a escassez da população e das comunicações. Não obstante tais empecilhos, Duarte Coelho fora primeiramente grande governador da Nova Lusitânia, e só depois alcaide-mór de Olinda. [163]

161 Obra citada na nota 76, t. 1, p. 92. A carta de doação da Capitania do Xingu (veja nota 75) faz o exercício da jurisdição, pelo donatário, depender da fundação de vila com trinta moradores. Veja também Zenha, Edmundo. *O Município no Brasil (1532-1700)*. São Paulo, 1948. p. 26 e passim.

162 Vianna, Oliveira. *Instituições políticas brasileiras,* Rio, São Paulo, 2 v. v. 1, p. 123 e seg. Junior, Caio Prado. *História econômica do Brasil,* 2. ed. S. Paulo, 1949. p. 41 e seg.

163 Veja as cartas de Duarte Coelho, mormente a de 14.4.1549 em *H. Col. Port. Bras.*, t. 3, p. 318 e seg., onde discorre sobre questões das lavouras canavieira e algodoeira, extração do pau brasil, a pesca e o seu comércio, os engenhos de açúcar, referindo as medidas que já tomou a respeito e aquelas que recomenda.

2. O Governo Geral

2.1 *A persistência dos forais e as bases da administração da Bahia*

O regime da colônia mudara em 1548-9. Instalara-se, na Bahia, o governo sob a chefia de Tomé de Souza. Revogaram-se, como mencionamos, cláusulas importantes das cartas de doação, mas não se tocara, em geral, nos forais. [164] Nesses, os regimentos de 17 de dezembro de 1548 [165] até se apoiaram, no tocante à arrecadação da dízima e ao regime do pau-brasil, dando-lhes regulamentação pormenorizada. [166]

Nem a reincorporação da capitania da Bahia, realizada pela Coroa, nessa ocasião, chegou a alterar de maneira essencial essa base sólida da vida dos seus habitantes. Apenas os dispositivos concernentes aos proventos do capitão-donatário deixaram de ter aplicação ao capitão-funcionário, com remuneração anual fixa.

Essa alteração não afetara, porém, a situação dos colonos que sofreriam, como antes, a retenção da dízima, destinada agora integralmente ao rei. [167] O novo funcionário não teria parte nesse imposto, não teria direito à redízima — o tributo principal do donatário — modificação de significado exclusivo para o Tesouro Real.

Abstraindo-se esse detalhe, o foral continuara tendo pleno vigor, ao passo que a carta de doação caducara devido à reincorporação da capitania.

[164] Opinião contrária: Capistrano de Abreu, Capítulos. . . obra citada na nota 77, p. 104: "Rasgaram-se assim doações e forais. . ." Martins Ferreira, W. obra citada na nota 76, t. 2, p. 15.

[165] Regimento de Tomé de Souza de 17.12.1548, Regimento de Antonio Cardoso de Barros, mesma data, Regimento dos provedores da fazenda dell Rei nosso senhor nas terras do Brasil, mesma data, em *H. Col. Port. Bras.* t. 3, p. 345 e seg., 350 e seg., 353 e seg.

[166] Regimento dos provedores da fazenda. . . citado, p. 354: "E porque nas alfandeguas das ditas capitanias se aade arrecadar a dizima das mercadorias. . . segundo forma do foral dado a cada hûa das capitanias das ditas terras. . . Veja também ibidem, p. 356. Regimento de Tomé de Souza citado, p. 349: "Porque por bem do forall dado as capitanias das ditas terras pertencem a mim todo o paao do dito brasyll. . ." veja, em baixo p. 52.

[167] O Regimento dos provedores da fazenda. . ., citado na nota 165, dispõe à p. 357: "E porque os capitães amdaver a redizima. . . mando aos ditos provedores que eles lhe fação paguar a dita redizima segundo fforma de suas doações e da mão dos ditos oficiais averão os ditos capitães a dita redizima e não da mão dos lavradores nem doutras allgûas pesoas. . .".

A vigência ininterrupta daquele diploma fica comprovada pelo regimento de Tomé de Souza que tivera a mesma autorização de Francisco Pereira Coutinho, o antigo donatário, para distribuir sesmarias "com as condições e obrigações do foral dado às ditas terras". [168] O regimento do provedor-mór, Antonio Cardoso de Barros, do mesmo dia, firma princípio idêntico, ao ordenar a construção de alfândega na Bahia "em que se registe o foral." [169]

No entanto, embora válido o foral e aplicável à Bahia a primeira parte de regimento de Tomé de Souza, muito incompleto apresenta-se esse fundamento jurídico da capitania.

O regimento contém instruções sobre a pacificação da capitania, a construção de barcos e a distribuição das terras como sesmarias. Falta alguma referência à organização judiciária, à nomeação de tabeliães, escrivães, à alçada do capitão, à administração da capitania, em geral.

Alguns preceitos dos regimentos do provedor-mór e dos provedores da fazenda referentes à organização e justiça fazendárias tiveram aplicação do regimento — ainda não encontrado — do ouvidor geral, contemplando a organização da justiça.

Mas isso não seria suficiente. Por tudo que sabemos, é provável que a obra do donatário Francisco Pereira Coutinho ficasse praticamente arruinada e que a capitania deveria ser, portanto, totalmente reorganizada. Ainda mais: mandara-se agora, pela primeira vez, funcionário como capitão e governador, por três anos, ao Brasil. Embora usasse os mesmos títulos dos donatários, sua situação jurídica diferia essencialmente. Enquanto as capitanias dos donatários se filiavam às capitanias hereditárias instaladas nas Ilhas do Atlântico, o cargo de Tomé de Souza assemelhava-se ao dos capitães das fortalezas da África. [170]

Devido à imposição da complexa estrutura da capitania, na Bahia, e da novidade do cargo, Tomé de Souza haveria de ser instruído detalhadamente a respeito das suas incumbências. É possível que a falta de notícias se explique, em parte, pelas providências que a corte tomara diretamente. Junto com o ouvidor-geral e o pessoal para a construção da fortaleza, tabeliães, escrivães e outros funcionários diversos, adrede nomeados em Lisboa, devem ter acompanhado o governador, na armada. Mas a au-

168 Regimento de Tomé de Souza citado, p. 346.
169 Lugar citado na nota 165, p. 350.
170 Veja p. 20 e nota 88, acima.

sência total de indicações sobre os pormenores de administração, acima mencionados, faz supor a perda de diplomas talvez dos mesmos cuja falta assinala-se, em seguida, [171] e que dizem respeito à competência de Tomé de Souza no setor da justiça.

2.2 *Tomé de Souza, capitão-mór da armada e governador*

Muitos anos de colonização, na África e Ásia, afinaram à corte de Lisboa os instrumentos de administração de terras exóticas. Aquela não os empregou, contudo, sem modificações significativas, ao enviar Tomé de Souza ao Brasil.

