

**AFIRMAÇÃO DA SOBERANIA
E DA AUTONOMIA DOS MONARCAS PORTUGUESES
FRENTE AO DIREITO CANÔNICO:
legislação real, prática do morgadio e da mestiçagem
como estratégia ocupação e povoamento**

Maren Guimarães Taborda*
Guilherme Grandó**

*[...] Em riste nos palafreus da destruição por El Rey tudo se distribuía:
Capitão, este morre, aquele não, e vosmecê o que requer,
sesmaria ou só mulher? Não se avexe. Adone-se das que quiser
que vaca solta no pasto nunca tendo touro certo
só fabrica filho alheio [...].*
Wilmar Taborda, Missões

* Professora Titular do Programa de Mestrado em Direito e do Curso de Graduação em Direito, nas disciplinas de História do Direito, de Direito Administrativo e de Direito Constitucional da FMP – Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil. Doutora e Mestre em Teoria do Estado e do Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Especialista em Gestão Tributária pela *UniversidadCastilla – La Mancha*. Procuradora do Município de Porto Alegre. O presente artigo é resultado parcial do Grupo de Pesquisa “O princípio da publicidade na Constituição democrática: transparência, direito fundamental de acesso e participação na gestão da coisa pública” – no tema *Teoria da Constituição*.

** Acadêmico do Curso de Graduação na Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul (Brasil).

Introdução

A história de Portugal é marcada pelo centralismo real. Como assevera Faoro, “ao príncipe, afirma-o prematuramente um documento de 1098, incumbe reinar (*regnare*), ao mesmo tempo em que os senhores, sem a auréola feudal, apenas exercem o *dominare*, assenhorando a terra sem governá-la”.¹ O rei português – senhor da guerra e de terras imensas – impediu a formação de uma camada autônoma, de nobres proprietários. O rei, como maior proprietário, é o centro supremo das decisões, de modo que entre ele e os súditos não havia intermediário. Não houve, pois, independência da nobreza territorial e do clero com lastro no domínio sobre terras e toda a aventura de construção da “primeira aldeia global” foi comandada pelos monarcas, que acabaram afirmando sua autonomia e soberania frente aos poderes imperiais e ao direito canônico.

A formação do Reino de Portugal se deu sob o signo da guerra “justa” e “santa”: guerra legítima, em que a força é empregada para reestabelecer um direito violado, recuperar um território invadido ou vingar um dano (justa) ou aquela em que o fundamento religioso anima e justifica um conflito, com sacralidade de suas causas, de seus agentes ou consequências (santa).² Ainda pendem muitas questões sobre onde e como aconteceu a fundação do protótipo do estado cristão que viria a ser Portugal. Certo é, no entanto, a ligação do cavaleiro templário Hughes de Paynes que chegou à Borgonha em 1126, local onde o herdeiro do Conde D. Henriques, D. Afonso Henriques, prendeu a mãe em um castelo e logo proclamou-se rei por direito próprio, o fato de que não existe qualquer prova da batalha de Ouriques e o de que o novo rei penhorou a fidelidade de “sua” nação à constituição da Ordem do Tempo, em janeiro de 1128, na cidade de Troyes.³ Durante um longo tempo, o rei e seus cavaleiros “comportaram-se não propriamente como um exército, mas como bandidos que faziam incursões em território inimigo com o objetivo de pilhar e de raptar civis que eram transformados em escravos”.⁴

¹ FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. 3. ed. revista, acrescida de índices remissivo. São Paulo: Globo, 2001. p. 18 e 20. No que diz respeito à propriedade privada da terra, por conseguinte, a forma proprietária principal era a sesmaria, concessão de natureza jurídico-administrativa. Ver, neste particular, VARELA, Laura Beck. Das propriedades à propriedade: construção de um direito. In: MARTINS-COSTA, Judith H. (Org.). *A reconstrução do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 730-762; CIRNE LIMA, Ruy. *Pequena história territorial do Brasil: sesmarias e terras devolutas*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria Sulina, 1954.

² Sobre o conceito de “guerra justa” e “guerra santa”, ver: FITZ, Francisco García. *La edad media. Guerra e ideología. Justificaciones religiosas y jurídicas*. Madrid: Sílex, 2003. p. 23 et seq.

³ Cf. PAGE, Martin. *A primeira aldeia global. Como Portugal mudou o mundo*. 15. ed. Lisboa: Casa das Letras, 2006. p. 82.

⁴ Cf. PAGE, op. cit., p. 82.

No primeiro renascimento europeu, tendo Portugal ficado à margem da riqueza que vinham do monopólio do mercado de produtos luxuosos do Oriente, obrigou-se a encarar o oceano. “Num arco simétrico, a Casa Real de Aviz começou sua ascensão em Ceuta, em 1415, e foi destruída 163 anos depois. Nesse ínterim, os portugueses avançaram mais depressa e chegaram mais longe do que qualquer outro povo na história”, afirma Crowley.⁵

Portugueses, ao longo dos séculos de expansão de seu império marítimo, trataram com ferocidade africanos e asiáticos e com uma certa “benevolência” os americanos, e o seu minúsculo território na Europa manteve-se quase sempre uma “praça de guerra”, com população reduzida. Os monarcas, grandes dirigentes do empreendimento, se viram obrigados a adotar estratégias de povoamento e ocupação (primeiro do território na Europa, depois, na África, Ásia e América) que acabaram por se distanciar, em parte, do direito consolidado. A disputa com outros soberanos e com parte da Igreja perdurou por séculos e castigou particularmente a América Meridional, região que, desde o Tratado de Tordesilhas, esteve exposta a interesses conflitantes, seja de potências europeias, seja das nações que ali surgiram. A divisão do mundo após 1494, fruto da competição entre os monarcas da de Portugal e da Espanha, considerado a “maior jogada diplomática da História”⁶ levou a um conflito que perdurou por séculos⁷ e que só foi resolvido após “muitas lutas, muitas guerras, muitas negociações e muitos tratados”.⁸

O conceito de soberania está intimamente ligado ao conceito de poder político. Isso porque a soberania pretende ser a racionalização jurídica do poder, no sentido de transformação da força, em poder legítimo, e do poder de fato, em poder de direito⁹. Existem diferentes formas de caracterização da soberania, e todas elas levam em consideração a forma de organização do poder. Entretanto, em todas as formas, é sempre possível identificar uma autoridade suprema, mesmo que, na prática, esta autoridade venha a ser exercida de modos diferentes.

Em sua significação moderna, o termo “soberania” aparece junto com o conceito de Estado, no final do século XVI, como forma de indicar o poder estatal, sujeito único e exclusivo da política. Todavia, não se pode entender que este con-

⁵ CROWLEY, Roger. *Conquistadores*. Como Portugal forjou o primeiro império global. São Paulo: Planeta, 2016. p. 18; 19-20.

⁶ Cf. PAGE, Martin. *A primeira aldeia global*. Como Portugal mudou o mundo. 15. ed. Lisboa: Casa das Letras, 2016. p. 128.

⁷ Ver: BOWN, Stephen R. *1494. Como uma briga de família na Espanha medieval dividiu o mundo ao meio*. São Paulo: Globo, 2013. p. 16.

⁸ Cf. GARCIA, Fernando Cacciatore de. *Fronteira iluminada*. História do povoamento, conquistas e limites do Rio Grande do Sul a partir do Tratado de Tordesilhas. Porto Alegre: Meridional, 2010. p. 21.

⁹ MATTEUCCI, Nicola. Soberania. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. Brasília: Universidade de Brasília, 1986. p. 1.179.

ceito somente surgiu na modernidade, pois o conceito e a palavra soberania não foram inventados no século XVI. Ainda na Idade Média, a ideia de soberania já era posta em prática com termos diversos, tais como: *summapotestas*, *summumimperium*, *maiestase plenitudopotestatis*.¹⁰ Durante a Idade Média, o termo soberania ou outro equivalente, não era empregado. Georg Jellinek afirma que a antiguidade não chegou a conhecer o termo soberania devido a um importante fundamento histórico, pois faltava, ao mundo antigo, o único dado capaz de trazer à consciência o conceito de soberania, que era exatamente a oposição do Estado a outros poderes.¹¹

Ao legislarem sobre as instituições do morgadio, os monarcas portugueses afirmaram sua soberania e autonomia frente ao direito canônico, e usaram os instrumentos legais como estratégias de imobilização patrimonial e controle dos bens da nobreza. Por outro lado, a prática da mestiçagem, desviando-se parcialmente do direito canônico e com o beneplácito da Coroa, acabou por absorver conflitos e contradições da experiência, tornando-se instrumento essencial de ocupação e povoamento do território brasileiro. Assim, compreender tal processo, ainda que de modo parcial, é objeto do presente estudo. Por isso, discorre-se, primeiramente, sobre os fundamentos da soberania do monarca português, vinculando-a a um movimento mais geral de afirmação dos estados territoriais (1). A seguir, explica-se o instituto do morgadio como signo da autonomia do monarca frente ao direito canônico, descrevendo-se práticas sucessórias que se afastaram, em parte, daquele ordenamento (2). Finalmente, é feito um inventário, ainda que precário, do regime sucessório vigente no Brasil e da prática da mestiçagem, que tornou o país “um pedaço da África” (3).