Para a Índia, a corte nomeara, havia poucos anos, Dom João de Castro, capitão-mór, governador e capitão-mór da frota que levara. [172] Seguindo tradição inaugurada nos começos do século, [173] entregara-lhe um só diploma no qual se confundiam os poderes do capitão-mór de armada com os do governador e capitão-mór. Não havia distinção exata entre a autoridade a exercer no mar e em terra.

Tomé de Souza fora encarregado capitão-mór da armada em viagem ao Brasil, mas a carta de nomeação de 7 de janeiro de 1549, [174] só se refere à sua atividade posterior, no Continente. O regimento que recebeu como governador aludiu também só de passagem à sua função anterior. Ordenara-se esta, com detalhes próprios, em regimento desconhecido. [175]

Não obstante tal separação formal dos cargos, a ampla autoridade do capitão-mór de armada não podia deixar de refletir na do governador. [176] As tarefas a atender assemelhavam-se em alguns pontos importantes, embora o governo do Brasil fosse primeiramente governo da terra, ao contrário do império português na Índia, essencialmente marítimo.

171 Veja p. 46.

172 Carta de D. João de Castro de 1545, apud Christovam Ayres de Magalhães Sepulveda, "Testamento de D. João de Castro", Memorias da Academia de Ciências de Lisboa, t. 9, Parte 1, 1902, documento C, p. 24.

173 Carta de Francisco de Almeida de 1505. In *Cartas de Afonso Albuquerque*. Lisboa, 1898, v. 2, p. 269 e seg.

174 Veja nota 132.

175 O regimento citado na nota 165 indica, à p. 345: "Ireis por capitão moor da dita armada e fareis voso caminho direitamente a dita Bahia de Todolos Samtos e na dita viagem tereis a maneira que levais per outro Regimento".

176 Veja p. 47.

2.3 *O Governador, o ouvidor geral, o provedor-mór e o corregedor da comarca*

"Governar", "governo", "governador", "governança", etc., tinham então, como ainda hoje, o mesmo sentido da raiz latina: [177] significavam reger, dirigir, chefiar, guiar, etc., ou os substantivos correlatos.

Em 1498, o rei Dom Manuel deu plenos poderes à sua irmã, a rainha Dona Leonor, "em toda las couzas que comprir a boa governança destes nossos Regnos e senhorios, e justiça delles," [178] e providenciou, em testamento de 1517, que "seis governaram e detriminaram as couzas do governo, convem a saber assi as que tocarem a governança da justiça e fazenda . . . ." [179]

Por volta de 1500, "governara-se", pois, em Portugal, o reino, mas também a justiça e a fazenda; "Governador" foi possivelmente lugar-tenente do rei ou "governador" de um setor apenas, da justiça, por exemplo.

"Governadores de justiça" ou, mais curto, "governadores" mencionaram-se junto com "adiantados" e "regedores de justiça" nas cortes de 1472-73 e 1481. [180]

Discute-se se esses funcionários substituíram, durante algum tempo, os corregedores da comarca ou se coexistiram com eles. Como quer que seja, uns e outros parecem ter preenchido incumbências idênticas ou muito semelhantes, minuciosamente regulamentadas, no século XIV, por diversos regimentos relativos aos corregedores da comarca. [181]

Constituíram estes a categoria mais elevada da hierarquia administrativa. Incumbia-lhes superintender a atividade de todos os outros oficiais, inclusive da justiça e fazenda, e a gestão dos conselhos municipais, assim como controlar o preparo militar do distrito, mormente dos castelos ali localizados, velar pela segurança pública, execução das leis penais e policiamento. Só em casos raros competia-lhes a jurisdição.

177 Veja os dicionários de latim, verbum "gubernatio", etc. Abundam as provas do emprego do vocábulo, na mesma acepção, durante a Idade Média.

178 Veja Caetano de Souza, A. obra citada na nota 10, t. 2 parte 1 livro 4, n. 31, p. 231.

179 Veja Caetano de Souza, A. ibidem, n. 62, p. 427.

180 Gama Barros, H. obra citada na nota 6, t. 2, p. 214 com nota 3 e p. 216.

181 Gama Barros, H. ibidem, p. 171 e seg. Caetano, Marcelo. *A administração municipal de Lisboa durante a 1a. dinastia.* Lisboa, 1951. publica os regimentos de 1332 e 1340 à p. 151 e seg., com comentário às p. 69 e seg.

Enquanto as Ordenações reservaram lugar de destaque a esse funcionário [182] e ao "regedor da justiça", [183] transformado presidente da "Casa da Suplicação", o "adiantado" desapareceu logo depois das cortes de 1481-42. [184] Mas ao "governador", coube papel de relevo na administração das colônias.

Governadores ou vice-reis foram os capitães-móres da armada da Índia e, entre outros, governadores também os capitães-donatários do Brasil, assim como antes da instituição das capitanias, governador das terras do Brasil, Martim Afonso de Souza. [185]

A diversidade de incumbências e competências desses donatários e funcionários respectivos e a variedade dos atos jurídicos dos quais derivaram os seus poderes, perpetuaram, desde o princípio, a multiplicidade de encargos própria do governador, ao correr do século.

A mesma complexidade caracteriza as funções de Tomé de Souza, que foram essencialmente diferentes na Bahia e nas restantes capitanias. Enquanto Tomé de Souza, como administrador direto, e na qualidade de funcionário nomeado por três anos, veio a substituir naquela o governador-donatário, nas outras capitanias assumira como superior, durante o mesmo prazo, o controle e a direção da atividade dos governadores-donatários locais.

Tomé de Souza fora nomeado "governador geral" tanto para a Bahia, como também para as outras capitanias, de acordo com a sua carta de legitimação de 7 de janeiro de 1549. [186] No entanto, os regimentos de 17 de dezembro de 1548, [187] e atos de 1551 e 1553, [188] respectivamente, designaram-no apenas "governador".

A mesma falta de uniformidade nota-se, mais tarde, ao ser o Brasil chamado de "estado". O chefe do governo designara-se, às vezes, Governador, outras vezes, Governador Geral do estado do Brasil. [189]

182 *Ordenações Manuelinas,* citadas na nota 10, livro 1, tit. 39.

183 Ibidem, livro 1, tit. 1.

184 Gama Barros, H. obra citada na nota 5, t. 2, p. 217 e nota 3.

185 Kahn, S. artigo citado na nota 68, p. 251.

186 Veja nota 132.

187 Veja nota 165.

188 *H. Col. Port. Bras.* t. 3, p. 260.

189 Alvarás de 1611 (Governador), 1618 (Governador Geral), 1620 (Governador), 1623 (Governador) etc., em *Collecção Chronologica,* obra citada na nota 14, p. 155, 280, 281, 333.