1 Os fundamentos da soberania do monarca português

Portugal, nos primeiros tempos da independência, foi regido por fontes do direito herdadas da Monarquia Leonesa.¹² Os forais – documento real, que visava a estabelecer um conselho e regular a sua administração, deveres e privilégios –, os portugueses o tiveram ainda quando estavam sob o domínio leonês

¹⁰ TABORDA, Maren Guimarães. O processo de criação da comunidade e da constituição dos governos: uma comparação entre as teses de Aristóteles e as do Jusnaturalismo moderno. In: *Direito & Justiça, Revista da Faculdade de Direito da PUCRS*, Porto Alegre, v. 24, ano XXIII, p. 81-114, p. 83, 2001.

¹¹ O Estado, naquela época, não buscava limitar os poderes privados, uma vez que tinha sua atenção voltada, quase que exclusivamente, aos assuntos ligados à segurança. JELLINEK, Georg. *Teoria general del Estado*. Buenos Aires: Albatros, 1954. p. 331.

¹² Ver: MARTINEZ DIEZ, Gonzalo. Recepcion de fueros locales leoneses o castellano sen territorio português. *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, Coimbra: Universidade de Coimbra, V. LVIII, p. 451-470, 1982.

e durante o governo de D. Henrique e D. Teresa.¹³ Com a independência, principalmente nos reinados de D. Afonso Henriques (1139-1185) e D. Sancho (1185-1211), foi intensa a outorga de forais. É possível destacar três espécies de forais, quais sejam: (i) as constituições políticas dos municípios; (ii) os que tratavam das leis penais e civis de cada local; e (iii) os que dispunham sobre aforamentos. Neste, era estabelecido o foro ou a pensão que cada morador deveria pagar ao senhor do terreno, seja este do Estado, do rei ou de um particular.

As chamadas ordenações do reino, compilações do direito nacional, encontraram o seu prolongamento natural nos direitos romano e canônico e o monarca teve liberdade e legitimidade para afastar a “sua” legislação dos princípios e disposições do *iuscommune*,¹⁴ tornando este subsidiário.¹⁵ No que diz respeito às Ordenações Afonsinas, elas se constituem por uma compilação de leis gerais, promulgadas desde Afonso III (1248-1279); das resoluções das Cortes, desde Afonso IV (1325-1357); das Concordatas de D. Diniz (1279-1325), de D. Pedro I (1356-1367) e de D. Fernando (1367-1385) e de D. João I (1385-1433); dos usos e costumes nacionais; do direito foralício; de títulos inteiros transcritos do direito romano e do direito canônico e também algumas máximas deduzidas das Leis das Sete Partidas, vigentes na Espanha e traduzidas em Portugal. Muito embora estas Ordenações do Reino tratavam-se, a rigor, de *iusproprium*, eram impregnadas da doutrina do *iuscommune*.¹⁶

Em Portugal, no ano de 1383, ocorreu a morte de D. Fernando e, segundo ordem e disposição deste monarca, a coroa portuguesa deveria passar para sua filha única D. Beatriz, a qual, ainda com o pai vivo, havia casado com D. João, rei de Castella. Entretanto, as sombras que, na opinião do povo de Portugal encobriram a legitimidade de D. Beatriz, se deram em consequência do receio de o povo se ver dominado, ou unido com uma nação rival, e, ainda, sujeito a um príncipe estrangeiro. Isso fez com que, abertamente, os portugueses se recusassem a reconhecê-la como sucessora.¹⁷

¹³ TABORDA, Maren Guimarães. Elementos para a compreensão da vocação hereditária dos filhos na tradição jurídica brasileira anterior à codificação de 1916. In: *Revista da Faculdade de Direito da FMP*, Porto Alegre, n.5, p. 200-237, p. 225-228, 2010.

¹⁴ Em uma perspectiva de cunho normativo, afirma-se *iuscommune* como sendo a construção, de origem doutrinária e que foi recepcionada pelos Estados nascentes. Na Espanha da Reconquista e em Portugal, a partir da independência, o *iuscommune* significava a razão escrita, direito romano e canônico, em contraposto aos costumes. Esta forma romana e canônica foi o *iuscommune* que foi incorporado em diversas legislações locais e alegado nos tribunais da Espanha e de Portugal, como forma de interpretar o direito com base nos costumes e, ainda, como forma de preencher as lacunas do direito próprio. Ver: TABORDA, *Revista da faculdade de direito da FMP*, cit., p. 224-225.

¹⁵ Cf. MARQUES, Mário Reis. *História do direito português medieval e moderno*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2009. p.72-74.

¹⁶ TABORDA, *Revista da Faculdade de Direito da FMP*, cit., p. 224-225.

¹⁷ COELHO DA ROCHA, M. A. *Ensaio sobre a história do governo e da legislação de Portugal* (para servir de introdução ao estudo do Direito Patrio). Coimbra: Imprensa da Universidade, 1872. p. 96-98.

Nestas circunstâncias, os portugueses nomearam como governador e defensor do reino D. João, Mestre de Aviz, também filho, mas bastardo, de D. Pedro. Para que ocorresse essa nomeação do novo governador do reino, excluindo a sucessão hereditária, reuniram-se as Cortes em Coimbra para exercer a soberania originária, julgando o trono vago e escolhendo o novo rei. Os motivos que estas cortes alegaram para a exclusão de D. Beatriz e D. João foram os de ilegitimidade e incesto. O novo rei reivindicava ser o representante dos anseios da população, governando em seu nome e impondo sua autoridade. As Cortes afirmaram-se soberanas, o que no contexto medieval, indicava qualquer um que ocupasse uma posição de proeminência; ou seja, uma posição de quem era superior em algum sistema hierárquico. Como exemplifica Matteucci, “até os barões eram soberanos em suas baronias”.¹⁸ Assim, o mais importante, juntamente com o *iura* do rei, está o poder de administrar a justiça tendo como base as leis consuetudinárias do país.¹⁹ Aqui, além de o rei estar abaixo de Deus, também está abaixo da lei; ou seja, na Idade Média a onipotência do soberano estava limitada pelas leis do seu próprio reino, estando ele abaixo da lei. O direito se reduz, assim, à lei do soberano, que é superior a todas as outras fontes de normas.²⁰ Os textos antigos enunciavam que o *princeps* devia ser considerado como sendo o *dominus mundi*; ou seja, o senhor único do mundo. Isso tudo significava que as cidades não teriam nenhuma possibilidade de alegar qualquer independência do *iure* do império, enquanto os métodos literais dos glosadores continuassem sendo usados como forma de interpretar o direito romano.²¹ Isso porque os imperadores tinham disponível um sólido amparo legal para subjugar as cidades.

Na época, as cidades até conseguiram dar uma base legal adequada às suas pretensões contra o Império, mas, antes de tudo, precisaria ocorrer uma mudança fundamental na atitude dos seus próprios juristas quanto à interpretação dos livros de direito. Bartolo de Sassoferrato buscou uma nova interpretação ao código civil romano, a fim de buscar proporcionar às comunas lombardas e toscanas uma defesa legal, não somente retórica, de sua liberdade contra o Império. Bartolo não apenas revolucionou o estudo do direito romano, como também, através de seu trabalho, avançou no rumo que passou a caracterizar a modernidade de vários Estados soberanos, independentes do Império. Sendo assim, rompeu com o pressuposto usado pelos glosadores, no sentido de que, de quando a lei se mostra descompassada com os fatos legais, estes fatos, e não a lei, é que

¹⁸ MATTEUCCI, op. cit., p. 1.181.

¹⁹ MATTEUCCI, op. cit., p. 1.181.

²⁰ Esta característica que definiu a escola que se chamou de Glosadores.

²¹ SKINNER, Quentin. *As fundações do pensamento político moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 1996. p. 30.

devem se ajustar para acolher a interpretação literal dela. O que Bartolo fez, então, foi adotar, como preceito, de que, quando a lei e os fatos colidirem, a lei é que deve se conformar aos fatos. Mais adiante, no comentário em que Bartolo fez sobre o Digesto, sobre o que é a autoridade de delegar, admite que “somente o imperador porta o *merum Imperium*, o supremo poder de legislar. Mas prontamente aduz que em nossos dias, por toda a Itália, todos os governantes das cidades assumem de fato o exercício desses mesmos poderes legislativos”.²²

Seguindo em seu comentário sobre o Digesto, um dos pontos que Bartolo rebate é se as cidades italianas têm o direito de fazer executar suas próprias leis. Ou seja, um dos problemas levantados por ele é se uma cidade tem a possibilidade de conceder graça, no caso de uma conduta infame por parte dos seus servidores. Destaca Skinner que Bartolo inicia sua resposta no estilo dos glosadores, afirmando que “parece que não pode, porque uma cidade isolada não pode baixar leis em tais assuntos”,²³ mas em seguida afirma que “uma cidade que não reconhece um poder superior, pode, de fato, impor penalidades e conceder graça”.²⁴

Bartolo, já acenando para o que depois será conhecido como a teoria da soberania popular, faz uma defesa revolucionária para reconhecer as cidades italianas como soberanas e independentes. Neste sentido, afirma que, como as cidades são governadas por um povo livre que possui seu próprio império, é possível afirmar que estas cidades se constituem como *sibi princeps*.²⁵ Embora já tivesse sido adiantada por Huguccio, coube a Bartolo e Baldo introduzir esta mesma doutrina – de que cada rei, em seu reino, equivale em autoridade ao imperador²⁶ – no corpo do direito civil, produzindo, a partir do nada, a passagem tão decisiva para a articulação do moderno conceito legal de Estado. Para Francesco Calasso, durante a Idade Média, se depara com um princípio cuja gênese histórica se trabalha há muito tempo na historiografia jurídica moderna, qual seja: à fórmula *rexsuperiorem non recognoscens in regno suo est imperator*, em torno a qual, após a feliz intuição de Gierke e os aprofundamentos de Woolf, mas, sobretudo, entre nós, com as indagações particulares de Hércules, concentrou-se o problema histórico da soberania.²⁷

²² SKINNER, op. cit., p. 31.

²³ BARTOLO *apud* SKINNER, op. cit., p. 32.

²⁴ Mais tarde, Jean Bodin tratará deste ponto como sendo um dos atributos do soberano, qual seja, o atributo de conceder graça aos condenados.

²⁵ No sentido de cada cidade ser o “o príncipe de si mesma”.

²⁶ Pode-se usar a expressão *Rex in regno suo est Impeator*, para dizer que cada rei, em seu reino, equivale em autoridade ao imperador. Esta é a expressão que Quentin Skinner utiliza em sua obra já citada.

²⁷ Cf. CALASSO, Francesco. *Glossatori, la teoria dellas ovrantità, studio didiritto commune pubblico*. 2. ed. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1950. p. 26.

Concluindo, Skinner aponta que Bartolo conseguiu chegar a uma base legal que buscava adequar as duas pretensões à liberdade que buscavam durante a longa luta contra o império. Primeiro, foi quando desenvolveu o conceito que foi visto anteriormente, o de *sibi princeps*, com o qual foi possível a defesa da ideia de que as cidades podem ser livres de qualquer interferência externa, para a gestão de seus próprios negócios políticos internos. “Onde Bartolo endossa com maior ênfase essa tese é em seu comentário sobre o Digesto, na parte em que analisa uma das características essenciais da soberania, o direito de delegar jurisdição a juízes subordinados”.²⁸ Quentin Skinner ainda observa que, quando Bartolo discutiu este tópico em relação às cidades, ele inicia reconhecendo que a delegação que se fala é impossível naquelas cidades que reconhecem um poder superior, mas, adiante, acrescenta que, nas cidades que se recusem a reconhecer o *senhorio do imperador*, a situação é completamente distinta, tendo em vista que organizam suas leis e escolhem seus governadores do modo que bem entenderem.

As leis gerais de Afonso III (1251) espelharam o esforço de unificação, fixando o direito existente ou a ele acrescentando um novo direito, de qual, então, é possível compreender o surgimento das legislações como um importante aspecto do processo de formação do Estado territorial. As primeiras referências documentadas do princípio da soberania datam do início do século XII, as quais pertencem os glosadores Alano e Azo. Anos mais tarde, a glosa sobre *Liber Augustalis* de Frederico II, do Reino da Sicília, não continha a fórmula específica da soberania; entretanto, esta glosa é composta por uma longa dissertação sobre a posição jurídica que o *rexSiciliae* possuía frente ao Imperador. Na segunda metade do século XII, o Rei da França já era assimilado como Imperador nas obras dos juristas franceses Guglielmo Durante e Jean de Blanot. Já na segunda metade do século XIII, o princípio foi afirmado pela emancipação das monarquias romano-cristãs, sendo codificado na Espanha, na *Lei das Sete Partidas* (1265).²⁹

A respeito, especificamente, da *Lei das Sete Partidas*, se verifica que a sua importância se manifesta em diversos aspectos: se entendem como sendo o código mais completo de leis civis da Idade Média na Europa, bem como se considera como uma das fontes mais prestigiadas do Direito na história da Espanha, sendo convertido em elemento integrante da cultura espanhola. A perfeição formal que as *Partidas* atingem, sua cuidadosa organização, que pode ser apreciada em qualquer versão, contribuem a uma função que ultrapassa a ques-

²⁸ SKINNER, op. cit., p. 33.

²⁹ TABORDA, *Direito & Justiça*, op. cit., p. 84.

tão somente jurídica, muito embora tenha seu fundamento nesta questão. Da soma de *autoridades* que se reúnem em *FuegoJuzgo*,³⁰ nas *Partidas* se passa a construir um texto com autoridade em si e por si mesmo.³¹

Quanto ao princípio da soberania, destaca-se, especificamente, a *Ley 9* do Título I, que explica o porquê, de direito, pode ser alguém chamado rei. Chama-se de rei aquele que, com direito, ganha o senhorio do reino. Este senhorio pode ser adquirido de quatro formas. A primeira é quando, por herança, se recebe reino; a segunda, quando se ganha por conformidade de todos do reino, que o escolhem como senhor, quando não há parente que deva herdar o senhorio do falecido rei; a terceira razão é quando ocorre por casamento com a senhora que é herdeira do reino; por fim, a quarta é por outorga do papa ou do imperador. Todos que ganham o reino, por alguma dessas quatro maneiras, poderão ser ditos como verdadeiros reis.

Tal disposição deve ser lida com a *Ley 3*, também do Título I, que busca explicar qual o poder que, de fato, o imperador deve ter – esta lei se menciona como a expressão do poder absoluto do rei (e do imperador) no centro da vida política do reino. O texto da lei diz que o poder do imperador deve ser tão cumprido e, desta forma, ordenado, que possa mais que os outros de seu senhoril, como forma de constranger os que não o quiserem obedecer. Ademais, deve ser o poderoso dos castelos e fortalezas, bem como dos portos do império e dos outros reinos sobre os quais o imperador não tem senhorio, pois em sua mão e em seu poder, será sempre a entrada e saída do império.³²

³⁰ Por *FuegoJuzgo* se compreende a tradução do *Liber iudiciorum* o *Lex gothica*, que era o código legal visigodo, que foi primeiramente promulgado por Recesvinto no ano de 654 e, após, em uma versão mais completa, por Ervigio em 681.

³¹ ESTRADA, Francisco Lopes; GARCIA-BERDOY, Maria Teresa Lopes. In: ALFONSO X. *Las Siete Partidas*. España: Editorial Castalia, 1992. p. 9-11. O marco cultural das *Partidas* se situa entre a subida ao trono de Alfonso X em Sevilha (1252), como Rei de Castela e León, e a morte de Pedro I, em Montiel, com a chegada ao trono de Enrique II (1369), e o começo da dinastia dos Trastâmara, que teria seu auge com os reinados de Isabel de Castela e Carlos V. Estes acontecimentos assinalaram o que seria um largo processo histórico que, com avanços e retrocessos, conduziria a uma reorganização da nação espanhola, que, desta forma, recuperava, em condições diferentes, a perdida unidade de raiz visigoda.

³² Destaca-se o Título I, da Segunda Partida, que afirma serem os imperadores e os reis mais nobres pessoas, em honra e em poder, para manter e guardar as terras em justiça, pois são como a cabeça dos outros. A *Ley 2*, do Título I, analisa qual o poder do imperador e como este deve usar do império. O texto da lei analisa que os poderes do imperador se exercem de duas maneiras: a primeira, de direito, e a segunda, de fato; e aquele que tem segundo o direito é este, que pode fazer lei nova e mudar a antiga se entender que é em benefício de sua gente; ainda, quando obscura, tem o poder de esclarecê-la. Pode, ainda, quitar, tirar o costume usado e fazer outro novo quando entender que este é danoso. Ainda tem o poder de fazer justiça e aplicar penas em todas as terras do império. ALFONSO X. *Las Siete Partidas*. España: Editorial Castalia, 1992, p. 130-137.