O adjetivo "geral", semelhantemente a "mór", como atributo da denominação de algum cargo, indicava comumente, naquela época, [190] como hoje, ao ocupante a maior amplitude de funções e poderes, a superioridade sobre outros funcionários da mesma titulação, mas sem o atributo. Supomos por isto, que Tomé de Souza tenha sido nomeado governador geral para assinalar a ascendência sobre os governadores-donatários e que recebesse título idêntico, sem essa motivação, no tocante à Bahia, por distinguir a mesma pessoa.

Contudo, visto que o rei dirigia-se a Tomé de Souza, em atos oficiais, distanciados por pequeno intervalo de tempo, denominando-o governador geral ou apenas governador e, indiferentemente, quando se lhe dirigia diretamente, sobressai a irrelevância dessa diversidade de titulação a qual dependia, ao que parece, do acaso da opção por uma ou outra cláusula diplomática, por parte do escrivão. [191]

O regimento dos corregedores da comarca, na forma que as *Ordenações Manuelinas* lhe deram [192] e que se apoiaram nas linhas mestras dos regimentos do século XIV, forneceu os elementos básicos à organização do governo de Tomé de Souza sobre as capitanias dos donatários.

A semelhança das citadas disposições das *Ordenações Manuelinas* com os regimentos do governador e do provedor-mór é impressionante. Tal como ao corregedor da comarca incumbiam a esses funcionários, no Brasil, o controle dos armamentos e das defesas dos povoados e a supervisão da arrecadação das rendas reais.

190 O ouvidor geral Pero Borges (ao "ouvidor geral" refere-se Pedro de Góis na sua carta de 29.4.1551 em *H. Col. Port. Bras.* t. 3, p. 321) era hierarquicamente superior aos ouvidores das capitanias. Cf. também o "governador geral" de Aragão, apud Gallo, A. Garcia, citado na nota 41, t. 1 § 1388.

191 O título "governador geral" fazia parte da cláusula "governador geral da dita capitania (Bahia) e das outras capitanias e terras da costa do dito Brasil" que se repete durante anos nos diplomas de nomeação dos sucessores de Tomé de Souza. Veja, a respeito, p. 56 e seg. O título "governador" ocorre na cláusula "governador de todas as terras do Brasil" ou semelhante. Questão análoga em relação aos títulos de Cristóvão Colombo discute-se entre historiadores espanhóis. Veja Gallo, A. Garcia. Los origenes de la administracion territorial de las Indias, *AHDE*. Madrid, 1944. t. 15, p. 16 e seg., especialmente p. 62. Jesus Lalinde Abadia, artigo citado na nota 146, p. 30 e 46.

192 *Ordenações Manuelinas*. citadas na nota 12, livro 1, tit. 39.

As *Ordenações* determinaram ao corregedor verificar como os castelos "estam bastecidos" e se as torres e muros precisavam de conserto; "e deve isso mesmo ver e saber das cercas das villas . . . ." [193]

O regimento mandara a Tomé de Souza ordenar "que as povoações das ditas capitanias que não foram cercadas se cerquem e as cercadas se repairem e provejam de todo o necessário para sua fortaleza e defensão."

A *Ordenação* dispunha: "deve saber se alguñs poderosos embarguam Nossos direitos, ou os retem sem razam, e fará loguo que se arrecadam para Nós". "Outrosi verá . . . se Nos tomam alguñ direito que Nos pertença aver . . ." [194]

O regimento ordenara ao governador: "E assi vos informareis das rendas e direitos que em cada capitania tenho e me pertencem e como se arrecadaram e dispenderam até agora . . . ."

O regimento do provedor-mór, Antonio Cardoso de Barros, revela, como já mencionamos, correspondências quase idênticas.

Do ouvidor-geral, Pelo Borges, desconhecemos, conforme indicamos, o regimento, mas é provável que também fosse semelhante ao do corregedor da comarca, [195] porém, em relação a outros tópicos.

De acordo com a sua célebre carta de 7 de fevereiro de 1550 ao rei, [196] Pero Borges realizou atos típicos de corregedor de comarca nas capitanias de Porto Seguro e Ilhéus. Perseguiu e prendeu criminosos, fiscalizou tabeliães e ouvidores e a administração da justiça, em geral. A sua alçada judicial ampliara-se conforme indica também a mesma carta, em confronto com a do seu colega do reino, cuja organização integrada por numerosos juízes e tribunais tornava, em geral, dispensáveis serviços judiciais do corregedor. Na colônia, onde, pelo contrário, havia falta quase completa desses órgãos de justiça, a competência mais ampla de Pero Borges serviria para melhorar, de algum modo, a precária assistência judiciária à população.

Não obstante os amplos poderes outorgados ao provedor-mór e ao ouvidor-geral, a chefia inconcussa do governo estava entre-

193 Ibidem, livro 1, tit. 39, § 20.

194 Ibidem, livro 1, tit. 39 §§ 14 e 23.

195 Assim já Capistrano de Abreu em Frei Vicente de Salvador, *História do Brasil*, 4. ed. São Paulo, 1954, p. 141.

196 Em *H. Col. Port. Bras.* t. 3, p. 267 e seg. Veja também a carta de Pedro de Góis, de 29.4.1551, ibidem, p. 322 e seg. na qual se refere à ação de Pero Borges em Ilhéus, "onde", como diz, "ho ouvidor ficou fazendo correição."

gue a Tomé de Souza. Conforme a sua carta de nomeação, todos os funcionários deviam-lhe obediência, [197] portanto também os dois de maior projeção, Pero Borges e Cardoso de Barros. O regimento deste último recorda-lhe, em termos incisivos, esse dever fundamental. [198]

2.4 *A Autoridade de Tomé de Souza na justiça*

A autoridade superior de Tomé de Souza ficara claramente delineada, no tocante à organização da justiça. Tanto a carta de nomeação quanto o regimento salientaram-lhe a incumbência de "ministrar justiça" da Bahia às outras povoações, isto é, em todo o distrito submetido ao seu governo, ao passo que a função do ouvidor-geral ficara limitada à capitania onde o governador estivesse ou que este lhe indicasse. [199]

É provável que a alçada de Pero Borges relativa à apelação e agravos tenha compreendido os recursos originários das outras capitanias, [200] mas dada a precariedade ou inexistência de comunicações intercapitaniais, tal atividade de segunda instância, de fato, deve ter-se limitado, tal como a de primeira, aos processos da mesma capitania.

Lembrando as relações dos órgãos centrais com os de âmbito local, na administração moderna, Tomé de Souza, como autoridade mais alta, desenvolveria "un'azione sempre piu vasta perchè inspirata a principii e ad interessi piu generali . . ."; [201] na defesa

197 Veja nota 132.

198 Veja o penúltimo parágrafo do regimento, citado na nota 162, p. 353: "De todallas cousas que per este regimento vos mando que façais dareis sempre conta ao dito Tome de Souza estando vos no lugar onde ele estiver e se em allgûas cousas fordes diferente do seu parecer se comprira o que ele ordenar e mandar."