A Casa de Aviz, portanto, nascida de um conflito que opôs nobres e a herdeira do rei, declarada ilegítima, rompe um paradigma importante segundo o qual só filhos de matrimônio solene herdavam. A soberania das Cortes Portuguesas foi afirmada e D. João assume o trono nos termos do disposto na *Ley 9*, Título I, das *Siete Partidas*: alguém pode ser chamado rei quando todos do reino o escolhem como senhor por que não há parente que deva herdar. No particular, as Cortes decidiram a partir de fatos consumados: só D. João, homem guerreiro, adulto e filho bastardo do rei falecido tinha as condições fáticas de assegurar a independência de Portugal frente à Castela. A partir daí, intensificou-se a legislação real, que unifica o direito formal e os costumes consolidados. No curso dos séculos XIV e XV, a autonomia legislativa do real será cada vez mais significativa.

2 **Morgadio como afirmação do poder do Rei frente ao direito canônico nos séculos XIV e XV**

Na legislação portuguesa, desde muito cedo, foi acolhido o direito canônico no que tange ao casamento, filiação e herança. A autonomia dos costumes e das leis reais, no entanto, se fez sentir na aceitação do chamado “casamento por fama”³³ e na consolidação do *morgadio*, como instituto jurídico garantidor do efetivo poder real e da imobilização patrimonial.

A prática e constituição dos morgadios foi autônoma em relação do direito canônico vigente em Portugal desde a legislação de D. Duarte, que fez com que as questões concernentes à família, casamento e sucessão hereditária, ficassem sob a regência exclusiva do direito canônico. Ao impor-se, aos clérigos o celibato, e aos laicos, o casamento com caráter sacramental, único e indissolúvel e fundamento da permanência da família, uma nova concepção de casamento, filiação e sucessão legítima emergiu.

A nova mentalidade retomou o direito romano tardio no que diz respeito à distinção entre filiação legítima e ilegítima, tendo inovado na concepção de família, uma vez que a concebe exclusivamente fundada sobre o matrimônio. Na teoria elaborada pelos canonistas, conjuga-se, no casamento, a doutrina romana

³³ ORDENAÇÕES DE D. DUARTE. Como se prova o casamento por fama. Costume é de direito que, se um homem vive com uma mulher e mantém casa, ambos por sete anos continuamente e chamando-se ambos marido e mulher se fazem ambos compras ou vendas ou arrendamentos e se puserem eles nos instrumentos e cartas que fizerem que são marido e mulher e na vizinhança os haverem por marido e mulher não pode nenhum deles negar o casamento e serão havidos por marido e mulher, ainda que não sejam casados em face da Igreja.

do casamento consensual (*consensus facit matrimonium*)³⁴ com a tradição da Patrística, que subordina a existência do casamento à *commixtiosexus e à copula carnalis*. O matrimônio passa a ser visto sob aspecto duplo, contratual ou civil, sacramental ou religioso. Doravante, prole legítima é aquela concebida em matrimônio solene, alcançando esta regra aos filhos porventura nascidos antes do casamento do pai e da mãe.³⁵

Nos textos legais da época de Afonso IV já se estabelecera a proibição de barregania por um homem casado,³⁶ a distinção entre a herança de fidalgos e plebeus e a proibição de filhos de barregãs, havidos antes do casamento do pai, herdar os bens da *avoenga*. Assim, nas Ordenações Manuelinas, estas distinções já estão consolidadas. As Ordenações Filipinas acabaram por classificar os filhos em duas ordens básicas, a dos legítimos, concebidos na constância do casamento (inclusive o por pública fama); e a dos bastardos ou ilegítimos, sendo que estes últimos podiam ser naturais (filhos de concubina, por uma ligação estável, ou provenientes de ligação episódica) e, nesta condição, sucessíveis, e espúrios (sacrílegos, incestuosos e adúlteros), que não sucediam de modo algum.

³⁴ DECRETALIUM D. Gregorii Papae IX. Compilatio. IV, 1, 1: “Matrimonium solo consensu contrahitur, necinvalidatur, si consue tudo patriae non servetur”. Disponível em: <<http://www.documentacatholicaomnia.eu>>, p. 1322 e ss. Conforme a versão medieval espanhola, a questão trata de um caso de um francês que casa com uma nobre da Saxônia e quer deixá-la porque não casara com ela segundo o costume da França. O concílio julgou que, se o casamento se fez pela lei do evangelho, o homem deveria ser “partido” da segunda mulher e constringido a voltar à primeira. No capítulo 25, lê-se: “O casamento é feito pelo outorgamento do varão e da mulher, mas duas palavras são necessárias [...] os que são menores de 12 anos e 14 anos não casem por palavras, porque não podem consentir”. Diz-se, assim, que os mudos podem casar e consentir In: DECRETALES DE GREGÓRIO IX. Versión Medieval Española. Publicada por Jaime M. Mans Puigarnau. V. III. Barcelona: Universidad de Barcelona, 1943, p. 7-17.

³⁵ DECRETAIS DE GREGÓRIO IX. Assim se lê numa decisão de Alexandre III endereçada ao Bispo de Exonia: “[...] tanta é a força do casamento feito, que aqueles que foram engendrados antes do casamento, são feitos legítimos depois do casamento feito. Mas se o marido, vivendo sua mulher, copulou com outra, e engendrou filho ou filha, mesmo que se tenha casado com esta depois da morte de sua mulher, tal filho é adúlterino (fornezino) e não deve herdar; maiormente se um ou outro fizeram alguma coisa para que a primeira mulher morresse.” DECRETALES, versão medieval espanhola, cit., Livro IV, 17, 6, p. 68. Além de não herdar, os filhos ilegítimos também não poderiam entrar nas ordens da Igreja, sob o fundamento de que a lei Mosaica e dos Santos Padres já demonstrara, há gerações, que aquele que despreza o Evangelho para se unir a outra mulher, necessariamente comete adultério. Numa decisão de Inocêncio III dirigida ao “nobre varão Guillen de Montpellier”, aquele alega ter o Nosso Senhor dito que “os nascidos de prostituta e adúlteros até a décima geração não entrarão na Igreja”, de modo que a eles não sejam dadas as santas ordens e nem a herança de seus pais. No entanto, o filho gerado em casamento putativo (aquele em que a mulher acredita ser a esposa legítima), tem-se como legítimo.

³⁶ D. AFONSO IV. Que pena deve haver o homem casado que tem barregã teúda. Estabeleceu o Rei que todo homem casado que tiver barregã teúda e dela não se partir até 30 dias, se for homem honrado que tenha ofício pela primeira vez, que perca o ofício que tiver. “[...] Se o fizerem pela segunda vez, açoitem ela e ponham-na fora da vila”. Cf. texto retirado do <<http://www.iuslusitaniae.fch.unl.pt>>.

No que diz respeito à herança dos fidalgos, em regra valia o morgadio, isto é, as terras que os vassallos receberam, bem como nas terras ditas “da Coroa”, que muitos tinham de *iuroe de herdade*, ou em mercê, ou assentamentos, estavam livres de penhor e obrigação. Tais bens só podiam ser arrematados por ordem do rei (Ordenações Manuelinas, Livro II, Título XVII e Livro IV, Título XXV).³⁷ Aos pais concedia-se a liberdade de testar somente os bens de sua “terça” (parte livre da legítima dos descendentes), sob pena de invalidade dos testamentos (Ordenações Manuelinas, Livro IV, Título LXIX). Da mesma forma, segundo a Lei mental,³⁸ à herança de fidalgos não podiam ser chamados as mulheres, os bastardos, os transversais e os ascendentes (Ordenações Manuelinas, Livro II, Título XVII).³⁹ Aliás, o cortesão que levasse à corte uma barregã, pela primeira vez, se solteiro e Cavaleiro, devia pagar “vinte cruzados de ouro” como multa; se fosse Escudeiro, “dez cruzados” e, se peão, “cinco cruzados”. Além da multa, previa-se a pena de degredo por um ano fora da Corte (Ordenações Manuelinas, Livro V, Título XXIX). No caso dos casados, mantém-se a regra anterior, agravada pelo degredo aos “nossos lugares d’além” e o pagamento de multa (“a quarentena da valia de todos os seus bens, tirando a parte que à sua mulher pertencer”). A punição às barregãs de homens casados segue sendo o açoitamento público.

A crítica de Domingo de Soto ao morgadio (feita mais tarde) afirma que tal instituição não procede do direito divino ou natural, e sim, das leis particulares dos reinos. Segundo Soto, o direito natural repugna mesmo o *morgadio*, porque todos nascem filhos dos mesmos pais, devem ser alimentados e educados pelo mesmo direito. Por conseguinte, os *mayorazgos* só podem ter sido

³⁷ ORDENAÇÕES MANUELINAS. *Livro II, Título XVII, 1 I*: “Primeiramente determinamos e pomos por lei em todos os nosso reinos, e senhorios, e mandamos que todas as terras, bens, herdamento da coroa de nossos reinos, que por nós ou pelos reis foram dadas e doadas a quaisquer pessoas, de qualquer estado que sejam, para eles, e todos seus descendentes, ou seus herdeiros, e sucessores, fiquem sempre inteiramente (por morte do possuidor de tais bens e terras) ao seu filho legítimo varão maior que dele ficar”. ORDENAÇÕES MANUELINAS. *Livro II. Fac-simile* da edição feita na Real Imprensa da Universidade de Coimbra, 1797. Apresentação de Mário Júlio de Almeida Costa. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1984. p. 67 e ss. Doravante, as citações das Ordenações Manuelinas são desta edição.