199 Veja a carta de 7.2.1550, citada na nota 196, p. 269.

200 Tal suposição encontra certo apoio nos artigos 3 e 8 do Regimento do ouvidor-geral de 14.4.1628 (publicado por Martins Junior, *História do Direito Nacional*. 2. ed. Pernambuco, 1941. p. 264 e seg.) que embora posterior apresenta concordâncias notáveis com as poucas disposições do regimento de Pero Borges conhecidas através da carta de 7.2.1550, citada na nota 196 (artigos 1 e 4 correspondem às informações da carta sobre o distrito judicial do ouvidor e a sua alçada em casos criminais). Veja também a sentença à p. 53, em baixo, e a carta de doação da Ilha Fernão de Noronha de 1559 (veja nota 74), assim como a da capitania de Peruaçú (veja nota 75), que facultam a apelação ao ouvidor-geral.

201 Marchi, Teodosi. em Orlando, V. E. *Primo trattato completo di diritto administrativo italiano*. Milão 1907-1932. v. 3, parte 1, p. 30.

de interesses dessa ordem utilizaria os serviços do ouvidor-geral quando e onde lhe conviesse. Contudo, recorreria como leigo ao homem formado em direito. Na época do revigoramento do direito romano, os "leterados" gozavam de alto conceito. Elas seriam chamados a dirimir as questões em litígio, em primeiro plano, princípio que inspirou o direito processual e a organização da justiça. Esse direito estabeleceu os trâmites do processo, em todas as fases, fixando aos órgãos da justiça, representados de preferência por juristas, aos juízes, ouvidores, tribunais colegiais, etc. a competência judiciária. Não admitia, em geral, que o funcionário, a quem faltasse tal competência, se intrometesse nos casos pendentes perante as instâncias regulares, ou reformasse suas decisões apoiado apenas na superioridade hierárquica.

Havia, porém, exceção importante. A parte interessada em evitar ou protelar a decisão proferida pelo juiz designado podia recusá-lo, alegando suspeição. Opinar sobre esta competia ao superior, mesmo leigo, o governador, no nosso caso. [202]

Vemos assim Tomé de Souza, em processo pendente perante o ouvidor-geral, mandar "vir a si os autos e com sete ou oito homens dos principais da terra, em que entrassem os juízes em que as partes se louvaram, as determinou." [203]

Não havia, pois, separação perfeita no exercício das funções administrativa e judiciária e tampouco independência do poder judiciário na acepção característica do estado constitucional moderno. O juiz não ficara isento de sanções disciplinares pelos seus atos de jurisdição. Respondia por eles perante o superior a quem competia puni-lo. [204]

Não se concilia, com tal estado de direito, a independência do ouvidor-geral no judiciário, alegada por grandes historiadores. Ela contrasta também com preceito do regimento de Pero Borges, resumido por ele na citada carta [205] ao rei, dispositivo este que

[202] *Ordenações Manuelinas.* citadas na nota 10, livro 3, tit. 38, § 6.

[203] Carta de Duarte da Costa de 3.4.1555 em *H. Col. Port. Bras.* t. 3, p. 371.

[204] É característica a ordem dada ao governador Francisco Giraldes no item 22 do Regimento, p. 226. In: *Revista do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro,* Rio de Janeiro, 1906: t. 67, parte I: "e acontecendo que os desembargadores da dita relação tenham alguns descuidos por que mereçam suspensão de seus cargos por alguns dias e que nelles não vençam seus ordenados e não se emendando ey por bem que os sospendaes e lhe tireis os ditos ordenados com parecer do chanceller da dita relação e sendo comprehendidos em alguns delictos graves procedereis contra elles atee por os autos em final e assi concluzos sem se dar nelles sentença, mos enviareis. . .".

[205] Veja nota 196.

lhe mandava despachar junto ao governador, compartilhando com este a competência, os casos criminais julgados mais graves, sujeitos à pena de morte. Independência e obrigação de decidir junto a autoridade hierarquicamente superior não se coadunam.

Aureliano Leite, que defende a independência, apoia a sua opinião no silêncio do regimento do governador geral quanto a suas relações com o ouvidor geral.[206] O regimento não tratou, todavia, desse assunto, porque outros atos reais específicos devem tê-lo versado detalhadamente.

É evidente que não se podia impor ao ouvidor-geral a obrigação de despachar determinados casos criminais junto ao governador, sem instruir este sobre a forma de proceder. A ausência dessas instruções nos diplomas à nossa disposição comprova o estado incompleto das fontes publicadas, mutilação que fica ainda demonstrada por uma carta da rainha regente Catarina, dirigida a Mem de Sá e já inserida na grande obra de Varnhagen. Atendendo pretensão daquele governador a rainha fez referência — a única notícia que temos — aos poderes que Tomé de Souza usava, a saber "conhecer dos agravos que o ouvidor faz às partes, pôsto que caiba em sua alçada".[207]

Apoiado nessa competência, o governador constituía, em verdade, instância superior ao ouvidor-geral cujas decisões ficaram sujeitas à reforma pelo primeiro. Este usufruía de poderes mais amplos, embora desconhecidos em seus detalhes,[208] que o corregedor do reino para cuja comarca fosse nomeado juiz de fóra como ouvidor. Os agravos deste não seriam dirigidos ao corregedor, "senão para onde poderiam agravar do corregedor."[209]

A carta citada da Rainha regente é ainda notável sob outro aspecto. Ela evidencia que nem Mem de Sá nem Duarte da Costa gozavam da plenitude dos poderes outorgados a Tomé de

[206] Obra citada na nota 204, p. 1112. Opinião idêntica: R. Garcia. obra citada na nota 2, p. 74.

[207] Obra de Visconde de Porto Seguro, citada na nota 77, t. 1, p. 381 e seg.

[208] É muito possível que o ato régio que outorgou os poderes citados a Tomé de Souza determinasse o efeito do agravo (se suspensivo e durante que prazo, ou não). Na falta de tal ordenação específica, haveria de se recorrer aos princípios gerais do direito vigente que não fazia muita diferença entre apelação e agravo. Veja a respeito, Paschoal M. Freire, obra citada na nota 105, livro 4, tit. 23, § 23 e nota.

[209] *Ordenações Manuelinas*. citadas na nota 12, livro, 1, tit. 40 § 1.

Souza, divergência descomunal no tratamento de altos funcionários que, com pequeno intervalo de tempo, foram nomeados para o mesmo cargo.

Tomé de Souza distinguira-se, porém, notavelmente dos seus sucessores pelo alto comando que exerceu na viagem de Portugal à Bahia [210] e que faltava, conforme tudo faz supor, a Duarte da Costa e a Mem de Sá.

Igual ao capitães-móres da armada, em geral, por exemplo os da carreira da Índia ou Martim Afonso de Souza, [211] no seu caminho ao Brasil, Tomé de Souza teve provavelmente, durante a viagem marítima, a mais ampla alçada, o "mero e mixto império" sobre tripulação e passageiros, portanto também sobre o ouvidor-geral.

A sua autoridade em terra não se conservara, todavia, tão dilatada, pois não havia necessidade dos rigores de disciplina que se impunham, em alto mar. Mas na transição ao regime mais brando o descortino dos experimentados administradores da Corte soube evitar contrastes bruscos que importassem rebaixamento para Tomé de Souza. Não havia motivo para cuidados semelhantes na regulamentação dos poderes dos seus sucessores.

2.5 *Resumo*

Em resumo: Tomé de Souza fora a autoridade suprema da administração e da justiça. Na Bahia, atendia, diretamente, como capitão e governador a todas as questões administrativas sem que se conheçam as fontes principais referentes a essa matéria. Nas outras capitanias usufruía os poderes típicos do corregedor da comarca, ampliados ainda em atenção aos magnos problemas do Novo Continente.

À competência tão dilatada acrescentara, nas esferas militar e naval, atribuições relacionadas com a guerra aos índios e a guerra marítima, a caça aos piratas, a construção de navios, poderes, enfim, mais próprios de um capitão-mór de armada.

Todos os funcionários, inclusive os seus auxiliares mais graduados, embora de nomeação direta do rei, deviam-lhe obediência. O provedor-mór e o ouvidor-geral estavam nos seus campos de atividade também revestidos de poderes próprios do corregedor da comarca, mas não se equipararam a este, em dignidade, devido à sua inferioridade para com o governador e porque a cor-

[210] Veja p. 40 e seg.

[211] Veja a carta de Francisco de Almeida, citada na nota 173, e a de Martim Afonso de Souza em *H. Col. Port. Bras.* t. 3, p. 159 e seg.

respondência entre a sua competência e a da mais alta autoridade da comarca fora restrita: Pero Borges e Antonio Cardoso de Barros atendiam, cada um com exclusão do outro, a setores diferentes que juntos formaram o âmbito de ação do corregedor da comarca,[212] assim como do governador geral do Brasil.

Pero Borges, antes corregedor no reino, aceitara provavelmente constrangido a carreira de menor relevo, na colônia, em virtude da condenação infamante que sofrera, havia pouco.[213]

2.6. *A Cláusula derrogatória*

Concilia-se com a nossa interpretação a derrogação expressa no próprio diploma de nomeação de Tomé de Souza,[214] da cláusula que, nas cartas de doação, isentara a capitania da entrada do corregedor. Embora Tomé de Souza tivesse sido nomeado governador ou governador geral a exemplo de outros funcionários da Coroa com incumbências semelhantes, a sua atividade típica e principal seria a de correição, conforme demonstramos, atividade esta interditada pelas cartas de doação que se redigiram nos termos tradicionais já usados antes que se mandassem governadores às colônias.[215] Mandaram-se, é verdade, governadores ao Brasil: não se mandara nunca um corregedor.

A cláusula derrogatória constante na carta de Tomé de Souza não excluía a inserção de cláusula semelhante ou idêntica nos diplomas — nem todos conhecidos[216] — do provedor-mór e do ouvidor geral. Pelo contrário, ela se impunha,[217] visto também esses auxiliares de Tomé de Souza realizarem, como vimos, atos de correição.

[212] Veja a carta de Tomé de Souza de 18.7.1551 em *H. Col. Port. Bras.* t. 3, p. 361 e seg., na qual propõe ao rei futuramente "escusar provedor moor da ffazenda porque o ouvidor gerall que vier servira o mesmo officio e milhor. . . com dous escrivães hûa das cousas de justiça e outra das da fazenda e quando ffor correyção a ffará de todo . . .".

[213] Veja Azevedo, Pedro de. *A Instituição*. . ., artigo citado na nota 132, p. 341 nota 49.

[214] Veja nota 132.

[215] Veja, por exemplo, a lei de Afonso V em *Ordenações Afonsinas*, citadas na nota 41, livro 2. tit. 40 § 5 "E isto de não entrarem Corregedores em suas Terras (dos Infantes meus tios) não o têem por privilégio, senão por graça. . .". Veja a respeito. Gama Barros, obra citada na nota 6, t. 2, p. 479 e seg.

[216] Não se conhecem nem o regimento, nem a carta de nomeação do ouvidor-geral, faltando esta última também em relação ao provedor-mór.

[217] Convém indicar que a cláusula, sob exame, se encontra no artigo 31 do registro do ouvidor geral de 14.4.1968, citado na nota 200.

2.7 *O caráter itinerante do governo*

O governo, que se formara em 1549, não fora governo em moldes modernos. Antes de tudo, faltara-lhe a sede permanente. A "fortaleza e povoação grande e forte" que Tomé de Souza fora incumbido de construir, na Bahia, não seria "capital" no sentido atual da palavra, centro fixo das atividades governamentais.

Faltavam, nessa altura, as condições materiais para tal centralização. O povoamento escasso da extensa costa e as comunicações difíceis e raras constituíam sério obstáculo à mesma. Devido a dificuldades análogas, Lisboa não se estabelecera como verdadeira capital, senão recentemente. A fixação da Corte e dos órgãos principais da administração realizara-se por volta de 1500.[218]

Adaptando-se à situação o regimento ordenara a Tomé de Souza: "Tanto que os negócios que na dita Bahia aveis de fazer esteverem pera os poderdes deixar ireis visitar as outras capitanias". Tal como o corregedor "andara na terra" correndo a sua comarca assim o governador faria visita, correndo a costa, junto com os seus auxiliarse.[219]

2.8 *Órgãos e regime financeiros*

Destacam-se dessa organização tradicional, itinerante, algumas instituições da Fazenda Real, mormente a Junta formada pelo provedor-mór e por dois juízes, de nomeação do governador geral. Tinha sede permanente, na Bahia, e não dependia, para funcionar, da presença do provedor-mór a quem o governador mandava substituir, em casos de urgência.[220]

Esse primeiro tribunal colegiado do País decidia, como última instância do processo fazendário, além de causas conexas à cobrança de impostos e taxas, outras tais de magna importância como as referentes à distribuição das terras. Como as suas de-

[218] França, Eduardo D'Oliveira. *O poder real em Portugal e as origens do absolutismo*. São Paulo, 1946. p. 238 e segs.

[219] O salvará de 21.2.1620, *Collecção*..., obra citada na nota 14, t. 1, p. 281 e seg., constitui contraste impressionante, refletindo a grande mudança operada, no meio tempo. Diz o alvará "Eu El Rei faço saber... que importa a meu serviço, e ao bom governo do Estado do Brasil, que os Governadores delle residão pessoalmente na Cidade do Salvador da Bahia de Todos os Santos. . ." e manda "que o contrario fizerem não vencerão seus ordenados, nem exercitarão jurisdicção alguma. . .".