³⁸ Na tradição jus-historiográfica portuguesa, chama-se *Lei Mental* a lei que estabelece o modo de sucessão das terras e dos bens da Coroa, em virtude de haver o rei D. João I pensado e executado tais determinações sem a prévia promulgação e publicação.

³⁹ ORDENAÇÕES MANUELINAS. *Livro II, Título XVII, 2*. “Outrossim determinamos que [...] fiquem inteiramente com o filho maior varão legítimo daquele que se finar [...]. 3. E quando [...] não ficar tal filho varão, nem neto varão legítimo filho de filho varão [...] queremos que esta tal filha não possa herdar”.

instituídos para o bem da Nação (para servir para o sustento da guerra) e daí se compreende que a discriminação da mulher não é em razão do sexo, senão uma consequência, já que o morgadio é “metade político, metade guerreiro”.⁴⁰

Instituição jurídica e mecanismo social, os morgadios estabelecidos em Portugal nos séculos XIV e XV foram atos de regulamentação administrativo-jurídica de um patrimônio, que também transmitiram modelos de comportamento, “regras de conduta social e formas de relacionamento com o mundo dos antepassados, destinados a vigorar durante gerações e condicionando tanto a posse dos bens como a chefia da linhagem”.⁴¹ Em alguns casos, os morgadios foram instituídos por mulheres, em homenagem aos seus maridos ou aos seus filhos segundos, como o dos Teles, de 1483. Se a função política do morgadio servia para fixar, em torno do eixo principal da linhagem descendente uma ligação perene com os antepassados, servia também para a encomendação de crônicas, “a reanimação do antigo panteão familiar, o amplo recurso às formas simbólicas de reconhecimento nobre (brasão, apelidos, habitações de prestígio) e o reforço das redes de parentesco (seja real seja fictício)”.⁴²

O morgadio, definitivamente, rompia com as práticas sucessórias e patrimoniais anteriores: em 1285, Vasco Pires readquire os bens de Góis que um antepassado doara à Sé da cidade, em 1292, lhe é concedida a legitimação dos filhos⁴³ e, em 1300, funda o morgadio.⁴⁴ O poder do instituidor justificava as várias imposições aos sucessores, imediatos e mais longínquos e, às vezes, podia ser instituído como forma de pagamento de serviços ou de consolidação de relações de clientela. D. João Martins de Soalhães impôs à sua manceba a condição de casar-se, em 1460 e uma instituidora afasta o filho mais velhos

⁴⁰ SOTO, Domingo O. P. *De la Justicia y del Derecho*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, Tomo II, Livro IV, Q. V., Art. I, p. 310, 1968: “ não pensem os magnatas que os mayorazgos foram estabelecidos em seu benefício, é dizer, para que sua descendência se conserve, senão pensem que foram instituídos pelo bem da nação. [...] por isso se determinou que para a firmeza da sociedade possuíram algumas famílias ilustres, já para que aconselhem, já para que em tempo de guerra lhe sirvam de sustento”. Neste particular, Molina não seguiu Soto, pois, para ele, o *mayorazgo* é uma instituição de direito divino, fundamentada no *Gênesis* 25, 30-34 e 27, “onde se atribui um valor jurídico à primogenitura e não vacila em considerá-la ademais com base no Direito natural, das gentes, civil, canônico e consuetudinário”. Ver, para isso MUÑOZ DE ARRACÓ, José Manuel Pérez-Prendes. Los principios fundamentales del derecho de sucesión <mortis causa> en la tardía escolástica española. In: GROSSI, Paolo (Org.). *La secondasco la stica nella formazione del diritto privato moderno*. Coleção Per la storia del pensiero giuridico moderno. Milão: Giuffrè, p. 251, 1973.

⁴¹ ROSA, Maria de Lourdes. *O morgadio em Portugal*. Séc. XIV-XV. Lisboa: Estampa, 1995, p. 20.

⁴² ROSA, op. cit., p. 43.

⁴³ Os ilegítimos ou os segundos filhos ou, ainda, as filhas mulheres, podiam ser beneficiários do morgadio, desde que ocorresse a legitimação pelo rei. Assim, o afastamento do direito positivo era feito com o benelácito real.

⁴⁴ ROSA, op. cit., p. 56.

“porque este lhe batera”.⁴⁵ O merecimento que correspondia à obediência é a chave para compreensão os motivos que levavam o instituidor ou a instituidora a afastar linhas de parentes consideradas “inimigas”.

Em outro caso, de outubro de 1478, Gomes Borges consignou como sucessoras suas duas filhas, por ordem de idade, o que indica um certo afastamento da legislação real. Logo que as mesmas tivessem filhos varões em idade de herdar, o varão precederia às fêmeas, retornando-se à ordem legal previstas na legislação. Mais tarde, ele se reconcilia com a linha do filho, incluindo a neta Maria em desfavor das filhas. Após, talvez em contenda com todos, Gomes Borges modifica a instituição sem nomear herdeiro em especial, declarando em codicilo, “que só herda quem ele quiser, e do modo como ele quiser”.⁴⁶ Dado que a segunda herdeira praticou muitas ações contra o instituidor, como poderia ser representante da linhagem, usufrutuária dos bens e encarregada das almas dos antepassados? Assim, o instituidor acabou castigando a ingratidão dos parentes, deserdando o herdeiro culpado e toda a sua geração e passando a sua propriedade, de pais e irmãos para a linha colateral, com a posterior confirmação do rei.

Há casos, ainda, que o morgadio foi concedido ao marido da filha, por razões políticas, como o caso de Martim Afonso Valente que o concede à Diogo Botelho, casado com uma de suas filhas, por que este seguira o partido de D. João I,⁴⁷ ou aqueles em que o(a) administrador(a) perdia o vínculo por não se comportar de acordo com os modelos impostos na instituição. Isso aconteceu na casa Bulhões, em que a administradora perdeu o vínculo em favor de irmão a que fora confiscado, em razão de seu casamento com um plebeu (peão).⁴⁸ Já na casa de Gil Rodrigues de Vasconcelos, o instituidor deixa morgadio para o filho mais velho, ainda que bastardo (como o eram os demais três filhos seus), em 1355. Passados mais de cinquenta anos, a única filha sobrevivente reabre uma contenda diante do rei, para reaver o morgadio que estava na posse de um primo, Gonçalo Casco, que o detinha sob a alegação de que o instituidor saltara dos dois herdeiros masculinos para si (o sobrinho). Acaba fazendo um acordo com o primo, que lhe concede uma herdade livre, perpetuamente, mas a sentença, confirmada pelo rei, a afasta do vínculo. A partir de então, o morgadio fica na posse da descendência de Gonçalo, na linha de João, seu primogênito.

Era, pois, o poder régio a instância que tornava possível a continuidade do morgadio. Além de juiz das contendas surgidas, só o monarca poderia doar “o morgadio a estranhos e, depois de o ter momentaneamente retirado à nova linhagem por motivos políticos, vem confirmar o seu retorno à mesma, alegando um

⁴⁵ ROSA, op. cit., p. 59.

⁴⁶ ROSA, op. cit., p. 62.

⁴⁷ ROSA, op. cit., p. 70.

⁴⁸ ROSA, op. cit., p. 83.

acordo particular”.⁴⁹ A fonte de direito última, portanto, também podia ser visualizada em termos paternais (o rei, pai de toda a nação, detentor da soberania). Quase uma unanimidade, em matéria de morgadio, como a primogenitura e a masculinidade, foi a filiação legítima. Na pesquisa feita por Maria de Lourdes Rosa em documentos da época, em 26 menções à sucessão dos bastardos, apenas 5 a permitem, todas elas exigindo a legitimação. Nas demais, prefere-se a “passagem a uma linha secundogênita em vez da sucessão dos filhos legítimos da linha direita”.⁵⁰ Talvez essa recusa à bastardia dissesse com a desvalorização dessa forma de filiação e do concubinato na Idade Média, ou à crença “numa deficiente transmissão das virtudes familiares”.⁵¹

Todavia, a necessidade de ocupação e povoamento dos territórios d’além mar, principalmente do Brasil (que viria a ser o mais importante do Império), fez com que a legislação e os costumes portugueses fossem modificados, além de ter levado os monarcas a produzir uma legislação específica e a se valer da mestiçagem e do *uti possidetis* para expandir seus domínios.