[220] Veja o regimento do provedor-mór, citado na nota 165, p. 351.

cisões não sofressem nem apelação nem agravo, esse órgão superior da justiça constituía elemento notável, pela precocidade, na história da independência do País.

Essas considerações visam, no entanto, os dispositivos do regimento concernente à instituição como tais, como expressão da cultura jurídica e da política fazendária portuguesa da época. Nada sabemos da atuação real da Junta da Fazenda, nem se alguma vez chegou a funcionar.

Criara-se também, com sede na Bahia, dependência do Tesouro, a qual não tivera, porém, tanto alcance como a Junta citada. O tesoureiro que "aa destar na Bahia" [221] ou o "tesoureiro das rendas do Brasyll, que reside na dita cidade do Salvador", [222] conforme à expressão dos diplomas arrecadaria os direitos do rei, os quais, como antes, se destinavam ao Tesouro, em Lisboa. O Tesouro continuara um só, apenas a arrecadação fora descentralizada.

"As rendas do Brasil" [223] que os regimentos mencionam eram as mesmas rendas das capitanias do tempo anterior à instituição do governo geral. O princípio da continuidade dos forais, já demonstrado, [224] contrariava a imposição de novas contribuições fiscais. Conforme expusemos, os forais fixaram o ônus público, uma vez para sempre, aos habitantes da costa do Brasil.

Realmente, nenhuma fonte faz alusão a taxas, "direitos", nem impostos já inexistentes antes da chegada de Tomé de Souza, muito embora as contingências da fundação de Salvador e da edificação da fortaleza, assim coom a inovação do regime, em geral, pudessem servir de motivo à exigência.

O novo governador dependia, portanto, do "superavit" que as capitanias hereditárias remetessem para Salvador, das rendas da capitania da Bahia e das verbas do Tesouro de Lisboa.

Faltam estudos especializados e notícias contemporâneas que permitissem o exame mais exato da gestão financeira dos governos gerais durante o século XVI. A carta de nomeação de Tomé de Souza revela-nos, porém dado importante. A Corte não fazia,

221 Ibidem.

222 Alvará de 22.7.1552 em *H. Col. Port. Bras.* t. 3, p. 364.

223 Veja Regimento de Tomé de Souza, citado na nota 165, p. 348: "corenta cruzeiros lhe amde ser paguos das minhas rendas das terras do Brasill", semelhante nos regimentos do provedor-mór e dos provedores da fazenda, citados na mesma nota, p. 352 e 358. Veja também as palavras citadas do alvará de 22.7.1552, no texto correspondente à nota anterior.

224 Veja, acima, p. 38 e seg.

quanto à remuneração do governador, distinção alguma entre o governo sobre a Bahia e aquele sobre as outras capitanias, pois estabelecera, para ambos, um ordenado só.[225] Se faltara a separação no tocante a essa despesa importante, a confusão deve ter sido geral e não só quanto às "saídas", mas também quanto às "entradas". Tal confusão no setor básico das finanças não podia deixar de se comunicar à administração, em geral.

Ressalta a superior estruturação das capitanias hereditárias em confronto com o organismo mais amplo submetido a Tomé de Souza, no tocante a ramos da organização pública, essenciais para a formação do estado moderno.

2.9 *Regimento de Tomé de Souza e o foral*

Também a principal base formal do novo governo, o regimento do governador geral que chegou a se equiparar à constituição de estado,[226] fora frágil em comparação com os alicerces sobre os quais se alevantaram as capitanias. O exame paralelo do regimento e do foral demonstra-o.

Enquanto o foral determinava: "os moradores e povoadores e povo da dita capitania seram obryguados em tempo de guerra a servir nella com o capitão", o regimento ordenava: "praticareis com ele e com quaesquer outras pesoas que nisso bem entendão a maneira que se teraa pera os ditos jemtios serem lançados da dita terra . . .".

O foral dizia: "o paao brasyll da dita capitania e asy quallquer especearya ou rogarya de qualquer calydade... pertencerá a mim...", ao passo que o regimento dispunha: "Porque por bem do forall dado as capitanias das ditas terras pertencem a mim todo o paao do dito brasyll ... ey por bem que ... pratiqueis a maneira que se deve de ter pera que as pesoas a que asy tenho dadas as ditas licenças posão aver o dito paao com o menos prejuizo da terra... e lhes limiteis os preços...".

A vida brasileira ordenara-se por esses atos, de maneira assaz distinta: nos forais, o legislador pos em vigor, com larga

225 Veja a carta de nomeação, citada na nota 132, que fixa o ordenado anual em 400 000 reais.

226 Martins Ferreira, W. obra citada na nota 76, t. 2, p. 27 e seg. e 47. Leite, S. J. Serafim. *História da Companhia de Jesus no Brasil.* Lisboa, 1938. v. 2, p. 141, nota 1. Calmon, Pedro. *A primeira Constituição do Brasil, regimento de Dom João III a Tomé de Souza,* Rio de Janeiro, 1943. p. 25 e seg.

visão, disposições fundamentais, sem limite de tempo; no regimento, o administrador dera providencias minuciosas para obviar, muitas vezes, a problemas do momento.

O mesmo contraste nota-se, por via de conseqüência, na demarcação dos distritos: de um lado, as capitanias solidamente limitadas pelos diplomas básicos, de outro, a área instável sob o mando do governador geral, estabelecida por atos administrativos, emitidos originalmente para período de poucos anos e revogáveis ou alteráveis a qualquer tempo, sem formalidade alguma.

Tomé de Souza já teve de convencer-se dessa instabilidade. Nomeado para todas as capitanias, o rei eximiu, desde logo, a de Pernambuco, em atenção ao empenho do donatário, Duarte Coelho. [227]

A história posterior que viu a separação do Brasil em governo do Norte e do Sul, sob Luiz Brito de Almeida e Antonio de Salema, e no século XVII, as "Capitanias do Sul" e o "Estado do Maranhão" destacados e novamente como partes do "Estado do Brasil" confirma o que estamos expondo.

3. O Estado do Brasil

3.1 *Denominações anteriores*

Em meados do século XVI, o Brasil não se chamava ainda "estado", nem tivera denominação fixa, única. Nos documentos já aduzidos, os regimentos dos membros do novo governo da Bahia, menciona-se a nova unidade administrativa do mesmo modo vago como antes "terra" ou "terras do Brasil" "a costa do Brasil" "as partes do Brasil", etc.

Mais exatamente designara-se, nas cartas de nomeação ao governador geral, como âmbito de competência "a capitania da Bahia e as outras capitanias e terras da costa do Brsil." [228] Contudo, nem essa cláusula, algo mais técnica, que se usa pela primeira vez em 1549, nomeia entidade administrativa nova. Equipara o distrito sob mando do governador ao conjunto das existentes, conhecidas, destacando a Bahia das outras capitanias.

Tal cláusula revela mentalidade medieval que, avessa às abstrações, aos conceitos gerais, prefere as indicações concretas, por-

227 Veja, acima, p. 303 e nota 137.

228 Veja, acima, p. 43 e nota 191.

menorizadas. [229] A costa do Brasil fora repartida em capitanias que incluiam conseqüentemente todas as terras. Mesmo assim, mereceram estas, na cláusula citada, destaque como pormenor de relevo.

O ouvidor-geral habituado, por seu ofício, a definições jurídicas exatas e ao raciocínio lógico dos romanos, persiste, não obstante, nas mesmas tendências medievais. Salientando detalhes reais proclama, em 1564, "alçada em todas as Capitanias, e Terras e Povoações de toda esta Costa do Brasil. [230]

3.2 *Primeiros testemunhos da nova denominação*

Nos anos que se seguiram não houve alteração da administração digna de registro, a não ser a bipartição do governo geral, já aludida, sob Luiz Brito de Almeida e Antonio de Salema, providência essa que não contribuiu, seguramente, para a concepção do Brasil como unidade. Contudo, nesse mesmo período da divisão da colônia, em 1577, o escrivão do registro de sesmarias, na Bahia, referiu-se a Luiz Brito de Almeida como "Governador deste Estado do Brasil da parte da Bahia. [231]

O regimento de 1587, dado à "Relação" que se pretendeu instalar no Brasil, denominava o tribunal "Relação de Estado do Brasil" e fez referência ao "governador do estado do Brasil." [232]

A mudança da linguagem, a transição para o termo novo denota-se no regimento do Governador Giraldes, de 1588. Giraldes enviara-se ainda "as partes do Brasil pera me servirdes no cargo de governador geral dellas" mas outro parágrafo do mesmo regimento refere-se aos governadores imediatamente anteriores "que por falecimento do governador Manoel Telles Barreto ficaram governando aquele estado . . . . ." [233]

229 Veja as páginas instrutivas sobre "o todo e a parte" nas referências medievais apud Maravall, José Antonio. *El Concepto de España en la Edad Media.* Madrid, 1954. p. 69 e seg.

230 Setença apud Madre de Deus, Frei Gaspar da. *Memorias para a historia da capitania de S. Vicente hoje chamada de São Paulo, e noticias dos annos em que se descobriu o Brazil.* 3. ed. por Affonso d'Escragnolle Taunay. S. Paulo, Rio, 1920, p. 153 e seg.

231 Instrumentos de Sesmarias de 1577 in *Documentos Históricos,* citados na nota 74, v. 14, p. 441 e seg. e 464.

232 Figueiredo, José Anastacio. *Synopsis chronologica de subsidios ainda os mais raros para a historia e estudo crítico da legislação portugueza.* Lisboa, 1799. 2 vols. v. 2, p. 239.

233 Regimento citado na nota 204, § 1 (p. 220) e § 17 p. 225). Veja também § 11 (p. 223) "meus vasallos daquelle estado" e § 21 (p. 226) "o bispo daquelle estado".

Evidentemente, esses documentos empregaram o termo "estado" sem querer assinalar diferença alguma de organização nem de estatuto jurídico da colônia, pois ambos se definiram igualmente pela expressão nova ou antiga.

3.3 *Evolução semântica de "Estado" e "Real Estado"*

O vocábulo "estado" deriva do latim "status" que significava na Idade Clássica a condição, a situação, as circunstâncias particulares das coisas e das pessoas e da sua vida, e passou nessa mesma acepção à Idade Média. "Status hominum" esclarecem as *Sete Partidas* (IV, 23, 1) "tanto quiere dizir en romance, como el estado, o la condicion, o la manera en que los omes biven, o estan." [234]

A partir do século XIV, "estado" indica, na Espanha, também certa ordem da sociedade, a dos cavaleiros, dos clérigos, etc., e são três estados que compõem as cortes. Numa evolução, ao parecer, mais tardia, a base econômica, o elemento essencial que distingue o membro de um estado do outro, as suas possessões, o "senhorio", os territórios da Coroa, etc., passaram a ser também chamados "estados". [235]

Em carta régia de 1377, D. Fernando de Portugal insiste, ao dispor o pagamento do imposto da "jugada", que sempre o recebeu "pera mantimento de nosso stado." [236] Nesse contexto, o termo parece ter a acepção primitiva da situação particular, da maneira de viver do rei, especificamente da casa e da família reais. As *Ordenações* de Afonso V, de meados do século XV, indicam, todavia, a mesma evolução semântica da Espanha.

As disposições dessa legislação sobre a traição ao rei, o crime da lesa-majestade, baseiam-se estreitamente no título correspondente das *Sete Partidas*. Na definição geral do crime, os legisladores do século XV chegam a transcrever passagens inteiras da obra de Afonso o Sábio. [237] Com maior independência caracteri-

[234] *Los Codigos*. . ., obra citada na nota 37, t. 3, p. 527. Veja também a obra contemporânea das Partidas e muito lida na Idade Média: Romanus, Aegidius. *De regimine principum*, que indica às pessoas frequentadoras da Corte usar roupas mais rica ou mais simples de acordo com o seu estado ("secundum statum"), citado por W. Berges, obra citada na nota 41, p. 216, nota 9.

[235] Gallo, A. Garcia. *Manual*, citado na nota 41, t. 1 § 1240 e 1241.

[236] Gama Barros, H. obra citada na nota 6, t. 7, p. 388 e seg.

[237] Cf. *Ordenações Afonsinas*, obra citada na nota 41, livro 5, tit. 2, § 3 com as Sete Partidas 7, 2 pr., em *Los Codigos*, obra citada na nota, 37, t. 4, p. 288.

zam, porém, os tipos específicos, subordinados à categoria de lesa-majestade; formulam as leis, de maneira mais ampla adaptando-as às circunstâncias da civilização do século XV. Um desses crimes especiais, o conluio com o inimigo, para "guerrear, o fazer mal al Rey, o al Reyno" ou que "aperciba de alguna cosa contra el Rey, e a daño de la tierra" (como dizem as Sete Partidas) vem a ser, na legislação de Afonso V o "conselho aos nossos inmygos . . . em nosso desserviço, ou de nosso Real Estado." [238] O "bollicio, o alevantamiento en el Reyno, faziendo juras, o confradias de Cavalleros, o de villas contra el Rey, de que nasciesse daño a el o a la tierra" das Sete Partidas, passa às Ordenações Afonsinas, da forma seguinte: "Se alguma fezesse conselho confederado por juramento com algum contra nos, ou nosso Real Estado." [239] Evidentemente o "Real Estado", que substitue, na legislação mais moderna, a "tierra" ou o "Reyno" das Sete Partidas, era tido, pelos juristas de Afonso V, por sinônimo destes termos ou por expressão mais ampla a incluí-los.