3 Regime sucessório e mestiçagem no Brasil

No Brasil, em razão das Cartas Régias de 20 de novembro de 1530, estabeleceram-se as bases do primeiro regime de governo, as Capitânicas Hereditárias ou Donatárias (*Capitânicas de Iuro e Herdade*).⁵² Por este sistema, instituiu-se no Brasil um sistema hierárquico de senhores territoriais (rei-donatário-sesmeiro ou colono), reservando-se ao rei as “regalias majestáticas” (direitos de alfândegas, monopólios de drogas e especiarias, o quinto dos metais e pedras preciosas, o dízimo de todos os produtos destinados ao cultivo divino) e aos donatários e colonos, isenções e privilégios, sendo que aos primeiros garantiam-se todos os atributos da soberania, com exceção da cunhagem de moeda. Classificados, então, os povoadores em fidalgos, peões e gentios, a eles não se aplicava, *in totum*, a legislação portuguesa no que diz respeito à propriedade territorial e ao regime sucessório.⁵³

Na terra brasileira, a sucessão dos fidalgos foi bastante modificada porque, embora as capitânicas fossem inalienáveis, indivisíveis e transmissíveis por suces-

⁴⁹ ROSA, op. cit., p. 86.

⁵⁰ ROSA, op. cit., p. 107.

⁵¹ ROSA, op. cit., p. 107.

⁵² Por Carta de Doação, entende-se o “contrato enfiteútico em virtude do qual se constituíam perpétuos tributários da coroa e dos donatários capitães-mores, os solarengos que recebessem terras de sesmaria”. Já as Cartas de Foral, consequência e complementos das Cartas de Doação, “estabeleciam a legitimidade da posse e os direitos e privilégios dos donatários”. Cf. MARTINS JÚNIOR, José Isidoro. *História do direito nacional*, p. 7. Disponível em: <<http://helciomadeira.sites.uol.com.br>>.

⁵³ Cf. MARTINS JUNIOR, op. cit., p. 12.

são, admitia-se, na falta de filhos varões, que as filhas mulheres herdassem, e, não as havendo, “sucedião os filhos bastardos, não sendo porém de danado coito, com primazia dos homens sobre as mulheres”.⁵⁴ Modificada igualmente a Lei Mental porque, no regime das donatárias, na falta de filhos bastardos, os ascendentes poderiam herdar (com preferência de homens) e, não havendo ninguém nessa classe, sucedião os transversais mais próximos em parentesco. O detalhe é que todos esses sucessores deviam conservar o apelido de família. Com o fim do sistema das capitânias e advento dos Governos Gerais, a herança dos fidalgos volta a ser regida exclusivamente pelas leis portuguesas.

Sob a dominação de Filipe II, a legislação portuguesa consolida-se nas Ordenações Filipinas. Nesta época, auge do bartolismo,⁵⁵ observa-se que a sucessão legítima dos fidalgos não sofreu modificações substanciais. Mantém-se o *morgadio*, excluídas as filhas, salvo por especial doação, o filho maior integrante de Ordens Sacras, o filho ou neto natural, o espúrio legitimado por autoridade real ou por testamento, bem como o “perfilhado” (adotado), os ascendentes e os transversais.⁵⁶ Quanto aos bastardos filhos de nobres só podiam herdar por testamento a *terça* do pai ou a herança integral, desde que não houvesse descendentes e ascendentes legítimos.⁵⁷ Em face dessa prática sucessória que privava os filhos segundos de alguma nobreza da herança da terra, gerando uma “multidão de despossuídos, carentes de recursos mínimos à sobrevivência”,⁵⁸ a Coroa Portuguesa pôde contar com milhares de pessoas para povoar as novas terras conquistadas”.

⁵⁴ TRIPOLI, César. *História do direito brasileiro*. V. I. (Época colonial). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1936.

⁵⁵ Sobre o bartolismo, ver: MARTINS-COSTA, cit., p. 241 e ss; MARTIM DE ALBUQUERQUE. Bártole e Bartolismo na História do Direito Português. *Boletim do Ministério da Justiça*, s/d, p. 65; BRAGA DA CRUZ, Guilherme. O direito subsidiário na história do direito português. *Revista Portuguesa de História*, Tomo XIV, Separata. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1975, *passim*, entre outros.

⁵⁶ *Ordenações Filipinas*. Livro II, Título XXXV. Tradução Fernando H. Mendes de Almeida. v. 2. São Paulo: Saraiva, 1960, p. 114-121.

⁵⁷ *Ordenações Filipinas*. Livro IV, Título XCII, 3. “Porém, se o Cavalleiro, que tiver filhos naturaes, não tiver filhos alguns, nem outros descendentes legitimos, e tiver pai, mãe, ou outros ascendentes legitimos, poderá e seu testamento deixar toda a sua terça, ou parte della aos filhos naturaes; e não tendo descendentes, nem ascendentes legitimos, poderá em seu testamento deixar toda sua fazenda aos filhos naturaes, se quizer, ou dispor della em outra maneira, como lhe aprouber. *Ordenações Filipinas*. Livros IV e V. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. Ed. *Fac-simile* da edição feita por Cândido Mendes de Almeida. Rio de Janeiro, 1870. p. 943.

⁵⁸ HAMEISTER, Martha Daisson; GIL, Tiago Luís. Fazer-se elite no extremo-Sul do Estado do Brasil: uma obra em três movimentos. Continente do Rio Grande de São Pedro (século XVIII). In: FRAGOSO, João Luís Ribeiro; CARVALHO DE ALMEIDA, Carla Maria; SAMPAIO, Antonio Carlos Jucá. (Org.). *Conquistadores & Negociantes*. História das Elites no Antigo Regime nos trópicos. América Lusa, séc. XVI-XVIII. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira. 2007. p. 273 e ss.

Nas novas terras, o morgadio acabou por não ter muita expressão, primeiro, porque muitos colonos jamais se casaram, como Francisco de Brito Peixoto, fundador da Vila de Laguna em 1684, que teve numerosos filhos bastardos, de mais de uma índia carijó. Suas filhas, bastardas e mestiças, casaram com “homens de bem”, e por essa via, herdaram as terras do pai. Na virada do séc. XVIII, uma dessas filhas, Catarina de Brito, casou-se com um imigrante do Valongo, tendo gerado Francisco Pinto Bandeira. Este, tendo sido tenente de dragões, casou-se com D. Maria Clara de Oliveira, e em dezembro de 1740 nasceu Rafael Pinto Bandeira, um dos primeiros povoadores do Rio Grande do Sul. As antigas práticas do Antigo Regime, tais como o sistema de distribuição de mercês da Coroa, a composição de uniões endogâmicas e exôgâmicas das famílias com nobreza – de sangue ou por direito de conquista –, relações de compadrio e outras alianças “foram um pouco modificadas, criando uma “multiplicidade” de práticas sucessórias”.⁵⁹

Na realidade social do sul da América portuguesa, assim, prevaleceu uma tendência matrilinear na transmissão patrimonial, pois, nas principais famílias rio-grandenses, houve mistura dos padrões (patrilinear e matrilinear) e modificação parcial da legislação reinol. Assim, por exemplo, no caso da família Prates, o filho mais novo herdou a posição social do pai e a prosperidade material; já na família de Pinto Bandeira, combinaram-se os modelos, porque o primogênito Rafael foi beneficiado, mas os homens casados com suas irmãs, também, pelo recebimento de vultuosos dotes. Finalmente, na família de Jerônimo de Ornelas, a repartição foi igualitária e matrilinear, em razão da inexistência de herdeiros masculinos habilitados.

No Brasil, além de miscigenação, houve mestiçagem, ao contrário do que ocorreu em outros territórios do império português. Para os índios, não havia lugar no território da colônia e, no século XVII, bandeirantes se transformaram de “preadores” a “bugreiros”. Após a proibição da escravização dos índios e pregação da Igreja, principalmente, dos Jesuítas, de que eram “almas livres”, torna-se predominante a escravidão africana no mercado de trabalho. Como acima visto, muitos portugueses, “brancos”, acabaram por constituir família legítimas com as índias, já que, por aqui, era escasso o “mulherio” branco, tanto que, por meio de alvarás reais, muitas barregãs (prostitutas) foram degredadas para o Brasil, para casarem-se com “homens de bem”. Todos os seus filhos seriam legítimos ou legitimados. O caso da família de Salvador Correa de Sá e Benevides ilustra tal situação: Salvador Corrêa de Sá teve, “talvez de uma amásia penitenciada como judaizante”, os filhos Martim Correia de Sá e Gon-

⁵⁹ Cf. KÜHN, Fábio. A prática do Dom. Família, Dote e Sucessão. In: BOEIRA, Nelson; GOLIN, Tau (Coords.). *História geral do Rio Grande do Sul*. v. 1. Colônia. Passo Fundo: Méritos, 2006, p. 273.