As Ordenações Manuelinas repetiram apenas, nesse particular, as leis de Afonso V." [240] As Ordenações Filipinas rematavam finalmente, o longo processo, dando ao crime nova definição geral. Na formulação delas "Lesa Magestade quer dizer traição commettida contra a pessoa do Rey, ou seu Real Stado", ao passo que as Sete Partidas diziam, "quando alguno de los yenos sobredicho es fecho contra el Rey, o contra su Señorio, o contra pro comunal de la tierra, es propiamente llamado traycion." [241]

"Real Estado" chega pois a ser semelhante ou equivalente a "senhorio" do rei, ou ao reino, ou a "terra", por volta de 1600. [242] É provável que também na expressão "Estado do Brasil", "estado" se avizinhasse ou fosse sinônimo de "senhorio".

[238] Confira Sete Partidas, ibidem, lei 1, em *Los Codigos,* ibidem, p. 289 e Ordenações Afonsinas, citadas, ibidem, § 8.

[239] Confira Sete Partidas, ibidem, com *Ordenações Afonsinas,* ibidem, ibidem, § 10.

[240] *Ordenações Manuelinas.* citadas na nota 12, livro 5, tit. 3.

[241] Confira Almeida, Candido Mendes de. *Codigo Philippino ou Ordenações e Leis do Reino de Portugal.* 14. ed. Rio de Janeiro, 1870, livro 5, tit. 6 pr., p. 1153 e Sete Partidas, ibidem.

[242] Veja também o Regimento do Conselho Ultramarino de 1642 *em Collecção. . .,* obra citada na nota 14, t. 1, p. 431 e seg., especialmente p. 433, § 5: "Ao dito Conselho hei por bem, que pertenção todas as materias e negocios. . . tocantes aos ditos Estados da Índia, Brasil e Guiné, Ilhas de S. Thomé e Cabo Verde, e de todas as mais partes Ultramarinas. . . e por elle ha de correr a administração da fazenfa dos ditos Estados. . .". Veja a respeito: Marcondes de Souza, T. O. *O Brasil foi colônia de Portugal.* 2. ed. S. Paulo, 1959. p. 10.

O "senhorio" do rei compreendia, todavia, situações jurídicas de natureza vária. Na Índia, os monarcas acabavam de se estabelecer como senhores absolutos da população local, impondo as suas leis, ou condescendentes com algumas ou as principais instituições existentes, ou limitando-se a acordos com os príncipes indígenas que aceitavam a dependência mais ou menos definida ou talvez concordavam apenas com alguma forma de hegemonia portuguesa. [243]

A esse conjunto multifário de tipos de domínio efetivo ou mera ascendência política, ou econômica, a chancelaria do rei começou a dar o termo "estado" — "Estado da Índia" — aproximadamente na mesma época, na qual apareceram os primeiros testemunhos da expressão "Estado do Brasil." [244]

3.4 *Denominação nova e antiga*

Confrontada esta com a referente à Índia, fica evidente a vagueza do seu sentido, nessa altura da história. A denominação não fazia alusão alguma à forma de administração, às unidades das quais se constituía o conjunto, ao contrário da anterior, "a capitania da Bahia e todas as mais capitanias e terras da costa do Brasil" ou semelhante. Mais rica de conteúdo, mais concreta, esta cláusula manteve-se durante longos anos ao lado do termo "estado", e não obstante a ancilose geralmente provocada, pela repetição constante, nas expressões, conservara algo do vigor original. É que ela refletia a verdadeira situação.

Comprovam-no documentos de 1608. [245] Nesse ano, o Rei Felipe nomeara Francisco de Souza Capitão Geral e Governador das Capitanias de São Vicente, Espírito Santo e Rio de Janeiro, com independência do Governador do Estado do Brasil. O rei formalizara o ato ordenando e declarando ao governador Diogo de Menezes "lhe (Francisco de Souza) entregareis logo o governo das ditas capitanias . . . e depois de feita a dita entrega . . . vos hei desde então desobrigado do pleito, homenagem e juramento que pelas ditas capitanias me haveis feito, quando o fizestes por todas desse estado." [246]

[243] Veja, por exemplo, Santa Rita, José Gonçalo de. O governo central e o governo local. In: *Hist. Expans. Port.* obra citada na nota 105, t. 2, p. 73 e seg.

[244] Veja Alvará de 9.3.1575 ("vice-rei ou governador do Estado da Índia") apud Silva Correia, A. C. Germano da. *História da colonização portuguesa na Índia.* Lisboa, 1943-1958. 6 vols. v. 2, p. 260.

[245] Veja Visconde de Porto Seguro, obra citada na nota 77, t. 2, notas da Seção 25, p. 157 e seg.

[246] Ibidem, p. 161 e seg.

3.5 *Conclusão*

Não conhecemos o teor do "pleito, homenagem e juramento" prestado por Diogo de Menezes. Se o fizera pelas "capitania da Bahia e mais capitania . . ." ou semelhante, a solenidade comprova, mais uma vez, a persistência dessa fórmula. Se o prestara pelo "Estado do Brasil",, a interpretação dada pelo rei esclarece o verdadeiro sentido. Não se referira a entidade nova, abstrata, e sim a todas as capitanias e a cada uma, em particular.

Não temos por que corrigir essa interpretação autorizada. Ele atende à realidade do momento. As capitanias apresentaram-se como grandes distritos administrativos que graças à sua estrutura mais sólida, à sua história mais longa, à sua vida econômica relativamente organizada, e por totalizarem a área da colônia constituíram, em conjunto, a expressão mais legítima do Brasil como um todo, significado este não alcançado nem pelos municípios mais numerosos que, somados, abrangiam somente parte do território, nem pelo "estado" carente dos caracteres que distinguiam as capitanias.

Não se criara "estado" algum na acepção jurídica ou mesmo naquela mais elástica dos historiadores da Idade Média.[247] As medidas da metrópole relacionadas com a instituição do governo da Bahia inauguraram — além da incorporação da capitania da Bahia à Coroa — sistema mais complexo e mais coeso de administração, submetendo a órgãos comuns as capitanias, até então isoladas, sem lhes alterar, todavia, as estruturas básicas que continuavam a repousar sobre os mesmos atos legislativos, nem criar distrito novo capaz de competir com a constituição mais adiantada delas.

Vistas como organizações políticas, as capitanias hereditárias obtiveram novos recursos, apoio e direção mais de acordo com as necessidades locais a lhes reforçar o vigor, embora ficassem diminuídas em sua autonomia.

[247] Veja, por exemplo, Mitteis, Heinrich. *Der Staat des hohen Mittelalters*, 3. ed. Weimar, 1948. p. 3 e seg. Opinião contrária: Martins Ferreira, W. obra citada na nota 76, o qual alega a criação de "estado colonial" e a "união das capitanias. . . em um todo político e administrativo sob a mesma base territorial, como que confederando as capitanias." t. 2, p. 26 e seg.