çalo Correia de Sá. Martim Correia de Sá, casado com Maria Mendonça e Benevides, teve Salvador Correia de Sá e Benevides (o moço), que teve, “com uma moça parda” a filha Joana Correia de Sá e Benevides.

Com a nova política de repovoamento de Pombal, há uma espécie de “reabilitação” dos negros no mercado de trabalho e consolida-se o genocídio dos índios, com a predominância de negros e colonos europeus brancos. A incorporação do gado no Nordeste (trazido do Cabo Verde) e a grandeza das boiadas do Prata garantem a exploração das Minas, que acabaram por ligar-se aos territórios do Norte e Nordeste, já que ali confluem as três principais bacias fluviais da América do Sul (Uruguai, São Francisco e Amazonas). Foi com a riqueza das minas que muitos escravos alcançaram a alforria, mas só foram integrados à sociedade aqueles que se mantiveram ligados aos seus ex-donos, em uma relação de clientela e compadrio. Conforme a conveniência, os frutos das relações entre brancos e negras e índias, podiam ser ou não “reconhecidos”.

No particular, assevera Alencastro: “o grupo dominante branco fornecia quase sempre o genitor e mais raramente o marido; a comunidade negra dominada cede sempre e mãe e mais raramente a esposa”.⁶⁰ Mas é na produção pecuária que surgiu uma camada social geralmente livre e mestiça, os mulatos. Os negociantes de Lisboa chegaram a pedir ao rei a suspensão de Carta Régia que restringia a venda de bens de consumo de luxo aos mulatos. Isso não ocorreu em São Tomé, por exemplo. Lá, os mulatos ascenderam socialmente no século XVI e depois de distúrbios sociais havidos, passaram a ser considerados perigosos e instalou-se a repressão contra eles (chamados, doravante, de ladinos, por que falavam a língua portuguesa). Em Angola, até houve miscigenação, mas não mestiçagem, por que este nunca foram reconhecidos como integrantes da sociedade.

Com a economia do ouro, se instaura no país uma divisão regional do trabalho e engendra-se um “mercado” que faz tudo virar uma coisa só. Daí que a história do mercado, marcado pela pilhagem e pelo comércio, é longa, “mas a história da nação brasileira, fundada na violência e no consentimento, é curta”.⁶¹ Os embaraços advindos da insegurança dos proprietários e da restrição de mão-de-obra, associado à uma prática de mestiçagem, muitas vezes, com reconhecimento dos filhos, levaram os senhores brancos a dar um melhor tratamento aos mestiços em geral e aos mulatos em particular. A camada social livre e mestiça – curraleiros caboclos, mulatos e cafuzos – deriva do incremento da produção pecuária. Os registros cartorários da escravidão dão conta da concessão de cartas de alforria à 45% dos mulatos da Bahia entre 1648 e 1745. “Da mesma

⁶⁰ ALENCASTRO, Luiz Felipe. *O Trato dos viventes*. Formação do Brasil no Atlântico Sul. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 346.

⁶¹ ALENCASTRO, op. cit., p. 355.

forma”, assevera Alencastro, “constituindo apenas 6% da população total dos escravos dos engenhos, os mulatos ocupavam mais de 20% das funções qualificadas de supervisão, de artesanato e domésticas no século XVIII, ao passo que os negros estavam confinados ao duro trabalho dos campos”.⁶²

A corrida mineira mudou realmente o ambiente institucional e social da América Portuguesa. Em primeiro lugar, houve o incremento do tráfico negreiro, pois os índios não mineiravam bem. Na Guerra dos Emboabas, há registro de um exército de mais de 2.000 homens, negros, índios e mamelucos em sua maioria, comandados por um paulista branco – Amador Bueno da Veiga. Em meados do século XVIII, a capitania, com apenas cinquenta anos de ocupação pelos brancos, superava a Bahia, São Paulo e Rio de Janeiro, povoadas há mais de duzentos anos. A população livre de Minas foi constituída de baianos, paulistas, fluminenses, pernambucanos e africanos, de modo que o era alto o nível de mobilidade social: com efeito, carpinteiros, ferreiros, tecelões, ourives, boticários, tropeiros, taberneiros, até escravos (sobretudo escravas), encontraram o seu lugar na sociedade ali formada.⁶³ Famoso ficou Antônio Francisco Lisboa – o Aleijadinho –, filho de Isabel (possivelmente escrava africana) e de Manoel, construtor português. Ao final da corrida do ouro, Minas Gerais tinha a maior população escrava da América, no total de 46% da população da capitania. Somados aos negros e aos moradores que tinha sangue africano (forros e mulatos nascidos livres), esse número saltou para 81% da população.⁶⁴

Considerações finais

A título de considerações finais, é possível afirmar que a organização do poder real nos estados territoriais europeus foi um longo e acidentado processo histórico, permeado por uma construção da ciência jurídica: a ideia de que cada governante de fato é imperador em seu Reino, isto é, é soberano. A caracterização do termo aparece junto com o conceito de Estado, na segunda metade do século XVI, buscando indicar a forma do poder estatal, como sujeito único e exclusivo da política. Acontece que, muito embora a significação moderna do termo apareça junto com o conceito de Estado, tanto o conceito, quanto a palavra soberania, não foram inventados no século XVI; ainda na Idade Média, a ideia de soberania já era posta em prática, com o uso de termos diversos, sendo que poderia indicar qualquer pessoa que ocupasse uma posição de proeminência; ou seja: que era superior em alguma forma de sistema hierárquico.

⁶² ALENCASTRO, op. cit., p. 347.

⁶³ FIGUEIREDO, Lucas. *Boa ventura! A corrida do ouro no Brasil (1697-1810). A cobiça que forjou um país, sustentou Portugal e inflamou o mundo.* Rio de Janeiro/São Paulo: Record, 2001. p. 238.

⁶⁴ Cf. FIGUEIREDO, op. cit., p. 259.

Isso ocorreu por que as cidades livres do norte da Itália tinham dificuldade de se investirem de qualquer força legal, e a causa dessa dificuldade era que os textos antigos enunciavam que o *princeps* deveria ser considerado como o senhor único do mundo. Ou seja: este entendimento não abria qualquer espaço para que as cidades conseguissem alegar qualquer independência do direito do império, tendo em vista que os imperadores, com as glosas aplicando os textos na maior literalidade possível, tinham um grande amparo legal para subjugar as cidades.

Somente no século XIV é que houve uma significativa alteração de perspectivas, sendo o maior expoente desta mudança de paradigmas, Bartolo de Sassoferrato, que interpretou o Código Civil Romano de uma forma que buscasse proporcionar às cidades uma defesa legal, e não somente retórica, da liberdade que deveriam possuir frente ao império. Sendo assim, além de proporcionar uma significativa mudança no estudo do Direito Romano, também rompeu com o pressuposto que era usado pelos glosadores, passando a entender que, quando a lei e fatos colidirem, aquela é que deve se conformar a estes. Nota-se, assim, que a busca por tornar as cidades italianas independentes, nada mais é do que um aceno para o que depois será chamado de teoria da soberania popular.

Portugal, a monarquia cristã surgida na Península Ibérica no curso do século XII, adotou o direito canônico no que concerne à vocação hereditária dos descendentes, acrescentam-lhe um novo elemento, qual seja, o direito de primogenitura, porque ele foi capaz de garantir o domínio eminente do monarca.

O morgadio – instituição jurídica e mecanismo social – rompeu com as práticas sucessórias e patrimoniais anteriores. Atos de regulamentação administrativo-jurídica de um patrimônio, também transmitiram modelos de comportamento, e sobretudo, formas de relacionamento com o mundo dos antepassados, destinados a vigorar durante gerações. Muitos morgadios foram instituídos por mulheres, em homenagem aos seus maridos, pais, ou aos seus filhos segundos e por bastardos legitimados, pois estes tinham, em Portugal, um estatuto pouco discriminatório: gozavam de direito de alimentos, não eram infames, podiam aceder aos cargos públicos, herdavam a nobreza e as armas dos pais (estas com a “quebra de bastardia”). O morgadio constituiu, assim, uma forma de reconhecimento nobre e de reforço das redes de parentesco.

Quanto aos bastardos filhos de nobres só podiam herdar por testamento a terça do pai ou a herança integral, desde que não houvesse descendentes e ascendentes legítimos. Tal prática sucessória, que privava os filhos segundos de alguma nobreza da herança da terra, gerou uma grande quantidade de despossuídos com que a Coroa Portuguesa pôde contar para povoar as novas terras conquistadas. A prática do morgadio, portanto, fez parte da estratégia de povoamento e ocupação das novas terras.

Assim, em Portugal, a partir do século XIII, exclusão dos ilegítimos (inclusive os naturais não reconhecidos) e morgadio vão dominar os textos legislativos e as discussões dos juristas. No Brasil, em razão da particularidade do sistema da propriedade (sesmarias) e da organização das capitânias hereditárias, o modelo foi parcialmente alterado, admitindo-se mulheres e filhos naturais na sucessão de seus pais fidalgos. Na época dos Governos Gerais, mantém-se o morgadio, excluídas as filhas, salvo por especial doação, o filho maior integrante de Ordens Sacras, o filho ou neto natural, o espúrio legitimado por autoridade real ou por testamento, bem como o “perfilhado”, os ascendentes e os transversais.

Muitos colonos, fidalgos ou plebeus, jamais se casaram segundo o direito canônico, e tiveram numerosos filhos bastardos, em conúbio com índias. As filhas, bastardas e mestiças, acabaram casando-se com “homens de bem”, e por essa via, herdaram as terras do pai. Muitos dos primeiros povoadores do sul da América Portuguesa advinham dessas condições. A composição de uniões endogâmicas e exôgâmicas das famílias com nobreza – de sangue ou por direito de conquista –, relações de compadrio e outras alianças acabaram por criar práticas sucessórias afastadas do direito em vigor. Em muitos casos, prevaleceu a tendência matrilinear na transmissão patrimonial, tendo havido mistura dos padrões (patrilinial e matrilinear) e modificação parcial da legislação reinol.

Na produção pecuária, a partir do século XVII, surgiu uma camada social geralmente livre e mestiça, os mulatos, frutos das relações concubinárias entre brancos e negras, e estes acabaram por ser reconhecidos como integrantes da sociedade. A prática da mestiçagem levou ao reconhecimento dos filhos nascidos de tais relações. No século XVI, D. Francisco Manuel de Melo escreveu um livro, hoje perdido, com o título recuperado mais tarde por Antonil: “o Brasil é o inferno dos negros, o purgatório dos brancos e o paraíso dos mulatos e mulatas”.

Assim, no Brasil formou-se uma sociedade viripotestal, com a afirmação da superioridade dos homens sobre as mulheres, e a mestiçagem, processo social complexo de integração, deu origem a uma sociedade plurirracial, em que, predominando a violência intrínseca, acabou por produzir um racismo velado, à brasileira, mais de cunho social do que propriamente racial. Isso foi o resultado da opressão sistêmica do escravismo colonial e da demanda por mão-de-obra nas Minas, que geraram um país com maior população afrodescendente do planeta.

Referências

- ALENCASTRO, Luiz Felipe. *O Trato dos vivos*. Formação do Brasil no Atlântico Sul. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.
- BOWN, Stephen R. *1494*. Como uma briga de família na Espanha medieval dividiu o mundo ao meio. São Paulo: Globo, 2013.

BRAGA DA CRUZ, Guilherme. O direito subsidiário na história do direito português. *Revista Portuguesa de História*, Tomo XIV, Separata. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1975.

CALASSO, Francesco. *Glossatori, la teoria della sovranità, studio di diritto commune pubblico*. 2. ed. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1950.

CIRNE LIMA, Ruy. *Pequena história territorial do Brasil: sesmarias e terras devolutas*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria Sulina, 1954.

COELHO DA ROCHA, M. A. *Ensaio sobre a história do governo e da legislação de Portugal* (para servir de introdução ao estudo do Direito Patrio). Coimbra: Imprensa da Universidade, 1872.

CROWLEY, Roger. *Conquistadores*. Como Portugal forjou o primeiro império global. São Paulo: Planeta, 2016.

D. AFONSO IV. Disponível em: <<http://www.iuslusitaniae.fesh.unl.pt>>. Acesso em: 16 nov. 2016.

DECRETALIUM D. GregoriiPapae IX. Disponível em <<http://www.documentacatholicaomnia.eu>>. Acesso em: 16 nov. 2016.

ESTRADA, Francisco Lopes; GARCIA-BERDOY, Maria Teresa Lopes. In: ALFONSO X. *Las Siete Partidas*. España: Editorial Castalia, 1992.

FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. 3. ed. revista, acrescida de índices remissivo. São Paulo: Globo, 2001.

FIGUEIREDO, Lucas. *Boa ventura! A corrida do ouro no Brasil (1697-1810). A cobiça que forjou um país, sustentou Portugal e inflamou o mundo*. Rio de Janeiro/São Paulo: Record, 2011.

FITZ, Francisco García. *La edad media*. Guerra e ideología. Justificaciones religiosas y jurídicas. Madrid: Sílex, 2003.

GARCIA, Fernando Cacciatore de. *Fronteira iluminada*. História do povoamento, conquistas e limites do Rio Grande do Sul a partir do Tratado de Tordesilhas. Porto Alegre: Meridional, 2010.

HAMEISTER, Martha Daisson; GIL, Tiago Luís. Fazer-se elite no extremo-Sul do Estado do Brasil: uma obra em três movimentos. Continente do Rio Grande de São Pedro (século XVIII). In: FRAGOSO, João Luís Ribeiro; CARVALHO DE ALMEIDA, Carla Maria; SAMPAIO, Antonio Carlos Jucá (Org.). *Conquistadores & Negociantes*. História das elites no antigo regime nos trópicos. América Lusa, séc. XVI-XVIII. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2007.

JELLINEK, Georg. *Teoria general del Estado*. Buenos Aires: Albatros, 1954.

KÜHN, Fábio. A prática do Dom. Família, Dote e Sucessão. In: BOEIRA, Nelson; GOLIN, Tau (Coords.). *História geral do Rio Grande do Sul*. v. 1. Colônia. Passo Fundo: Méritos, 2006.

MANS PUIGARNAU, Jaime M. *Decretales de Gregório IX*. Versión Medieval Espanhola. v. III. Barcelona: Universidad de Barcelona, 1943.

MARQUES, Mário Reis. *História do direito português medieval e moderno*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2009.

MARTIM DE ALBUQUERQUE. Bártolo e Bartolismo na história do direito português. *Boletim do Ministério da Justiça*, s/d.

MARTINEZ DIEZ, Gonzalo. Recepção de fueros locais leoneses o castelano sen territorio português. *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*. V. LVIII. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1982.

MARTINS JÚNIOR, José Isidoro. *História do direito nacional*, p. 7. Disponível em: <<http://helciomadeira.sites.uol.com.br>>. Acesso em: 27 jul. 2017.

MATTEUCCI, Nicola. Soberania. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. Brasília: Universidade de Brasília, 1986.

MUÑOZ DE ARRACÓ, José Manuel Pérez-Prendes. Los principios fundamentales del derecho de sucesión <mortis causa> en la tardía escolástica española. In: GROSSI, Paolo (Org.). *La secondasco la stica nella formazione del diritto privato moderno*. Coleção Per lastoriadelpensierogiuridico moderno. Milano: Giuffrè, 1973.

ORDENAÇÕES DE D. DUARTE. Disponível em: <<http://www.iuslusitaniae.fcsh.unl.pt>>. Acesso em: 16 nov. 2016.

ORDENAÇÕES FILIPINAS. Livros IV e V. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. *Fac-simile* da edição feita por Cândido Mendes de Almeida. Rio de Janeiro, 1870.

ORDENAÇÕES FILIPINAS. Livro II. Tradução de Fernando H. Mendes de Almeida. 2. v. São Paulo: Saraiva, 1960.

ORDENAÇÕES MANUELINAS. Livro II. *Fac-símile* da edição feita na Real Imprensa da Universidade de Coimbra, 1797. Apresentação de Mário Júlio de Almeida Costa. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1984.

PAGE, Martin. *A primeira aldeia global*. Como Portugal mudou o mundo. 15. ed. Lisboa: Casa das Letras, 2016.

ROSA, Maria de Lourdes. *O morgadio em Portugal*. Séc. XIV-XV. Lisboa: Estampa, 1995. p. 20.

SKINNER, Quentin. *As fundações do pensamento político moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

SOTO, Domingo O. P. *De la justicia y del derecho*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, Tomo II, 1968.

TABORDA, Maren Guimarães. Elementos para a compreensão da vocação hereditária dos filhos na tradição jurídica brasileira anterior à codificação de 1916. In: *Revista da Faculdade de Direito da FMP*, Porto Alegre, n. 5, p. 200-237, 2010.

TABORDA, Maren Guimarães. O processo de criação da comunidade e da constituição dos governos: uma comparação entre as teses de Aristóteles e as do Jusnaturalismo moderno. In: *Direito & Justiça, Revista da Faculdade de Direito da PUCRS*, Porto Alegre, v. 24, ano XXIII, p. 81-114, 2001.

TRIPOLI, César. *História do direito brasileiro*. v. I. (Época colonial). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1936.

VARELA, Laura Beck. Das propriedades à propriedade: construção de um direito. In: MARTINS-COSTA, Judith H. (Org.) *A reconstrução do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

